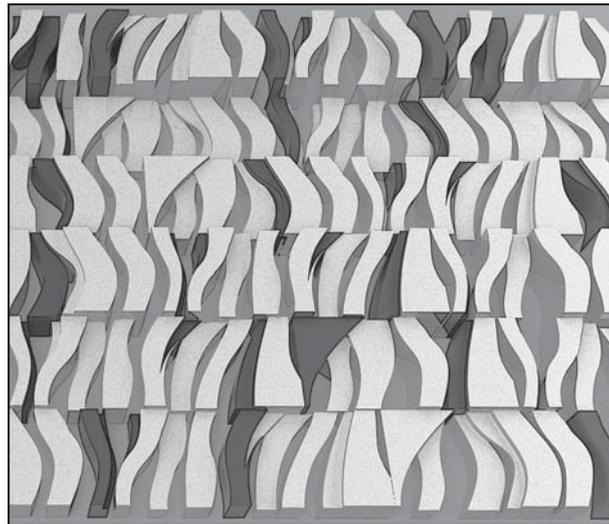


# REVISTA

SUPERIOR  
TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA



PUBLICAÇÃO OFICIAL



# REVISTA

SUPERIOR  
TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA

VOLUME 256

ANO 31

OUTUBRO/NOVEMBRO/DEZEMBRO 2019

---

## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

*Diretor*

Ministro Mauro Campbell Marques

*Chefe de Gabinete*

Fernanda Teotonia Vale Carvalho

*Servidores*

Gerson Prado da Silva

Hekelson Bitencourt Viana da Costa

Maria Angélica Neves Sant'Ana

Marilisa Gomes do Amaral

*Técnico em Secretariado*

Ruthe Wanessa Cardoso de Souza

*Mensageiro*

Francisco Rondinely Ferreira da Cruz

### **Superior Tribunal de Justiça**

[www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br), [revista@stj.jus.br](mailto:revista@stj.jus.br)

Gabinete do Ministro Diretor da Revista

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

Bloco C, 2º Andar, Sala C-243, Brasília-DF, 70095-900

Telefone (61) 3319-8055

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

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

Disponível também em versão eletrônica:

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

ISSN 0103-4286.

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

CDU 340.142 (81) (05)

# REVISTA

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES

Diretor

SUPERIOR  
TRIBUNAL  
DE JUSTIÇA



---

## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Plenário

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

Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura** (*Vice-Presidente e Corregedora-Geral do CJF*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Cândido de Melo Falcão** Neto

Ministra **Fátima Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Hilário Vaz**

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

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

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro Geraldo **Og Nicéas Marques Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo** Filho

Ministro **Paulo de Tarso Vieira Sanseverino**

Ministra Maria **Isabel Diniz Gallotti** Rodrigues

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro Ricardo **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Alves dos Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Gastaldi Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze** Oliveira

Ministra **Assusete Dumont Reis Magalhães** (*Ouvidora*)

Ministro **Sérgio Luiz Kukina**

Ministro Paulo Dias de **Moura Ribeiro**

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Rogério Schietti Machado Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

Ministro Luiz Alberto **Gurgel de Faria**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro Marcelo Navarro **Ribeiro Dantas**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

---

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

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

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

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Francisco Falcão**

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Humberto Martins**

Ministro **Herman Benjamin**

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Raul Araújo**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**- Em substituição ao Min. Felix Fischer

---

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

Ministro **Benedito Gonçalves** (*Presidente*)

---

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

Ministro **Gurgel de Faria** (*Presidente*)

Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministra **Regina Helena Costa**

---

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

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

Ministro **Francisco Falcão**

Ministro **Og Fernandes**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

Ministra **Assusete Magalhães**

---

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

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

---

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

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

Ministra **Nancy Andrichi**

Ministro **Paulo de Tarso Sanseverino**

Ministro **Villas Bóas Cueva**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

---

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

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

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Raul Araújo**

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

---

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

Ministro **Nefi Cordeiro** (*Presidente*)

---

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

Ministro **Ribeiro Dantas** (*Presidente*)

Ministro **Felix Fischer**

Ministro **Jorge Mussi**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Joel Ilan Paciornik**

\* Desembargador Convocado **Leopoldo de Arruda Raposo** - Em substituição ao Min. Felix Fischer

---

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

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro** (*Presidente*)

Ministra **Laurita Vaz**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

Ministro **Nefi Cordeiro**

---

## COMISSÕES PERMANENTES

### COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

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

Ministra **Regina Helena Costa**

Ministro **Gurgel de Faria**

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

### COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

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

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Antonio Saldanha Palheiro**

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

### COMISSÃO DE REGIMENTO INTERNO

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

Ministra **Isabel Gallotti**

Ministro **Sérgio Kukina**

Ministro **Reynaldo Soares da Fonseca**

Ministro **Moura Ribeiro**

Ministro **Nefi Cordeiro**

### COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

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

Ministro **Benedito Gonçalves**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

Ministro **Marco Aurélio Bellizze**

Ministro **Gurgel de Faria**

### COMISSÃO GESTORA DE PRECEDENTES

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

Ministra **Assusete Magalhães**

Ministro **Rogério Schietti Cruz**

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

---

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

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

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

*Membros Efetivos*

Ministro **Antonio Carlos Ferreira**

Ministro **Villas Bôas Cueva**

Ministro **Sebastião Reis Júnior**

*Membros Suplentes*

Ministro **Marco Buzzi**

Ministro **Marco Aurélio Bellize**

Ministra **Assusete Magalhães**

---

**ESCOLA NACIONAL DE FORMAÇÃO E APERFEIÇOAMENTO DE MAGISTRADOS - ENFAM**

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

Ministra **Maria Thereza de Assis Moura** (*Diretora do CEJ/CJF*)

Ministro **Luis Felipe Salomão**

Ministro **Mauro Campbell Marques**

---

**MEMBROS DO TRIBUNAL SUPERIOR ELEITORAL**

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

Ministro **Luis Felipe Salomão** (*Efetivo*)

Ministro **Mauro Campbell Marques** (*1º Substituto*)

**Benedito Gonçalves** (*2º Substituto*)



## SUMÁRIO

### JURISPRUDÊNCIA

|   |            |
|---|------------|
| <b>CORTE ESPECIAL .....</b>   | <b>21</b>  |
| APn 897-DF - Rel. Min. Felix Fischer.....   | 23         |
| Crime de corrupção passiva - Conselheiro de Tribunal de Contas - CPP, art. 319, VI - Suspensão do exercício da função pública.  |            |
| AREsp 600.811-SP - Rel. Min. Og Fernandes .....   | 189        |
| Conflito entre coisas julgadas.   |            |
| <b>PRIMEIRA SEÇÃO .....</b>   | <b>235</b> |
| EDcl no REsp 1.617.086-PR - Rel. Min. Assusete Magalhães.....   | 237        |
| Embargos de declaração rejeitados - Indenização por trabalho em localidades estratégicas - Omissão - Contradição - Obscuridade - Erro material - Ausência - Servidor público federal. |            |
| REsp 1.631.021-PR - Rel. Min. Mauro Campbell Marques.....   | 284        |
| Benefício previdenciário mais vantajoso - Direito adquirido - Reconhecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 103, <i>caput</i> - Prazo decadencial - Incidência.                            |            |
| <b>PRIMEIRA TURMA .....</b>   | <b>335</b> |
| AgInt nos EAREsp 1.286.122-DF - Rel. Min. Gurgel de Faria .....   | 337        |
| Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN) - Emissão - Impossibilidade - Débitos da matriz e de outra filial - Existência - Filial de estabelecimento comercial.    |            |
| AgInt nos EREsp 1.797.900-SC - Rel. Min. Sérgio Kukina.....   | 365        |
| Improbidade administrativa - Lei n. 8.429/1992, art. 12 - Perda da função pública.  |            |

|   |            |
|---|------------|
| REsp 1.468.224-PR - Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho .....   | 369        |
| Ação de cobrança por inexecução contratual - Contrato de compra e venda de pinheiros.   |            |
| REsp 1.518.221-RS - Rel. Min. Benedito Gonçalves.....   | 432        |
| Contrato particular de empreitada global mista - Duplicata - Imóvel residencial - Penhora - Possibilidade.  |            |
| <b>SEGUNDA TURMA .....</b>  | <b>443</b> |
| AREsp 1.470.017-SP - Rel. Min. Francisco Falcão.....  | 445        |
| Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) - CPC/2015, art. 1.022 - Violação - Não ocorrência - Existência de processo em trâmite - Requisito.   |            |
| <b>SEGUNDA SEÇÃO .....</b>  | <b>455</b> |
| REsp 1.610.728-RS - Rel. Min. Nancy Andrighi.....   | 457        |
| Produtor rural - Utilização de biotecnologia - Lei n. 9.456/1997, art. 10.  |            |
| REsp 1.723.519-SP - Rel. Min. Maria Isabel Gallotti .....   | 496        |
| Ação de rescisão contratual - Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - Contrato de promessa de compra e venda de imóvel - Desistência imotivada do promissário comprador - Incorporação imobiliária - Juros de mora - Termo inicial. |            |
| <b>TERCEIRA TURMA .....</b>   | <b>517</b> |
| REsp 1.598.220-RN - Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino .....  | 519        |
| Arbitragem - Cláusula compromissória - Competência - Juízo arbitral - Lei n. 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único - Princípio <i>Kompetenz-Kompetenz</i> .  |            |
| REsp 1.749.812-PR - Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze .....  | 537        |
| Ação rescisória - Não cabimento - Ação de cobrança de débitos condominiais - Violação literal de lei.   |            |
| REsp 1.793.840-RJ - Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva .....   | 550        |
| Internação hospitalar - Despesas de acompanhante - Paciente idoso - Responsabilidade - Plano de saúde.  |            |

REsp 1.826.273-SP - Rel. Min. Moura Ribeiro .....561  
Leiloeiro - Comissão - Pagamento - Responsabilidade - Arrematante do bem.

**QUARTA TURMA..... 571**

REsp 1.221.372-RS - Rel. Min. Marco Buzzi .....573  
Contrato particular de empreitada global mista - Duplicata - Imóvel residencial  
- Penhora - Possibilidade.

REsp 1.699.022-SP - Rel. Min. Luis Felipe Salomão .....584  
Condomínio edilício - Condômino inadimplente - Proibição de uso de área  
comum - Impossibilidade.

REsp 1.778.579-SP - Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira.....604  
Mandado de segurança - Não cabimento - Ato de gestão de natureza empresarial  
- Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Extinção do processo  
sem julgamento do mérito - Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - Transferência de  
ações.

**QUINTA TURMA..... 613**

HC 488.364-PR - Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca .....615  
Advogado - Habilitação - CPP, art. 263.

HC 489.333-PR - Rel. Min. Jorge Mussi.....624  
Crime de homicídio qualificado - Constrangimento ilegal - Não ocorrência  
- CPP, art. 312 - Garantia da ordem pública - Periculosidade social do agente -  
Prisão preventiva - Manutenção.

RHC 111.060-MG - Rel. Min. Joel Ilan Paciornik.....633  
Crime licitatório - Ação penal - Trancamento - Crime de peculato - Crime de  
corrupção passiva.

RMS 60.575-MG - Rel. Min. Ribeiro Dantas .....650  
Crime de homicídio qualificado - Princípio da plenitude de defesa - Tribunal do  
Júri - Uso de roupas civis em Sessão Plenária.

**SEXTA TURMA ..... 663**

AgRg no TP 2.183-GO - Rel. Min. Sebastião Reis Júnior ..... 665

Pedido de tutela provisória - Recurso especial - Tempestividade.

HC 510.837-SC - Rel. Min. Laurita Vaz ..... 681

Apelação - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de homicídio culposo - Direção de veículo automotor sob influência de álcool - Tese de nulidade por impedimento do Magistrado - Votação unânime - Atuação desinfluyente no resultado do julgamento.

HC 519.018-SP - Rel. Min. Rogério Schietti Cruz ..... 695

Crime de tráfico de entorpecente - CPP, arts. 312 e 319 - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição.

REsp 1.788.562-TO - Rel. Min. Nefi Cordeiro..... 703

Execução penal - Culto religioso durante o período noturno - Comparecimento - Possibilidade - Prisão domiciliar.

**SÚMULAS ..... 711**

637 ..... 713

Ação possessória entre particulares - Legitimidade - Interesse - Ente público.

638 ..... 714

Contrato de penhor civil - Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - CDC, art. 51, I - Cláusula contratual abusiva - Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação.

639 ..... 715

Custodiado - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Defesa - Ouvida prévia - Ausência - Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º.

640 ..... 716

Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra) - Consumo, industrialização ou reexportação para o

estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Lei n. 13.670/2018 - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus.

641 .....717

Processo administrativo disciplinar - Lei n. 8.112/1990, arts. 151, I e 161 -  
Portaria de instauração - Exposição detalhada dos fatos - Prescindibilidade.

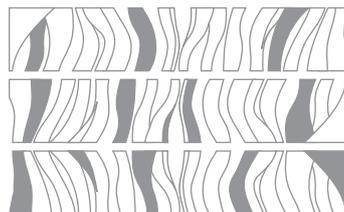
**ÍNDICE ANALÍTICO ..... 719**

**ÍNDICE SISTEMÁTICO ..... 735**

**SIGLAS E ABREVIATURAS ..... 739**

**REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO  
SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA ..... 745**

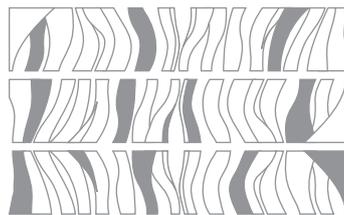




---

**Jurisprudência**





---

**Corte Especial**



---

**AÇÃO PENAL N. 897 - DF (2017/0213530-3)**

---

Relator: Ministro Felix Fischer

Autor: Ministério Público Federal

Réu: José Gomes Graciosa

Advogados: Joaquim Queiroga Neto - RJ029636

Benedito Cerezzo Pereira Filho - SP142109

Marcelo Leal de Lima Oliveira - DF021932

Advogados: Thaís Aroca Datcho Lacava - SP234563

Luiz Eduardo Ruas Barcellos do Monte - DF041950

Antonio Miguel Penafort Queiros Grossi - DF049341

Soc. de Adv.: Marcelo Leal Advogados Associados

Réu: Aloysio Neves Guedes

Advogados: Rodrigo Moura Coelho da Palma - RJ098041

Marcus Firmino Santiago da Silva - RJ112452

Ivan Firmino Santiago da Silva - RJ091254

Leandro Moreira Louzada - RJ147970

Rafael da Silva Faria - RJ170872

Karla Dutra Torres - RJ158000

Gabriel Miranda Moreira dos Santos - RJ188801

Marcelo Neves Rezende - RJ204886

Júlia Campos Salgado - RJ202597

Simone Matheus da Fonseca - RJ180764

Bruna Fraga Gonçalves - RJ199739

Ana Carolina Elisei Prudente - RJ170857

Francine Pinho de Oliveira - RJ208726

João Pedro Coutinho Barreto - RJ210903

Maria de Deus Coelho Rocha Faria - DF039867

Soc. de Adv.: Santiago e Pimentel - Advogados

Moura e Louzada Advogados Associados

Réu: Domingos Inácio Brazão

Advogados: Rodrigo Lopes Lourenço - RJ072586

Igor Sant'Anna Tamasauskas - SP173163

Pierpaolo Cruz Bottini - SP163657

Marcio Gesteira Palma - RJ110382  
Marcio Martagão Gesteira Palma - DF021878  
Natália Bertolo Bonfim - SP236614  
Ana Fernanda Ayres Delloso - SP291728  
Debora Cunha Rodrigues - SP316117  
Cláudia Vara San Juan Araújo - SP298126  
Joao Antonio Sucena Fonseca - DF035302  
Stephanie Passos Guimarães - SP330869  
Otavio Ribeiro Lima Mazieiro - SP375519  
Tiago Sousa Rocha - SP344131

Soc. de Adv.: Bottino & Tamasauskas Advogados

Réu: Jose Mauricio de Lima Nolasco

Advogados: Carmen Mansano da Costa Barros Filha - RJ041099

Paulo Márcio Ennes Klein - RJ100444

André Peregmanis - RJ109187

Floriano Dutra Neto - DF020499

Advogados: Noéle Regina de Oliveira Guerino - DF027017

Paulo Roberto Pereira dos Santos Filho - RJ159751

Advogados: Adriana Barbosa Felix - DF032396

Adilson Vieira Macabu - RJ015979

Pedro Lambert Passos Bellagamba - RJ201399

Marina Dalla Bernardina de Rezende - RJ206503

João Lucas Silva - DF047012

Réu: Marco Antonio Barbosa de Alencar

Advogados: Nélio Roberto Seidl Machado - RJ023532

João Francisco Neto - RJ147291

Gabriel de Alencar Machado - RJ159422

Fernando Augusto Rocha Faria - DF045989

Thiago Ayres de Almeida Gueiros - RJ208069

Phillip Handow Krauspenhar - DF056033

---

#### EMENTA

Penal e Processual Penal. Pertinência à Organização Criminosa.  
Corrupção Passiva. Lavagem de Dinheiro. Suposta Organização

Criminosa Formada por Conselheiros do Tribunal de Contas. Inépcia da Denúncia. Peça que, na sua Maioria, Atende às Prescrições do Artigo 41 do CPP. Justa Causa. Presença de Elementos Satisfatórios ao Desencadeamento da Ação Criminal. Colaboração Premiada. Ilegalidade. Inocorrência. Cerceamento de Defesa. Não Configuração. Oferecimento, Aceite e Recebimento de Vantagens Indevidas. Lavagem de Capitais. Confirmação por Meio de Delações Premiadas e Outros Elementos Colhidos no Cumprimento de Medidas de Busca e Apreensão, Quebra de Dados Telefônicos, Telemáticos, Bancários, Dentre Outras Diligências. Denúncia Parcialmente Recebida. Medida Cautelar Diversa de Prisão. Suspensão do Exercício de Função Pública. Art. 319, Inciso IV, do Código de Processo Penal.

#### DA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS FATOS:

**01.** A presente denúncia apresenta o resultado de parcela da investigação levada a cabo pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, com o apoio da Receita Federal, a partir das Operações Descontrole e Quinto do Ouro, além das investigações realizadas após suas deflagrações, **que revelaram a existência de uma organização criminosa composta por Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que receberam vantagens indevidas em diversas oportunidades, correspondentes a percentuais sobre valores de contratos celebrados pelo Estado do Rio de Janeiro.**

A partir de informações e documentos encaminhados por dirigentes de empresas construtoras com quem foram celebrados acordos de colaboração premiada, além de outros elementos apresentados **pelo então ex-Presidente do TCE-RJ (Jonas Lopes Filho), seu filho (Jonas Lopes Neto)** e outros agentes envolvidos nos crimes, todos na condição de colaboradores, coligiu-se um vasto conjunto de dados sobre condutas criminosas praticadas no órgão.

**As circunstâncias dessas práticas ilícitas indicam a recepção e o manuseio de volumes significativos de moeda em espécie, recolhidos junto aos corruptores, transportados na maioria das vezes para dentro das dependências do TCE/RJ e partilhados entre os Conselheiros integrantes da organização criminosa.**

Posteriormente, consoante a rotina de atividades dessa natureza, as quantias foram ocultadas e dissimuladas em operações

**comerciais, diretamente pelos Conselheiros ou por terceiros, para fruição do resultado dessa empreitada,** sendo que as pessoas envolvidas em atividades criminosas que geram grandes volumes de dinheiro, como no caso, levam parte dos valores a depósito em contas-correntes, adquirem bens e ampliam o consumo de produtos para usufruir das quantias ilícitas que amealharam.

Os elementos probatórios reunidos, **os quais adiante serão amplamente demonstrados,** são bastantes para indicar a participação dos Conselheiros **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** nas atividades criminosas ora imputadas.

Postas tais considerações, é necessário esclarecer que, **considerando o tamanho e a complexidade da atuação da organização criminosa, denoto que foram produzidas e analisadas provas suficientes ao oferecimento de denúncia, englobando, além da imputação de crime de pertinência a organização criminosa (FATO 1), os seguintes:**

a) **os crimes de corrupção** praticados a partir da utilização do Fundo de Modernização do Controle Externo do TCE-RJ, para pagamento dos fornecedores de alimentação da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - SEAP e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas -DEGASE (**FATO 2**);

b) **os crimes de corrupção** praticados com o envolvimento das empresas associadas à Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro - FETRANSPOR e em razão das relevantes atribuições dos Conselheiros do TCE/RJ, com a oferta de condescendência na análise dos processos relacionados aos serviços públicos de transporte de passageiros (**CONJUNTO DE FATOS 3**);

c) **os crimes de corrupção** praticados através da instituição da cobrança de uma 'taxa' sobre os contratos firmados com empreiteiras, sobretudo pela Secretaria de Estado de Obras - SEOBRAS, destinada aos Conselheiros do TCE/RJ, em razão das relevantes atribuições de seus cargos (**CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13**);

d) **os crimes de corrupção** praticados pelo conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES em razão do recebimento de valores para o favorecimento das empresas UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e UNIÃO NORTE CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA (**CONJUNTO DE FATOS 14**);

e) **os crimes de corrupção** praticados pelo conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES em razão do recebimento de mesada no valor de R\$ 100.000,00 de SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO (SÉRGIO CABRAL), desde a época em que ocupava o cargo de Chefe de Gabinete da Presidência da Assembléia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro ALERJ, em 2007, até março de 2014 (**CONJUNTO DE FATOS 15**);

f) **os crimes de lavagem de dinheiro** praticados pelo conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES nos anos de 2011, 2012 e 2013, pelo menos quinze, de forma reiterada e por intermédio de organização criminosa, com a compra de obras de arte utilizando dinheiro em espécie ou com a troca de outras obras de arte anteriormente adquiridas com recursos ilícitos (**CONJUNTO DE FATOS 16**).

DAS PRELIMINARES:

**02. DA INCOMPETÊNCIA DESTA RELATORIA:** Não há que se falar em redistribuição do feito, em razão da incompetência deste Relator, sob a alegação de que, além de homologar a colaboração premiada, também será o responsável pelo julgamento da respectiva ação penal, no bojo da qual ela serão essas delações utilizadas, eis que, **a uma**, a homologação é o ato judicial que aprecia a legalidade, a regularidade e a voluntariedade da delação de colaborador (art. 4º, § 7º, da Lei 12.580/13), aferindo-lhe validade como elemento de prova em processo penal futuro, que em nada difere da produção de outras provas indiciárias durante as investigações e, igualmente, jungidas ao crivo judicial, **a duas**, a tese levantada pela defesa, além de não possuir qualquer embasamento normativo, vai de encontro à modulação hermenêutica a ser conferida ao princípio da identidade física do Juiz (artigo 399, § 2º, do CPP, introduzido pela Lei 11.719/08) o qual reza, dentre os seus objetivos, que a causa seja julgada, em regra, por aquele magistrado que colheu as provas, podendo-se avaliar, dessa forma, a

credibilidade dos depoimentos que foram enraizadas e ainda pulsam em sua memória.

**03. DA INÉPCIA DA DENÚNICA:** segundo entendimento jurisprudencial consolidado, a alegação de eventual inépcia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação que se imputa, em flagrante prejuízo à defesa, ou na ocorrência de qualquer das situações apontadas no artigo 395 do CPP. Tal orientação é consentânea com os julgados do Superior Tribunal de Justiça (APn n. 885/DF, **Corte Especial**, Rel. Min. **Herman Benjamin**, DJe de 10/12/2018; APn n. 888/DF, **Corte Especial**, Rel.<sup>a</sup> Min.<sup>a</sup> **Nancy Andrichi**, DJe de 02/05/2018).

**04. In casu**, a denúncia demonstrou, **em sua maioria (sendo que os fatos considerados ineptos serão, quando da fundamentação deste acórdão, devidamente analisados)**, acuidade com os fatos atribuídos aos acusados, não se eximindo de descrever de modo compreensível a conduta e o modo de agir dos supostos autores. Também indicou o tempo e o resultado material dos crimes, bem como as testemunhas a serem ouvidas em juízo, a fim de possibilitar a concretização do contraditório e o exercício da mais ampla defesa. Desse modo, **em parte**, a peça atende às prescrições do **artigo 41 do Código de Processo Penal**, ademais da exegese firmada pelo **artigo 6º da Lei 8038/90**, uma vez que narra a conduta proibida, quem a praticou (**quis**), os meios empregados (**quibus auxiliis**), o gravame causado (**quid**), o motivo da conduta (**cur**), a maneira empregada (**quomodo**), o tempo (**quando**) e o local (**ubi**).

**05. DA AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, DO CERCEAMENTO DE DEFESA E DA LEGITIMIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA:** Considera-se por justa causa, prevista no artigo 395, III, do CPP, **uma importante condição da ação processual penal, uma verdadeira garantia contra o uso abusivo do direito de acusar**. Sabe-se que a **denúncia** deve vir acompanhada com o **mínimo embasamento probatório**, ou seja, com lastro probatório mínimo (HC n. 88.601/CE, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJU de de 22/06/2007), apto a demonstrar, **ainda que de modo incidiário**, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um

**suporte legitimador** que revele de modo satisfatório e consistente, a **materialidade do fato delituoso** e a **existência de indícios suficientes de autoria do crime**, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a **imputação penal destituída de base empírica idônea** (INQ n. 1.978/PR, **Tribunal Pleno**, Rel. Min. **Celso de Mello**, DJU de 17/08/2007) o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da **persecutio criminis in iudicio**.

06. Naquilo que se refere à **falta de justa causa para o exercício da ação penal, em razão da ausência de um lastro probatório mínimo a lastrear a acusação**, tenho que as premissas elencadas pelas defesas dos denunciados não merecem prosperar. Cumpre ressaltar, no ponto, que para que se possa aferir a presença da referida condição, **não** se mostra imprescindível a obtenção de um juízo de certeza acerca da autoria delitiva, a qual se faz necessária, juntamente com a materialidade, apenas, em caso de eventual julgamento do mérito, bastando aqui, nessa oportunidade, a mera plausibilidade da pretensão punitiva. No escólio de José Antônio Paganela Boschi, a viabilidade acusatória “*deverá estar minimamente lastreada em elementos probatórios legítimos e idôneos da conduta típica*”. (Ação Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 59). **No caso dos autos**, tenho que a preliminar, **quando se refere a alegação de ausência de suficiente alicerce acusatório**, confunde-se com a própria matéria de fundo, a seguir esquadrihada, sendo certo, e como adiante se verá, que há elementos suficientes que autorizam o desencadeamento da ação penal.

07. **Já quanto ao apontamento direcionado à demonstrar que a acusação se resta edificada exclusivamente nas delações premiadas** de Jonas Lopes Júnior (ex-Conselheiro) e Jorge Luiz Mendes Pereira da Silva (operador), ao contrário do alegado na defesa de **José Gomes Graciosa, Domingos Inácio Brazão, José Maurício de Lima Nolasco, Aloysio Neves Guedes (DENUNCIADOS)**, vê-se que os fatos apresentados pelo Ministério Público Federal estão lastreados por inúmeros documentos, os quais foram coletados em diversas medidas cautelares e estratificadas em mais de 40 (quarenta) apensos.

08. Ressalta-se, assim, que além das **declarações dos colaboradores, as acusações se baseiam em depoimentos de executivos das empresas Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia**

e **Odebrecht**, bem como em vasta prova documental e pericial colhidas durante as investigações, sobretudo arrecadadas em buscas e apreensões levadas a efeito contra acusados e delatores, entre estes, Jonas Lopes de Carvalho Júnior (então Conselheiro e Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro), e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto.

**09.** Ademais, ao contrário do que aduz a defesa dos acusados, **ainda que fosse a exordial firmada apenas em declarações dos colaboradores, já delineou o c. Supremo Tribunal Federal, que o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada é suficiente para fins de recebimento da denúncia** (Inq n. 3982, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 05/06/2017).

**10.** Quanto à **vulneração do princípio da indisponibilidade e da Lei de Organização Criminosa** pelo Ministério Público Federal, sob a alegação de que teria o **parquet** escolhido quem seriam os denunciados, não merece proceder o apontamento defensivo, eis que **a presente denúncia abrange apenas parte dos crimes praticados pelos denunciados e se restringe à participação dos Conselheiros da Corte de Contas fluminense, detentores de foro por prerrogativa de função, nas atividades imputadas, não incluindo terceiros envolvidos, que serão responsabilizados em autos próprios, nas instâncias competentes.**

**11.** Da mesma forma, não merece guarida a insurgência aventada pela defesa do denunciado **José Gomes Graciosa**, quando postula a impossibilidade de se utilizar informação obtida mediante acordo de cooperação internacional gravada pelo princípio da especialidade (fls. 5430/5433), uma vez que, não obstante entenda a jurisprudência desta Corte que em tema de acordo de cooperação internacional **a regra é a ampla utilização da prova, sendo que qualquer restrição deva ser expressamente formulada pelo Estado requerido, observa-se que o denunciado pleiteia de modo amplamente genérico e sem nenhum apontamento específico, macular a utilização de eventual elemento extraído no âmbito da cooperação internacional, sem sequer cotejar com qualquer dos fatos consignados na prefacial acusatória.**

**12.** Naquilo que se refere ao alegado cerceamento de defesa, argumentam os acusados a vulneração de princípios de envergadura

constitucional, frente a ausência de alguns documentos que consideram necessários e essenciais ao exercício do contraditório e da ampla defesa.

13. No ponto, faz-se mister registrar que já decidiu o **c. Supremo Tribunal Federal**, sobre a matéria deste procedimento, em voto da lavra do **e. Ministro Celso de Mello**, na Reclamação 30.975/DF (ajuizada no *c. Pretório Excelso*, sob o argumento de não ter a defesa acesso às provas desta ação penal), evidenciando que **teve a defesa acesso a todos os documentos encartados na ação penal que aqui se discute.**

14. Ademais, restou-se demonstrado que para o recebimento da exordial, deverá a pretensão punitiva estar minimamente lastreada em elementos probatórios legítimos e idôneos a indicar a plausibilidade acusatória. **Portanto**, muito embora a insurgência defensiva, compulsando detidamente o caderno processual, como bem levantado pelo Ministério Público Federal, **vale destacar que tal pleito já foi devidamente rechaçado durante o curso do procedimento**, restando-se consignado, inclusive, na decisão de **fls. 5574**, que **os elementos de cognição que instruem a presente ação penal e sustentam a peça acusatória (necessários ao exercício da ampla defesa, ao menos nesta fase processual), estariam disponíveis aos denunciados, tanto o é que já foram ofertadas as respectivas respostas por todos os acusados, os quais, dentre os limites objetivos da etapa procedimental, aventaram os argumentos que entenderam necessários a rechaçar a pretensão punitiva.**

15. Ainda quando ao cerceamento de defesa, denota-se que a peça inaugural, como dito, está alicerçada em diversos e substanciosos elementos de cognição, os quais são suficientes para possibilitar, nesta etapa, a edificação acusatória, destacando-se que, eventuais mídias não encontradas pela Coordenadoria da Corte Especial (em alguns dos anexos), frente à remessa da APN 875/DF (ação penal envolvendo outras partes, remetida à 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, em razão da aposentadoria do então presidente e ex-Conselheiro do Tribunal de Contas fluminense, **Jonas Lopes Filho**), **não seriam, de modo algum, empecilho para o seguimento do procedimento, até mesmo porque, poderão os**

**poucos documentos porventura não acostados, eis que não essenciais, ao contrário do que busca registrar a defesa, ser juntados no curso da instrução e submetidos ao crivo do contraditório**

DO MÉRITO:

**16. DAS CONSIDERAÇÕES INICIAIS:** Denota-se pelos elementos colacionados ao caderno processual, que a investigação levada a efeito pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal se iniciou quando os colaboradores **Rogério Nora de Sá e Clóvis Renato Numa Peixoto Primo, executivos da Andrade Gutierrez**, indicaram possuir informações sobre o pagamento de propina a membro do Tribunal de Contas do Estado, além de apresentar detalhes sobre as vantagens indevidas pagas a outros agentes sem foro especial (fls. 3332).

**17.** Narra o **parquet** que os mencionados colaboradores, ademais de delatarem diversos fatos, apontaram também a participação de outro funcionário da **Andrade Gutierrez, Alberto Quintaes**, o qual possuía detalhes sobre a solicitação e promessa das vantagens indevidas feitas em favor de Conselheiro do Tribunal de Contas Fluminense, oportunidade em que esse, também, indicou outro funcionário da empresa, **Rafael Campelo** (fls. 3332).

**18.** Em paralelo aos fatos apresentados pelos citados executivos da **Andrade Gutierrez**, a sociedade empresária **Carioca Engenharia S/A**, da mesma forma, firmou com o Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Rio de Janeiro) um acordo de leniência, através do qual admitiu a prática de condutas ilícitas, dentre as quais o pagamento de vantagens indevidas aos Conselheiros da Corte de Contas, ao mesmo passo em que executivos da empresa (**Roberto José Teixeira Gonçalves, Roque Manoel Meliande e Luciana Sales Parente**) aderiram ao acordo e também revelaram o pagamento de vantagens indevidas, semelhante à conduta confessada pela **Andrade Gutierrez** e seus empregados (fls. 3332/3333).

**19.** Sob o mesmo viés, a construtora **Odebrecht** entabulou acordo com o Ministério Público Federal através do qual, por meio dos funcionários **Marcos Vidigal do Amaral e Benedito Barbosa da Silva Júnior**, esclareceu-se mais uma série de irregularidades, dentre

as quais os pagamentos de vantagens indevidas a Conselheiros da referida Corte (fls. 3339/3341).

**20.** Aliada à produção da prova oral e dos acordos acima mencionados, ressalta-se as diligências efetivadas no cumprimento dos mandados de busca e apreensão e de condução coercitiva em desfavor de **Jonas Lopes de Carvalho Filho, então Conselheiro e Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, cuja parte do material arrecadado indicava circunstâncias sobre pagamento de propina correspondente a 1% do valor de obras públicas executadas pelo Estado do Rio de Janeiro.

**21.** Obtempera o Ministério Público Federal, **no contexto**, que após a execução dos mandados, **o ex-Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto firmaram acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, apresentando dados de que bem delineiam a atuação de uma organização criminosa formada por membros do Tribunal de Contas Fluminense, com a participação relevante de pessoas do Legislativo e do Executivo locais, além de terceiros.**

**22.** Conforme informações prestadas, o ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR (então Presidente) e os Conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNICADOS), além do ex-Conselheiro ALUISIO GAMA DE SOUZA, receberam vantagens indevidas em dinheiro oferecidas em razão das relevantes atribuições dos cargos que ocupam.

**23.** Ressai da denúncia que, por meio das declarações prestadas pelo então presidente e seu filho (*Jonas Lopes de Carvalho Júnior e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto*), além de sistemática, essa atuação ilícita era estruturada, competindo ao então presidente da época (*Jonas Lopes de Carvalho Júnior*) a realização dos contatos, as solicitações, o controle e a distribuição das vantagens indevidas entre os demais membros participantes, cujas quantias eram levadas à sede do órgão por pessoas designadas para captar os recursos ilícitos, narrando, ademais, detalhes sobre o recebimento de verbas direcionadas a si e a

outros membros do Tribunal de Contas, nos períodos de 2001 a 2006, durante a presidência do Conselheiro José Gomes Graciosa, e de 2007 a 2010, na gestão do Conselheiro José Maurício de Lima Nolasco.

**24. A partir de janeiro de 2011 até dezembro de 2016**, o ex-Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior ocupou a presidência do órgão e, nessa condição, assumiu a gestão estruturada da organização criminosa, incumbindo a seu filho, Jonas Lopes de Carvalho Neto, a arrecadação e o transporte dos valores ilícitos para repartição entre os Conselheiros.

**25.** Ao revelar o funcionamento da estrutura de solicitação, arrecadação e distribuição regular de vantagem indevida a parte dos membros daquela Corte de Contas, o **ex-Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior**, tal qual demonstra o **parquet**, indicou uma série de ocorrências criminosas distintas, nas quais se envolveu como líder temporário do esquema.

**26. FATO 1 (FLS:75): PERTINÊNCIA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – ART. 2º, § 4º, II, DA LEI 12.850/2013** (*Enquadramento típico atribuído em razão de o crime ter se protraído no tempo até data posterior à entrada em vigor da Lei 12.850/2013, em 19 de setembro de 2013*): Quanto ao **primeiro fato** narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013 (*Pertinência a Organização Criminosa*), a **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**.

**27.** Durante o mencionado lapso temporal, teriam os denunciados ajustado uma sistemática solicitação e recebimento de vantagens indevidas, para divisão entre os integrantes daquela Corte de Contas, sendo que, em contrapartida, favoreceriam determinados procedimentos que viriam a ser analisados ou que já estavam sob apreciação do respectivo corpo deliberativo.

**28.** Nesse recorte, faz-se possível observar que, **agindo de forma estruturalmente ordenada e com o objetivo de obter, direta e indiretamente, vantagem indevida, os denunciados integraram organização criminosa, estruturada com clara divisão de tarefas,**

tendo no **núcleo econômico** empresas que possuíam contratos com o Estado do Rio de Janeiro, **como empreiteiras (Odebrecht, Andrade Gutierrez e Carioca Engenharia)**, além de **empresários ligados a diversos setores, como, por exemplo, empresas de ônibus e fornecedoras de alimentação**; o **núcleo financeiro operacional** era basicamente integrado pelo então presidente do TCE-RJ e seus operadores, como no caso de **Jonas Lopes Júnior (ex-presidente do TCE/RJ de 2011 a 2016)**, e **Jonas Lopes Neto (pai e filho encarregados de cobrar, receber e distribuir a propina)**, também integrando esse núcleo os operadores financeiros **Jorge Luiz Mendes (DODA), Deodônio Cândido de Macedo Neto e André Vinícius Gomes da Silva**; e, por fim, o **núcleo institucional**, integrado pelo **próprio ex-presidente (Jonas Lopes Júnior) e pelos demais Conselheiros da Corte de Contas do Estado, ora DENUNCIADOS**.

**29. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em tela, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de pertinência à organização criminosa**: . **ALOYSIO NEVES GUEDES**: artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013; . **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO**: artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013; . **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013; . **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013; . **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013.

**30. FATO 2 (FLS: 80): O CASO SEAP/DEGASE. CORRUPÇÃO PASSIVA (RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDEVIDAS DAS EMPRESAS FORNECEDORAS DE ALIMENTAÇÃO PARA A SEAP E O DEGASE)**: Quanto ao **segundo fato inserto na denúncia**, imputa o Ministério Público Federal a prática do **crime de corrupção passiva** (Art. 317, §1º, c/c art. 327, §2º, do CP), aos denunciados **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**.

**31. Entre maio e dezembro de 2016, Aloysio Neves Guedes, Domingos Inácio Brazão, José Gomes Graciosa, José Maurício**

de **Lima Nolasco e Marco Antônio Barbosa de Alencar**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com auxílio de **Jonas Lopes Júnior** (ex-conselheiro e então Presidente), **solicitaram, aceitaram promessa e receberam vantagem indevida correspondente a 10% (dez por cento) dos valores pagos com recursos repassados pelo Fundo de Modernização do Controle Externo do TCE, aos fornecedores da Secretaria de Administração Penitenciária e do Departamento Geral de Ações Socioeducativas**, representados pelos empresários Carlson Ruy Ferreira e Luiz Roberto de Menezes Soares, **tendo cada denunciado recebido a quantia aproximada de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), por intermédio de Jonas Lopes de Carvalho Neto (filho do ex-Conselheiro e então Presidente e operador da ORCRIM)**, praticando ou retardando atos de ofício, com infração de deveres funcionais, como abaixo se observa (fls. 121/129 da PET 11909).

32. Nesse cenário, em mera análise prefacial, muito embora aduzam as respectivas defesas a inépcia da inicial ou mesmo ausência de justa causa para deflagrar a ação penal, faz-se possível aferir que, tal qual aponta o Ministério Público Federal, em meio às tratativas para a confecção e aprovação do projeto de lei correspondente, o então Presidente da Corte de Contas JONAS LOPES JÚNIOR, articulado com os denunciados ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, solicitou e recebeu para si e para os referidos membros do Tribunal um percentual das despesas liquidadas, cuja quantia alcançou 07 (sete) milhões de reais (fls. 3364).

33. No mesmo compasso, em decorrência da referida vantagem indevida, também em um mero juízo aparente, os Conselheiros denunciados supostamente praticaram atos de ofício com violação de deveres funcionais, consistentes na aprovação da proposta de repasse em reunião extraordinária do Conselho de Administração Superior realizada no dia 12/04/2016 e na própria assinatura do convênio firmado em 28/04/2016, incidindo, assim, a majorante prevista no § 1º, do art. 317, do Código Penal (fls. 3364).

**34. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da **majorante à situação fática narrada, não traçando o parquet quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

**35. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de corrupção passiva, com a causa de aumento de pena inserta no § 1º, do Código Penal**: . **ALOYSIO NEVES GUEDES**: Art. 317, §1º, do CP; . **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO**: Art. 317, §1º, do CP; . **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, §1º, do CP; . **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, §1º, do CP; . **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, §1º, do CP.

**36. CONJUNTO DE FATOS 3 (FLS: 92): O CASO FETRANSPOR. CORRUPÇÃO PASSIVA (RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDEVIDAS DAS EMPRESAS ASSOCIADAS À FETRANSPOR)**: Quanto ao terceiro fato inserto na denúncia, imputa o Ministério Público Federal, por 11 vezes, a prática do crime de corrupção passiva **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** (Art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, por 11 vezes, na forma do art. 71, todos do CP).

**37.** Destaca o **parquet** que entre **maio de 2015 e março de 2016, com periodicidade mensal, por 11 (onze) vezes, os denunciados, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com auxílio**

de Jonas Lopes Júnior (Ex-presidente daquela Corte de Contas), solicitaram, aceitaram promessa e receberam vantagem indevida correspondente a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), cada denunciado, e por mês, totalizando R\$ 3.850.000,00 (três milhões oitocentos e cinquenta mil reais), da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro - FETRANSPOR, por intermédio de JONAS LOPES DE CARVALHO NETO e ÁLVARO JOSÉ GALEZIA NOVIS.

38. Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

39. **De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

40. **Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de corrupção passiva, por 11 (onze) vezes, tal qual se verifica das operações distintas realizadas nos dias 30/5/15, 30/6/15, 30/7/15, 30/8/15, 30/9/15, 30/10/15, 30/11/15, 30/12/15, 30/1/16, 29/2/16 e 30/3/16** (fls. 3394):. **ALOYSIO NEVES GUEDES**: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;. **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO**: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**,

c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP; **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP.

**41. CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13: O CASO SEOBRAS - CORRUPÇÃO PASSIVA (SOLICITAÇÃO E RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDEVIDAS DAS EMPREITEIRAS):** Quanto aos fatos **quarto, quinto, sexto, sétimo, oitavo, novo, décimo, décimo primeiro, décimo segundo e décimo terceiro insertos na denúncia**, imputa o Ministério Público Federal a prática do **crime de corrupção passiva** (Art. 317, **caput**, c/c art. 327, §2º, do CP), aos denunciados **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**.

**42. FATO 4 (FLS: 108):** Em data que não se pode precisar entre **novembro e dezembro 2007**, de forma livre e consciente, os conselheiros **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, agindo em união de propósitos previamente ajustados, inclusive com o então presidente, **solicitaram e aceitaram promessa de vantagem indevida de 1,5 milhão de reais, cada um deles, feita por emissário do Grupo ODEBRECHT, através do servidor do TCE-RJ JORGE LUIZ MENDES, vulgo DODA** (*firmou acordo de Colaboração Premiada com o Ministério Público Federal - PET 11.910*).

**43.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**44. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação*

*de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

45. Nesse painel, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de corrupção passiva: JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, caput, do CP; JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, caput, do CP; MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, caput, do CP.**

46. **CONJUNTO DE FATOS 5 (FLS: 113): Do Recebimento de vantagens indevidas da ODEBRECHT: Entre dezembro de 2007 e abril de 2008, por 4 (quatro) vezes, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, receberam vantagem indevida correspondente às 4 (quatro) parcelas atribuídas à ODEBRECHT da taxa de 1% do contrato das obras do PAC FAVELAS.**

47. Pontua a exordial acusatória, que o pagamento das vantagens indevidas sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**, sendo que no caso das obras do PAC FAVELAS, a **primeira parcela** foi paga quando da aprovação do edital (*a sessão plenária do TCE-RJ que decidiu pelo conhecimento, com arquivamento comunicação e determinação no Processo n° 114.007-5/2007, que analisou o edital, ocorreu em 20/12/2007*), a **segunda** após a publicação da lista dos vencedores da licitação (*a sessão da Comissão Especial de Licitação que tornou público o resultado final da Concorrência Nacional n° 002/2007/SEOBRAS ocorreu em 1/2/2008*) e as **terceira e quarta** parcelas nos 30 e 60 dias subsequentes (fls. 3420).

48. Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

49. **De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do

Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

**50. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de corrupção passiva, por 04 (quatro) vezes**:. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP;. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP;. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**51. CONJUNTO DE FATOS 6 (FLS: 117): Do Recebimento de vantagens indevidas da ANDRADE GUTIERREZ**: Entre **dezembro de 2007 e abril de 2008**, por 04 (quatro) vezes, **os denunciados JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, receberam vantagem indevida correspondente às 4 (quatro) parcelas atribuídas à ANDRADE GUTIERREZ da taxa de 1% do contrato das obras do PAC FAVELAS.

52. Pontua o **parquet** que o pagamento das propinas sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**, sendo que no caso das obras do PAC FAVELAS, a **primeira parcela** (*a sessão plenária do TCE-RJ que decidiu pelo conhecimento, com arquivamento comunicação e determinação no Processo n° 114.007-5/2007, que analisou o edital, ocorreu em 20/12/2007*) foi paga quando da aprovação do edital, **a segunda** (*a sessão da Comissão Especial de Licitação que tornou público o*

*resultado final da Concorrência Nacional nº 002/2007/SEQBRAS ocorreu em 1/2/2008*), após a publicação da lista dos vencedores da licitação e as **terceira e quarta** parcelas nos 30 e 60 dias subsequentes.

53. Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**54. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva*. (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta*.

**55. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de corrupção passiva, por 04 (quatro) vezes**:. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP;. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP;. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**56. CONJUNTO DE FATOS 7 (FLS: 121): Do Recebimento de vantagens indevidas da CARIOCA ENGENHARIA**: Entre dezembro de 2007 e abril de 2008, por **04 (quatro) vezes**, os denunciados **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro,

receberam vantagem indevida correspondente às 4 (quatro) parcelas atribuídas à CARIOCA ENGENHARIA da taxa de 1% do contrato das obras do PAC FAVELAS.

57. Vê-se da denúncia que o pagamento das propinas sobre cada contrato era dividido em 04 (quatro) parcelas, sendo que no caso das obras do PAC FAVELAS, **a primeira** (*a sessão plenária do TCE-RJ que decidiu pelo conhecimento, com arquivamento comunicação e determinação no Processo nº 114.007-5/2007, que analisou o edital, ocorreu em 20/12/2007*), parcela foi paga quando da aprovação do edital, **a segunda** (*sessão da Comissão Especial de Licitação que tomou público o resultado final da Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRAS ocorreu em 1/2/2008*), após a publicação da lista dos vencedores da licitação e **as terceira e quarta parcelas** nos 30 e 60 dias subsequentes (fls. 3425).

58. Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

59. **De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

60. **Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 04 (quatro) vezes**. **JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, caput, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP; JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA**

**NOLASCO: Art. 317, caput, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP; MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, caput, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

**61. CONJUNTO DE FATOS 8, 9 e 10: As OBRAS DE REFORMA DO MARACANÃ PARA A COPA DE 2014 (a presente imputação não se estende ao conselheiro DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, que tomou posse 110 TCE-RJ apenas em 28/4/2015):** Ressai da exordial acusatória, que uma vez executadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, mas financiadas com recursos de pelo menos R\$ 400.000,00 disponibilizados pelo BNDES, sendo a União Federal fiadora do empréstimo, as obras de reforma e adaptação do Estádio do Maracanã para sediar a Copa do Mundo de 2014 foram contratadas com o CONSÓRCIO MARACANÃ RIO 2014, formado pela ODEBRECHT (líder), com 49% de participação, DELTA, com 30% de participação, e ANDRADE GUTIERREZ, com 21% de participação.

**62.** Neste sentido, **em agosto de 2010**, foi assinado o Contrato n° 101/2010 entre o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, por meio da Secretaria de Estado de Obras, e o consórcio referido, sendo que as obras tiveram um valor contratado de **R\$ 705.589.143,72**, tendo efetivamente custado, após aditivos e reajustes, aproximadamente **R\$ 1.080.647.797,00** (fls. 3425).

**63.** Houve financiamento das obras de reforma do Maracanã para a Copa de 2014 com recursos federais, sendo a União Federal fiadora do empréstimo. Relata o parquet que, em julho de 2011, foi assinado o Contrato de Financiamento n° 10.2.1763.1 entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, tendo-se liberado o valor de R\$ 400.000.000,00 para a execução das obras (fls. 3426).

**64.** Ressalva a prefacial, no ponto, que, como aconteceu no PAC das FAVELAS, as obras de reforma do Maracanã para a Copa do Mundo de 2014 envolveram vultosos contratos, que representaram mais uma grande oportunidade para o recebimento de vantagens indevidas por aqueles que deveriam zelar pela boa utilização de dinheiro público.

**65. FATO 8 (FLS: 126):** Extrai-se da peça acusatória, que em data que não se pode precisar, mas entre **junho e julho de 2010**, de forma livre e consciente, os conselheiros **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, agindo em união de propósitos previamente ajustados, inclusive com o então presidente da Corte de Contas, **solicitaram e aceitaram promessa de vantagem indevida feita por emissário do Grupo ODEBRECHT, através do operador DEODONIO CÂNDIDO DE MACEDO NETO.**

**66. Entre junho e julho de 2010**, o então secretário de Governo **WILSON CARLOS CARVALHO** entrou em contato com o funcionário da empreiteira Odebrecht **MARCOS VIDIGAL DO AMARAL** e **informou-lhe sobre a necessidade de pagamento de valores junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.**

**67.** Segundo **WILSON CARLOS**, esses pagamentos deveriam ser feitos para que os contratos fossem executados sem qualquer tipo de embaraço ou contestação por parte da Corte de Contas e já havia negociado o valor da propina em 1% sobre o valor do faturamento da obra.

**68.** Aduz o **parquet**, que após o contato de **WILSON CARLOS, MARCOS VIDIGAL** levou a solicitação ao seu superior na empreiteira ODEBRECHT, **BENEDICTO BARBOSA DA SILVA JÚNIOR**, que tinha poderes para acatar ou não o pleito, o qual anuiu com os pagamentos, condicionando-os, todavia, à assinatura do contrato, que, àquela época, ainda não havia sido firmado, o que veio a ocorrer efetivamente em agosto de 2010 (fls. 3427).

**69.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**70. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**

quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

**71. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo: **ALOYSIO NEVES GUEDES**: Art. 317, **caput**, do CP; **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP; **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP; **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP.

**72. CONJUNTO DE FATOS 9 (FLS: 129): Do Recebimento de vantagens indevidas da ODEBRECHT**: Entre agosto e dezembro de 2010, por **04 (quatro)** vezes, **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às parcelas atribuídas à ODEBRECHT da taxa de 1% do contrato das obras do Maracanã para a Copa de 2014.**

**73.** Conforme mencionado anteriormente, o pagamento dos valores indevidos sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**: a **primeira** parcela inicialmente era paga quando da aprovação do edital, e as **demais após 30, 60 e 90 dias**, embora nem sempre ocorressem com regularidade, sendo que os valores devidos eram pagos pelas empreiteiras participantes do consórcio responsável pela obra mencionada, na proporção de sua participação.

**74.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**75. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

**76. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 04 (quatro) vezes**. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP;. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP;. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**77. CONJUNTO DE FATOS 10 (FLS: 136): Do Recebimento de vantagens indevidas da ANDRADE GUTIERREZ**: Entre agosto e dezembro de 2010, por 4 (quatro) vezes, **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, receberam vantagem indevida **correspondente às parcelas atribuídas à ANDRADE GUTIERREZ da taxa de 1% do contrato das obras do Maracanã para a Copa de 2014.**

**78.** Conforme mencionado anteriormente, o pagamento dos valores indevidos sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**: a primeira parcela inicialmente era paga quando da aprovação

do edital (*Posteriormente a primeira parcela da propina passou a ser paga quando da assinatura do contrato, e em um terceiro momento, a primeira parcela passou a ser liberada apenas quando do primeiro pagamento às empreiteiras*), e as demais após 30, 60 e 90 dias, embora nem sempre ocorressem com regularidade, sendo que os valores devidos eram pagos pelas empreiteiras participantes do consórcio responsável pela obra mencionada, na proporção de sua participação.

**79.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**80. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva*. (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Reynaldo Soares da Fonseca**, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta*.

**81. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 04 (quatro) vezes**. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP**; **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP**; **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP**.

**82. CONJUNTO DE FATOS 11, 12 e 13: As OBRAS DA LINHA 4 DO METRÔ** (*a presente imputação não se estende ao*

*conselheiro DOMINGOS INÁCIO BRAZAO, que tomou posse no TCE-RJ apenas em 28/4/2015).*

**83.** No ano de 2014, os **Conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, agindo de forma livre, consciente e em unidade de desígnios, **receberam a vantagem indevida de 1,85 milhão de reais, correspondente à fiscalização do contrato da Linha 4 do Metrô** (*embora não tenham sido contratadas pela Secretaria de Estado de Obras, mas sim pela Secretaria de Estado de Transportes, as obras da Linha 4 do Metrô geraram o pagamento de propinas aos Conselheiros do TCE-RJ em sistemática semelhante às demais obras*).

**84.** Conforme destaca o Ministério Público Federal, o custo da obra foi originalmente orçado em R\$ 880.079.295,18, em 1998, e posteriormente reajustado para R\$ 9.643.697.011,65 (fls. 3435), ao passo em que as quantias indevidas foram oferecidas por gestores do consórcio responsável pelas obras do metrô (ODEBRECHT, CARIOCA, QUEIROZ GALVÃO, COWAN e SERVIX), sendo recolhidas e partilhadas entre os integrantes da Corte que participavam da empreitada criminosas.

**85.** Para tanto, todos contaram com a participação relevante de JONAS LOPES NETO (operador), que, de forma livre e consciente, agindo em unidade de desígnios com seu pai, o então Presidente do JONAS LOPES JÚNIOR e com outros conselheiros, recolheu o dinheiro e o encaminhou ao Tribunal de Contas para divisão entre conselheiros participantes.

**86. FATO 11 (FLS. 142):** Em data que não se pode precisar no ano de 2014, de forma livre e consciente, **os conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, agindo em união de propósitos previamente ajustados, inclusive com o então presidente, **solicitaram e aceitaram promessa de vantagem indevida feita por emissário do Grupo ODEBRECHT, através do operador JONAS LOPES DE CARVALHO NETO, filho do então presidente JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR.**

87. No que se refere ao fato aqui imputado aos denunciados, não obstante a narrativa ministerial, observa-se que, no ponto, não demonstrou o **parquet**, com acuidade, ao menos por meio de um mínimo juízo de probabilidade, a conduta dos acusados, eximindo-se de descrever, de modo compreensível, o modo de agir dos supostos autores.

88. Ao que se denota, não se faz possível aferir quando se deram os fatos narrados, eis que se aponta simplesmente o ano de 2014, e nem mesmo quais seriam os dirigentes da empresa ODEBRECHT e o gestor que teria oferecido e prometido vantagem indevida aos Conselheiros do Tribunal, para que o corpo deliberativo adotasse leitura mais favorável nas decisões sobre o contrato.

89. Sabe-se que a denúncia genérica resta por inverter o ônus **probandi**, eis que a inobservância por parte do órgão acusador da descrição mínima da conduta imputada, em última análise, implica a incumbência do denunciado em demonstrar a não participação no ilícito penal, o que revela violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório. (v.g. HC n. 423.882/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 22/10/2018; RHC n. 105.167/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 02/04/2019).

90. Nesses termos, tenho que a denúncia não merece ser recebida, **nesse ponto**, com fulcro **no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta**.

91. **FATO 12 (FLS: 145)**: Em data que não se pode precisar por volta de setembro de 2014, **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às parcelas atribuídas à ODEBRECHT da taxa de 1% do contrato das obras da Linha 4 do Metrô**.

92. Embora o pagamento das propinas sobre cada contrato fosse, em regra, dividido em **04 (quatro) parcelas**, sendo os débitos divididos proporcionalmente entre as empreiteiras participantes do consórcio, no caso em tela, sustenta o **parquet**, que as parcelas da

ODEBRECHT foram quitadas de uma só vez.

**93.** Para tanto, aponta o órgão ministerial, que **JONAS LOPES NETO encontrou-se com o diretor da ODEBRECHT no estacionamento do shopping Leblon, na cidade do Rio Janeiro, e recolheu 01 (hum) milhão de reais em espécie, que estavam acondicionados no bagageiro do veículo Ford/Fusion do emissário do dinheiro, sendo que as quantias correspondiam às 04 (quatro) parcelas de 250 mil reais prometidas pela empresa, liquidadas numa única oportunidade.**

**94.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**95. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

**96. Nesse painel**, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva, insertos no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 04 (quatro) vezes**: . **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP; . **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP; . **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**97. CONJUNTO DE FATOS 13 (FLS: 150): Do Recebimento de vantagens indevidas da CARIOCA ENGENHARIA:** Em data que não se pode precisar, **entre 16 de julho de 2014 e outubro de 2014, por 3 (três) vezes, ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às parcelas atribuídas à CARIOCA ENGENHARIA da taxa de 1% do contrato das obras da Linha 4 do Metrô.**

**98.** Ressalva o **parquet** que o pagamento das vantagens indevidas sobre cada contrato geralmente era dividido em 04 (quatro) parcelas (**valor total de 450.000,00 em 03 (três) parcelas de 150.000,00**): **a primeira** parcela inicialmente era paga quando da aprovação do edital, e **as demais após 30, 60 e 90 dias**, embora nem sempre ocorresse com regularidade, sendo que os valores devidos eram pagos pelas empreiteiras participantes do consórcio responsável pela obra mencionada, na proporção de sua participação.

**99.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**100. De outro lado**, quanto à pretensão acusatória referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a adequação típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet** quais seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC n. 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe de 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida, no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

**101. Nesse painel,** em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 03 (três) vezes**. **ALOYSIO NEVES GUEDES:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP**; **JOSÉ GOMES GRACIOSA:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP**; **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP**; **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP**.

**102. CONJUNTO DE FATOS 14 (FLS: 154): DA ACEITAÇÃO E RECEBIMENTOS DE VANTAGENS INDEVIDAS POR ALOYSIO NEVES GUEDES DE MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA, REPRESENTANTE DA EMPRESA UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA:** Quanto ao **décimo quarto** fato narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no artigo 317, **caput**, **por 03 (três) vezes**, na forma do artigo 71, ambos do Estatuto Repressivo, a ALOYSIO NEVES GUEDES.

**103.** Ressai da inicial que no período compreendido entre **novembro de 2016 e fevereiro de 2017**, por pelo menos **03 (três) vezes**, ALOYSIO NEVES GUEDES (DENUNCIADO), de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, solicitou, aceitou promessa e recebeu vantagem indevida correspondente a **R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por mês, totalizando R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), paga por MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA, representante da empresa UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.**

**104.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**105. Nesse painel,** em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontra-se o denunciado incurso no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 03 (três) vezes: ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 317, caput, do CP, por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

**106. CONJUNTO DE FATOS 15 (FLS: 159): DA ACEITAÇÃO E RECEBIMENTOS MENSAIS DE VANTAGENS INDEVIDAS POR ALOYSIO NEVES GUEDES, DE SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO:** Quanto ao **décimo quinto** fato narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no artigo 317, por 87 (oitenta e sete) vezes, na forma do artigo 71, ambos do Estatuto Repressivo, a ALOYSIO NEVES GUEDES.

**107.** Extraí-se da inicial acusatória que no período compreendido entre **janeiro de 2007 e março de 2014, por pelo menos 87 (oitenta e sete) vezes, ALOYSIO NEVES GUEDES,** de modo consciente e voluntário, **em razão da condição de Chefe de Gabinete da Presidência da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, até março de 2010, e de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a partir de abril de 2010, aceitou promessa e recebeu vantagem indevida correspondente a uma mensalidade de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), paga por SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO (SÉRGIO CABRAL).**

**108.** Portanto, tenho que essas informações dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**109. Nesse painel,** em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontra-se o denunciado incurso no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo, **por 03 (três) vezes: ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 317, caput, do CP, por 87 (oitenta e sete) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

**110. CONJUNTO DE FATOS 16 (FLS: 166):** Quanto ao **décimo sexto** fato narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério

Público Federal a conduta inserta no **artigo 1º, § 4º, da Lei 9613/98, por pelo menos 15 (quinze) vezes**, na forma do artigo 71, do Estatuto Repressivo, a **ALOYSIO NEVES GUEDES**.

111. Expressa o Ministério Público Federal que consumados os delitos antecedentes de corrupção, **o denunciado ALOYSIO NEVES GUEDES, consciente e voluntariamente, nos anos de 2011, 2012 e 2013, em 15 (quinze) oportunidades distintas, ocultou e dissimulou a origem, a natureza, disposição, movimentação e a propriedade de pelo menos R\$ 463.000,00 (quatrocentos e sessenta e três mil reais), convertendo em ativos lícitos o produto de crimes de corrupção praticados por organização criminosa, com a compra de obras de arte utilizando dinheiro em espécie ou com a troca de outras obras de arte anteriormente adquiridas com recursos ilícitos.**

112. Nesse cenário, observa-se que, no momento procedimental, e em um mero juízo aparente, fazem-se presentes os elementos mínimos também a respaldar a deflagração da ação penal. (v.g. *AgRg no HC 349954/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Parcionik, DJe. 06/05/2019*).

113. Assim, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que, ao menos de modo prefacial, encontra-se o denunciado incurso no crime de Lavagem de dinheiro, inserto no artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, **por 15 (quinze) vezes: . ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por 15 (quinze) vezes, na forma do art. 71, todos do CP.**

114. Ao que se pode verificar pelos elementos colacionados ao procedimento, há uma série de provas que foram colhidas no correr da investigação que autorizam a deflagração da Ação Penal. As declarações coletadas dos diversos colaboradores e corroboradas pelos materiais apreendidos nas medidas de busca e apreensão, ademais daqueles aferidos pela quebra de sigilo cadastral, bancário, telemático, fiscal, dentre outros aportados nessa Corte Superior, bem demonstram que, em juízo de cognição sumária, não há como se afirmar que os acusados não tivessem pleno conhecimento da atividade ilícita. Dessa forma, tenho que **a denúncia deve ser:**

. **(FATO 01): RECEBIDA pelo crime de pertinência a organização criminosa (Art 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013), em**

**relação a ALOYSIO NEVES GUEDES** (*pelas atividades criminosas compreendem o período posterior a abril de 2010, data de sua posse no TCE/RJ*), **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO** (*pelas atividades criminosas compreendem o período posterior a 28/04/2015, data de sua posse do TCE/RJ*), **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **(FATO 02): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, § 1º, do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(CONJUNTO DE FATOS 3): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, por 11 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(FATOS 4): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, do CP), em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(CONJUNTO DE FATOS 5): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(CONJUNTO DE FATOS 6): RECEBIDA** pelo crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(CONJUNTO DE FATOS 7): RECEBIDA** pelo crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(FATOS 8): RECEBIDA** pelo crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. **(CONJUNTO DE FATOS 9): RECEBIDA** pelo crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. (CONJUNTO DE FATOS 10): RECEBIDA pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. REJEITADA: Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. (FATO 11): . REJEITADA: Em relação à **prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, do CP)**, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia), quanto a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR.**

. (FATO 12): RECEBIDA pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. REJEITADA: Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. (CONJUNTO DE FATOS 13): RECEBIDA pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 03 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. REJEITADA: Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

. (CONJUNTO DE FATOS 14): RECEBIDA pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 03 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES.**

. (CONJUNTO DE FATOS 15): RECEBIDA pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 87 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES.**

. (CONJUNTO DE FATOS 16): RECEBIDA pelo crime de crime de lavagem de ativos (Art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por 15 vezes, na forma do artigo 71, todos do CP), em relação a ALOYSIO NEVES GUEDES.

MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DA FUNÇÃO PÚBLICA (FLS. 175):

115. No ponto, vale ressaltar que os denunciados já estão afastados do exercício do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por decisão deste relator, posteriormente referendada por este colegiado. Os elementos documentados na investigação revelam indícios de crimes de corrupção passiva e lavagem de capitais relacionados a atos inerentes às funções públicas por eles exercidas, com imensuráveis prejuízos ao erário. Ao serem analisados os documentos e mídias apreendidas por força das diversas medidas cautelares então decretadas, foram identificadas outras evidências relacionadas aos eventos originalmente apurados e outros indícios de condutas criminosas, além daquelas que já haviam motivado o afastamento anterior. Denota-se um vasto conjunto de provas, largamente esquadrihado nas decisões que motivaram o afastamento dos sigilos e as buscas e apreensões, tais como transcrições de troca de mensagens de texto e de diálogos entre integrantes do esquema, e-mails, documentos, dentre outros elementos de cognição. Dessa forma, é premente a o fato de que permaneçam impossibilitados do desempenho do cargo e de que se abstenham de tomar parte em qualquer tipo de decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o que só pode ser viabilizado com a suspensão do exercício da atividade pública. Por último, ainda adscrevo que o afastamento se faz indispensável como forma de permitir o bom andamento do processo criminal e das apurações administrativas que dela decorrerão.

116. Dessa forma, sem prejuízo de eventual substituição da medida cautelar nesta oportunidade aplicada por outra mais grave, mas entendendo que, no momento, o afastamento é o que basta, suspendo do exercício da função pública de ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, nos termos

da fundamentação acima, até o julgamento final, o que faço forte no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal (v.g. Inq n. 558/DF, **Corte Especial, Rel. Min. Nancy Andrichi**, DJe de 11/11/2010; QO na PET na APn n. 869/DF, **Corte Especial, Rel. Min. Luis Felipe Salomão**, DJe de 04/08/2017).

**Denúncia parcialmente 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, rejeitar as preliminares e receber parcialmente a denúncia, com ressalva do ponto de vista pessoal dos Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Raul Araújo, em relação a: - ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR pelas tipificações previstas nos arts. 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013 (CONJUNTO DE FATOS 1), 317, § 1º, do CP (CONJUNTO DE FATOS 2), e 317, caput, por 11 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP (CONJUNTO DE FATOS 3); - JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR pela tipificação prevista nos arts. 317, caput, do CP (CONJUNTO DE FATOS 4); 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP (CONJUNTO DE FATOS 5, 6 e 7); - ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR pelas tipificações previstas nos arts. 317, caput, do CP (CONJUNTO DE FATOS 8 e 12), 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP (CONJUNTO DE FATOS 9 e 10), 317, caput, por 03 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP (CONJUNTO DE FATOS 13); - ALOYSIO NEVES GUEDES pela tipificação prevista no Art. 317, caput, por 03 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP (CONJUNTO DE FATOS 14) 317, caput, por 87 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP (CONJUNTO DE FATOS 15), e 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por 15 vezes, na forma do artigo 71, todos do CP (CONJUNTO DE FATOS 16). Também, por unanimidade, rejeitar a denúncia em relação a: - ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE

LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR relativamente à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos em que dispõe o artigo 395, I, do CPP - inépcia - (CONJUNTO DE FATOS 2 e 3); - JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR relativamente à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos em que dispõe o artigo 395, I, do CPP - inépcia - (CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6 e 7); - ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR relativamente à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos em que dispõe o artigo 395, I, do CPP - inépcia (CONJUNTO DE FATOS 8, 9, 10, 12 e 13); - ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR em relação à prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, do CP), nos termos em que dispõe o artigo 395, I, do CPP - inépcia (CONJUNTO DE FATOS 11).

Ainda, por unanimidade, determinar a suspensão do exercício da função pública de Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro de ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR até o julgamento final da presente ação penal. Quanto ao recebimento da denúncia, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Quanto à suspensão do exercício da função pública, os Srs. Ministros Francisco Falcão, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Raul Araújo, Antonio Carlos Ferreira e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator. Não votou quanto ao afastamento, em virtude de ausência ocasional, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Humberto Martins, Maria Thereza de Assis Moura, Jorge Mussi e Og Fernandes.

Convocados os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira e Sérgio Kukina.

Sustentaram oralmente o Exmo. Sr. Luciano Mariz Maia pelo MPF; o Dr. MARCELO LEAL DE LIMA OLIVEIRA, pelo denunciado JOSÉ GOMES GRACIOSA, o Dr. MÁRCIO GESTEIRA PALMA, pelo denunciado DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, o Dr. ADILSON VIEIRA MACABU, pelo denunciado JOSE MAURICIO DE LIMA NOLASCO e o Dr. NÉLIO ROBERTO SEIDL MACHADO, pelo denunciado MARCO ANTONIO BARBOSA DE ALENCAR.

Brasília (DF), 13 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

---

DJe 18.6.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: **01.** Trata-se de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, tendo em conta a **competência racione personae** desta Corte Superior de Justiça, com fulcro naquilo que dispõe o **art. 105, inciso I, letra a, da Constituição da República**, contra:

**02. ALOYSIO NEVES GUEDES**, brasileiro, solteiro, nascido em 05/02/1947, filho de Oscar Espínola Guedes e Marina Pereira das Neves, conselheiro afastado do TCE/RJ, inscrito no CPF sob o n° 026.974.917-91, portador do RG n° 2095213 IFP-RJ, com endereço na Rua Barão de Jaguaripe, 294, apartamento 301, Ipanema, Rio de Janeiro/RJ;

**03. DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO**, brasileiro, casado, nascido em 07/03/1965, filho de Francisco Gomes Brazão e Justina da Silva de Inácio, conselheiro afastado do TCE/RJ, inscrito no CPF sob o n° 817.186.757-04, portador do RG n° 06879501 IPFRJ, com endereço na Rua Paulo Pereira da Câmara, 10, Barra da Tijuca, Rio de Janeiro/RJ;

**04. JOSÉ GOMES GRACIOSA**, brasileiro, casado, nascido em 18/03/1954, filho de Nilo Borges Graciosa e Dilce Demarchi Gomes Graciosa, conselheiro afastado do TCE/RJ, inscrito no CPF sob o n° 499.324.117-87, portador do RG 1309915 IPF-RJ, residente na Avenida Rui Barbosa, 266, apto. 801, Flamengo, Rio de Janeiro/RJ;

**05. JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**, brasileiro, casado, nascido em 19/05/1950, filho de José Nolasco e Glória Lima Nolasco,

conselheiro afastado do TCE/RJ, inscrito no CPF sob o n° 299.861.507-44, portador do RG 2.357-752 IFP-RJ;

**06. MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, brasileiro, casado, nascido em 05/06/1955, filho de Marcello Nunes de Alencar e Eugênia Barbosa de Alencar, conselheiro afastado do TCE/RJ, inscrito no CPF sob o n° 425.700.857-15, portador do RG n° A-017 TCE/RJ, residente na Rua Piratininga, 114, casa, Gávea, Rio de Janeiro/RJ.

**07. Sobre os fatos que deram ensejo a instauração do respectivo inquérito, o qual serviu de suporte para a oferta da presente exordial**, vale trazer à baila a contextualização fática apresentada pelo Ministério Público Federal, atê para que se possa delimitar a **quaestio**:

*“1 – DA CONTEXTUALIZAÇÃO DOS FATOS*

*A presente denúncia apresenta o resultado de parcela da investigação levada a cabo pelo Ministério Público Federal e pela Polícia Federal, com o apoio da Receita Federal, a partir das Operações Descontrole e Quinto do Ouro, além das investigações realizadas após suas deflagrações, que revelaram a existência de uma organização criminosa composta por Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, que receberam vantagens indevidas em diversas oportunidades, correspondentes a percentuais sobre valores de contratos celebrados pelo Estado do Rio de Janeiro.*

*A partir de informações e documentos encaminhados por dirigentes de empresas construtoras com quem foram celebrados acordos de colaboração premiada, além de outros elementos densos apresentados pelo então ex-Presidente do TCE-RJ, seu filho e outros agentes envolvidos nos crimes, todos na condição de colaboradores, coligiu-se um vasto conjunto de dados sobre condutas criminosas praticadas no órgão.*

*As circunstâncias dessas práticas ilícitas indicam a recepção e o manuseio de volumes significativos de moeda em espécie, recolhidos junto aos corruptores, transportados na maioria das vezes para dentro das dependências do TCERJ e partilhados entre os Conselheiros integrantes da organização criminosa.*

*Posteriormente, consoante a rotina de atividades dessa natureza, as quantias foram ocultadas e dissimuladas em operações comerciais, diretamente pelos Conselheiros ou por terceiros, para fruição do resultado dessa empreitada.*

*Pessoas envolvidas em atividades criminosas que geram grandes volumes de dinheiro, como no caso, levam parte dos valores a depósito em contas-correntes,*

*adquirem bens e ampliam o consumo de produtos para usufruir das quantias ilícitas que amealharam.*

*Os elementos probatórios reunidos são bastantes para indicar a participação dos Conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR nas atividades criminosas ora imputadas.*

*Postas tais considerações de natureza introdutória, é necessário esclarecer que, considerando o tamanho e a complexidade da atuação da organização criminosa, no presente momento da investigação foram produzidas e analisadas provas suficientes ao oferecimento de uma primeira denúncia, englobando, além da imputação de crime de pertinência a organização criminosa (FATO 1):*

*a) os crimes de corrupção praticados a partir da utilização do Fundo de Modernização do Controle Externo do TCE-RJ para pagamento dos fornecedores de alimentação da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - SEAP e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas -DEGASE (FATO 2);*

*b) os crimes de corrupção praticados com o envolvimento das empresas associadas à Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro - FETRANSPOR e em razão das relevantes atribuições dos Conselheiros do TCE-RJ, com a oferta de condescendência na análise dos processos relacionados aos serviços públicos de transporte de passageiros (CONJUNTO DE FATOS 3);*

*c) parcela dos crimes de corrupção praticados através da instituição da cobrança de uma 'taxa' sobre os contratos firmados com empreiteiras, sobretudo pela Secretaria de Estado de Obras - SEOBRAS, destinada aos Conselheiros do TCE-RJ, em razão das relevantes atribuições de seus cargos (CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13):*

*d) os crimes de corrupção praticados pelo conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES em razão do recebimento de valores para o favorecimento das empresas UNLÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. e UNLÃO NORTE CONSTRUÇÕES E PARTICIPAÇÕES LTDA (CONJUNTO DE FATOS 14);*

*e) os crimes de corrupção praticados pelo conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES em razão do recebimento de mesada no valor de R\$ 100.000,00 de SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO (SÉRGIO CABRAL),*

*desde a época em que ocupava o cargo de Chefe de Gabinete da Presidência da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro ALERJ, em 2007, até março de 2014 (CONJUNTO DE FATOS 15);*

*f) parcela dos crimes de lavagem de dinheiro até o momento identificados (CONJUNTO DE FATOS 16)” (fls. 3.328-3.331).*

**08.** Durante a **fase inquisitorial**, por ocasião da decisão de fls. 789-810, foi deferida a busca e apreensão em relação às pessoas LUIZ ROBERTO DE MENEZES SOARES, MARCELO SANTOS AMORIM, AFFONSO HENRIQUES MONNERAT ALVES DA CRUZ, CARLSON RUY FERREIRA, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, ALOYSIO NEVES GUEDES, ALUISIO GAMA DE SOUZA, JORGE SAYED PICCIANI, ANDRE VINICIUS GOMES DA SILVA, COR E SABOR DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA, MASAN SERVIÇOS ESPECIALIZADOS LTDA, HB MULTISERVIÇOS LTDA, DENJUD REFEIÇÕES COLETIVAS ADMINISTRAÇÃO E SERVIÇOS LTDA, PROL ALIMENTAÇÃO, COMERCIAL MILANO BRASIL LTDA, MASGOVI INDÚSTRIA COMERCIO SERVIÇOS IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA e FEDERAÇÃO DAS EMPRESAS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO – FETRANSPOR.

**09.** Na ocasião, determinou-se a condução coercitiva de: JORGE SAYED PICCIANI, AFFONSO HENRIQUES MONERAT ALVES DA CRUZ, MARCELO SANTOS AMORIM, LUIZ ROBERTO DE MENEZES SOARES, CARLSON RUY FERREIRA, MARCO ANTÔNIO DE LUCA, ANTÔNIO MANTUANO DE LUCA, ANTÔNIO CARLOS OLIVEIRA MONTEIRO, PAULO CÉSAR RIBEIRO ALVES, EDUARDO CARLOS DE ARAÚJO, JOSÉ NILSON MACEDO FARIAS, ROSE MARY LEITE FRADE, LUIS SESINADO DE OLIVEIRA MONTEIRO, JOSÉ CARLOS REIS LAVOURA, LELIS MARCOS TEIXEIRA, AMAURY DE ANDRADE e ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA.

**10.** Restou-se, ainda, nessa mesma oportunidade, **decretada a prisão temporária**, pelo prazo de 05 (cinco) dias, dos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **JOSÉ GOMES GRACIOSA, MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, ALOYSIO NEVES GUEDES e DOMINGOS INÁCIO**

## **BRAZÃO, além da prisão de ex-Conselheiro ALUYSIO GAMA DE SOUZA.**

11. Em decisão de fls. 904-906, a busca e apreensão **foi estendida** aos endereços relacionados a THIAGO VIANNA DE SOUZA.

12. Às fls. 1.015-1.018, foi **prorrogada a prisão temporária**, por mais 5 (cinco) dias, de JOSÉ GOMES GRACIOSA, MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS BRAZÃO e ALOYSIO GAMA DE SOUZA.

13. Deferida, às fls. 1.032-1.033, a realização de busca e apreensão **em novo endereço**, relacionado a MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR.

14. Em decisão de fls. 1.076-1.087, em face da **medida cautelar de postulada pelo Ministério Público Federal**, determinou-se, **em 07/04/2017, ad referendum** da Corte Especial, pelo prazo de 180 (cento e oitenta) dias, **o afastamento cautelar do cargo** de JOSÉ GOMES GRACIOSA, MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO e JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR (*esse último Conselheiro respondia ao mesmo INQ 1133/DF, juntamente com os demais Conselheiros aqui narrados, sendo que foi o procedimento posteriormente desmembrado e contra ele - Jonas Lopes de Carvalho Júnior -, ofertada a denúncia na APN 875/DF, a qual se encontra em trâmite na 7ª Vara Federal de Rio de Janeiro, frente à perda do foro por prerrogativa de função*).

15. O Referido ato fora referendado em acórdão acostado às fls. 1.855-1.872, cuja medida foi prorrogada por mais 180 (cento e oitenta dias), em decisão de fls. 2.914-2.919 e acórdão de fls. 2.948-2.957.

16. Na decisão de fls. 2.331-2.337, restaram deferidas novas medidas de busca e apreensão e condução coercitiva.

17. O Ministério Público Federal, então, ofereceu denúncia em 247 laudas (fls. 3.327-3.573), no bojo da qual, após detalhada exposição dos fatos (**os quais destaco quando da fundamentação do acórdão**), atribuiu aos acusados as seguintes condutas típicas:

**17.1. FATO 1:** ALOYSIO NEVES GUEDES (*as atividades criminosas compreendem o período posterior a abril de 2010, data de sua posse no TCE/RJ*), DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO (*as atividades criminosas compreendem o*

período posterior a 28/04/2015, data de sua posse do TCE/RJ), *JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, por pertinência a organização criminosa (Art 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013)*;

**17.2. FATO 2:** ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, §1º, c/c art. 327, §2º, do CP)**;

**17.3. CONJUNTO DE FATOS 3:** ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **por 11 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, por 11 vezes, na forma do art. 71, todos do CP)**;

**17.4. FATO 4:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, do CP)**;

**17.5. CONJUNTO DE FATOS 5:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **por 4 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP)**;

**17.6. CONJUNTO DE FATOS 6:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **por 4 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP)**;

**17.7. CONJUNTO DE FATOS 7:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **por 4 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP)**;

**17.8. FATO 8:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput c/c art. 327, §2º, do CP)**;

**17.9. CONJUNTO DE FATOS 9:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e

MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317. caput, c/c art. 327, §2º, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, do CP);**

**17.10. CONJUNTO DE FATOS 10:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, do CP);**

**17.11. FATO 11:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, do CP);**

**17.12. FATO 12:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, todos do CP);**

**17.13. CONJUNTO DE FATOS 13:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, **por 3 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 3 vezes na forma do art. 71, todos do CP);**

**17.14. CONJUNTO DE FATOS 14:** ALOYSIO NEVES GUEDES, **por 3 vezes, ela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, do CP, por 3 vezes, na forma do artigo 71, todos do CP);**

**17.15. CONJUNTO DE FATOS 15:** ALOYSIO NEVES GUEDES, **por pelo menos 87 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, do CP, por 87 vezes, na forma do artigo 71, todos do CP).**

**17.16. CONJUNTO DE FATOS 16:** ALOYSIO NEVES GUEDES, **por pelo menos 15 vezes, pela prática do crime de lavagem de ativos (Art. 1º, §4º, da Lei 9.613/98 na forma do artigo 71, todos do CP).**

**18.** Após o oferecimento da exordial acusatória, em 20 de março de 2018, foi determinado, com base no art. 4º da Lei nº 8.038/90, **a notificação dos acusados para a apresentação de resposta** (fls. 3.628-3.630).

**19.** O denunciado **ALOYSIO NEVES GUEDES (fls. 4.943-4.960)** busca em sua defesa preliminar, resumidamente: **1)** desqualificar as delações

de Jonas Lopes Júnior e de seu filho, Jonas Lopes Neto; **2)** demonstrar a inexistência ou a insuficiência de provas a lastrear os fatos que lhe são imputados na peça acusatória; **3)** destacar a inépcia da denúncia, por falta de justa causa e ausência de descrição mínima das circunstâncias exigidas pelo art. 41 do CPP; **4)** a rejeição da denúncia.

**20.** O denunciado **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO** (fls. 4.974-5.095) alega, em síntese que:

*“(i) Há flagrante cerceamento de defesa, com violação expressa à Súmula Vinculante nº 14 do Supremo Tribunal Federal, uma vez que diversos pedidos de acesso aos autos feitos pelo defendente foram simplesmente ignorados, não lhe tendo sido oportunizado analisar inúmeras mídias e documentos importantíssimos, eis que não juntados ao processo eletrônico;*

*“(ii) A denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal é absolutamente inepta, tendo em vista que, à fl. 213, aponta que o defendente teria feito diversos depósitos online totalizando R\$ 1.630.323,00 (um milhão, seiscentos e trinta mil e trezentos e vinte e três reais), porém não indica de onde teria surgido essa informação, tampouco qual seria exatamente o período em questão;*

*“(iii) Tendo em vista que a acusação em face do defendente é alicerçada quase exclusivamente em acordos de colaboração, em especial aqueles firmados pelo Sr. Jonas Lopes de Carvalho Júnior e Jorge Luiz Mendes Pereira da Silva – nos quais, contrariando o recente entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Ministério Público Federal estipulou a pena a ser cumprida –, há evidente violação ao Princípio da Estrita Legalidade Administrativa, constituindo as demais peças de informação colhidas na investigação prova ilícita, devendo ser desentranhadas dos autos, na forma do artigo 157, do Código de Processo Penal;*

*“(iv) Há absoluta falta de justa causa para o oferecimento da denúncia, uma vez que, como será visto mais detidamente a seguir, os acordos de colaboração que mencionam o defendente, celebrados pelo Sr. Jonas Lopes Júnior – **criminoso contumaz e seu inimigo declarado** – e pelo Sr. Jorge Luiz Mendes Pereira da Silva – **que mente descaradamente em seu depoimento** –, representam apenas meio de obtenção de prova – não sendo, portanto, suficientes para a deflagração da ação penal se dissociados de outros elementos idôneos e concretos de convicção;*

*“(v) De todo modo, demonstrar-se-á na presente defesa – instruída com dois pareceres técnicos da lavra de profissionais reconhecidos nacionalmente por sua expertise – **a manifesta improcedência da acusação lançada contra o defendente**” (fls. 4.977-4.979).*

21. Ao final, colaciona, a fim de corroborar a sua tese, provas documentais e periciais, postulando, assim, a rejeição da peça acusatória ou a improcedência da pretensão punitiva, frente à existência de elementos mínimos a indicarem a sua participação no suposto esquema criminoso.

22. Em resposta, **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO (fls. 5.177-5.230)** postula, **em síntese: 1) Em sede preliminar**, que seja reconhecida a ausência de documentos necessários e essenciais ao exercício da ampla defesa e do contraditório, (*v.g. Tais como gravações audiovisuais dos depoimentos dos colaboradores; cópias da APN 875; identificação e cópia dos procedimentos e decisões relacionados à extração de dados telefônicos; e origem dos arquivos com os registros de acesso ao escritório do colaborador Jonas Lopes de Carvalho Neto*); **2) No mérito**, articula a inépcia da denúncia, por falta de descrição de conduta típica a evidenciar sua participação nos fatos que lhe são imputados, além da ausência de justa causa apta a sustentar a pretensão punitiva e de outros elementos de provas a corroborar as delações utilizadas na acusação; **3)** o reconhecimento do excesso de acusação ao se postular o incremento de pena previsto no § 2º do art. 327 do Código Penal, aduzindo que não ocupa cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista e tampouco empresa pública ou fundação instituída pelo poder público; **4)** a reabertura do prazo para a defesa, após a juntada dos supostos documentos faltantes, bem como seja a peça acusatória rejeitada por inépcia ou por falta de justa causa quanto aos fatos nela narrados.

23. **JOSÉ GOMES GRACIOSA (fls. 5.408-5.570)**, em sede defensiva, sustenta, em síntese: **1)** incompetência da atual Relatoria desta APN 897, por ter homologado delação que será utilizada na ação penal; **2)** ocorrência de vícios formais na peça acusatória e de ausência de narrativa dos elementos tipificadores do crime de organização criminosa; **3)** ilicitude das delações premiadas que culminaram nas acusações, por desrespeito ao princípio da indisponibilidade da ação penal e conseqüente violação à Lei de Organização Criminosa; **4)** ausência de justa causa para a continuidade da ação penal que estaria fundada unicamente em delações premiadas; **5)** impossibilidade de se utilizar nesta ação penal informações obtidas em acordo de cooperação internacional, por força do princípio da especialidade; **6)** atipicidade dos fatos em apuração e negativa de autoria; **7)** inexistência de provas hábeis à incriminação; **8)** ação isolada do delator Jonas Lopes de Carvalho Júnior, com posterior acusação de outros membros do TCE/RJ; **9)** incompatibilidade de corruptos e corruptores formarem a mesma organização criminosa, como afirma a denúncia; **10)** serem

infundadas as delações de Jonas Lopes e de seu filho e **11)** falta de veracidade das versões acusatórias de corrupção e lavagem de dinheiro.

**24.** Ao final, requer que seja reconhecida a incompetência deste Relator, com a consequente redistribuição do feito, ou, subsidiariamente, a inépcia da denúncia, a ocorrência de violação ao princípio da indisponibilidade, a falta de justa causa para o processamento desta ação penal e a impossibilidade de se utilizar de informação obtida mediante acordo de cooperação internacional gravada pelo princípio da especialidade, batendo, nesse turno, pela rejeição da denúncia ou pelo julgamento de improcedência da acusação.

**25. MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (fls. 5.606-6.535)**, por sua vez: **1)** suscita a ocorrência de cerceamento de defesa e a fragilidade da acusação, que teria se baseado em fragmentos de informações extraídas de seu aparelho celular, sem observar a totalidade do conteúdo dos dados contidos no referido dispositivo; **2)** insurge-se contra as delações de Jonas Lopes de Carvalho Júnior e Jonas Lopes de Carvalho Neto (pai e filho), por falta de credibilidade das acusações enquanto corrêus; **3)** questiona a veracidade das informações apresentadas por réus confessos; **4)** contesta as acusações dos delatores de que teria recebido “vantagem indevida de empresas que fornecem alimentos ao sistema carcerário do estado mediante liberação de recursos próprios do Tribunal; **5)** nega a sua participação em supostos recebimentos de vantagens indevidas pagas pela FETRANSPOR; **6)** defende inexistirem provas de eventual entrega de recursos ilegais ao acusado, supostamente relacionados “aos empreendimentos da Secretaria de Obras do Estado do Rio de Janeiro”, senão declarações do colaborador Jonas Lopes; **7)** ressalva que, por não haver provas dos atos de corrupção, a acusação de associação criminosa também não subsistiria; **8)** obtempera a inconsistência na análise ministerial sobre sua movimentação financeira; **9)** bate, ao final, pela rejeição da denúncia ou pelo julgamento de improcedência da pretensão punitiva.

**26. Em atenção ao disposto no art. 5º da Lei nº 8.038/90**, o Ministério Público Federal foi intimado para se manifestar, às fls. 6.643-6.645, colacionando parecer em 12 de novembro de 2018 (fls. 6.677-6.689), oportunidade em que pugna pelo recebimento da exordial, “*por haver certeza da materialidade e indícios suficientes de autoria, bem como estarem presentes os requisitos previstos no artigo 41 do CPP para o reconhecimento da aptidão da denúncia*” (fls. 6688/6689).

**27.** Às fls. 6965/8111, foram colacionadas, **de modo extemporâneo**, outras argumentações e documentos pela defesa de **José Gomes Graciosa, sob a**

**roupagem de fatos novos**, os quais, uma vez analisados em conjunto com os demais elementos de cognição, aportados nos mais de 40 (quarenta) apensos deste procedimento, em nada alteram a realidade já anteriormente apresentada.

**É o relatório.**

## VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer (Relator): **28.** De início, não obstante as diversas intelecções propostas pelas defesas dos denunciados, faz-se possível estratificar as preliminares aventadas em 03 (três) blocos, dentre eles: **1) Da Incompetência desta relatoria; 2) Da Inépcia da denúncia; 3) Da ausência de justa causa, do cerceamento de defesa e da legitimidade da Colaboração Premiada**, ao passo em que, as demais premissas, por se confundirem com o mérito da narrativa apresentada, serão apreciados no seu adequado momento.

### 29. Preliminares:

#### 29.1. Incompetência desta relatoria:

No ponto, sustenta a defesa de **José Gomes Graciosa** a necessidade de redistribuição do feito, em razão da incompetência deste Relator, eis que, além de homologar a colaboração premiada, também será o responsável pelo julgamento da respectiva ação penal, no bojo da qual ela será a mesma utilizada.

Sobre o tema, vale transcrever o que bem registra o Ministério Público Federal:

*“48. Por outro lado, a suposta incompetência do Ministro Relator, suscitada por JOSÉ GOMES GRACIOSA, em razão de ter homologado as delações que nortearam as investigações, revela-se despropositada. Não há previsão legal dessa proibição. Ao revés, o juízo que detém competência para presidir as investigações também é o competente para processar e julgar a ação penal correspondente. Essa é a interpretação mais consentânea com a finalidade da lei e a tônica do princípio da identidade física do juiz. O julgador que melhor conhece os fatos certamente saberá melhor aplicar o direito. Não é por outra razão que essa tem sido a praxe nos tribunais pátrios.*

*49. A homologação é o ato judicial que aprecia a legalidade da delação de colaborador, aferindo-lhe validade como elemento de prova em processo penal futuro, que em nada difere da produção de outras provas indiciárias durante as investigações e, igualmente, jungidas ao crivo judicial.*

**50. Logo, dizer que o juízo que homologou acordos firmados com colaboradores é incompetente para processar e julgar a ação penal constitui burla ao juiz natural da causa” (fls. 6688).**

Como se observa, a tese levantada pela defesa, além de não possuir qualquer embasamento normativo, vai de encontro à modulação hermenêutica a ser conferida ao princípio da identidade física do Juiz (artigo 399, § 2º, do CPP, introduzido pela Lei 11.719/08) o qual reza, dentre os seus objetivos, que a causa seja julgada, em regra, pelo magistrado que colheu as provas orais, podendo-se avaliar, dessa forma, a credibilidade dos depoimentos que foram enraizadas e ainda pulsam em sua memória.

Para Eugênio Pacelli:

**“b) Princípio da identidade física do juiz:**

*Enfim, o nosso Código de Processo Penal, depois de quase setenta anos, passou a incorporar a regra (ou princípio) da identidade física do juiz, ao dispor, por força da Lei nº 11.719/08, que “o juiz que presidiu a instrução deverá proferir a sentença” (art. 399, § 211, CPP). A medida é importantíssima, já que a coleta pessoal da prova, isto é, o contato imediato com os depoimentos, seja das testemunhas, seja também do ofendido e do acusado, parece-nos de grande significado para a formação do convencimento judicial. Como se sabe, o provimento judicial final deve demonstrar sempre um juízo de certeza, quando condenatória a sentença. E essa, a certeza, de tão difícil obtenção, deve cercar-se das maiores cautelas. Daí a exigência de o juiz da instrução ser o mesmo da sentença alinha-se com um modelo processual que valoriza o livre convencimento motivado e da persuasão racional, dado que se põe como a mediação (da prova para a sentença) para a formação da convicção do magistrado. A regra já existe, há tempos, no processo civil, com maiores especificações, a saber: “art. 132. O juiz, titular ou substituto, que concluir a audiência julgará a lide, salvo se estiver convocado, licenciado, afastado por qualquer motivo, promovido ou aposentado, caso em que passará os autos ao seu sucessor”. A atual legislação, modificativa do Código de Processo Penal, Lei nº 11.719/08, limitou-se a consignar que o juiz que presidiu a instrução deve rá proferir a sentença (art. 399, § 211, CPP)”. (Curso de Processual Penal. São Paulo: Atlas, 2014. p. 331)*

Dessa forma, há de ser afastada a preliminar.

**29.2. Inépcia da denúncia:**

No que se refere à arguida deficiência da peça de acusação, segundo entendimento jurisprudencial consolidado, a alegação de eventual inépcia só

pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação que se imputa, em flagrante prejuízo à defesa, ou na ocorrência de qualquer das situações apontadas no artigo 395 do CPP.

Tal orientação é consentânea com os julgados do Superior Tribunal de Justiça (APn 885/DF, **Corte Especial, Rel. Herman Benjamim**, DJe 10/12/2018; APn 888/DF, **Corte Especial, Rel. Nancy Andrighi**, DJe 02/05/2018).

**No caso em exame**, a denúncia demonstrou, **em sua maioria**, acuidade com os fatos atribuídos aos acusados, não se eximindo de descrever de modo compreensível a conduta e o modo de agir dos supostos autores. Também indicou o tempo e o resultado material dos crimes, bem como as testemunhas a serem ouvidas em juízo, a fim de possibilitar a concretização do contraditório e o exercício da mais ampla defesa.

Desse modo, **em parte**, a peça atende às prescrições do artigo 41 do Código de Processo Penal, uma vez que narra a conduta proibida, quem a praticou (**quis**), os meios empregados (**quibus auxiliis**), o gravame causado (**quid**), o motivo da conduta (**cur**), a maneira empregada (**quomodo**), o tempo (**quando**) e o local (**ubi**).

**Nesse painel, a fim de possibilitar maior compreensão e escoreita concatenação quanto à análise da pretensão acusatória, deixo para considerar os apontamentos em que vislumbrei a inépcia da prefacial, para o momento do exame de cada fato apontado pelo parquet.**

### **29.3. Da ausência de justa causa e do cerceamento de defesa:**

Considera-se por justa causa, prevista no artigo 395, III, do CPP, **uma importante condição da ação processual penal, uma verdadeira garantia contra o uso abusivo do direito de acusar.**

Sabe-se que a **denúncia** deve vir acompanhada com o **mínimo embasamento probatório**, ou seja, com lastro probatório mínimo (HC 88.601/CE, **Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes**, DJU de 22/06/2007), apto a demonstrar, **ainda que de modo incidiário**, a efetiva realização do ilícito penal por parte do denunciado. Em outros termos, é imperiosa existência de um **suporte legitimador** que revele de modo satisfatório e consistente, a **materialidade do fato delituoso** e a **existência de indícios suficientes de autoria do crime**, a respaldar a acusação, de modo a tornar esta plausível. Não se revela admissível a **imputação penal destituída de base empírica idônea** (INQ 1.978/PR, **Tribunal Pleno, Rel. Min. Celso de Mello**, DJU de 17/08/2007)

o que implica a ausência de justa causa a autorizar a instauração da **persecutio criminis in iudicio**.

É o que se pode vislumbrar dos seguintes **excertos doutrinários, verbis**:

**Fernando da Costa Torinho Filho (in Código de Processo Penal Comentado**, vol. 1, 5ª edição, Saraiva, 1999, p. 121) ressalta que “... a doutrina ensina que, se por acaso a denúncia ou queixa não vier respaldada em elementos mais ou menos sensatos, sem um mínimo de prova mais ou menos séria, não poderá ser recebida, ante a falta do interesse processual. Não fosse assim, não teriam sentido os arts. 12, 16, 18, 27, 39, § 5º, e 47 do CPP. Sem esses elementos de convicção, não é possível a propositura da ação.”

**Afrânio da Silva Jardim (in Direito Processual Penal**, 7ª edição, Forense, 1999, p. 323) assevera que:

*“a realidade nos mostra que a simples instauração do processo penal já atinge o chamado **status dignitatis** do acusado, motivo pelo que, antes mesmo do legislador ordinário, deve a Constituição Federal inadmitir expressamente qualquer ação penal que não venha lastreada em um suporte probatório mínimo.*

*Destarte, torna-se necessária ao regular exercício da ação penal a sólida demonstração, **prima facie**, de que a acusação não é temerária ou leviana, por isso que baseada em um mínimo de prova. Este suporte probatório mínimo se relaciona com os indícios da autoria, existência material do fato típico e alguma prova de sua antijuridicidade e culpabilidade. Veja-se neste sentido o que deixamos escrito em nosso trabalho intitulado “**Arquivamento e desarquivamento do inquérito policial**”, publicado pela **Revista de Processo**, vol. 35, pp. 264-276, da Ed. Rev. dos Tribunais.*

*Ressalte-se, entretanto, que a Constituição deve condicionar a ação penal à existência de alguma prova, ainda que leve. Agora, se esta prova é boa ou ruim, isto já é questão pertinente ao exame do mérito da pretensão do autor. Até porque as investigações policiais não se destinam a convencer o Juiz, mas apenas viabilizar a ação penal, documentando-a com o inquérito ou peças de informação.*

*Ademais, contraria também o interesse público a formulação de uma acusação prematura, que se apresente, desde logo, como sendo inviável, vez que redundaria em indevida absolvição, sempre garantida pela imutabilidade da coisa julgada material”.*

**José Frederico Marques (in Elementos de Direito Processual Penal**, vol. 1, 2ª edição, Millennium, 2000, p. 355/356), tecendo considerações acerca do interesse de agir na ação penal, destaca:

“O pedido pode firmar-se em fato típico e, portanto, em providência do texto legal que o torne possível, mas não ser adequado à situação concreta que é deduzida na acusação. Nesse caso, faltará legítimo interesse para a propositura da ação penal.

Para que haja interesse de agir, é necessário que o autor formule uma pretensão adequada, ou seja, um pedido idôneo a provocar a atuação jurisdicional.

A jurisdição, como lembra MOREL, não é função que possa ser movimentada sem um motivo que justifique o pedido de tutela judiciária; e como este se faz através da ação, a regra é a de que onde não há interesse não existe ação: **pas d'intérêt, pas d'action**. O interesse de agir é a relação entre a situação antijurídica denunciada e a tutela jurisdicional requerida. Disso resulta que somente há interesse quando se pede uma providência jurisdicional adequada à situação concreta a ser decidida. É preciso que se examine em que termos é formulada a exigência que se contém na pretensão para que se verifique da existência do interesse de agir. Donde a seguinte lição de LIEBMAN: “A existência do interesse de agir é assim uma condição do exame do mérito, o qual seria evidentemente inútil se a providência pretendida fosse por si mesma inadequada a proteger o interesse lesado ou ameaçado, ou então quando se demonstra que a lesão ou ameaça que é denunciada na realidade não existe ou não se verificou ainda. É claro que reconhecer a subsistência do interesse de agir não significa, ainda, que o autor tenha razão quanto ao mérito; isso tão-só quer dizer que pode tê-la e que sua pretensão se apresenta como digna de ser julgada”.

O legítimo interesse é a causa do pedido, como o explica e demonstra TULLIO DELOGU. Ausente o interesse de agir, falta justa causa para a propositura da ação penal.

Deve, pois, o juiz rejeitar a denúncia com base no que diz o art. 43, n° III, do Código de Processo Penal, que determina tal rejeição quando **faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal**. Ora, a acusação não deixa de ser ameaça de coação; e como esta se considera ilegal quando **sem justa causa** (Código Processo Penal, art. 648, n° I), evidente é que o legítimo interesse, como justa causa da ação penal, constitui uma condição legal para a propositura desta.”

**Gilherme de Souza Nucci** (in **Código de Processo Penal Comentado**, Revista dos Tribunais, 4ª ed., 2003, p. 648), sobre a ausência de justa causa, assevera que “*desdobra-se a questão em dois aspectos: a) justa causa para a ordem proferida, que resultou em coação contra alguém; b) justa causa para a existência de processo ou investigação contra alguém, sem que haja lastro probatório suficiente. Na primeira situação, a falta de justa causa baseia-se na inexistência de provas ou*

*de requisitos legais par que alguém seja detido ou submetido a constrangimento (ex.: decreta-se a preventiva sem que os motivos do art. 312 do CPP estejam nitidamente demonstrados nos autos). Na segunda hipótese, a ausência de justa causa concentra-se na carência de provas a sustentar a existência e manutenção da investigação policial ou do processo criminal. Se a falta de justa causa envolver apenas uma decisão, contra esta será concedida a ordem de habeas corpus. Caso diga respeito à ação ou investigação em si, concede-se a ordem para o trancamento do processo ou procedimento.”*

**Pois bem.** Naquilo que se refere à **falta de justa causa para o exercício da ação aenal, em razão da ausência de um lastro probatório mínimo a lastrear a acusação**, tenho que suas premissas elencadas pelas defesas dos denunciados não merecem prosperar.

Cumprе ressaltar, no ponto, que para que se possa aferir a presença da referida condição, não se mostra imprescindível a obtenção de um juízo de certeza acerca da autoria e da materialidade delitivas, as quais se fazem necessárias, apenas, em caso de eventual julgamento do mérito, bastando aqui, nessa oportunidade, a mera plausibilidade da pretensão punitiva.

No escólio de José Antônio Paganella Boschi, a viabilidade acusatória *“deverá estar minimamente lastreada em elementos probatórios legítimos e idôneos da conduta típica”*. (Ação Penal. Rio de Janeiro: Aide, 1993, p. 59)

**No caso dos autos**, tenho que a preliminar, **quando se refere a alegação de ausência de suficiente alicerce acusatório**, confunde-se com a própria matéria de fundo, a seguir esquadrihada, sendo certo, e como adiante se verá, que há elementos suficientes que autorizam o desencadeamento da ação penal.

**Já quanto ao apontamento direcionado à demonstrar que a acusação se resta edificada exclusivamente nas delações premiadas de Jonas Lopes Júnior e Jorge Luiz Mendes Pereira da Silva**, ao contrário do alegado na defesa de José Gomes Graciosa, Domingos Inácio Brazão, José Maurício de Lima Nolasco, Aloysio Neves Guedes, vê-se que **os fatos apresentados pelo Ministério Público Federal estão lastreados por inúmeros documentos, coletados em diversas medidas cautelares, cabendo citar, nos seus mais de 40 (quarenta) apensos, e a título de exemplo, medidas de busca e apreensão, quebras de sigilo bancário, telemático e telefônico.**

Oportuno transcrever excerto do parecer ministerial, quando registra que **além das declarações dos colaboradores, as acusações baseiam-se em depoimentos de executivos das empresas Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia e Odebrecht, bem como em vasta prova documental e pericial**

colhidas durante as investigações, sobretudo arrecadadas em buscas e apreensões levadas a efeito contra acusados e delatores, entre estes, Jonas Lopes de Carvalho Júnior, então Conselheiro e Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto:

*“33. Além das declarações dos colaboradores, as acusações baseiam-se em depoimentos de executivos das empresas Andrade Gutierrez, Carioca Engenharia e Odebrecht, bem como em vasta prova documental e pericial colhidas durante as investigações, sobretudo arrecadadas em buscas e apreensões levadas a efeito contra acusados e delatores, entre estes, Jonas Lopes de Carvalho Júnior, então Conselheiro e Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto.*

*34. A propósito, nada há nos autos que descredencie as delações incriminatórias dos acusados. Ao revés, os acordos firmados fundam-se em autorização legislativa e atendem as exigências legais, tanto que, ao serem submetidos ao crivo judicial, foram devidamente homologados.*

*35. Por outro lado, o conteúdo das declarações firmadas pelos delatores, que balizaram as investigações, foi corroborado por outros elementos de provas. De sorte que, as acusações firmam-se, repita-se, não apenas em delações, mas em sólidos elementos de autoria e materialidade que corroboram a versão dos colaboradores e evidenciam o envolvimento dos acusados nos fatos em apuração” (fls. 6684/6685).*

Ademais, ao contrário também do que aduz a defesa dos acusados, ainda que fosse a exordial firmada apenas em declarações firmadas pelos colaboradores, já delineou o c. Supremo Tribunal Federal, que o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada é suficiente, como indício de autoria, para fins de recebimento da denúncia, nesse sentido:

*“INQUÉRITO. CORRUPÇÃO PASSIVA MAJORADA E LAVAGEM DE CAPITAIS (ART. 317, § 1º, C/C ART. 327, § 2º, DO CÓDIGO PENAL E ART. 1º, CAPUT E § 4º, DA LEI 9.613/1998). INÉPCIA DA DENÚNCIA. REJEIÇÃO. INDÍCIOS DE AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADOS. SUBSTRATO PROBATÓRIO MÍNIMO PRESENTE. ATENDIMENTO DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CPP. DENÚNCIA RECEBIDA EM PARTE.*

*1. Não contém mácula a impedir a deflagração de ação penal denúncia que descreve, de forma lógica e coerente, a imputação no contexto em que se insere, permitindo ao acusado compreendê-la e exercer seu direito de defesa (Ap 560, Rel. Min. DIAS TOFFOLI, Segunda Turma, DJe de 11.06.2015; Inq 3.204, Rel. Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, DJe de 03.08.2015).*

2. O juízo de recebimento da denúncia é de mera delibação, nunca de cognição exauriente. Assim, há que se diferenciar os requisitos para o recebimento da exordial acusatória, delineados no art. 41 do Código de Processo Penal, com o juízo de procedência da imputação criminal.

3. Conforme já anunciado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal, o conteúdo dos depoimentos colhidos em colaboração premiada não é prova por si só eficaz, tanto que descabe condenação lastreada exclusivamente neles, nos termos do art. 4º, § 16, da Lei 12.850/2013. São suficientes, todavia, como indício de autoria para fins de recebimento da denúncia (Inq 3.983, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016). No caso, vislumbra-se substrato probatório mínimo de materialidade e autoria.

4. É inviável a incidência da causa de aumento do art. 327, § 2º, do Código Penal, pelo mero exercício do mandato parlamentar (Inq 3.983 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 12.05.2016; e Inq 3.997 Rel. Min. TEORI ZAVASKI, Tribunal Pleno, DJe de 26.09.2016), porquanto a jurisprudência desta Corte determina a existência de uma imposição hierárquica (Inq 2.191, Rel. Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, DJe de 08.05.2009), sequer descrita nos presentes autos.

5. Denúncia recebida, em parte, com relação ao art. 317, § 1º, do Código Penal e art. 1º, V e § 4º, da Lei 9.613/1998, na redação anterior à Lei 12.683/2012" (Inq n. 3982, Segunda Turma, Rel. Min. Edson Fachin, DJe de 05/06/2017, grifei).

No mesmo diapasão, não merece proceder o apontamento defensivo, no sentido de que teria o Ministério Público Federal ferido o princípio da indisponibilidade da ação penal e a Lei de Organização Criminosa, eis que, como bem destacado pelo parquet, “a presente denúncia abrange apenas parte dos crimes praticados pelos denunciados e se restringe à participação dos Conselheiros da Corte de Contas fluminense, detentores de foro por prerrogativa de função, nas atividades imputadas, não incluindo terceiros envolvidos, que serão responsabilizados em autos próprios, nas instâncias competentes” (fls. 3347).

Da mesma forma, não merece guarida a insurgência aventada pela defesa de José Gomes Graciosa, quando postula a impossibilidade de se utilizar informação obtida mediante acordo de cooperação internacional gravada pelo princípio da especialidade (fls. 5430/5433), uma vez que, não obstante entenda a jurisprudência desta Corte que em tema de acordo de cooperação internacional a regra é a ampla utilização da prova, sendo que qualquer restrição deva ser expressamente formulada pelo Estado requerido, observa-se que o denunciado busca, de modo amplamente genérico e sem nenhum apontamento específico, macular a utilização de eventual elemento extraído do âmbito internacional, sequer cotejando-o com qualquer dos fatos consignados na prefacial acusatória.

**Noutro compasso, naquilo que se refere ao cerceamento de defesa, argumentam os acusados a vulneração de princípios de envergadura constitucional, frente a ausência de alguns documentos que consideram necessários e essenciais ao exercício do contraditório e da ampla defesa, oportunidade em que requerem não somente a consequente juntada, bem como a reabertura de prazo para a apresentação das respectivas defesas.**

**No ponto, como acima mencionado, restou-se demonstrado que para o recebimento da exordial, deverá a pretensão punitiva estar minimamente lastreada em elementos probatórios legítimos e idôneos a indicar a plausibilidade acusatória.**

Muito embora a insurgência defensiva, compulsando detidamente o caderno processual, **vale destacar que tal pleito já foi devidamente rechaçado durante o curso do procedimento**, restando-se consignado, inclusive, na decisão de fls. 5574, que **os elementos de cognição que instruem a presente ação penal e sustentam a peça acusatória (necessários ao exercício da ampla defesa, ao menos nesta fase processual), estariam disponíveis aos denunciados, tanto o é que já foram ofertadas as respectivas respostas por todos os acusados, os quais, dentre os limites objetivos da etapa procedimental, aventaram os argumentos que entenderam necessários a rechaçar a pretensão punitiva.**

Denota-se, nesse diapasão, **que as proposições já foram anteriormente sanadas, encontrando-se presentes, portanto, elementos de provas suficientes para o legítimo desenrolar da instrução probatória.**

Vale descrever, por oportuno, o salientado pelo Ministério Público Federal, quando ressalva que:

*“45. Já o suposto cerceamento de defesa suscitado pelos acusados JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, na percepção do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, está superado, porquanto já dirimido por esse Superior Tribunal de Justiça em decisões pretéritas.*

*46. Sobre os questionamentos da defesa de compartilhamento das provas da APN 875 e de que não teve acesso à integralidade das provas que lastreiam a denúncia, este Parquet Federal, aliás, assim se manifestou:*

*[12]. O pedido de Marco Antônio Barbosa de Alencar de compartilhamento das provas da APN 875 não merece guarida. A uma, porque já denegado nestes autos, ante a falta de demonstração de sua imprescindibilidade. A duas, porque as cópias dos documentos daquela ação penal que se encontram sob a tutela da Coordenadoria da Corte Especial desse STJ estão à disposição das partes.*

13. *Também não prosperam os questionamentos de José Maurício de Lima Nolasco de que não teve acesso à integralidade dos autos digitais e de que não estão disponíveis os depoimentos dos colaboradores Roberto José Teixeira Gonçalves, Roque Manoel Meliande, Marcos Andrade Barbosa da Silva e Luciana Salles.*

14. *Conforme certificado pela Coordenadoria da Corte Especial foi dado 'acesso à defesa de todos os documentos encartados nos autos da APN 897'. No mais, 'o Ministério Público Federal nos documentos anexos à denúncia fez juntar os termos de depoimento dos referidos colaboradores' (e-STJ Fl. 4965).*

15. *Igual desfecho cabe à petição de fls. 49888/4893 e-STJ, na qual Domingos Inácio Brazão também aduz que a denúncia se fundamenta em documentos e materiais não disponíveis nos autos, quais sejam, depoimentos de colaboradores; cópia dos documentos que compõem a APN 875; identificação e juntada dos autos de onde foram extraídos os dados telefônicos mencionados na denúncia; e identificação da origem dos arquivos com os registros de acesso do escritório do colaborador Jonas Lopes de Carvalho Neto.*

16. *Como já dito, o vício decorrente da falta dos depoimentos dos colaboradores já foi sanado pelo MPF e não há comprovação da imprescindibilidade do compartilhamento das provas carreadas na APN 875, apesar de a cópia destes autos estar disponível aos investigados na Coordenadora da Corte Especial (...)" (fls. 6687).*

Nesse cenário, **o que se constata é que a peça inaugural está alicerçada em diversos e substanciosos elementos de cognição, os quais são suficientes para possibilitar, nesta etapa, a edificação acusatória, ao passo em que, eventuais mídias não encontradas pela Coordenadoria da Corte Especial (em alguns dos anexos), frente à remessa da APN 875/DF (ação penal envolvendo outras partes, remetida à 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro/RJ, em razão da aposentadoria do então presidente e ex-Conselheiro do Tribunal de Contas fluminense, Jonas Lopes Filho), não seriam, de modo algum, empecilho para o seguimento do procedimento, até mesmo porque, poderão os poucos documentos porventura não acostados, eis que não essenciais, ao contrário do que busca registrar a defesa, ser juntados no curso da instrução e submetidos ao crivo do contraditório.**

Por fim, faz-se mister a transcrição de excerto da decisão proferida pelo **c. Supremo Tribunal Federal, da lavra do e. Ministro Celso de Mello, na Reclamação 30.975/DF (ajuizada no c. Pretório Excelso, sob o argumento de não ter a defesa acesso às provas desta ação penal)**, quando se evidencia a ocorrência

de hipótese configuradora da perda superveniente do objeto daquela demanda, **uma vez que teve a defesa acesso a todos os documentos encartados na ação penal que aqui se discute, in verbis:**

*“Observo, inicialmente, que a análise da controvérsia suscitada na presente sede processual, no que concerne ao pretendido acesso integral aos autos da APn nº 897/DF, evidencia a ocorrência de hipótese configuradora de perda superveniente de objeto desta reclamação, valendo transcrever, por oportuno, fragmento da certidão emitida, em 07/08/2018, pela Coordenadoria da Corte Especial do E. Superior Tribunal de Justiça:*

***‘Certifico, em cumprimento ao despacho de fls. 4934/4935, que esta Coordenadoria possibilitou o acesso à defesa de todos os documentos encartados nos autos da APN 897.***

*Certifico, por fim, que esta Coordenadoria possui cópia digitalizada da APN 875 (com 2 volumes e 24 apensos), atualizada até a data de sua remessa ao Juízo Federal da 7ª Vara Criminal do Rio de Janeiro, as quais se encontram à disposição das partes.’ (grifei)*

*A existência desse fato – possibilidade de integral acesso a todas as peças documentais produzidas nos autos da APn 897/DF – assume relevo processual, eis que faz instaurar, quanto a esse específico ponto desta reclamação, situação de prejudicialidade.*

*Enfatize-se, por oportuno, que esse entendimento encontra apoio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Rcl 7.404/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES – Rcl 8.294/SC, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – Rcl 9.274/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 10.043/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO – Rcl 10.242/RJ, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – Rcl 11.083/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – Rcl 13.681/RJ, Rel. Min. ROSA WEBER – Rcl 15.644/MS, Rel. Min. LUIZ FUX – Rcl 15.810/RS, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – Rcl 15.816/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – Rcl 16.906/SP, Rel. Min. GILMAR MENDES, v.g.), cabendo destacar, entre outras, a seguinte decisão que esta Corte proferiu a propósito do tema ora em exame:*

***‘RECLAMAÇÃO – ATO IMPUGNADO – REVOGAÇÃO – PERDA DE OBJETO. A revogação do ato tido, no pedido inicial da reclamação, como discrepante de certa decisão implica o prejuízo da reclamação, julgando-se extinto o processo sem apreciação do tema de fundo.’***

*(Rcl 2.496-QO/PE, Rel. Min. MARCO AURÉLIO – grifei)*

*Sendo assim, pelas razões expostas, e acolhendo, ainda, o parecer da douta Procuradoria-Geral da República, julgo prejudicada a presente reclamação, em face da perda superveniente de seu objeto.*

*Arquivem-se estes autos”.*

Há de ser afastada, portanto, a preliminar em tela.

### **30. Do mérito:**

Inicialmente, destaca-se que no momento do recebimento da denúncia, cumpre ao Magistrado efetivar aquilo que se entende por juízo de delibação, examinando a peça acusatória no que tange ao preenchimento dos requisitos do artigo 41 do Código de Processo Penal, avaliando, inclusive, a presença de algum motivo para que se possa rejeitá-la, na forma do artigo 395, ou, ainda, eventualmente absolver sumariamente os acusados, com fulcro no artigo 397, ambos do mesmo diploma legal, ademais daquilo que dispõe o artigo 6º da Lei 8038/90.

Desse modo, faz-se impróprio exigir, até para não comprometer a imparcialidade que se espera do órgão julgador, uma análise aprofundada da procedência da pretensão punitiva.

No compasso, considerando que foram imputados aos denunciados 16 (dezesseis) fatos aparentemente criminosos, até para que se possa realizar uma detida análise da pretensão acusatória, passo ao exame individualizado de cada um daqueles narrados pelo **parquet**.

#### **30.1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS:**

Inicialmente, cumpre, até para que se possa delimitar a **questio**, contextualizar os fatos que alicerçaram a prefacial acusatória.

Denota-se pelos elementos colacionados ao caderno processual, que a investigação levada a efeito pela Polícia Federal e pelo Ministério Público Federal se iniciou quando os colaboradores **Rogério Nora de Sá e Clóvis Renato Numa Peixoto Primo, executivos da Andrade Gutierrez**, indicaram possuir informações sobre o pagamento de propina a membro do Tribunal de Contas do Estado, além de apresentar detalhes sobre as vantagens indevidas pagas a outros agentes sem foro especial (fls. 3332).

Narra o **parquet** que os mencionados colaboradores, ademais de delatarem diversos fatos, apontaram também a participação de outro funcionário da

**Andrade Gutierrez, Alberto Quintaes**, o qual possuía detalhes sobre a solicitação e promessa das vantagens indevidas feitas em favor de Conselheiro do Tribunal de Contas Fluminense, oportunidade em que esse, também, indicou outro funcionário da empresa, **Rafael Campelo** (fls. 3332).

Em paralelo aos fatos apresentados pelos citados executivos da **Andrade Gutierrez**, a sociedade empresária **Carioca Engenharia S/A**, da mesma forma, firmou com o Ministério Público Federal (Procuradoria da República no Rio de Janeiro) um acordo de leniência, através do qual admitiu a prática de condutas ilícitas, dentre as quais o pagamento de vantagens indevidas aos Conselheiros da Corte de Contas, ao mesmo passo em que executivos da empresa (**Roberto José Teixeira Gonçalves, Roque Manoel Meliande e Luciana Sales Parente**) aderiram ao acordo e também revelaram o pagamento de vantagens indevidas, semelhante à conduta confessada pela **Andrade Gutierrez** e seus empregados (fls. 3332/3333).

Sob o mesmo viés, a construtora **Odebrecht** entabulou acordo com o Ministério Público Federal através do qual, por meio dos funcionários **Marcos Vidigal do Amaral e Benedito Barbosa da Silva Júnior**, esclareceu-se mais uma série de irregularidades, dentre as quais os pagamentos de vantagens indevidas a Conselheiros da referida Corte (fls. 3339/3341).

Aliada a produção da prova oral e dos acordos acima mencionados, ressalta-se as diligências efetivadas no cumprimento dos mandados de busca e apreensão e de condução coercitiva em desfavor de **Jonas Lopes de Carvalho Filho, então Conselheiro e Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro**, cuja parte do material arrecadado indicava circunstâncias sobre pagamento de propina correspondente a 1% do valor de obras públicas executadas pelo Estado do Rio de Janeiro.

Obtempera o Ministério Público Federal, **no contexto**, que após a execução dos mandados, **o ex-Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto firmaram acordo de colaboração premiada com o Ministério Público Federal, apresentando dados de que bem delineiam a atuação de uma organização criminosa formada por membros do Tribunal de Contas Fluminense, com a participação relevante de pessoas do Legislativo e do Executivo locais, além de terceiros.**

Conforme informações prestadas, o ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR (então Presidente) e os Conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES

**GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNICADOS)**, além do ex-Conselheiro **ALUISIO GAMA DE SOUZA** – e outros, já falecidos, – receberam vantagens indevidas em dinheiro oferecidas em razão das relevantes atribuições dos cargos que ocupam.

Afirma o Ministério Público Federal que, por meio das declarações prestadas pelo então presidente e seu filho (*Jonas Lopes de Carvalho Júnior e seu filho Jonas Lopes de Carvalho Neto*), **além de sistemática, essa atuação ilícita era estruturada, competindo ao então presidente da época (Jonas Lopes de Carvalho Júnior) a realização dos contatos, as solicitações, o controle e a distribuição das vantagens indevidas entre os demais membros participantes, cujas quantias eram levadas à sede do órgão por pessoas designadas para captar os recursos ilícitos**, narrando, ademais, detalhes sobre o recebimento de verbas direcionadas a si e a outros membros do Tribunal de Contas, nos períodos de 2001 a 2006, durante a presidência do Conselheiro José Gomes Graciosa, e de 2007 a 2010, na gestão do Conselheiro José Maurício de Lima Nolasco, *in verbis*:

*“QUE, no tocante aos ANEXOS 18 e 19 (gestão GRACIOSA) dos relatos apresentados, DECLAROU: QUE assumiu o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro em 26/04/2000 e exerceu a Presidência do órgão de janeiro de 2011 a dezembro de 2016; Que, na condição de Conselheiro do TCE/RJ, tomou conhecimento que a gestão da arrecadação e distribuição das vantagens indevidas era feita pelo Presidente do Órgão; Que o Presidente, para realizar essa função, possuía “operadores”, pessoas ligadas a ele que se incumbiam da coleta e repasses das quantias; Que, em janeiro de 2001, assumiu a Presidência do Tribunal o Conselheiro JOSE GOMES GRACIOSA; Que o Presidente GRACIOSA mantinha destacada restrição às informações relacionadas às vantagens indevidas distribuídas aos membros da Corte, não admitindo a intervenção dos demais Conselheiros; Que durante a gestão do Presidente GRACIOSA houve a continuidade da divisão mensal das vantagens indevidas recebidas pelo TCE/RJ; Que, assim como na gestão anterior, era o Presidente que geria as providências de arrecadação e distribuição; Que recorda-se que, em certa ocasião, o valor total das vantagens indevidas foi encaminhada ao Gabinete do Colaborador; Que como não estava conseguindo falar com GRACIOSA, os demais Conselheiros sugeriram que a distribuição fosse feita pelo Colaborador; Que, após ter feito a distribuição dos valores, recebeu a ligação de GRACIOSA para que comparecesse ao seu gabinete; Que lá chegando, GRACIOSA,*

na presença dos demais Conselheiros que participavam do “acerto”, passou uma descompostura no Colaborador, de forma violenta, dizendo que o Tribunal tinha um Presidente e que o tema de acertos financeiros era assunto da Presidência e que, portanto, o Colaborador não deveria se meter; [...] Que GRACIOSA foi Presidente do órgão de janeiro 2001 a dezembro de 2006; Que, após, quem assumiu a Presidência do órgão JOSE MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, entre janeiro de 2007 e dezembro de 2010; Que o Colaborador assumiu a Presidência em janeiro de 2011, tendo ficado em exercício em seu exercício até dezembro de 2016; Que todos os Presidentes possuíam um “operador” para arrecadação dos recursos; [...] (fls. 3343/3344).

QUE, no tocante ao ANEXO 19 (gestão NOLASCO) dos relatos apresentados, DECLAROU: [...] Que, em janeiro de 2007 assumiu a Presidência do TCE/RJ o Conselheiro JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO; Que, no início de sua gestão, NOLASCO informou aos demais conselheiros que o modus operandi de pagamento das vantagens indevidas se alteraria; Que os pagamentos passariam a ser, em vez de mesadas em valor fixo, um percentual variável de 1% do valor dos editais de obras que ultrapassassem R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais); Que a alteração da forma de pagamento se deu na gestão de SÉRGIO CABRAL; Que o pagamento dos valores passou a ser variável e sazonal; Que o operador do Conselheiro NOLASCO era um ex-funcionário do TCE/RJ de Conselheiro NOLASCO era um ex-funcionário do TCE/RJ de codinome “DODA”, lotado no gabinete do Conselheiro MARCO ANTÔNIO DE BARBOSA ALENCAR; Que MARCO ANTÔNIO, posteriormente, confidenciou ao Colaborador que o operador “DODA” foi trocado por outro operador de nome DEODÔNIO; Que DEODÔNIO era funcionário da CEDAE quando NOLASCO a presidiu; Que DEODÔNIO foi posteriormente para o gabinete de NOLASCO; Que a divisão do dinheiro era feita no gabinete da Presidência do TCE/RJ; Que no prédio localizado na Praça da República, nº 70, onde os gabinetes dos Conselheiros do TCE/RJ eram localizados até 2014, havia um elevador privativo, de uso de Conselheiros, Procuradores e autoridades convidadas; Que em 2014 os gabinetes dos Conselheiros foram removidos para o endereço localizado na Praça da República nº 50, onde havia um elevador privativo, de uso exclusivo para Conselheiros; Que o citado elevador acessava todos os gabinetes, inclusive o da sala da Presidência, de forma direta; Que a alteração do modus operandi da forma de pagamento – de mesadas fixas para pagamentos baseados em percentual – implicou num aumento dos recebimentos por parte dos Conselheiros, se considerada a média dos recebimentos; Que os pagamentos correspondentes a 1% do valor contratado eram

*dividido s em 4 parcelas , sendo a primeira parcela paga após a liquidação e efetivo pagamento pelo Estado da fatura apresentada pelas empresas e, a partir daí, a cada 30 dias seguintes (30, 60 e 90 dias); Que essa dinâmica ocorreu na maioria esmagadora dos ajustes realizados nessa época, sendo que atrasos na liberação dos recursos pelo Governo implicavam em atraso no acerto feito com o Tribunal; Que, muito embora rondado de incertezas quanto ao efetivo encaminhamento dos valores ajustados, a divisão do acerto em quatro parcelas foi a prática usual nesse período; Que o Colaborador não mantinha controle rígido dos contratos firmados pelo Governo na área de obras que rendia vantagens de 1% ao TCE; Que, durante sua Presidência (do Colaborador), recebeu planilha contendo a relação das obras mas não efetuou o efetivo controle das liberações dos recursos e efetivo pagamento do 1% ajustado; Que ouviu do próprio NOLASCO a indicação de que o mesmo detinha rígido controle sobre os pagamentos efetuados pelo Governo, que dizia que tinha “tudo anotado”; Que em outras oportunidades ouviu de outros Conselheiros que eles mantinham algum controle sobre os ajustes que geravam a vantagem indevida ao TCE/RJ; Que com relação à planilha apreendida em seu gabinete pela Polícia Federal, no bojo de busca e apreensão em 13/12/2016 (“Operação Descontrole”), quer esclarecer que aquele tipo de planilha era apresentada, ao tempo da Presidência do Colaborador, pelo então Secretário de Obras HUDSON BRAGA e/ou pelo Diretor-Presidente do DER-RJ, HENRIQUE ALBERTO DOS SANTOS RIBEIRO, indicando as obras que eram contratadas pelo órgão assinalado no expediente e que geravam o acerto de 1% ao TCE/RJ; [...]” (fls. 3344/3345).*

**A partir de janeiro de 2011 até dezembro de 2016, o ex-Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior ocupou a presidência do órgão e, nessa condição, assumiu a gestão estruturada da organização criminosa, incumbindo a seu filho, Jonas Lopes de Carvalho Neto, a arrecadação e o transporte dos valores ilícitos para repartição entre os Conselheiros.**

**Jonas Lopes de Carvalho Neto, filho do então Presidente, e responsável pela arrecadação e o transporte dos valores ilícitos para repartição entre os Conselheiros, em suas declarações, aventou que:**

*“QUE, no tocante ao ANEXO 25 dos relatos apresentados, DECLAROU: Que seu pai, JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR, assumiu o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro; Que exerce desde 2004 a advocacia; Que antes de ser advogado chegou a trabalhar no TCE/RJ como assessor, na análise de processos; Que o pai do Colaborador, JONAS JÚNIOR, após assumir a Presidência do órgão, em meados de 2011, perguntou ao Colaborador se*

*gostaria de exercer a função de coleta e entrega de valores; Que tinha, à época, 29 anos; Que o pai do Colaborador ofereceu percentual de 5% sobre o total dos valores arrecadados; Que o pai do Colaborador comunicou que a distribuição de valores se daria entre JONAS JÚNIOR, então presidente, e todos os demais membros do TCE/RJ; [...] Que a conversa com seu pai se deu no Gabinete da Presidência; Que as atividades de recolhimento e distribuição de valores durou até o final de 2016; Que no correr desse último ano (2016) os eventos foram mais esparsos; [...] Que em quase todas as oportunidades, após o recebimento dos valores, o Colaborador acondicionava o dinheiro em uma pasta estilo 007, e dirigia-se ao TCE/RJ em seu próprio veículo, ingressando no prédio pela garagem e subindo pelo elevador privativo destinado aos Conselheiros até a sala da Presidência do órgão; Que entregava o dinheiro ao seu pai para que fosse repartido entre os Conselheiros; Que em algumas oportunidades houve a entrega de valores nas próprias residências dos Conselheiros ALOYSIO NEVES (muitas vezes) – que morava na Rua Prudente de Moraes, logo depois da Rua Farma de Amoedo, em Ipanema, e no atual endereço, a partir de 2016, depois que se mudou, no mesmo bairro na Rua Barão de Jaguaripe, entre as ruas Aníbal de Mendonça e Garcia D’Ávila, do lado esquerdo da rua – MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, cujo registro no aparelho celular do Colaborador tem a inscrição MABA – que mora no bairro da Gávea na Rua Piratininga, em uma casa – e JOSÉ GOMES GRACIOSA – que mora Avenida Rui Barbosa no bairro do Flamengo no número 266, colado em edifício que pertence ao Clube de Regatas do Flamengo e que está abandonado; Que a MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR o Colaborador também entregou quantias em dinheiro do acerto destinado ao TCE/RJ no estacionamento do clube Sociedade Hípica Brasileira, localizado no bairro da Lagoa, no Rio de Janeiro/RJ; [...] Que também fez entregas no gabinete do Conselheiro ALOYSIO NEVES, prática que não era usual, porquanto era seu pai, como Presidente, que fazia a divisão dos valores entre os Conselheiros; Que essas entregas no gabinete pessoal do Conselheiro ou nas residências dos demais ocorriam quando seu pai não estava presente no Rio de Janeiro/RJ e havia a remessa do acerto recolhido pelo Colaborador; Que os Conselheiros que participavam desse esquema não tinham sequer a paciência para esperar o retorno de seu pai ao Rio de Janeiro/RJ para receberem os valores correspondentes; Que quando comparecia ao prédio do TCE/RJ para fazer a entrega dos valores diretamente no gabinete do Conselheiro ALOYSIO NEVES ele designava um ajudante de ordem, de nome, salvo engano, “LAVIOLA”, para esperar o Colaborador na entrada do elevador privativo; Que registra que um dos assessores de ALOYSIO NEVES, de nome “ANDRÉ”, que seria companheiro do Conselheiro, já compareceu ao escritório do Colaborador, localizado na Rua México, nº 168/407,*

*centro, Rio de Janeiro, para coleta de valores destinados ao Conselheiro na repartição das vantagens indevidas ao TCE/RJ; [...] (fls. 3345/3346).*

Ao revelar o funcionamento da estrutura de solicitação, arrecadação e distribuição regular de vantagem indevida a parte dos membros daquela Corte de Contas, o **ex-Conselheiro Jonas Lopes de Carvalho Júnior**, tal qual demonstra o **parquet**, indicou uma série de ocorrências criminosas distintas, nas quais se envolveu como líder temporário do esquema.

Nesse panorama, denota-se que a presente denúncia abrange apenas parte dos crimes praticados pelos denunciados e se restringe à participação dos Conselheiros em questão, os quais são detentores de foro por prerrogativa de função.

**30.2. FATO 1: PERTINÊNCIA A ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA – ART. 2º, § 4º, II, DA LEI 12.850/2013** (*Enquadramento típico atribuído em razão de o crime ter se protraído no tempo até data posterior à entrada em vigor da Lei 12.850/2013, em 19 de setembro de 2013*):

Quanto ao **primeiro fato** narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013 (***Pertinência a Organização Criminosa***), a **ALOYSIO NEVES GUEDES** (*pelas atividades criminosas que compreendem o período posterior a abril de 2010, data de sua posse no TCE/RJ*), **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO** (*pelas atividades criminosas que compreendem o período posterior a 28/04/2015, data de sua posse do TCE/RJ*), **JOSÉ GOMES GRACIOSA**, **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO** e **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**.

**Pois bem.** Compulsando os fatos narrados na denúncia, tenho que se fazem presentes, no ponto, todos os requisitos necessários ao respectivo recebimento.

Relata o Órgão ministerial que durante período que estendeu ao menos entre **novembro de 2007 e dezembro de 2016**, **ALOYSIO NEVES GUEDES**, **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO**, **JOSÉ GOMES GRACIOSA**, **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO** e **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, além de outras pessoas imunes em razão de colaboração premiada e de terceiros já denunciados (e outros a serem denunciados oportunamente ou ainda não identificados), **de modo consciente, voluntário, estável e em comunhão de vontades, promoveram, constituíram, financiaram e integraram, pessoalmente, uma organização criminosa que tinha por**

**finalidade a prática de crimes de corrupção passiva, bem como a lavagem dos recursos financeiros auferidos desses crimes.**

Durante o mencionado lapso temporal, teriam os denunciados ajustado uma sistemática solicitação e recebimento de vantagens indevidas, para divisão entre os integrantes daquela Corte de Contas, sendo que, em contrapartida, favoreceriam determinados procedimentos que viriam a ser analisados ou que já estavam sob apreciação do respectivo corpo deliberativo.

Nesse recorte, faz-se possível observar que, **agindo de forma estruturalmente ordenada e com o objetivo de obter, direta e indiretamente, vantagem indevida, os denunciados integraram organização criminosa, estruturada com clara divisão de tarefas**, tendo no **núcleo econômico** empresas que possuíam contratos com o Estado do Rio de Janeiro, **como empreiteiras (Odebrecht, Andrade Gutierrez e Carioca Engenharia)**, além de **empresários ligados a diversos setores, como, por exemplo, empresas de ônibus e fornecedoras de alimentação**; o **núcleo financeiro operacional** era basicamente integrado pelo então presidente do TCE-RJ e seus operadores, como no caso de **Jonas Lopes Júnior (ex-presidente do TCE/RJ de 2011 a 2016)**, e **Jonas Lopes Neto (pai e filho encarregados de cobrar, receber e distribuir a propina)**, também integrando esse núcleo os operadores financeiros **Jorge Luiz Mendes (DODA)**, **Deodonio Cândido de Macedo Neto** e **André Vinícius Gomes da Silva**; e, por fim, o **núcleo institucional**, integrado pelo **próprio ex-presidente (Jonas Lopes Júnior)** e pelos demais **Conselheiros da Corte de Contas do Estado, ORA DENUNCIADOS.**

Abarca a exordial, portanto, uma parcela da atividade da organização criminosa responsável pela prática de atos de corrupção e lavagem de dinheiro que envolviam, no núcleo econômico, **empresas fornecedoras de alimentação, como a Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - SEAP e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas - DEGASE**, além da **Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro - FETRANSPOR** e as empreiteiras que possuíam vultosos contratos com a **Secretaria de Estado de Obras.**

A estrutura da organização criminosa, assim, confundia-se com a própria composição do Tribunal de Contas, **cabendo ao então Presidente (Jonas Lopes Júnior) a realização dos contatos com os interessados, as solicitações, o controle, o gerenciamento da coleta e a distribuição das quantias indevidas para os demais Conselheiros integrantes da organização criminosa, sempre a partir da prévia aquiescência dos Conselheiros participantes.**

Ressai da prefacial acusatória que desde 1998 houve alternância na ocupação da Presidência e da Vice-Presidência do TCE-RJ, **que sempre contou com a participação de pelo menos um dos Conselheiros denunciados**. O recebimento das vantagens indevidas, assim, era capitaneado pelo Presidente do Tribunal de Contas, ao passo em que **os Conselheiros denunciados tiveram participação ora como recebedores, controladores e distribuidores dos valores ilícitos (aqueles que exerciam a presidência), ora como destinatários da parcela que cabia a cada Conselheiro**.

Conforme levantamento realizado pela Secretaria de Pesquisa e Análise da Procuradoria-Geral da República, **fortalecem-se ainda mais os laços da ORCRIM**, quando se denota a expressiva quantidade de ligações (fls.3355/3362) entre o ex-Conselheiro **JONAS LOPES JÚNIOR e os Conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES e DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO (denunciados)**, bem como dos operadores financeiros JONAS LOPES NETO e ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA, com os operadores financeiros CARLOS MIRANDA e LUIZ CARLOS BEZERRA (*Já condenados pelo crime de pertinência a organização criminosa nos autos da ação penal nº 0509503-57.2016.4.02.5101, que tramitou na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro*), com a secretária pessoal do ex-Governador SÉRGIO CABRAL (*SÔNIA FERREIRA BAPTISTA*), com os então Secretários de Estado WILSON CARLOS e HUDSON BRAGA (*Já condenados pelo crime de pertinência a organização criminosa nos autos da ação penal nº 0509503- 57.2016.4.02.5101, que tramitou na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro, das áreas de alimentação e transportes, respectivamente*), bem como com os empresários MARCO ANTÔNIO DE LÚCA e LELIS MARCOS TEIXEIRA (*Respondem pelo crime de pertinência a organização criminosa nas ações penais nº 0504938-16.2017.4.02.5101 e nº 0505914-23.2017.4.02.5101, respectivamente, ambas em tramitação na 7ª Vara Federal do Rio de Janeiro*).

Nesse diapasão, muito embora aduzam as respectivas defesas que a descrição dos fatos não demonstra elementos indiciários mínimos acerca da estruturação da suposta organização criminosa, atuante junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, não havendo, portanto, substrato probatório hábil a alicerçar as alegações, observa-se, **ao menos em juízo aparente, e sem análise exauriente dos elementos de cognição, a existência de fortes indícios de que atuavam os denunciados, há anos, de modo consciente, voluntário, estável e em comunhão de vontades, a fim de promoverem, constituírem, financiarem e integrarem, pessoalmente, uma organização criminosa que**

**tinha por finalidade a prática de crimes de corrupção passiva, bem como a lavagem dos recursos financeiros auferidos desses crimes.**

Ressai do dispositivo normativo referente à pertinência à organização criminosa:

*“Art. 2º Promover, constituir, financiar ou integrar, pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa: Pena - reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos, e multa, sem prejuízo das penas correspondentes às demais infrações penais praticadas.*

[...]

§ 4º A pena é aumentada de 1/6 (um sexto) a 2/3 (dois terços):

*II - se há concurso de funcionário público, valendo-se a organização criminosa dessa condição para a prática de infração penal”.*

**Sobre o delito em mesa**, bem aduzem Cleber Masson e Vinícius Marçal, que:

*“Pela primeira vez aportou no ordenamento jurídico brasileiro o crime de **promover** (fomentar, desenvolver, estimular, impulsionar, anunciar, propagandear), **constituir** (compor, formar, dar existência), **financiar** (apoiar financeiramente, custear despesas, prover o capital necessário para) **ou integrar** (participar, tornar-se parte de um grupo, associar-se, estabelecer conexão), pessoalmente ou por interposta pessoa, organização criminosa.*

*O legislador, portanto, criminalizou não só a conduta daquele que integra a organização criminosa e/ou financia, mas também de quem a constitui e/ou promove. Assim, tanto quanto os integrantes e os financiadores do grupo criminoso, incorre no delito do art. 2º, caput, da Lei 12.850/2013 o ‘promotor ou fundador’, ou seja, ‘aquela pessoa que tem a ideia criadora da organização criminosa e procede ao ato de criação da associação, mesmo que não tenha qualquer atividade subsequente nela’.*

*Por sua vez, o integrante ou membro da organização criminosa é aquela pessoa que integra as suas fileiras, engrossando o seu número de pessoas ‘disponíveis’. Aliás, é justamente na ‘disponibilidade do membro que reside a razão de ser da censura penal’, porquanto esse elemento ‘implica subordinação à vontade coletiva (a todo o tempo e em qualquer lugar) e esta subordinação reflete a especial perigosidade do membro. Por isso, o membro não tem que conhecer todas as atividades da associação, nem sequer nelas participar’.*

*Diante desse ligeiro bosquejo, já é possível notar, claramente, **que estamos diante de uma novatio legis incriminadora, razão pela qual esse tipo penal não***

*pode retroagir para alcançar “os fatos esgotados antes da vigência da nova ordem legal”. Contudo, impende ressaltar que “a lei penal mais grave aplica-se ao crime continuado ou ao crime permanente, se a sua vigência é anterior à cessação da continuidade ou da permanência” (Súmula 711 do STF). Ou seja, como bem ressaltado pelo Min. Edson Fachin, no voto condutor do acórdão proferido no Inq. 4.112, deve-se*

*Assentar a aplicabilidade da Lei 12.850/2013 ao caso, nada obstante se tratar de fatos em tese, perpetrados antes da entrada em vigor do diploma legal. Essa compreensão deflui do singelo fundamento da natureza permanente do crime adjacente à inovação legislativa. Recentemente, a Segunda Turma desta Corte firmou a orientação de que o crime do art. 2º da Lei 12.850/2013 é permanente, de modo que sua consumação se protraí no tempo, autorizando, inclusive, a prisão em flagrante dos agentes enquanto não cessada a permanência [...]’ (Crime Organizado. São Paulo: Método, 2018, p. 68/69).*

Dessa feita, em face aos dados coletados no procedimento em mesa, tenho que razão assiste ao **parquet**, eis que, ao menos de modo prefacial, encontram-se os denunciados incurso **no crime de pertinência à organização criminosa:**

. **ALOYSIO NEVES GUEDES:** artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013 (as atividades criminosas compreendem o período posterior a abril de 2010, data de sua posse no TCE-RJ);

. **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO:** artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013 (as atividades criminosas compreendem o período posterior a 28/4/2015, data de sua posse no TCE-RJ);

. **JOSÉ GOMES GRACIOSA:** artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013;

. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO:** artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013;

. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR:** artigo 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013.

### **30.3. FATO 2: O CASO SEAP-DEGASE. CORRUPÇÃO PASSIVA (RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDEVIDAS DAS EMPRESAS FORNECEDORAS DE ALIMENTAÇÃO PARA A SEAP E O DEGASE):**

Quanto ao **segundo fato inserto na denúncia**, imputa o Ministério Público Federal a prática do **crime de corrupção passiva** (Art. 317, §1º, c/c art. 327, §2º, do CP), aos denunciados **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS**

**INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR.**

No presente ponto, ressaí da peça acusatória que entre os diversos eventos que geraram vantagens indevidas distribuídas pelo ex-conselheiro e então Presidente **Jonas Lopes de Carvalho Júnior** aos Conselheiros **Aloysio Neves Guedes, Domingos Inácio Brazão, José Gomes Graciosa, José Maurício de Lima Nolasco e Marco Antônio Barbosa de Alencar**, em 2016, está a arrecadação de quantias junto a fornecedores de alimentação da Secretaria de Estado de Administração Penitenciária - SEAP e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas - DEGASE.

Vê-se que entre maio e dezembro de 2016, **Aloysio Neves Guedes, Domingos Inácio Brazão, José Gomes Graciosa, José Maurício de Lima Nolasco e Marco Antônio Barbosa de Alencar**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com auxílio de **Jonas Lopes Júnior** (ex-conselheiro e então Presidente), **solicitaram, aceitaram promessa e receberam vantagem indevida correspondente a 10% (dez por cento) dos valores pagos com recursos repassados pelo Fundo de Modernização do Controle Externo do TCE, aos fornecedores da Secretaria de Administração Penitenciária e do Departamento Geral de Ações Socioeducativas**, representados pelos empresários Carlson Ruy Ferreira e Luiz Roberto de Menezes Soares, tendo cada denunciado recebido a quantia aproximada de R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais), por intermédio de **Jonas Lopes de Carvalho Neto (filho do ex-Conselheiro e então Presidente e operador da ORCRIM)**, praticando ou retardando atos de ofício, com infração de deveres funcionais (fls. 121/129 da PET 11909).

No ano de 2016, a **Secretaria de Administração Penitenciária e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas**, frente às dificuldades financeiras para custeio da alimentação dos presos e adolescentes internados, respectivamente, contaram, **em um primeiro momento e antes com os ajustes ilícitos com os denunciados**, com repasses irregulares provenientes de convênio firmado com o DETRAN.

Uma vez instado pela referida a Secretaria de Administração Penitenciária, para que o Tribunal de Contas autorizasse a continuidade dos repasses desse convênio firmado pelo DETRAN, e frente à possibilidade de paralisação do fornecimento dos itens de alimentação, **o então Presidente da Corte e ex-**

**Conselheiro JONAS LOPES JÚNIOR** ajustou a mudança da destinação da verba do Fundo de Modernização do TCE para atendimento exclusivo dessas despesas, vale dizer, em razão da situação financeira desfavorável do tesouro do Estado, a Corte de Contas lançou mão do referido fundo para realizar o pagamento de faturas vencidas de fornecedores de alimentação para presos e adolescentes submetidos a medidas de internação (fls. 3363).

Para tanto, foi aprovada a **Lei Estadual n° 7.266/16** e editado decreto regulamentador autorizando a transferência de **120 (cento e vinte) milhões de reais** para a **SEAP (Secretaria de Administração Penitenciária e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas)** e **40 (quarenta) milhões** para o **DEGASE (Departamento Geral de Ações Socioeducativas)** liquidarem suas obrigações (fl. 261 do INQ 1133/DF), mediante a celebração de convênio para essa finalidade (fls. 3364).

Em **12/04/2016**, relata o **Parquet**, no dia seguinte à publicação da referida Lei, o Plenário do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, reunido em Conselho de Administração Superior, com a presença dos Conselheiros **ora denunciados ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, sob a Presidência do então Conselheiro **JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR**, aprovou a proposta de repasse de recursos decorrentes da economia orçamentária com as despesas do Fundo de Modernização ao Poder Executivo do Estado do Rio de Janeiro, com destinação específica à **SEAP (Secretaria de Administração Penitenciária e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas)** e ao **DEGASE (Departamento Geral de Ações Socioeducativas)** (fls. 3363/3364).

No dia **28/04/2016**, o então Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro **Jonas Lopes de Carvalho Júnior** assinou o convênio para a transferência de créditos do Fundo Especial de Modernização do Controle Externo do Tribunal de Contas, para a execução de programas de alimentação preparada ou **in natura** na Secretaria Estadual de Administração Penitenciária - **SEAP** e no Departamento Geral de Ações Socioeducativas - **DEGASE**, nos termos previstos na Lei Estadual n° 7.255/16 (fls. 3364).

**Em síntese, um total de 160 milhões de reais mantidos no Fundo do Tribunal de Contas fluminense foram empregados em caráter excepcional, autorizado por lei, para pagamento dessas despesas junto à Secretaria**

**Estadual de Administração Penitenciária - SEAP e ao Departamento Geral de Ações Socioeducativas - DEGASE.**

Aponta o Ministério Público Federal, que em meio às tratativas para a **confeção e aprovação do projeto de lei correspondente, o então Presidente do Jonas Lopes Júnior, articulado com Aloysio Neves Guedes, Domingos Inácio Brazão, José Gomes Graciosa, José Maurício de Lima Nolasco e Marco Antônio Barbosa de Alencar, solicitou e recebeu para si e para membros da Corte um percentual das despesas liquidadas, cuja quantia alcançou 07 (sete) milhões de reais (fls. 3364).**

Em decorrência da referida vantagem indevida, pontua o Parquet, os nominados Conselheiros efetivamente praticaram atos de ofício com violação de deveres funcionais, consistentes na aprovação da proposta de repasse em reunião extraordinária do Conselho de Administração Superior, realizada no dia 12/04/2016 e na própria assinatura do convênio firmado em 28/04/2016 (fls. 3364).

Os Conselheiros denunciados, então, teriam solicitado quantias correspondentes a 15% (quinze) dos valores liberados pelo Fundo de Modernização do TCE-RJ, sendo que a vantagem indevida foi acertada com parte dos empresários, cujas faturas foram liquidadas com os repasses do fundo (fls. 281-282 do INQ 1133/DF), sendo o valor por eles sacado e repassado a um intermediário e posteriormente entregue em espécie a Jonas Lopes Neto.

Importante frisar que os Conselheiros ora denunciados, valendo-se da relevante articulação de JORGE SAYED PICCIANI, então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, MARCELO SANTOS AMORIM, Subsecretário de Comunicação Social do Estado, e dos empresários LUÍS ROBERTO DE MENEZES SOARES e CARLSON RUY FERREIRA, solicitaram e receberam propina relacionada às despesas pagas com esses recursos, informações, sustenta o **parquet**, que podem ser confirmadas por diversas pessoas, as quais estão a respaldar as declarações de colaboradores e asseverar tanto as tratativas relacionadas à solicitação e promessa de vantagem indevida (depoimentos de MARCELO SANTOS AMORIM/DOC.16 e LUIZ ROBERTO DE MENEZES SOARES/DOC.17), como o recolhimento dos valores (depoimentos de CARLSON RUY FERREIRA/DOC.18 e LUIZ ANTÔNIO GOMES VIEIRA/DOC.19) (fls. 3365).

**Na posse do numerário, Jonas Neto (filho do então presidente e operador da propina) retirou o correspondente à sua remuneração e encaminhou**

a maior parte, pessoalmente, à Presidência da Corte, então ocupada por seu pai (Jonas Filho – então presidente do Tribunal de Contas), que repartiu a quantia entre os Conselheiros participantes do ajuste criminoso, entregando outras parcelas desse dinheiro em endereços vinculados a alguns conselheiros (residências e outros locais relacionados), que receberam, cada um, aproximadamente R\$ 1.200.000,00 (hum milhão e duzentos mil reais) (fls. 3366), tal qual se denota das declarações de Jonas Filho (então presidente do Tribunal de Contas) (fls. 3366/3372).

A fim de corroborar as declarações prestadas foi publicada em 11 de abril de 2016, a Lei nº 7.255/2016, que alterou o art. 2º da Lei nº 6.113/2011, que instituiu o Fundo Especial de Modernização do Controle Externo do TCE-RJ e, após a edição da referida Lei, foi efetivamente firmado o convênio entre o TCE-RJ e o Poder Executivo Estadual, em 28 de abril de 2016 (DOC.15) e, posteriormente, editado o Decreto nº 45.642, de 29 de abril de 2016, abrindo crédito suplementar no valor de R\$ 160.000.000,00 para reforço das dotações orçamentárias da Secretaria Estadual de Administração Penitenciária - SEAP e ao Departamento Geral de Ações Socioeducativas – DEGASE, com recursos provenientes do convênio.

Conforme apresenta o Ministério Público Federal, pode-se observar do Portal da Transparência do Estado do Rio de Janeiro que dentre as receitas realizadas entre os meses de maio e dezembro de 2016, oriundas de transferências intraorçamentárias, constam os repasses provenientes da avença firmada entre o Poder Executivo Estadual e o Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro para pagamento das despesas junto à Secretaria Estadual de Administração Penitenciária - SEAP e ao Departamento Geral de Ações Socioeducativas – DEGASE, verificando-se que nos dias **05 e 09 de maio de 2016**, foi paga a **primeira parcela da liquidação do passivo da SEAP**, com 13 (treze) empresas fornecedoras de alimentos e refeições, com o valor de R\$ 40.000.000,00 (fls. 3377).

A **segunda parcela** do passivo quitada com recursos oriundos do Fundo de Modernização do TCE-RJ foi paga no dia **25 de maio de 2016**, para 17 (dezessete empresas), dentre as quais 12 (doze) já haviam recebido também por ocasião da primeira parcela, no valor total de R\$ 40.000.000,00 (fls. 3377), ao passo em que a **terceira parcela** liquidada foi paga no dia **28 de setembro de 2016**, no valor total de R\$ 39.999.975,70.

Como ressalva o Ministério Público Federal, 05 (cinco) empresas que não haviam recebido qualquer pagamento na primeira parcela, receberam

significativa quantia na segunda parcela. São elas: 1) Cial Com. E Ind. De Alimentos Ltda.; 2) Comissaria Aérea Rio De Janeiro Ltda.; 3) Mmw Irmãos Alimentos Ltda. - Me; 4) Nutryenerge Refeições Industriais LTDA.; e 5) O Universitário Rest. Ind. Com. E Agrop. LTDA (fls. 3378).

Apenas estas 05 (cinco) empresas receberam R\$ 22.206.014,27 dos R\$ 40.000.000,00 repassados, o que vai ao encontro do relato dos Colaboradores **Jonas Lopes de Carvalho Júnior (ex-Conselheiro e então presidente) e Jonas Lopes de Carvalho Neto (filho do ex-Presidente e operador da ORCRIM)**, que narraram a ameaça feita pelos representantes dessas empresas, após nada receberem nas parcelas anteriores, de revelar as práticas ilícitas caso não recebessem na segunda parcela (fls. 3378).

Além do mais, com relação ao **DEGASE** (Departamento Geral de Ações Socioeducativas), foram também identificados os seguintes pagamentos realizados com os recursos do Fundo de Modernização do TCE-RJ, entre os meses de maio e julho de 2016, somando um total de R\$ 39.999.999,05.

No compasso, obtempera o Ministério Público Federal que **MARCELO SANTOS AMORIM**, vulgo MARCELINHO, apontado pelo colaborador e ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR, como um dos intermediadores das propinas junto às empresas de alimentação, foi ouvido em sede policial e confirmou o relatado, embora negando que tenha atuado para beneficiar empresas ou que tenha recebido qualquer vantagem (DOC.16):

*[...] QUE conhece JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR porque o secretário AFFONSO MONNERAT, secretário de governo, pediu que procurasse o JONAS em meados de agosto de 2016; QUE o declarante se reuniu com JONAS que lhe disse que precisava que o declarante entrevistasse junto as empresas que se beneficiaram do repasse do fundo do TCE à Secretaria de Administração Penitenciária-SEAP e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas - DEGASE; QUE pediu que o declarante ajudasse para que essas empresas pagassem 15% do valor que cada empresa recebesse; QUE o declarante estranhou a conversa mas disse que iria fazer; QUE estranhou porque nunca tinha visto o conselheiro antes; QUE em 2015 atuou junto às empresas de alimentação que tinham créditos a receber do governo do estado; QUE acredita que por isso foi indicado para intermediar com as empresas; QUE o conselheiro JONAS depois da reunião ligou várias vezes para o declarante QUE o declarante foi pegar uma lista com as empresas que deveriam receber os valores devidos; QUE JONAS na listagem privilegiava algumas empresas em detrimento de outras Que JONAS pediu que entregasse a lista para o Cel ERIR Costa Filho; QUE o*

*declarante não entregou a lista para o coronel QUE o JONAS o chamava várias vezes no gabinete; QUE o coronel pagava as empresas de forma igualitária sem distinção; QUE quando recebeu a lista supôs que algumas empresas não participavam no esquema; QUE não tem mais a lista que lhe foi entregue; QUE o filho do conselheiro foi apresentado ao declarante no gabinete do conselheiro e a partir dessa data ele ficava ligando insistentemente; QUE nunca falou com nenhuma empresa sobre o assunto; QUE após a prisão do SÉRGIO CABRAL tanto o conselheiro como o filho dele não procuraram mais o declarante; QUE o conselheiro JONAS disse que ele era cobrado por outros conselheiros sobre o repasse; QUE nunca falou sobre o assunto com o MONNERAT porque se distanciaram profissionalmente por divergências profissionais; QUE o declarante nunca entrevistou para beneficiar uma em detrimento de outras; QUE o responsável pelo pagamento era o Cel ERIR; QUE nunca falou sobre o assunto com o Governador Pezão porque ele estava doente; QUE além de JONAS conhece somente o conselheiro BRAZÃO da época que era deputado, mas depois que ele tornou-se conselheiro o encontrou no máximo duas vezes socialmente; QUE conhece LUIZ ROBERTO; QUE ele é proprietário de uma dessas empresas COR E el SABOR; QUE conhece RUY FERREIRA, proprietário de uma das empresas de alimentação; QUE conhece DURVAL, que trabalha para o LUIZ ROBERTO; QUE conhece TONY, da MILANO; QUE conhece MARCO DE LUCCA porque ele tem um bar perto de sua casa; QUE a empresa HOME BREAD era representada por ANTÔNIO CARLOS; QUE o governador ocupa o imóvel localizado na Rua Rainha Guilhermina; QUE sabe os valores que foram repassados pelo fundo a Secretaria de Administração Penitenciária-SEAP e o Departamento Geral de Ações Socioeducativas -DEGASE sabe que os valores foram destinados a empresas de alimentação; QUE parte dos valores 15% era destinada a pagar os membros do TCE; Que o JONAS ofereceu 1% desses valores seriam destinados ao declarante.’ (fls. 3387/3388).*

A corroborar os relatos dos colaboradores, o registro de entradas no escritório de JONAS NETO (**filho do ex-Conselheiro e então presidente**), demonstra que MARCELO SANTOS AMORIM esteve lá por oito vezes, em datas próximas aos pagamentos das parcelas do convênio (fls. 3389), da mesma forma o fizeram outros empresários, os quais compareceram ao mencionado escritório, para levar parcela da propina destinada aos Conselheiros do TCE-RJ referente ao esquema SEAP e DEGASE, oportunidade em que, após receber o montante entregue por Carlson Ruy (*responsável por recolher o dinheiro das empresas PROL, SUBLIME, MASGOV, GUELLI E MENDES DOS SANTOS, referente aos 15% que cada uma deveria pagar de propina ao TCE/RJ e entregar*

a *Jonas Neto*), **JONAS NETO (filho do ex-Conselheiro e então presidente) adota medidas para efetuar o repasse das parcelas dos conselheiros MARCO ANTÔNIO, JOSÉ NOLASCO, ALOYSIO NEVES e JOSÉ GRACIOSA (DENUNCIADOS).**

No tocante ao **conselheiro ALOYSIO NEVES (Denunciado)**, o controle do registro de entradas do prédio em que se localizava o escritório de JONAS NETO (filho do ex-Conselheiro e então presidente) comprova, segundo a exordial, a sistematização para o repasse da propina ocorrido no dia 19/05/2016 (fls. 3391).

Com efeito, na mencionada data, pontua o **Parquet**, que poucos dias após o pagamento para as empresas fornecedoras de alimentos com recursos do TCE-RJ, os empresários MARCO ANTÔNIO DE LUCA e CARLSON RUY FERREIRA estiveram no escritório de JONAS NETO para levar parcela da propina destinada aos Conselheiros, às 12h05min e às 12h42min, respectivamente, sendo que, logo em seguida, às 16h18min, ANDRÉ VINÍCIUS GOMES DA SILVA, assessor e companheiro do Conselheiro ALOYSIO NEVES, esteve no local para pegar a parcela do dinheiro que cabia àquele conselheiro.

Nesse cenário, em mera análise prefacial, muito embora aduzam as respectivas defesas a inépcia da inicial ou mesmo ausência de justa causa para deflagrar a ação penal, faz-se possível aferir que, tal qual aponta o Ministério Público Federal, em meio às tratativas para a confecção e aprovação do projeto de lei correspondente, o então Presidente da Corte de Contas JONAS LOPES JÚNIOR, articulado com os denunciados **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, solicitou e recebeu para si e para os referidos membros do Tribunal um percentual das despesas liquidadas, cuja quantia alcançou 07 (sete) milhões de reais** (fls. 3364).

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste ao Ministério Público Federal, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em*

*razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do*

*sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

No mesmo compasso, **em decorrência da referida vantagem indevida**, também em um mero juízo aparente, os Conselheiros denunciados supostamente **praticaram atos de ofício com violação de deveres funcionais, consistentes na aprovação da proposta de repasse em reunião extraordinária do Conselho de Administração Superior realizada no dia 12/04/2016 e na própria assinatura do convênio firmado em 28/04/2016, incidindo, assim, a majorante prevista no § 1º, do art. 317, do Código Penal** (fls. 3364).

Sobre o tema, leciona **Cleber Masson**:

*“Nos termos do § 1.º do art. 317 do Código Penal: “A pena é aumentada de um terço, se, em consequência da vantagem ou promessa, o funcionário retarda ou deixa de praticar qualquer ato de ofício ou o pratica infringindo dever funcional”.*

*O dispositivo legal prevê uma causa de aumento da pena, aplicável na terceira e derradeira fase da dosimetria da pena privativa de liberdade. A maior reprovabilidade da conduta repousa na efetiva violação do dever funcional, consistente no retardamento ou abstenção de ato de ofício, ou prática de ato contrário à função pública. Nas duas primeiras hipóteses, o ato é lícito (corrupção passiva imprópria), mas retardado ou omitido pelo agente; na última, o ato é ilícito (corrupção passiva própria), e mesmo assim o funcionário público o pratica.*

*Como se sabe, a corrupção passiva é crime formal. No entanto, o legislador deixou claro que a superveniência do resultado naturalística apresenta relevância jurídica. De fato, com o exaurimento surge a causa de aumento da pena disciplinada no art. 317, § 1.º, do Código Penal. Por tal razão, este crime já foi chamado pelo Supremo Tribunal Federal de corrupção passiva exaurida” (Direito Penal – Parte Especial – Vol. 03, São Paulo: Método, 2014, p. 559/560).*

De outro lado, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à **subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo**, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.

Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

Dessa feita, encontram-se incursos, **no crime de corrupção passiva, com a causa de aumento de pena inserta no § 1º, do Código Penal:**

. **ALOYSIO NEVES GUEDES**: Art. 317, §1º, do CP;

. **DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO**: Art. 317, §1º, do CP;

- . JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, §1º, do CP;
- . JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, §1º, do CP;
- . MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, §1º, do CP.

#### **30.4. CONJUNTO DE FATOS 3: O CASO FETRANSPOR. CORRUPÇÃO PASSIVA (RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDEVIDAS DAS EMPRESAS ASSOCIADAS À FETRANSPOR):**

**Quanto ao terceiro fato inserto na denúncia, imputa o Ministério Público Federal, por 11 (onze) vezes, a prática do crime de corrupção passiva ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (Art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, por 11 vezes, na forma do art. 71, todos do CP).**

Destaca o **parquet** que entre maio de 2015 e março de 2016, com periodicidade mensal, por 11 (onze) vezes, os denunciados, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, com auxílio de Jonas Lopes Júnior (Ex-presidente daquela Corte de Contas), solicitaram, aceitaram promessa e receberam vantagem indevida correspondente a R\$ 70.000,00 (setenta mil reais), cada denunciado, e por mês, totalizando R\$ 3.850.000,00 (três milhões oitocentos e cinquenta mil reais), da Federação das Empresas de Transportes de Passageiros do Estado do Rio de Janeiro - FETRANSPOR, por intermédio de JONAS LOPES DE CARVALHO NETO e ÁLVARO JOSÉ GALEZIA NOVIS.

Pontua que os referidos valores foram encaminhados pela FETRANSPOR, para que os processos relacionados aos serviços públicos de transporte tivessem análises mais favoráveis às empresas associadas, sendo que contribuíram e atuaram para a consumação dessa conduta as pessoas de JORGE SAYED PICCIANI, então Presidente da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, JOSÉ CARLOS REIS LAVOURAS, LELIS MARCOS TEIXEIRA e AMAURY DE ANDRADE, esses ligados à federação de transportes.

No mencionado período, a unidade técnica do TCE-RJ conduzia uma auditoria no sistema de bilhetagem eletrônica do transporte público local, cujo custeio era feito, em parte, com recursos públicos, e mediante subsídio.

Obtempera que em meio ao debate processual realizado na Corte de Contas sobre a apropriação, pelas empresas, de créditos expirados do bilhete eletrônico do transporte, relata que houve uma reunião entre o então Presidente do Tribunal e ex-Conselheiro JONAS LOPES JÚNIOR e a cúpula da federação dos sindicatos (FETRANSPOR) na residência de um dos membros da Assembleia Legislativa do Estado. Assevera que nessa oportunidade, os dirigentes sindicais, auxiliados pelo Deputado Estadual (JORGE SAYED PICCIANI), prometeram o pagamento de vantagem indevida de 70 mil reais mensais a cada conselheiro participante do ajuste, para que fossem amenizadas as interpretações feitas pelo corpo deliberativo (os Conselheiros) das indicações da área técnica do Tribunal.

Então, na condição de presidente da Corte, o ex-Conselheiro JONAS LOPES JÚNIOR aceitou a promessa em nome próprio e de outros conselheiros e ajustou que o recolhimento dos valores seria feito por seu filho JONAS LOPES NETO, que recebia as vantagens indevidas em nome do Tribunal.

Nesse painel, um dos dirigentes da FETRANSPOR determinou a ÁLVARO NOVIS e a EDIMAR MOREIRA DANTAS que providenciassem a entrega de 450 (quatrocentos e cinquenta) mil reais mensais em espécie em um endereço localizado na Rua México, n. 164, sala 57, Rio de Janeiro-RJ.

Nessa época, ÁLVARO NOVIS fazia o controle de um caixa paralelo formado por repasses de empresas de transporte público do Rio de Janeiro em contas contábeis sob os codinomes F/NETUNO e F/SABI, acolhendo e distribuindo valores não contabilizados, parte destinada ao pagamento de propinas ajustadas pela direção sindical, ao passo em que EDIMAR DANTAS orientava funcionários para que providenciassem as entregas.

**Assim, por volta dos dias 30/5/15, 30/6/15, 30/7/15, 30/8/15, 30/9/15, 30/10/15, 30/11/15, 30/12/15. 30/1/16, 29/2/16 e 30/3/16, conforme registros do controle desses valores, ÁLVARO NOVIS e EDIMAR auxiliaram os dirigentes da FETRANSPOR e providenciaram a entrega 4,95 milhões de reais em espécie (parcelas de 450 mil) na Rua México, n. 164, sala 57, Rio de Janeiro-RJ, endereço controlado por JONAS LOPES NETO.**

ÁLVARO NOVIS, destaca o Ministério Público Federal, manteve uma contabilidade dessas remessas em planilhas protegidas com criptografia - material entregue em colaboração - em que estão relacionados os valores, as datas e o endereço de entrega do numerário ilícito (DOC.23) (fls. 3394).



Na posse dos valores, JONAS NETO (filho do ex-presidente e operador das quantias desviadas) encaminhou parte das quantias à sala da Presidência do TCE-RJ, após remunerar-se do correspondente a 5% dos valores, para divisão entre os conselheiros participantes do ajuste criminoso. Embora acertado para durar por período indeterminado, a remessa da vantagem indevida foi interrompida em março de 2016 com a prisão de ÁLVARO NOVIS no âmbito da Operação Lava Jato (fls. 3394).

Parte das circunstâncias desse evento foi descrita pelo ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR (então presidente do Tribunal de Contas) da seguinte maneira (DOC.13):

*“[...] Que tinha conhecimento, desde sua gestão como Secretário de Estado, que havia muitas irregularidades relacionadas às empresas de ônibus; Que, em razão disso, ao assumir a Presidência do TCE/RJ determinou fosse feito levantamento na área de transporte público e identificou que nunca havia tido feito qualquer trabalho de auditoria quanto ao tema; Que, em razão disso, resolveu determinar uma auditoria nos cinco modais do transporte público do Estado do Rio de Janeiro concedido, a saber: ônibus, metrô, barcas, trens e teleférico; Que tal se deu por volta de 2013; Que, como imaginava, encontrou diversos problemas em todos os modais; Que, em certa ocasião, alguns Conselheiros se reuniram com o Colaborador e sugeriram que procurasse a FETRANSPOR com o propósito de auferir vantagens ilícitas; **Que o Conselheiro JOSE GOMES GRACIOSA foi o mais incisivo nessa sugestão porque ele havia sido 1º Secretário da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, sendo muito amigo do empresário JOSE CARLOS LAVOURAS;** Que era voz corrente que alguns deputados estaduais da ALERJ recebiam valores encaminhados pela FETRANSPOR para atendimento de seus interesses no Poder Legislativo; **Que JOSE GOMES GRACIOSA mantinha lotado em seu gabinete no Rio de Janeiro uma pessoa intimamente ligada ao Sr. JOSE CARLOS LAVOURAS;** **Que JOSE CARLOS LAVOURAS e JACOB BARATA seriam os controladores da FETRANSPOR por serem os maiores empresários desse setor;** Que, então, procurou um conhecido de nome AMAURY ANDRADE, marido de uma das herdeiras da Autoviação 1001; **Que AMAURY informou ao Colaborador que a FETRANSPOR possuía um Presidente Executivo de nome LELIS TEIXEIRA e que seria marcada uma reunião no escritório de AMAURY com a presença do Colaborador e de LELIS, o que de fato ocorreu;** **Que ao chegar na reunião o Colaborador encontrou AMAURY ANDRADE. LELIS TEIXEIRA e JOSE CARLOS LAVOURAS a quem não conhecia pessoalmente;** **Que a ocorrência dessa reunião foi comunicada***

*aos Conselheiros do TCE/RJ e, por causa disso, o Colaborador acreditou na oportunidade que a presença de JOSE CARLOS LAVOURAS ocorreu por iniciativa de JOSE GOMES GRACIOSA; Que o clima da reunião ficou muito tenso, uma vez que o Colaborador afirmou a JOSE CARLOS: “Eu sei que o Sr. é amigo de GRACIOSA, mas hoje eu sou o Presidente do órgão”; Que durante a reunião o Colaborador foi indagado pelo Sr. LELIS TEIXEIRA sobre qual a relação que o trabalho no TCE/RJ pudesse atingir a FETRANSPOR; Que o Colaborador entendeu como que LELIS estaria desdenhando da competência do Tribunal para fiscalização dos atos da FETRANSPOR; Que o Colaborador solicitou uma quantia em nome dos Conselheiros, quantia essa cujo valor não se recorda nessa oportunidade, mas que foi sugerida pelo Conselheiro JOSE GOMES GRACIOSA; Que LELIS TEIXEIRA reportou o fato de que as empresas filiadas à FETRANSPOR eram sociedades empresárias privadas e as fiscalizações do TCE/RJ não lhes alcançariam; Que houve pedido de pagamento de vantagem indevida, mas não houve acerto de qualquer espécie de pagamento e a reunião foi encerrada; Que o trabalho de auditoria continuou a ocorrer normalmente; Que, então, foi comunicado pela área de auditoria do TCE/RJ que haveria irregularidades na gestão do “BILHETE ÚNICO”; [...] Que o Tribunal encerrou a sua atuação especificamente a esse tema dos créditos, mas deu continuidade às auditorias no sistema de transporte; Que passado não muito tempo o Colaborador recebeu ligação do Deputado Estadual JORGE PICCLANI, solicitando que fosse em reunião em sua residência que contaria com a presença do empresário JOSE CARLOS LAVOURA; Que JORGE PICCLANI sugeriu que o Colaborador aceitasse uma contribuição mensal aos Conselheiros do TCE/RJ para que o Tribunal tivesse “boa vontade” com os temas do setor na Corte de Contas; Que o Colaborador informou a JORGE PICCLANI e a JOSE CARLOS LAVOURA que esse “acerto” não iria interferir na decisão tomada pelo Tribunal relacionada aos créditos apropriados pelas empresas de ônibus e que iria colher junto aos Conselheiros do TCE/RJ a aquiescência do recebimento desses valores; Que registra que essa reunião foi feita entre meados e final de 2015; Que a quantia proposta era no valor de R\$ 70.000,00 mensais para cada Conselheiro: Que antes de comparecer à residência de JORGE PICCLANI para a reunião o Colaborador informou aos Conselheiros JOSE GOMES GRACIOSA, DOMINGOS BRAZÃO, MARCO ANTÔNIO BARBOSA ALENCAR, JOSE MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, ALOYSIO NEVES GUEDES, oportunidade em que GRACIOSA disse que a FETRANSPOR iria oferecer entre R\$ 60.000,00/70.000,00 mensais para cada Conselheiro participante do esquema; Que na reunião na casa de PICCLANI o Colaborador informou que, a partir da concordância dos Conselheiros, LELIS*

*TEIXEIRA da FETRANSPOR (presidente executivo) iria procurar JONAS NETO para o ajuste da entrega dos valores; Que isso de fato foi implementado entre seis e nove meses; Que os pagamentos não corresponderam, no entanto, ao total de meses; Que a alegação de LELIS foi de que o doleiro que trabalhava para FETRANSPOR estava em procedimento de colaboração com as autoridades públicas e, por isso, todos os repasses feitos pela FETRANSPOR estariam suspensos naquela oportunidade; Que o Colaborador, posteriormente, veio a saber que o referido doleiro seria ALVARO NOVIS; Que LELIS TEIXEIRA teria informado a JONAS NETO que os pagamentos estariam suspensos em razão de um incêndio na transportadora de valores TRANS-EXPERT; Que quando houve a suspensão dos pagamentos o Colaborador comunicou aos Conselheiros, que não ficaram satisfeitos; Que os Conselheiros pressionaram o Colaborador, sugerindo que procurasse JORGE PICCLANI; Que quando procurou JORGE PICCLANI este perguntou: “Será que eles estão vivendo em outro país? Será que não sabem o que está acontecendo?”; Que se recorda que PICCLANI afirmou na oportunidade “eu também não estou fazendo nada para mim”; Que BRAZÃO chegou a pedir aos demais Conselheiros que não pressionassem o Colaborador porque os portugueses, em referência aos proprietários das empresas de ônibus, seriam pessoas corretas e em um momento iriam honrar os compromissos com o Tribunal. [...]” (fls. 3394/3395).*

No mesmo sentido, foram as declarações do colaborador ÁLVARO NOVIS, que confirmou o esquema ilícito de pagamento de propinas pela FETRANSPOR, conforme consta da planilha acosta da às fls. 3397, corroborado pelo depoimento da testemunha RICARDO CAMPOS SANTOS, funcionário que fazia as entregas de valores a mando de ÁLVARO NOVIS ou EDIMAR MOREIRA DANTAS, o qual confirmou em depoimento ao Ministério Público Federal essa dinâmica de recolhimentos de valores da FETRANSPOR (fls. 3397).

Ademais, descreve o **parquet** que atestando toda a dinâmica de pagamentos indevidos, o colaborador JONAS LOPES DE CARVALHO NETO, confirma que alugou uma sala na Rua México, 164, com o propósito específico de recebimento de valores para os Conselheiros do TCE-RJ e esclarece que “Dr. Fabrício” é seu ex-sócio FABRÍCIO VIANA RIBEIRO, que atuou em algumas oportunidades como recebedor dos valores remetidos pela FETRANSPOR (DOC.14):

*[...] Que, no início de 2014, o Colaborador empregou no seu escritório o advogado de nome FABRÍCIO VIANA RIBEIRO para serviço ordinário na área*

*de advocacia, mas, em razão da histórica relação de confiança com ele, solicitou-lhe que também recolhesse alguns valores em pacotes que eram encaminhados ao Colaborador; Que FABRÍCIO não tinha ciência alguma da razão, origem e destino dessas quantias, tendo se envolvido apenas, e tão somente, na mecânica de coleta dos volumes e entrega ao Colaborador; Que, a partir de então, a equipe que fazia o encaminhamento, por indicação do Governo, se encontrava diretamente com FABRÍCIO em um endereço localizado na Rua México n° 164, centro, Rio de Janeiro/RJ; Que não se recorda do número da sala que foi alugada, por FABRÍCIO, por determinação do Colaborador, para evitar o desconforto que a presença que essa equipe de entrega vinha causando em seu local de trabalho (...) Que, por volta, de 2015 o Colaborador foi chamado por seu pai, que disse que foi pactuado acerto financeiro com a FETRANSPOR, destinado aos Conselheiros do TCE/RJ, designando o Colaborador para manter contato com LELIS TEIXEIRA, presidente da entidade; Que foi entabulado o envio de R\$ 450.000,00 mensais que eram entregues em duas remessas, uma de R\$ 250.000,00 e outra de R\$ 200.000,00, dos quais o Colaborador retirava R\$ 22.500,00, correspondentes a 5%, seu pai, retinha R\$ 7.500,00 e dividiam-se os R\$ 420.000,00 restantes em seis parcelas de R\$ 70.000,00, destinadas a todos os Conselheiros do TCE/RJ, com exceção da Conselheira MARIANA MONTEBELLO, que não participava do esquema; Que esse acerto durou entre aproximadamente agosto de 2015 e maio de 2016, mas as remessas não corresponderam exatamente à quantidade de meses; Que a primeira parcela foi entregue pessoalmente por LELIS TEIXEIRA no escritório do Colaborador, o que contou com o registro da entrada dele no edifício; Que em um ou duas oportunidades seguintes o próprio Colaborador recolheu a quantia na sede da FETRANSPOR, localizada na Av. da Assembleia, n° 10, 3° andar, centro, Rio de Janeiro/RJ; Que para os demais recolhimentos enviou FABRÍCIO, tendo combinado antecipadamente com LELIS TEIXEIRA, que mantivesse contato com esse emissário, que apenas recolheria a encomenda sem se inteirar das razões do acerto; Que LELIS tentou contratar o escritório de advocacia do Colaborador; Que chegou a encaminhar prospecto das atividades advocatícias que encaminhava, sempre deixando claro que não haveria a mistura das questões relacionadas ao acerto do TCE/RJ e a atividade profissional de advogado; Que chegou a entabular relação institucional em nome da OAB/RJ com a FETRANSPOR para patrocínios de eventos da Ordem; Que a suspensão dos pagamentos ocorreu no primeiro semestre de 2016 porque, segundo LELIS, o doleiro que fazia as transações financeiras para gerar os recursos destinados ao TCE/RJ estaria fazendo colaboração premiada; Que acredita o Colaborador que seja ALVARO NOVIS; Que LELIS disse ao Colaborador*

*para tranquilizar os Conselheiros porque o doleiro não tinha informações do acerto da FETRANSPOR com o TCE; Que LELIS disse que a suspensão seria posteriormente compensada em favor dos Conselheiros; Que, em 20/10/2016, o Colaborador agendou reunião com LELIS na sede da FETRANSPOR para cobrar o reinício das remessas, tendo LELIS sugerido postergar para depois das eleições municipais [...]*”.

A fim de corroborar tal declaração, colaciona o Ministério Público Federal, o controle de entradas do escritório de JONAS LOPES DE CARVALHO NETO (DOC.22), a qual confirma, por exemplo, a entrada de LELIS MARCOS TEIXEIRA no dia 8/7/2015, e de AMAURY DE ANDRADE no dia 9/7/2015, destacando que, não por coincidência, na planilha ‘PAGAMENTOS JC.xlsx’ apresentada pelo colaborador ÁLVARO NOVIS, doleiro que operava para a FETRANSPOR, consta o pagamento da quantia de R\$ 450.000,00, referente à ‘mesada’ do mês de junho de 2015, dividida em duas parcelas, pagas exatamente nos dias 8 e 9 de julho de 2015 (DOC. 26) (fls. 3400).

Tenho que essas informações, com o detalhamento apresentado pelo Ministério Público Federal, dão contornos importantes da ocorrência de crimes de **corrupção passiva**, mais uma vez correspondentes a atos de fiscalização inerentes à atividade do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **Parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção*

*passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

De outro lado, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, da mesma forma que anteriormente mencionado, **tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquias, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

Dessa feita, encontram-se os denunciados incurso no crime de corrupção passiva, por 11 (onze) vezes, tal qual se verifica das operações distintas realizadas nos dias 30/5/15, 30/6/15, 30/7/15, 30/8/15, 30/9/15, 30/10/15, 30/11/15, 30/12/15, 30/1/16, 29/2/16 e 30/3/16 (fls. 3394):

. ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;

. DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;

. JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;

. JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP;

. MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, **caput**, c/c artigo 71 (por 11 vezes), ambos do CP.

### 30.5. CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12 e 13: O CASO SEOBRAS - CORRUPÇÃO PASSIVA (SOLICITAÇÃO E RECEBIMENTO DE VANTAGENS INDEVIDAS DAS EMPREITEIRAS):

Quanto aos fatos **quarto, quinto, sexto, sétimo, oitavo, novo, décimo, décimo primeiro, décimo segundo e décimo terceiro** insertos na denúncia, imputa o Ministério Público Federal a prática do **crime de corrupção passiva** (Art. 317, §1º, c/c art. 327, §2º, do CP), aos denunciados **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**.

Para tanto, não obstante traga os fatos acima narrados de modo conjunto na denúncia, busca o órgão ministerial a condenação dos acusados da seguinte forma:

. **FATO 4:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, **caput**, c/c art. 327, §2º, do CP);

. **CONJUNTO DE FATOS 5:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, por 4 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, **caput**, c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP);

. **CONJUNTO DE FATOS 6:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, por 4 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP);

. **CONJUNTO DE FATOS 7:** JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, por 4 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP);

. **FATO 8:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput c/c art. 327, §2º, do CP);

. **CONJUNTO DE FATOS 9:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317. caput, c/c art. 327, §2º, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, do CP);

. **CONJUNTO DE FATOS 10:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, do CP);

. **FATO 11:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, do CP);

. **FATO 12:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, todos do CP);

. **CONJUNTO DE FATOS 13:** ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, por 3 vezes, pela prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, por 3 vezes na forma do art. 71, todos do CP).

**Pois bem.** Ressai da inicial acusatória, que além das quantias ilícitas descritas nos fatos anteriores e relacionadas aos fornecedores da SEAP e DEGASE e aquelas oferecidas pela FETRANSPOR, **os denunciados ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** e o ex-Conselheiro ALUISIO GAMA DE SOUZA **solicitaram e receberam vantagens indevidas regulares correspondentes a 1% dos valores dos contratos celebrados pela Secretaria de Obras do Rio de Janeiro que excedessem o montante de 5 milhões de reais.**

Esse recebimento, relata o **parquet**, começou ainda sob a **Presidência do Conselheiro JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO (Denunciado)** que **gerenciou o esquema de vantagens indevidas entre 2007 e 2010 e avançou para a gestão do ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR.**

**Em regra**, como antes relatado, assim como ocorria com as vantagens ilícitas recebidas das demais fontes destinadas aos conselheiros da Corte de Contas, a gestão da arrecadação e distribuição desses valores cabia ao Presidente do órgão que se encontrava em exercício.

Obtempera órgão ministerial, nesse recorte, que o Secretário de Governo do Estado do Rio de Janeiro, à época WILSON CARLOS, designou o então Secretário de Obras HUDSON BRAGA, para, representando o Governo, intermediar o recebimento e repasse de vantagens indevidas destinadas ao Tribunal de Contas do Rio de Janeiro.

Veja-se que o recebimento de vantagens indevidas já era prática disseminada entre alguns conselheiros ao menos desde 1998, quando era distribuída uma mesada de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) para cada um dos seis conselheiros (excluído o conselheiro SÉRGIO QUINTELA) a partir de valores pagos inicialmente pelo empresário “JAIR DAS QUENTINHAS” da empresa BRASAL, conforme informado pelo colaborador JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR (DOC.13) (fls. 304)

**A partir da assunção da Presidência da Corte por JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO (Denunciado), com a intermediação de HUDSON BRAGA, a sistemática para o recebimento de vantagens indevidas foi alterada, deixando de ser arbitrada em um valor fixo mensal e passando a ser calculada sobre o correspondente a 1% dos valores dos contratos celebrados pela Secretaria de Obras do Rio de Janeiro superiores a R\$ 5.000.000,00.**

O pagamento das propinas sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro)** parcelas: **a primeira** era paga inicialmente quando da aprovação do edital, e **as demais** após 30, 60 e 90 dias, embora nem sempre ocorressem com regularidade. **Posteriormente a primeira parcela da vantagem indevida passou a ser paga quando da assinatura do contrato.** E, em um **terceiro momento, a primeira parcela passou a ser liberada apenas quando do primeiro pagamento às empreiteiras.**

Denota-se que o Colaborador e ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR, então Presidente da Corte de Contas, apresentou detalhes dos recebimentos no período em que assumiu a gestão dos atos ilícitos (DOC.13):

*“QUE, no tocante aos ANEXOS 2, 3 e 4 (gestão JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR) dos relatos apresentados, DECLAROU: QUE assumiu o cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro em 26/04/2000 e exerceu a Presidência do órgão de janeiro de 2011 a dezembro de 2016; Que, na condição de Conselheiro do TCE/RJ, tomou conhecimento que a gestão da arrecadação e distribuição das vantagens indevidas ao TCE/RJ era feita pelo Presidente do Órgão; Que, após alguns dias de sua posse, foi convidado para um almoço no Palácio da Cidade, em homenagem ao Desembargador Luiz Zveiter, uma vez que ele estava deixando a Presidência do TJ/RJ; Que o convite foi feito por SÉRGIO CABRAL e EDUARDO PAES; Que ao final do almoço, quando foi cumprimentar CABRAL, o ex-governador chamou WILSON CARLOS, então Secretário de Governo do Estado do Rio de Janeiro, e disse a ele que procurasse o Colaborador, o quanto antes, para uma conversa; Que o Colaborador já nessa oportunidade entendeu que WILSON CARLOS trataria de repasses do Governo do Estado ao TCE/RJ; Que o ex-governador SÉRGIO CABRAL afirmou a WILSON CARLOS que ele trataria com um “lorde inglês” referindo-se ao Colaborador; Que, após cerca de um ou três meses, WILSON CARLOS foi ao gabinete do Colaborador e afirmou que já havia um acordo com o ex-Presidente NOLASCO, no sentido de que toda obra acima de R\$ 5.000.000,00 renderia vantagens indevidas na proporção de 1% do valor dos contratos ao TCE/RJ; Que, na ocasião, WILSON CARLOS disse que HUDSON BRAGA seria o interlocutor por parte do Estado do Rio de Janeiro; Que, então, o Colaborador indicou JONAS LOPES DE CARVALHO NETO, seu filho, como sendo o intermediário e pessoa que deveria recolher os valores das vantagens indevidas para o TCE/RJ; Que nessa época JONAS LOPES DE CARVALHO NETO tinha 29 anos de idade; Que a composição*

*do TCE/RJ, à época, era a seguinte: ALUISIO GAMA DE SOUZA, JOSÉ GOMES GRACIOSA, MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, ALOYSIO NEVES GUEDES, JULIO LAMBERTSON RABELLO (hoje falecido) e o Colaborador. Que todos os membros do TCE/RJ à época participavam da divisão das vantagens indevidas auferidas; [...] Que a dinâmica da entrega dos valores era precedida de mensagens de HUDSON para o Colaborador, de forma lacônica, que diziam apenas “peça ao menino para procurar o rapaz”; Que, por vezes, HUDSON ia pessoalmente ao gabinete do Colaborador para comunicar a disponibilidade dos recursos; Que, na maioria das ocasiões, o Presidente do TCE/RJ que controlava a arrecadação dos recursos não sabia quais empresas estavam envolvidas nas tratativas; Que sabia apenas após a realização da licitação porque o ajuste, sob a perspectiva do TCE/RJ, ocorria na fase de aprovação do edital; Que, por parte do Governo, o ajuste ocorria já com a empresa contratada; Que as tratativas que ocorreram durante a gestão do Colaborador envolveram a mesma sequência de pagamentos em quatro parcelas sendo a primeira após a liquidação e pagamento da fatura inicial apresentada pela empresa, seguindo-se de três outras parcelas nos 30, 60 e 90 dias subsequentes; Que tais prazos eram com frequência descumpridos; Que as vantagens indevidas geravam apenas a agilização da aprovação do edital; Que algumas exigências feitas pelo corpo técnico para aprovação do edital eram postergadas por decisão do colegiado, por meio de interpretação mais flexível, para comprovação antes da assinatura do contrato, sob pena de nulidade deste e dos atos subsequentes; Que o corpo deliberativo tinha preocupação em não violentar a análise técnica da equipe de instrução; **Que chegou a receber, na condição de Presidente do TCE/RJ, visitas de HUDSON BRAGA na posse de planilhas, relacionando as obras contratadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, que correspondiam a uma prestação de contas dos valores repassados aos Conselheiros do TCE/RJ; Que registra, mais uma vez, que os pagamentos eram muito irregulares e geravam uma imensa cobrança interna por parte dos Conselheiros; Que, nas palavras do Colaborador, tal cobrança era “insuportável”; Que uma dessas planilhas foi apreendida na diligência de busca e apreensão determinada pelo STJ, no âmbito da “Operação Descontrole”, em 2016; Que, algumas vezes, HUDSON BRAGA informou ao Colaborador que determinados contratos não gerariam os valores do “acerto”, seja porque a empresa vencedora se recusava a efetivar o repasse, seja porque se tratava de empresa “estrangeira”, isto é, que não participava do ajuste; Que essas explicações se repetiram por diversas vezes, gerando desconfiança por parte dos Conselheiros; Que, além disso, havia boatos à época dando conta de que HUDSON BRAGA cobrava 2% dos valores dos contratos em***

nome do TCE/RJ, o que deu ensejo a uma reunião na casa do então Vice -Governador e Secretário de Obras PEZAO no Leblon, na Rua Rainha Guilhermina, conforme foto apresentada e registrada na mídia audiovisual; Que sabe dizer que PEZÃO mantém a mencionada residência até os dias de hoje; Que acredita que essa reunião se deu no início de 2013; Que o Colaborador chamou o Conselheiro ALOYSIO NEVES para acompanhá-lo; Que lá chegando estavam presentes LUIZ FERNANDO PEZÃO, WILSON CARLOS e HUDSON BRAGA; Que a esposa de PEZÃO, de nome MARIA LÚCIA, chegou a cumprimentar os presentes, mas não participou da reunião; Que se recorda que a comida servida foi fornecida diretamente por algum restaurante; Que o jantar que chegou a contar com um garçom uniformizado; Que consegue se recordar que, na oportunidade, foi servido um vinho da marca “Barca Velha”; Que iniciou-se uma discussão bem áspera entre o Colaborador e HUDSON BRAGA; Que o Colaborador chegou a apontar o dedo para HUDSON, acusando-o de estar cobrando vantagens indevidas em nome do TCE/RJ e não estar repassando ao órgão de controle; Que WILSON CARLOS e PEZÃO intervieram, tendo WILSON CARLOS dito que os repasses seriam acompanhados, a partir daí, pelo próprio WILSON; Que a promessa de WILSON foi de que o valor correspondente ao ajuste do TCE/RJ, recebendo ou não a empresa contratada, seria honrado pelo Governo; Que WILSON CARLOS afirmou que a responsabilidade pelos pagamentos seria dele, mas continuaria sob a operacionalização de HUDSON; Que PEZÃO acompanhou toda a reunião e dela participou ativamente, inclusive intervindo para acalmar as discussões iniciais; Que toda a discussão sobre as vantagens indevidas pagas ao TCE foi feita às claras, na presença de PEZÃO; Que HUDSON BRAGA era pessoa muito ligada a PEZÃO, conhecido como “o homem do PEZÃO”; Que toda a discussão, de igual forma, foi acompanhada pelo Conselheiro ALOYSIO NEVES, cuja presença serviu para testemunhar perante os demais Conselheiros que o Colaborador não estava agindo por conta própria no recebimento dos recursos ilícitos destinados ao TCE/RJ; Que a partir dessa reunião houve uma regularidade nos pagamentos dos valores do ajuste ilícito que eram repartidos entre os Conselheiros; Que soube por seu filho, JONAS NETO, que WAGNER, então designado por HUDSON BRAGA para gerenciar o repasse dos valores foi, posteriormente, substituído por outras pessoas; Que tais pessoas, segundo JONAS NETO, aparentavam ser policiais ou ex-policiais militares; Que essa dinâmica seguiu com certa regularidade até o início da Operação Lava Jato; Que em abril de 2014 SÉRGIO CABRAL renunciou ao mandato, tendo PEZÃO assumido o posto de Governador do Estado; Que o Colaborador esteve presente com PEZÃO no Palácio Guanabara, tendo sido dito que HUDSON continuaria a tratar do repasse de vantagens indevidas ao Tribunal; Que, nessa época, WILSON CARLOS deixou o Governo junto com SÉRGIO CABRAL; Que com a

*candidatura de PEZÃO ao Governo do Estado do Rio de Janeiro, HUDSON deixou o Governo e passou a coordenar sua campanha; **Que nessa oportunidade HUDSON compareceu à Presidência do TCE/RJ, indicando ao Colaborador que a interlocução relacionada ao repasse de recursos seria feita por JOSE IRAN, que era subsecretário de HUDSON, passando a assumir a Secretaria de Obras; Que JOSE IRAN já havia comparecido perante o Colaborador antes disso para discutir temas técnicos da Secretaria de Obras perante o TCE/RJ; Que o COLABORADOR marcou reunião, então, na Secretaria de Obras para que JONAS NETO conhecesse JOSE IRAN; Que não houve repasse direto de dinheiro de JOSE IRAN para JONAS NETO, e sim por interposta pessoa indicada por ele (JOSE IRAN); Que PEZÃO ganhou a eleição de 2014; Que começaram a surgir boatos de que HUDSON seria um 'super secretário', concentrando várias pastas do Governo sob sua gestão; Que tais boatos não se confirmaram, uma vez que, quando PEZÃO assumiu, HUDSON não foi para o Governo; Que o Colaborador encontrou-se com PEZÃO em 2015 no Palácio Guanabara para indagar quem seria o interlocutor do Governo do Estado junto ao TCE/RJ; Que indagado a respeito, então, pelo Colaborador, de quem "falaria pelo Governo junto ao TCE/RJ", respondeu PEZÃO que seria AFFONSO HENRIQUES MONNERAT ALVES DA CRUZ; Que pela expressão "falaria pelo Governo junto ao TCE/RJ" tanto o Colaborador quanto o Governador entendiam como referentes aos acertos com os integrantes do Tribunal de Contas; Que, na sequência, AFFONSO MONNERAT esteve com o Colaborador, tanto na Presidência do TCE/RJ, quanto no gabinete do Secretário, oportunidade em que ambos trataram dos repasses dos valores à Corte de Contas; Que, normalmente, o Colaborador fazia a cobrança em nome dos Conselheiros ao Secretário; [...] Que ressalta que com o falecimento de JULIO RABELLO em maio de 2015, assumiu em seu lugar a Conselheira MARIANA MONTEBELLO, então Procuradora do Ministério Público junto ao Tribunal de Contas; Que MARIANA nunca participou de qualquer esquema de distribuição de valores espúrios no Tribunal; Que nessa época também atuava no TCE/RJ, na condição de Conselheiro DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, na vaga do Conselheiro ALUISIO GAMA DE SOUZA, o qual assumiu em abril de 2015. Que desde o momento que ingressou no Tribunal BRAZÃO participou da divisão dos valores ilícitos encaminhados à Corte; [...]" (fls. 3405/3408).***

Menciona o **parquet**, que as informações acima prestadas pelo então Presidente da Corte (ex-Conselheiro JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR), seriam corroboradas por diversas planilhas apreendidas em seu próprio gabinete, em que é possível verificar a indicação de 4 parcelas de

pagamento sobre diversas obras realizadas pelo Estado e que foram também encontradas planilhas em que é possível verificar marcações manuscritas com asterisco (\*) ou “OK” ao lado de cada obra com valor superior a R\$ 5.000.000,00 e anotações manuscritas “NÃO” sobre as obras com valor inferior àquele montante, o que confirma o acordo incidente sobre as obras de maior monta (fls. 3409).

Tais elementos, menciona o Ministério Público Federal, corroboram com maior força a prática sistêmica de solicitação e recebimento contínuo de valores ilícitos pela maioria da composição da Corte de Contas, resumindo o órgão ministerial, para maior adequação dos fatos, **em 03 (três) conjuntos de obras: as obras do PAC FAVELAS (CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6 e 7); as obras de reforma do Maracanã para a Copa de 2014 (CONJUNTO DE FATOS 8, 9 e 10); e as Obras da Linha 4 do Metrô (CONJUNTO DE FATOS 11, 12 e 13).**

**30.5.1. CONJUNTO DE FATOS 4, 5, 6 e 7: As OBRAS no PAC FAVELAS** (*A presente imputação não se estende ao conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES, que tomou posse no TCE-RJ apenas em abril de 2010 e tampouco ao conselheiro DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, que tomou posse no TCE-RJ apenas em 28/4/2015*):

Argumenta o Ministério Público Federal que as obras do PAC Favelas foram divididas em três lotes, um para cada uma das comunidades contempladas.

O **Consórcio Rio Melhor**, liderado pela ODEBRECHT, em parceria com a OAS e a DELTA, venceu o contrato de valor estipulado inicialmente em R\$ 493 milhões para realizar obras no **Complexo do Alemão**.

O **Consórcio Manguinhos**, liderado pela ANDRADE GUTIERREZ, em parceria com a EIT e CAMTER, venceu o contrato de R\$ 232 milhões para executar os serviços no Complexo de Manguinhos.

E o **Consórcio Novos Tempos**, encabeçado pela QUEIROZ GALVÃO, em sociedade com a CAENGE e CARIOCA ENGENHARIA, o contrato de R\$ 175,6 milhões para as obras da **Comunidade da Rocinha**.

#### **30.5.1.1. Da Solicitação de vantagens indevidas (FATO 4):**

Em data que não se pode precisar entre **novembro e dezembro 2007**, de forma livre e consciente, os conselheiros **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, agindo em união de propósitos previamente ajustados, inclusive com o então presidente, **solicitaram**

**e aceitaram promessa de vantagem indevida de 1,5 milhão de reais, cada um deles, feita por emissário do Grupo ODEBRECHT, através do servidor do TCE-RJ JORGE LUIZ MENDES, vulgo DODA** (*firmou acordo de Colaboração Premiada com o Ministério Público Federal - PET 11.910*)

Essa vantagem ilícita foi ajustada como forma de determinar decisões menos rigorosas nos processos submetidos ao corpo deliberativo da Corte (fls. 130-136 e 272-277 da PET 11909) (fls. 3417)

O referido funcionário, JORGE LUIZ MENDES, foi contatado por executivos da ODEBRECHT (líder do consórcio) e solicitou e aceitou, conforme expressa a denúncia, **em nome de membros da Corte de Contas, promessa de vantagem indevida de aproximadamente 8 milhões de reais, correspondente a 01% do valor dos contratos de obras de urbanização de favelas do Rio de Janeiro - PAC FAVELAS (DOC.30).**

Nessa época, a Secretaria de Obras estadual lançou o edital da Concorrência n. 002/SEOBRAS/2007 que resultou na contratação de 03 (três) consórcios por aproximadamente 860 milhões de reais, recursos majoritariamente provenientes da União.

**Com o propósito de determinar a análise favorável do edital no Tribunal de Contas, representantes das empresas ODEBRECHT, ANDRADE GUTIERREZ, CARIOCA, DELTA, OAS e QUEIROZ GALVÃO e outras, além de agentes políticos estaduais, ajustaram o pagamento dessa vantagem indevida a integrantes do Tribunal.**

O acerto original seria o pagamento de **uma parcela** da vantagem indevida assim que o edital fosse aprovado pela Corte, uma **segunda remessa** após a publicação da lista dos vencedores da licitação e as **terceira e quarta** parcelas no prazo de 30 e 60 dias subsequentes a essa data.

A partir da assinatura dos contratos administrativos em 2008, JORGE LUIZ MENDES (DODA) passou receber os valores prometidos, parte recolhida nos locais designados pelos executivos das empresas e parte recebida em sua residência.

Assim que recolheu os maços de dinheiro em cada uma das remessas, JORGE LUIZ MENDES (DODA) compareceu ao gabinete do então presidente do Tribunal de Contas **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO (DENUNCIADO)** e lhe entregou as quantias, sendo autorizado a remunerar-se com parte dos valores pelo auxílio na empreitada criminoso.

Em outra oportunidade, JORGE LUIZ MENDES (DODA) se dirigiu à residência do presidente JOSÉ NOLASCO, no bairro da Gávea, Rio de Janeiro -RJ e efetuou a entrega do dinheiro acondicionado em 07 (sete) maletas, correspondentes ao número de membros do tribunal.

Nessa atividade, JORGE LUIZ MENDES (DODA) recolheu aproximadamente 06 (seis) milhões de reais, quase a totalidade da promessa original de 08 (oito) milhões, tudo relacionado às obras do PAC FAVELAS (fls. 3418).

Pontua o **parquet**, que em razão da solicitação de vantagens indevidas acima narrada, **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** encontram-se incurso no art. 317, **caput**, c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada*

*pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de*

*direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, **caput**, do CP;

. JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, **caput**, do CP;

. MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, **caput**, do CP.

### **30.5.1.2. Do Recebimento de vantagens indevidas da ODEBRECHT (CONJUNTO DE FATOS 5):**

Entre dezembro de 2007 e abril de 2008, por 4 (quatro) vezes, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e

**MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às 4 (quatro) parcelas atribuídas à ODEBRECHT da taxa de 1% do contrato das obras do PAC FAVELAS.**

Conforme mencionado anteriormente, o pagamento das vantagens indevidas sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**, sendo que no caso das obras do PAC FAVELAS, a **primeira parcela** foi paga quando da aprovação do edital (*a sessão plenária do TCE-RJ que decidiu pelo conhecimento, com arquivamento comunicação e determinação no Processo nº 114.007-5/2007, que analisou o edital, ocorreu em 20/12/2007*), a **segunda** após a publicação da lista dos vencedores da licitação (*a sessão da Comissão Especial de Licitação que tornou público o resultado final da Concorrência Nacional nº 002/2007/SEOBRAS ocorreu em 1/2/2008*) e as **terceira e quarta** parcelas nos 30 e 60 dias subsequentes (fls. 3420).

As quantias oferecidas pela ODEBRECHT foram encaminhadas a JORGE LUIZ MENDES (DODA) por ÁLVARO NOVIS, que, livre e consciente, agindo em unidade de desígnios com dirigentes desse grupo, manejou vasta quantidade de dinheiro destinada ao pagamento de vantagens indevidas a servidores públicos (DOC.31) (fls. 3420).

Naquela época, ÁLVARO NOVIS foi encarregado por dirigentes da ODEBRECHT de acolher, estocar e distribuir volumes de reais, em espécie, para pagamento de vantagens indevidas acertadas pela direção da empresa, gerenciadas num intitulado Departamento de Operações Estruturadas.

Assim, ÁLVARO NOVIS recebeu volumes de dinheiro sacado por prestadores de serviços do grupo ODEBRECHT, além de terceiros, e manteve as quantias depositadas em transportadoras de valores, quando, no momento em que recebeu determinação da direção da empresa, providenciou a entrega das quantias aos destinatários designados.

Nesse contexto, assevera o Ministério Público Federal que embora não se relacionassem pessoalmente, ÁLVARO NOVIS encaminhou duas remessas de dinheiro vivo à residência de JORGE LUIZ MENDES (DODA), uma delas pessoalmente, e entregou uma terceira quantia de responsabilidade da ODEBRECHT na sede da HOYA CORRETORA, localizada na Rua da Candelária, n. 9, Centro, Rio de Janeiro/RJ (DOC.30) (fls. 3420).

Na posse de tais quantias, JORGE LUIZ MENDES (DODA) as repassou ao então Presidente da Corte JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO (DENUNCIADO) que promoveu a distribuição das parcelas destinadas aos demais conselheiros participantes do esquema criminoso.

Por esses recebimentos, sustenta o Ministério Público Federal que **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** encontram-se incurso no art. 317, **caput**, c/c art. 327, § 2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

a) *Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. À ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário*

*público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **JOSÉ GOMES GRACIOSA:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR:** Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

### **30.5.1.3. Do Recebimento de vantagens indevidas da ANDRADE GUTIERREZ (CONJUNTO DE FATOS 6):**

Entre dezembro de 2007 e abril de 2008, por 04 (quatro) vezes, os denunciados **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE**

**LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, **em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, receberam vantagem indevida correspondente às 4 (quatro) parcelas atribuídas à ANDRADE GUTIERREZ da taxa de 1% do contrato das obras do PAC FAVELAS.**

Conforme mencionado anteriormente, o pagamento das propinas sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**, sendo que no caso das obras do PAC FAVELAS, a **primeira parcela** (*a sessão plenária do TCE-RJ que decidiu pelo conhecimento, com arquivamento comunicação e determinação no Processo n° 114.007-5/2007, que analisou o edital, ocorreu em 20/12/2007*) foi paga quando da aprovação do edital, a **segunda** (*a sessão da Comissão Especial de Licitação que tornou público o resultado final da Concorrência Nacional n° 002/2007/SEQBRAS ocorreu em 1/2/2008*), após a publicação da lista dos vencedores da licitação e as **terceira e quarta** parcelas nos 30 e 60 dias subsequentes.

Os pagamentos das parcelas da ANDRADE GUTIERREZ também foram intermediados por JORGE LUIZ MENDES (DODA), que recebeu em sua residência duas remessas de dinheiro da referida construtora, entregues por um gerente regional, conforme revelações de empregados da própria construtora (DOCs. 1, 2 e 3) (fls. 3421/3422).

JORGE LUIZ (DODA), confirma que recebeu os valores da ANDRADE GUTIERREZ em sua própria residência, através de ALBERTO QUINTAES, que, por sua vez, certifica ter sido apresentado a DODA por MARCOS VIDIGAL e ter entregue as quantias no apartamento de DODA no Condomínio Village, em São Conrado (fls. 3422).

Aponta o Ministério Público Federal que as declarações prestadas por ALBERTO QUINTAES em depoimento colhido em julho de 2016, antes, portanto, que as investigações sobre os crimes no âmbito da Corte de Contas fossem abertas, estão em perfeita consonância com os dados de JORGE LUIZ MENDEZ (DODA) à época, cujo endereço declarado era Estrada da Gávea, n. 681, bloco 3, apartamento 1804, Bairro São Conrado, Rio de Janeiro/RJ, exatamente a sede do condomínio Village, citado pelo empresário (fls. 3422).

A corroborar as declarações prestadas em seu termo de depoimento, ALBERTO QUINTAES apresentou o contato telefônico de JORGE LUIZ MENDEZ (DODA) que constava em sua agenda (021) 98134.6652 e (021) 7837.1893 (fls. 3423), além disso, destaca o **parquet** que consta na agenda de compromissos de ALBERTO QUINTAES (no programa outlook), o registro

de uma reunião em 13/03/2008, com VIDIGAL (funcionário da empreiteira Odebrecht MARCOS VIDIGAL DO AMARAL) e DODA (JORGE LUIZ MENDES, operador financeiro do TCE/RJ) (fls. 3423).

Assim, na posse do dinheiro entregue por ALBERTO QUINTAES, o operador financeiro JORGE LUIZ MENDEZ (DODA) repassou as quantias ao então Presidente da Corte de Contas JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO (DENUNCIADO) que promoveu a distribuição das parcelas destinadas aos demais Conselheiros participantes do esquema criminoso.

Por esses recebimentos, sustenta o Ministério Público Federal que **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** encontram-se incurso no art. 317, caput c/c art. 327, §2º, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada*

*pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários*

*públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

#### **30.5.1.4. Do Recebimento de vantagens indevidas da CARIOCA ENGENHARIA (CONJUNTO DE FATOS 7):**

Entre dezembro de 2007 e abril de 2008, por **04 (quatro) vezes, os denunciados JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às 4 (quatro) parcelas atribuídas à CARIOCA ENGENHARIA da taxa de 1% do contrato das obras do PAC FAVELAS.**

Conforme mencionado anteriormente, o pagamento das propinas sobre cada contrato era dividido em 04 (quatro) parcelas, sendo que no caso das obras do PAC FAVELAS, **a primeira** (*a sessão plenária do TCE-RJ que decidiu pelo conhecimento, com arquivamento comunicação e determinação no Processo n° 114.007-5/2007, que analisou o edital, ocorreu em 20/12/2007*), parcela foi paga quando da aprovação do edital, **a segunda** (*sessão da Comissão Especial de Licitação que tomou público o resultado final da Concorrência Nacional n° 002/2007/SEOBRAS ocorreu em 1/2/2008*), após a publicação da lista dos vencedores da licitação e **as terceira e quarta parcelas** nos 30 e 60 dias subsequentes (fls. 3425).

Em relação ao recebimento das 04 (quatro) parcelas de vantagens indevidas relativas ao PAC FAVELAS oferecidas pela CARIOCA ENGENHARIA, JORGE LUIZ MENDES (DODA) recolheu as quantias no escritório da empreiteira localizado no bairro de São Cristóvão, na cidade do Rio de Janeiro, circunstâncias que também foram reveladas por dirigentes da empresa (DOCs 6, 7 e 8) (fls. 3425)

Na posse de tais quantias, JORGE LUIZ MENDES (DODA) as repassou ao então Presidente do JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO que promoveu a distribuição das parcelas destinadas aos demais conselheiros participantes do esquema criminoso.

Por esses recebimentos, sustenta o Ministério Público Federal que JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR encontram-se incurso no art. 317, **caput**, c/c art. 327, § 2°, por 4 vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de Cezar Roberto Bitencourt:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de Cesar Roberto Bitencourt:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica

da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

Dessa feita, encontram-se incurso, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

**30.5.2. CONJUNTO DE FATOS 8, 9 e 10: As OBRAS DE REFORMA DO MARACANÃ PARA A COPA DE 2014 (A presente imputação não se estende ao conselheiro DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, que tomou posse 110 TCE-RJ apenas em 28/4/2015):**

Ressai da exordial acusatória, que uma vez executadas pelo Governo do Estado do Rio de Janeiro, mas financiadas com **recursos de pelo menos R\$ 400.000,00 disponibilizados pelo BNDES**, sendo a União Federal fiadora do empréstimo, as obras de reforma e adaptação do Estádio do Maracanã para sediar a Copa do Mundo de 2014 foram contratadas com o **CONSÓRCIO MARACANÃ RIO 2014**, formado pela ODEBRECHT (líder), com 49% de participação, DELTA, com 30% de participação, e ANDRADE GUTIERREZ, com 21% de participação.

Neste sentido, **em agosto de 2010**, foi assinado o Contrato n° 101/2010 entre o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, **por meio da Secretaria de Estado de Obras**, e o consórcio referido, sendo que as obras tiveram um valor contratado de R\$ 705.589.143,72, tendo efetivamente custado, após aditivos e reajustes, aproximadamente R\$ 1.080.647.797,00 (fls. 3425).

Houve financiamento das obras de reforma do Maracanã para a Copa de 2014 com recursos federais, sendo a União Federal fiadora do empréstimo.

Relata o **parquet** que, **em julho de 2011, foi assinado o Contrato de Financiamento nº 10.2.1763.1 entre o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social - BNDES e o ESTADO DO RIO DE JANEIRO, tendo-se liberado o valor de R\$ 400.000.000,00 para a execução das obras (fls. 3426).**

Ressalva, no ponto, o Ministério Público Federal que, como aconteceu no PAC das FAVELAS as obras de reforma do Maracanã para a Copa do Mundo de 2014 envolveram vultosos contratos, que representaram mais uma grande oportunidade para o recebimento de vantagens indevidas por aqueles que deveriam zelar pela boa utilização de dinheiro público.

#### **30.5.2.1. Da Solicitação de vantagens indevidas (FATO 8):**

Extraí da peça acusatória, que em data que não se pode precisar, mas entre **junho e julho de 2010**, de forma livre e consciente, os conselheiros **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, agindo em união de propósitos previamente ajustados, inclusive com o então presidente da Corte de Contas, **solicitaram e aceitaram promessa de vantagem indevida feita por emissário do Grupo ODEBRECHT, através do operador DEODONIO CÂNDIDO DE MACEDO NETO.**

**Entre junho e julho de 2010**, o então secretário de Governo **WILSON CARLOS CARVALHO** entrou em contato com o funcionário da empreiteira Odebrecht **MARCOS VIDIGAL DO AMARAL** e **informou-lhe sobre a necessidade de pagamento de valores junto ao Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.**

Segundo **WILSON CARLOS**, esses pagamentos deveriam ser feitos para que os contratos fossem executados sem qualquer tipo de embaraço ou contestação por parte da Corte de Contas e já havia negociado o valor da propina em 1% sobre o valor do faturamento da obra.

Aduz o **parquet**, que após o contato de **WILSON CARLOS, MARCOS VIDIGAL** levou a solicitação ao seu superior na empreiteira **ODEBRECHT, BENEDICTO BARBOSA DA SILVA JÚNIOR**, que tinha poderes para acatar ou não o pleito, o qual anuiu com os pagamentos, condicionando-os, todavia, à assinatura do contrato, que, àquela época, ainda não havia sido firmado, o que veio a ocorrer efetivamente em agosto de 2010 (fls. 3427).

Em razão da solicitação de vantagens indevidas acima narrada, sustenta o Ministério Público Federal que **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** encontram-se incurso no art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, ambos do Código Penal.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao Órgão Ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do*

*uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228)*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reproável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC

76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

- . ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 317, **caput**, do CP;
- . JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, **caput**, do CP;
- . JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, **caput**, do CP;
- . MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, **caput**, do CP.

#### **30.5.2.2. Do Recebimento de vantagens indevidas da ODEBRECHT (CONJUNTO DE FATOS 9):**

Entre agosto e dezembro de 2010, por 04 (quatro) vezes, ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS), de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às parcelas atribuídas à ODEBRECHT da taxa de 1% do contrato das obras do Maracanã para a Copa de 2014.**

Conforme mencionado anteriormente, o pagamento dos valores devidos sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas**: a **primeira** parcela inicialmente era paga quando da aprovação do edital, e as **demais após 30, 60 e 90 dias**, embora nem sempre ocorressem com regularidade, sendo que os valores devidos eram pagos pelas empreiteiras participantes do consórcio responsável pela obra mencionada, na proporção de sua participação.

No caso das obras de reforma do Maracanã para a Copa do Mundo de 2014, **a primeira parcela da propina foi paga após a assinatura do contrato nº 101/2010, entre o final de agosto de 2010 e o início de setembro de 2010, conforme informado pelo colaborador MARCOS VIDIGAL (DOC.9) (fls. 2428).**

Tendo em vista que as obras seriam executadas pelo Consórcio Rio 2014, formado pelas construtoras ODEBRECHT, ANDRADE GUTIERREZ e DELTA, a líder do consórcio ODEBRECHT acordou com as demais consorciadas que os valores a serem pagos a título de propina para os Conselheiros, ora denunciados, seriam proporcionalmente divididos.

Autorizado o acerto, MARCOS VIDIGAL, da ODEBRECHT, procurou pelo então Secretário de Governo WILSON CARLOS, que lhe informou que os detalhes para a entrega dos valores deveriam ser acertados com o então Secretário de Obras HUDSON BRAGA.

MARCOS VIDIGAL, então, se encontrou com HUDSON BRAGA, sendo informado que quem faria a recepção dos valores seria uma pessoa de nome DEODÔNIO em um escritório na Avenida Rio Branco.

No dia **31/08/2010**, MARCOS VIDIGAL operacionalizou internamente o pagamento junto ao Departamento de Operações Estruturadas da Odebrecht e, alguns dias depois, informou a DEODONIO a senha a ser dita ao portador do dinheiro e o valor a ser pago, ao passo em que o pagamento foi efetivamente por intermédio de ALVARO NOVIS, doleiro que operava para a construtora (fls. 3429).

O funcionário da ODEBRECHT MARCOS VIDIGAL DO AMARAL, narrou a dinâmica do pagamento de propinas aos Conselheiros referentes às obras do Maracanã (DOC.9):

***“QUE indagado sobre o pagamento de vantagens indevidas aos Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro respondeu que, entre junho e julho de 2010, foi chamado pelo Secretário de Governo Wilson Carlos Carvalho,***

*onde este comunicou a necessidade de efetuar um pagamento de propina junto ao TCE; QUE WILSON CARLOS CARVALHO, nesse encontro em seu gabinete, informou que havia negociado com o TCE o pagamento de 1 % do valor do contrato do Maracanã; QUE informou na ocasião que não possuía delegação e que necessitava da autorização de seu líder Benedicto Júnior; QUE após consulta ao líder Benedicto Júnior, este aprovou o pagamento da propina condicionando à assinatura do contrato; QUE como se tratava de um consórcio, após tratativas da ODEBRECHT com as demais consorciadas (ANDRADE GUTIERREZ e DELTA), restou acordado que a parte da Odebrecht a ser paga em propina ao TCE/RJ seria de R\$ 3.400.000,00 (três milhões e quatrocentos mil reais); QUE no entanto, em decorrência de encontro de contas entre as consorciadas relativas aos estudos iniciais, efetivamente restou para a ODEBRECHT pagar em propina ao TCE/RJ o valor de R\$728.000,00 (setecentos e vinte e oito mil reais); QUE o restante do montante de R\$3.400.000,00 foi pago pela Delta; QUE após a aprovação por Benedicto Júnior, procurou WILSON CARLOS, que indicou que acertasse os detalhes para entrega do valor com o Secretário de Obras HUDSON BRAGA; QUE teve um encontro com HUDSON BRAGA e nesse encontro HUDSON informou que quem faria a recepção dos valores seria uma pessoa de nome DEODÔNIO em um escritório na Avenida Rio Branco; QUE então operacionalizou o pagamento junto ao departamento de operações estruturadas da Odebrecht; QUE a programação do pagamento foi feita no dia 31.08.2010; QUE provavelmente o pagamento foi feito na semana seguinte a essa data; QUE então passou a senha e o valor a Deodônio e o pagamento foi feito provavelmente por um doleiro, uma vez que este detalhe da entrega não era de sua alçada [...]” (fls. 3429/3430).*

Ressalta o parquet, que em depoimento complementar, MARCOS VIDIGAL reconheceu DEODONIO como sendo DEODONIO CÂNDIDO DE MACEDO NETO, a quem lhe foi apresentada a foto extraída do Portal da Segurança do Estado do Rio de Janeiro, e ainda teceu maiores detalhes sobre o esquema de pagamentos (DOC.32):

*“QUE reconhece na foto em anexo a pessoa de DEODONIO, mencionada em seu depoimento anterior; QUE foi apresentado a DEODONIO por HUDSON BRAGA, em reunião realizada na Secretaria de Obras, já mencionada em seu depoimento anterior; QUE na referida reunião estavam presentes apenas o colaborador, HUDSON BRAGA e DEODONIO; QUE foi DEODONIO quem lhe informou o local de recolhimento dos valores a serem pagos; QUE o colaborador nunca esteve pessoalmente no local das entregas, mas DEODONIO lhe informou que seria em*

*uma sala na Av. Rio Branco, cujo número não se recorda; QUE o doleiro mencionado em seu depoimento anterior como sendo o responsável pelos pagamentos era ÁLVARO NOVIS; QUE a sistemática de pagamentos funcionava da seguinte forma: aprovado o pagamento por BENEDICTO JÚNIOR, o colaborador enviava um e-mail interno para o funcionário UBIRACY, que por sua vez reencaminhava para o setor de operações estruturadas, na pessoa da funcionária LÚCIA; então LÚCIA, conforme disponibilidade enviava e-mail para o colaborador solicitando o local de entrega e a pessoa a receber; após o colaborador informar e, com a disponibilidade combinada entre LÚCIA e NOVIS, LÚCIA enviava novo e-mail ao colaborador informando a data em que o pagamento ocorreria e uma senha; QUE o colaborador entrava em contato com o recebedor, no caso DEODONIO, informando a senha que deveria ser dita ao portador do dinheiro; QUE DEODONIO sempre informava um nome diferente do seu, provavelmente para desvincular seu nome dos recebimentos; QUE naquela época o colaborador não sabia como LÚCIA operacionalizava internamente essa sistemática, e não conhecia ALVARO NOVIS; QUE essa sistemática de pagamentos entre o colaborador e DEODONIO ocorreu apenas no que diz respeito às obras de reforma do Maracanã para a Copa de 2014” (fls. 3329/3330).*

A corroborar as declarações do colaborador, foi obtida prova por meio absolutamente independente, que demonstra a existência do contato de DEODONIO MACEDO na agenda telefônica de HUDSON BRAGA, com a indicação “TCE/RJ” (*Prova obtida a partir do afastamento de sigilo telemático deferido nos autos do processo nº 0506602-19.2016.4.02.5101, ajuizado perante a 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, cujo conteúdo foi compartilhado para a instrução deste feito*). (fls. 3430)

Além disso, pontua o Ministério Público Federal, que o executivo da Odebrecht BENEDICTO BARBOSA DA SILVA JÚNIOR confirmou o pagamento de propinas aos Conselheiros do TCE-RJ (DOC.10):

*“[...] QUE em relação ao Projeto Maracanã, em 2010, se recorda que autorizou MARCOS VIDIGAL, a partir de uma demanda de WILSON CARLOS, o pagamento de propina ao TCE/RJ no valor da proporção que a ODEBRECHT possuía no Consórcio; QUE tais pagamentos foram operacionalizados por MARCOS VIDIGAL [...]” (fls. 3431).*

Por esses recebimentos, sustenta o Ministério Público Federal que **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ**

**MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR** encontram-se incurso no art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, por **04 (quatro)** vezes na forma do art. 71, todos do CP.

Para o delito de corrupção passiva, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o Parquet, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. À ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da*

*função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo,*

*abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu”* (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.* (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.*

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

### **30.5.2.3. Do Recebimento de vantagens indevidas da ANDRADE GUTIERREZ (CONJUNTO DE FATOS 10):**

Entre **agosto e dezembro de 2010**, **por 4 (quatro) vezes**, **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, receberam vantagem indevida **correspondente às parcelas atribuídas à ANDRADE GUTIERREZ da taxa de 1% do contrato das obras do Maracanã para a Copa de 2014.**

Conforme mencionado anteriormente, o pagamento dos valores indevidos sobre cada contrato era dividido em **04 (quatro) parcelas: a primeira** parcela

inicialmente era paga quando da aprovação do edital (*Posteriormente a primeira parcela da propina passou a ser paga quando da assinatura do contrato, e em um terceiro momento, a primeira parcela passou a ser liberada apenas quando do primeiro pagamento às empreiteiras*), e as demais após 30, 60 e 90 dias, embora nem sempre ocorressem com regularidade, sendo que os valores devidos eram pagos pelas empreiteiras participantes do consórcio responsável pela obra mencionada, na proporção de sua participação.

No caso das obras de reforma do Maracanã para a Copa do Mundo de 2014, a primeira parcela da propina foi paga após a assinatura do contrato nº 101/2010, entre o final de agosto de 2010 e o início de setembro de 2010, conforme informado pelo colaborador MARCOS VIDIGAL (DOC.9).

**A primeira das 04 (quatro) parcelas da vantagem indevida atribuída à ANDRADE GUTIERREZ relativa às obras do Maracanã foi entregue diretamente ao operador do TCE-RJ pelo funcionário da empreiteira RAFAEL CAMPELLO, que havia recebido orientações de ALBERTO QUINTAES para efetuar a entrega dos valores em uma sala na Avenida Rio Branco nº 181, no Centro do Rio de Janeiro.**

Demonstra o **parquet**, que o endereço coincide com aquele informado por MARCOS VIDIGAL, como sendo o das entregas feitas pela ODEBRECHT à pessoa de DEODONIO, conforme indicado naquela ocasião por HUDSON BRAGA, ao passo em que as outras 03 (três) parcelas foram entregues a WAGNER JORDÃO, que já atuava em diversas outras oportunidades como emissário de HUDSON BRAGA para o recolhimento de propinas.

O diretor da ANDRADE GUTIERREZ CLÓVIS RENATO NUMA PEIXOTO PRIMO confirmou os pagamentos de propina relacionados às obras de reforma do Maracanã (DOC.2):

*[...] QUE posteriormente, durante as obras do Maracanã, devido aos problemas nas obras, decorrente do seu tombamento e por ser uma reforma, foi feito um aditivo de 50% do valor do contrato; QUE durante uma reunião do consórcio com Delta e Odebrecht, na qual estava presente ALBERTO QUINTAES, o representante da Odebrecht teria dito que o TCE/RJ deveria ser atendido com 1%, a pedido de WILSON CARLOS, sem mencionar nomes do TCE/RJ; QUE ALBERTO QUINTAES reportou a situação ao depoente; QUE o depoente autorizou o pagamento mas não sabe pra quem foi; QUE, esclarece que em seu termo de colaboração inicial mencionou a pessoa de NOLASCO porque ele era o presidente do tribunal à época,*

*mas o pedido foi feito pelo WILSON CARLOS, via Odebrecht, vara que fosse favorecido o TCE/RJ, sem menção de destinatário específico; QUE ALBERTO QUINTAES mencionou que haveria represália se não houvesse pagamentos; QUE não precisaria de autorização para aprovar os pagamentos, mas não tem certeza se comentou isso com ROGÉRIO NORA; QUE normalmente isso era comentado; QUE o controle do pagamento da propina para o TCE/RJ era feito por ALBERTO QUINTAES; [...] (fls. 3433).*

ALBERTO QUINTAES, funcionário responsável pelo pagamento das vantagens indevidas, por sua vez, além de confessar que realizou pagamentos a emissário do Tribunal de Contas, informou o envolvimento de outro executivo da empresa, de nome RAFAEL CAMPELO (DOC.3):

*[...] QUE o depoente pode afirmar que a AG também pagou ao TCE na obra MARACANA COPA, mas pode dizer que nesse caso, por ocasião do primeiro pagamento MARCOS VIDIGAL, orientou o depoente a pagar a uma pessoa; que o depoente não pode dizer quem é essa pessoa, porque quem foi entregar o dinheiro foi o engenheiro da AG RAFAEL CAMPELO; que os outros três pagamentos, por orientação de HUDSON BRAGA, foram pagos a WAGNER, já mencionado; que pode dizer que os pagamentos eram para o TCE porque tanto VIDIGAL quanto HUDSON falaram isso; que no caso MARACANÁ COPA, os quatro pagamentos foram pagos por RAFAEL CAMPELO: QUE a AG honrou com a totalidade dos pagamentos devidos de 1% ao TCE nas obras do MARACANÁ COPA, PAC FAVELAS MANGUINHOS e ARCO METROPOLITANO; que havia uma orientação de CLÓVIS PRIMO para pagar o TCE imediatamente porque havia o temor de uma retaliação do TCE [...] (fls. 3434).*

De igual forma, o leniente RAFAEL CAMPELO deu detalhes da oportunidade em que levou um envelope com dinheiro vivo para o portador do TCE-RJ (DOC.4):

*[...] Que recebeu um pedido de Alberto Quintaes para fazer uma entrega de dinheiro a um intermediário do TCE; Que ao que se recorda essa entrega era muito importante e não poderia haver falhas; Que não sabe a que obra essa entrega se referia; Que Alberto Quintaes pediu que o dinheiro fosse entregue na Avenida Rio Branco no nº 181; Que o andar da sala o depoente não se recorda; Que acredita que a entrega tenha sido feita em 2011; Que voltou ao prédio para tentar se recordar da sala; Que sabe que a sala é a sala de nº 10; Que ficou em dúvida entre o 5º e o 7º andar, pois se*

*recorda que havia uma agência de turismo no andar onde foi feita a entrega; Que nos dois andares citados há uma agência de turismo; Que a agência de turismo fica à direita de quem sai do elevador; Que a sala 10 fica à esquerda de quem sai; Que o volume de dinheiro entregue era maior do que o volume que costumava entregar a Wagner; Que chamou sua atenção o fato da sala estar totalmente vazia; Que após uma divisória havia apenas duas cadeiras e uma mesa improvisada; Que o local aparentava estar sendo usado temporariamente; Que apenas entregou o dinheiro e foi embora; Que não sabe se poderia reconhecer a pessoa atualmente (fls. 3434).*

Além disso, em análise dos registros telefônicos obtidos por meio de autorização judicial (*provas obtidas no processo n° 0506980-72.2016.4.02.5101, cujo conteúdo foi compartilhado essa investigação conforme decisão judicial*) e entregues voluntariamente (*registros de chamadas apresentado por ALBERTO QUINTAES em seu termo de leniência*), foi possível identificar diversas ligações entre o empresário ALBERTO QUINTAES e o operador financeiro DODA, em datas próximas aos fatos ora narrados (fls. 3434).

Por esses recebimentos, sustenta o Ministério Público Federal que ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURICIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR encontram-se incurso no art. 317, caput, c/c art. 327, § 2°, por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção*

*passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos*

*em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **Parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.** (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

**30.5.3. CONJUNTO DE FATOS 11, 12 e 13: As OBRAS DA LINHA 4 DO METRÔ** (*a presente imputação não se estende ao conselheiro DOMINGOS INÁCIO BRAZAO, que tomou posse no TCE-RJ apenas em 28/4/2015*).

No ano de **2014**, os **Conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, agindo de forma livre, consciente e em unidade de desígnios, **receberam a vantagem indevida de 1,85 milhão de reais, correspondente à fiscalização do contrato da Linha 4 do Metrô** (*embora não tenham sido contratadas pela Secretaria de Estado de Obras, mas sim pela Secretaria de Estado de Transportes, as obras da Linha 4 do Metrô geraram o pagamento de propinas aos Conselheiros do TCE-RJ em sistemática semelhante às demais obras*).

Conforme destaca o Ministério Público Federal, o custo da obra foi originalmente orçado em R\$ 880.079.295,18, em 1998, e posteriormente reajustado para R\$ 9.643.697.011,65 (fls. 3435), ao passo em que as quantias indevidas foram oferecidas por gestores do consórcio responsável pelas obras do metrô (ODEBRECHT, CARIOCA, QUEIROZ GALVÃO, COWAN e SERVIX), sendo recolhidas e partilhadas entre os integrantes da Corte que participavam da empreitada criminosa.

Para tanto, todos contaram com a participação relevante de JONAS LOPES NETO (operador), que, de forma livre e consciente, agindo em unidade de desígnios com seu pai, o então Presidente do JONAS LOPES JÚNIOR e com outros conselheiros, recolheu o dinheiro e o encaminhou ao Tribunal de Contas para divisão entre conselheiros participantes.

#### **30.5.3.1. Da Solicitação de vantagens indevidas (FATO 11):**

Em data que não se pode precisar no ano de 2014, de forma livre e consciente, **os conselheiros ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO**

**ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, agindo em união de propósitos previamente ajustados, inclusive com o então presidente, **solicitaram e aceitaram promessa de vantagem indevida feita por emissário do Grupo ODEBRECHT, através do operador JONAS LOPES DE CARVALHO NETO, filho do então presidente JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR.**

Naquele ano, o conselheiro JONAS LOPES JÚNIOR recebeu dirigentes da ODEBRECHT, empresa que liderava o consórcio de edificação da linha 4 do Metrô do Rio de Janeiro (obra que contou com aporte de dinheiro federal), oportunidade em que o gestor ofereceu e prometeu vantagem indevida aos conselheiros do Tribunal, para que o corpo deliberativo adotasse leitura mais favorável nas decisões sobre o contrato.

Nessa oportunidade, JONAS LOPES JÚNIOR aceitou a promessa em nome de integrantes do TCE-RJ e designou seu filho para receber as quantias correspondentes.

Em razão da solicitação de vantagens indevidas acima narrada, sustenta o Ministério Público Federal que ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR encontram-se incurso no art. 317, caput, c/c art. 327, §2º, ambos do Código Penal.

**Pois bem.** No que se refere ao fato aqui imputado aos denunciados, não obstante a narrativa ministerial, observa-se que, no ponto, não demonstrou o **parquet**, com acuidade, ao menos por meio de um mínimo juízo de probabilidade, a conduta dos acusados, eximindo-se de descrever, de modo compreensível, o modo de agir dos supostos autores.

Ao que se denota, não se faz possível aferir quando se deram os fatos narrados, eis que se aponta simplesmente o ano de 2014, e quais seriam os dirigentes da empresa ODEBRECHT e o gestor que teria oferecido e prometido vantagem indevida aos Conselheiros do Tribunal, para que o corpo deliberativo adotasse leitura mais favorável nas decisões sobre o contrato.

Sabe-se que a denúncia genérica resta por inverter o ônus **probandi**, eis que a inobservância por parte do órgão acusador da descrição mínima da conduta imputada, em última análise, implica a incumbência do denunciado em demonstrar a não participação no ilícito penal, o que revela violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório.

Nesses termos é a jurisprudência desta Corte de Justiça:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, II, DA LEI N. 8.137/90). INÉPCIA. DENÚNCIA GENÉRICA. PREJUÍZO AO EXERCÍCIO DA AMPLA DEFESA E DO CONTRADITÓRIO. ORDEM CONCEDIDA.*

1. *A denúncia genérica resta por inverter o ônus probandi, haja vista que a inobservância por parte do órgão acusador da descrição mínima da conduta imputada, em última análise implica a incumbência do denunciado em demonstrar a não participação no ilícito penal, o que revela violação ao exercício da ampla defesa e do contraditório.*

2. *Não atende aos requisitos do art. 41 do CPP a peça acusatória que inclui os pacientes no rol dos denunciados pelo fato de serem presidentes e diretores da sociedade empresária de grande porte, com atividade nacional, sem, contudo, especificar suas ações efetivamente praticadas.*

3. *Habeas corpus concedido para determinar o trancamento da ação penal quanto aos pacientes, ressalvada a possibilidade de oferta de nova denúncia, desde que cumpridos os requisitos constantes do art. 41 do CPP” (HC n. 423.882/PE, **Sexta Turma**, Rel. Min. **Nefi Cordeiro**, DJe de 22/10/2018).*

*“RECURSO EM HABEAS CORPUS. CRIME CONTRA AS RELAÇÕES DE CONSUMO. VENDA OU EXPOSIÇÃO A VENDA DE PRODUTOS EM DESACORDO COM AS ESPECIFICAÇÕES LEGAIS (ART. 7º, INCISO II, DA LEI N. 8.137/90). INÉPCIA DA DENÚNCIA. OCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE PENAL OBJETIVA. DENÚNCIA GENÉRICA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS DO ART. 41 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – CPP. CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENCIADO. RECURSO PROVIDO.*

1. *Esta Corte Superior pacificou o entendimento segundo o qual, a exclusão de réus do polo passivo de ação penal é medida excepcional possível somente quando ficar demonstrado – de plano e sem necessidade de dilação probatória – a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade. É certa, ainda, a possibilidade de exclusão de réus do polo passivo da ação nos casos em que a denúncia for inepta relativamente aos acusados, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que não impede a propositura de nova ação, desde que suprida a irregularidade.*

2. *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ orienta-se no sentido de que, nos crimes societários, o contrato social pode ser considerado indício de autoria naquelas situações em que a complexidade do delito impedir a identificação pormenorizada da conduta de cada agente. Entretanto, mesmo nos crimes societários, a denúncia deve estabelecer um liame mínimo que demonstre a plausibilidade da acusação, o que não se extrai relativamente ao paciente, mormente porque ele sequer figurava como administrador da empresa no contrato social, já que, conforme cláusula 8ª a administração era exercida exclusivamente pelo corréu.*

3. “Este Superior de Justiça tem reiteradamente decidido ser inepta a denúncia que, mesmo em crimes societários e de autoria coletiva, atribui responsabilidade penal à pessoa física, levando em consideração apenas a qualidade dela dentro da empresa, deixando de demonstrar o vínculo desta com a conduta delituosa, por configurar, além de ofensa à ampla defesa, ao contraditório e ao devido processo legal, responsabilidade penal objetiva, repudiada pelo ordenamento jurídico pátrio” Precedente: RHC 43.405/MG, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 22/9/2014).

4. “Como é cediço, a mera atribuição de uma qualidade não é forma adequada para se conferir determinada prática delitiva a quem quer que seja. Caso contrário, abre-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva.” Precedente: AgRg no RHC 76.581/PE, Rel. Ministro REYNALDO SOARES DA FONSECA, QUINTA TURMA, DJe 1/8/2017)

5. Recurso provido para determinar o trancamento da ação penal relativamente ao paciente, sem prejuízo que o Ministério Público apresente nova inicial acusatória em atendimento aos requisitos do art. 41 do CPP, descrevendo minimamente conduta do acusado sem pautar-se exclusivamente na circunstância de figurar no contrato social como sócio da empresa” (RHC n. 105.167/SP, **Quinta Turma**, Rel. Min. **Joel Ilan Paciornik**, DJe de 02/04/2019).

Nesses termos, e, como dito, no que se refere a este fato (**FATO 11**), tenho que a denúncia não merece ser recebida, com fulcro **no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

### **30.5.3.2. Do Recebimento de vantagens indevidas da ODEBRECHT (FATO 12):**

Em data que não se pode precisar por volta de setembro de 2014, **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR (DENUNCIADOS)**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às parcelas atribuídas à ODEBRECHT da taxa de 1% do contrato das obras da Linha 4 do Metrô.**

Embora o pagamento das propinas sobre cada contrato fosse, em regra, dividido em **04 (quatro) parcelas**, sendo os débitos divididos proporcionalmente entre as empreiteiras participantes do consórcio, no caso em tela, sustenta o **parquet**, que as parcelas da ODEBRECHT foram quitadas de uma só vez.

Para tanto, aponta o órgão ministerial, que **JONAS LOPES NETO encontrou-se com o diretor da ODEBRECHT no estacionamento do**

shopping Leblon, na cidade do Rio Janeiro, e recolheu 01 (hum) milhão de reais em espécie, que estavam acondicionados no bagageiro do veículo Ford/Fusion do emissário do dinheiro, sendo que as quantias correspondiam às 04 (quatro) parcelas de 250 mil reais prometidas pela empresa, liquidadas numa única oportunidade.

Na posse das quantias, demonstra o Ministério Público Federal que Jonas Lopes Neto (operador e filho do ex-Presidente Jonas Lopes Filho) levou os maços de dinheiro para a sala da presidência do Tribunal de Contas e os entregou a seu pai (Jonas Lopes Filho, ex-Conselheiro e então presidente), para divisão entre os conselheiros que participavam do ajuste, remunerando-se, na mesma oportunidade, do correspondente a 5% dessa quantia.

Parte das circunstâncias desse evento foi descrita por JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR da seguinte maneira (DOC.13):

*‘Que, em 2014, recebeu visita em seu gabinete de LEANDRO AZEVEDO, Diretor da ODEBRECHT; Que LEANDRO sugeriu pagamento de quantia ao TCE/RJ, correspondente à obra da Linha 4 do Metrô; Que o Colaborador afirmou que diversas irregularidades já tinham sido constatadas na referida obra e que seria difícil que eventual acerto financeiro para reverter constatações feitas pelo TCE/RJ; Que LEANDRO ponderou que esses achados de auditoria seriam contestados futuramente pelas empresas consorciadas e que a decisão do TCE/RJ poderia fazer uma leitura mais favorável das defesas apresentadas; (...) Que o valor ajustado com a ODEBRECHT referente à linha 4 do Metrô foi de um pagamento mensal aos Conselheiros do TCE/RJ de R\$ 250.000,00; Que LEANDRO realizou o pagamento adiantado de quatro parcelas, totalizando R\$ 1.000.000,00, a JONAS NETO, filho do Colaborador, numa única oportunidade, cujos detalhes serão apresentados por JONAS NETO; Que a CARIOCA ENGENHARIA acordou pagar mensalmente a quantia de R\$ 150.000,00, dos quais pagou 3 parcelas, conforme informações de JONAS NETO; Que a QUEIROZ GALVÃO pagou em tona de R\$ 400.000,00, sendo que as parcelas giravam em torno de R\$ 130.000,00; [...] Que o representante da QUEIROZ GALVÃO era GUSTAVO SOUZA, que compareceu ao Gabinete da Presidência do TCE/RJ, oportunidade em que ajustou o pagamento da parcela da empresa no Consórcio; Que registra, ainda, que a quantia ajustada com a QUEIROZ GALVÃO também envolvia participações correspondentes às empresas COWAN e SERVIX; Que, portanto, o valor de R\$ 400.000,00 referido acima envolvia as três empresas e não apenas a QUEIROZ GALVÃO; Que registra que a dinâmica relatada pelos colaboradores vinculados à CARIOCA e ODEBRECHT de que teria havido uma reunião única*

*entre os dirigentes dessas empresas e o ora colaborador não é verdadeira; Que essas reuniões ocorreram separadamente e que tanto LEANDRO AZEVEDO, quanto RICARDO PERNAMBUCO JR., quanto GUSTAVO SOUZA tinham acesso ao Colaborador; Que as quantias recebidas das empresas acima citadas foram compartilhadas entre os Conselheiros: ALUISIO GAMA DE SOUZA, JOSE GOMES GRACIOSA, MARCO ANTÔNIO ALENCAR, JOSE MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO, JULIO LAMBERTSON RABELLO (já falecido), ALOYSIO NEVES GUEDES e o próprio Colaborador; Que por recolher os valores em espécie ora indicados JONAS NETO se remunerou com 5% da quantia arrecadada [...]” (fls. 3437/3438).*

O colaborador JONAS NETO confirma as informações e dá mais detalhes sobre a dinâmica delitiva (DOC.14):

*[...] Que, em 2014, recebeu recursos referentes à obra da Linha 4 do Metrô; Que o pai do Colaborador o chamou em seu gabinete para informar das empresas que formavam o consórcio; Que recebeu de GUSTAVO SOUZA, funcionário da QUEIROZ GALVÃO, as informações sobre um pagamento mensal de R\$ 750.000,00, por um período que não sabe especificar, destinado ao TCE/RJ; Que essa quantia era dividida internamente entre as empresas que compunham o consórcio; Que, dessa quantia, a ODEBRECHT, por meio de LEANDRO AZEVEDO, encaminhou ao Colaborador R\$ 1.000.000,00 em uma única oportunidade, correspondente a quatro parcelas mensais de R\$ 250.000,00 cada uma; Que tal valor foi recolhido no estacionamento do Shopping Leblon, por volta de setembro de 2014, diretamente de LEANDRO AZEVEDO, que conduzia um veículo marca Ford Fusion [...]” (fls. 3438).*

A fim de corroborar as declarações acima, afirma o Ministério Público Federal que os registros de ingresso no prédio onde localizado o escritório do colaborador JONAS NETO demonstram três entradas de GUSTAVO SOUZA, funcionário da Queiroz Galvão (fls. 3360).

Por esses recebimentos, ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR encontram-se incursos no art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, ambos do Código Penal.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corruptor se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública* (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.

A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de **Cesar Roberto Bitencourt**:

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu”* (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica

da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, *o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva* (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), *não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta*.

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **JOSÉ GOMES GRACIOSA**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP**.

. **JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP**.

. **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 4 (quatro) vezes na forma do art. 71, todos do CP**.

### **30.5.3.3. Do Recebimento de vantagens indevidas da CARIOCA ENGENHARIA (CONJUNTO DE FATOS 13):**

Em data que não se pode precisar, **entre 16 de julho de 2014 e outubro de 2014, por 3 (três) vezes, ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **receberam vantagem indevida correspondente às parcelas atribuídas à CARIOCA ENGENHARIA da taxa de 1% do contrato das obras da Linha 4 do Metrô**.

Ressalva o **parquet** que o pagamento das vantagens indevidas sobre cada contrato geralmente era dividido em 04 (quatro) parcelas: **a primeira** parcela inicialmente era paga quando da aprovação do edital, e **as demais após 30, 60 e 90 dias**, embora nem sempre ocorressem com regularidade, sendo que os valores devidos eram pagos pelas empreiteiras participantes do consórcio responsável pela obra mencionada, na proporção de sua participação.

Ocorre que no caso das propinas pagas pela CARIOCA ENGENHARIA em relação às obras da Linha 4 do Metrô, os pagamentos foram realizados em

03 (três) parcelas, sendo que JONAS NETO recebeu a primeira diretamente das mãos de LUCIANA PARENTE em seu escritório e outras duas foram recolhidas na sede da empresa pelo sócio de JONAS NETO.

O controle do registro de entradas do prédio em que se localizava o escritório de JONAS NETO, aduz o **parquet**, comprova a ida de LUCIANA no dia 16/07/2014 (DOC.22) (fls. 3440).

O total recebido foi de R\$ 450.000,00, divididos em 03 (três) parcelas de R\$ 150.000,00 encaminhados pela CARIOCA ENGENHARIA (DOCs 6 e 7), quando, na posse das quantias, JONAS LOPES NETO levou o dinheiro para a sala da presidência do TCE-RJ e os entregou a seu pai, para divisão entre os conselheiros que participavam do ajuste.

Parte das circunstâncias desse evento foi descrita por **JONAS LOPES DE CARVALHO JÚNIOR** da seguinte maneira (DOC.13):

*(...) Que o ajuste das vantagens indevidas com a CARIOCA ENGENHARIA ocorreu na sede do TCE/RJ, na sala da Presidência, onde compareceu o Sr. RICARDO PERNAMBUCO JR; Que nessa oportunidade foi tratada a divisão de pagamentos dos valores em parcelas mensais e que a participação da CARIOCA se daria por intermédio de LEANDRO AZEVEDO da ODEBRECHT; Que, entretanto, os repasses da CARIOCA foram efetuados por uma pessoa da própria CARIOCA de nome LUCIANA, como informado por JONAS NETO (...) (fls. 3340).*

O colaborador JONAS NETO confirma as informações e dá mais detalhes sobre a dinâmica delitiva (DOC.14):

*“Que quanto à CARIOCA ENGENHARIA, o pai do Colaborador, JONAS JÚNIOR, lhe apresentou a RICARDO PERNAMBUCO JR., sócio da empresa, oportunidade em que ele indicou que as tratativas seriam feitas por pessoa de nome “LUCIANA”; Que na primeira entrega LUCIANA compareceu ao escritório do Colaborador e disse que as demais remessas deveriam ser recolhidas na sede da CARIOCA ENGENHARIA; Que, então, o Colaborador entregou a ela um cartão, com as inscrições de seu escritório e anotou um nome que acredita ser “FRANCISCO”, de forma a não revelar o nome de FABRÍCIO VLANA RIBEIRO, pessoa designada pelo Colaborador e que recebeu duas outras remessas de valores destinadas a Conselheiros do TCE/RJ; Que no total a CARIOCA encaminhou R\$ 150.000,00, por três oportunidades, totalizando R\$ 450.000,00” (fls. 3440/3441).*

Como forma de comprovar a relação com o filho do Presidente do Tribunal, JONAS LOPES DE CARVALHO NETO, Luciana Salles Parente entregou o cartão de visitas que lhe foi apresentado quando da reunião para o acerto da entrega do dinheiro da propina (fls. 3441).

Por esses recebimentos, ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR encontram-se incurso no art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, por 3 (três) vezes na forma do art. 71, todos do Código Penal.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

a) *Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. À ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário*

*público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

**Todavia, quanto à pretensão do Ministério Público Federal referente à subsunção dos fatos à hipótese descrita no § 2º do artigo 327 do Estatuto Repressivo, tenho que não merece razão ao órgão ministerial.**

*Reza o mencionado dispositivo que “§ 2º A pena será aumentada da terça parte quando os autores dos crimes previstos neste Capítulo forem ocupantes de cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo poder público”.*

**A causa de aumento de pena aqui dimensionada, no escólio de Cesar Roberto Bitencourt:**

*“A causa de aumento incluída pela Lei n. 6.799/80 no art. 327, que define funcionário público para efeitos penais, tem endereço certo: destina-se a funcionários públicos – próprios ou impróprios – que exerçam cargos em comissão ou função de direção ou assessoramento de órgão da administração direta, sociedade de economia mista, empresa pública ou fundação instituída pelo Poder Público.*

*Constata-se, de plano, que o texto legal ao discriminar os entes públicos em que o exercício das funções que detalha devem ter a sanção penal majorada omitiu, intencionalmente ou não, a inclusão de autarquia, que tem natureza jurídica própria e regida por regime jurídico igualmente específico. Consequentemente, a majorante constante do dispositivo em exame não pode ser aplicada àqueles que exerçam cargos em comissão, direção ou assessoramento nas referidas autarquias, ante a vedação do uso de analogia in malam partem. Ao tratar da equiparação a funcionário público, o legislador utilizou a locução “entidade paraestatal”, em seu § 1º, que, por certo, abrange também as autarquias; contudo, no parágrafo seguinte, mais específico, discriminou em quais dessas entidades o exercício de cargo em comissão ou função de direção ou assessoramento deve ser punido mais severamente. Logo, é impossível ao intérprete dar-lhe extensão maior que aquela que o legislador concebeu” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 227/228).*

**No caso em questão**, compulsando detidamente as razões em que se baseou o Ministério Público Federal, não se faz possível a subsunção típica da majorante à situação fática narrada, não traçando o **parquet**, qual seriam os cargos em comissão ou de função de direção ou assessoramento ocupados pelos denunciados, **o que impossibilitaria o exercício da ampla defesa, abrindo-se margem para formulação de denúncia genérica e, por via de consequência, para reprovável responsabilidade penal objetiva** (v.g. AgRg no RHC 76.581/PE, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe 1/8/2017), **não merecendo a denúncia ser recebida no ponto, com fulcro no artigo 395, I, do Código de Processo Penal, eis que inepta.**

Dessa feita, encontram-se incursos, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. JOSÉ GOMES GRACIOSA: Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO: Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

. MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR: Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

**31. DA ACEITAÇÃO E RECEBIMENTOS DE VANTAGENS INDEVIDAS POR ALOYSIO NEVES GUEDES DE MARCOS**

**ANDRADE BARBOSA SILVA, REPRESENTANTE DA EMPRESA UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA. (CONJUNTO DE FATOS 14):**

Quanto ao **décimo quarto** fato narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no artigo 317, **caput**, por 03 (três) vezes, na forma do artigo 71, ambos do Estatuto Repressivo, a ALOYSIO NEVES GUEDES.

Ressai da inicial que no período compreendido entre **novembro de 2016 e fevereiro de 2017**, por pelo menos **03 (três) vezes**, ALOYSIO NEVES GUEDES (DENUNCIADO), de modo consciente e voluntário, em razão da condição de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, solicitou, aceitou promessa e recebeu vantagem indevida correspondente a **R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por mês, totalizando R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), paga por MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA, representante da empresa UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA.**

Pontua o Ministério Público Federal, que ALOYSIO NEVES GUEDES e MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA se conhecem desde **meados de 2007**, tendo ao longo dos anos entabulado diversos negócios ilícitos, os quais foram narrados pelo segundo, em acordo de colaboração premiada. Em meados de **novembro de 2016**, em data que não se pode precisar, mas posterior ao dia 17 (*o colaborador MARCOS ANDRADE não sabia precisar a data certa do pedido de propina, mas sabia indicar que foi em data posterior à prisão de SÉRGIO CABRAL, ocorrida no dia 17 de novembro de 2016*), ALOYSIO NEVES GUEDES procurou MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA para que **este em prosseguimento a uma mesada que já vinha pagando no valor de R\$ 100.000,00, passasse a pagar o valor de R\$ 150.000,00.**

MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA é representante legal da empresa UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., que tinha diversos contratos com o Estado do Rio de Janeiro e a Fundação Departamento de Estradas de Rodagens do Estado do Rio de Janeiro DER -RJ, dentre os quais o de nº 21/2014, para a realização de obras de reabilitação do pavimento e melhorias operacionais da RJ-186 (DOC.33) (fls. 3442).

Em razão da perspectiva de ALOYSIO NEVES GUEDES se tornar Presidente do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro e com isso

ter poder de articulação para que as obras de reabilitação do pavimento e melhorias operacionais da RJ-186 fossem retomadas, MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA pagou ao referido conselheiro, **nos meses de dezembro de 2016, janeiro e fevereiro de 2017, a quantia mensal de R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais).**

**Os pagamentos foram feitos nos seguintes dias: R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no dia 13/12/2016; R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) no dia 19/12/2016; R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no dia 08/01/2017; R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) no dia 16/01/2017; R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais) no dia 05/02/2017; R\$ 70.000,00 (setenta mil reais) no dia 16/02/2017 (fls. 3443).**

A sistemática dos pagamentos foi bem detalhada por MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA em depoimento prestado em razão de acordo de colaboração premiada (DOC.34):

*“Que esse pagamento de R\$ 1,5 milhão da RJ -I86 foi o último pagamento referente à RJ-186 porque em virtude da paralisação da obra iria parar com os pagamentos. Quando eu lhe disse que ia parar, ele começou a me dizer que seria presidente do TCE, de modo que as coisas iriam melhorar. Enquanto ele tentava me tranquilizar, ele solicitou que, pelo menos, eu pagasse o valor de R\$ 150 mil por mês para que ele tivesse um início de gestão tranquila como presidente, até que ele conseguisse atuar de maneira efetiva à retomada da obra. Em meados de novembro, quando eu já havia pagado essa enorme quantidade de dinheiro, já com a operação Calicute ocorrendo, ele veio me pedir que fossem retomados os pagamentos mensais, dessa vez no valor de R\$ 150 mil mensais, os quais foram iniciados a partir de dezembro. Sempre que ele vinha solicitar dinheiro para honrar alguma dívida que ele tinha, ele era sempre incisivo, demonstrando instabilidade emocional. Que entre a prisão de Cabral, que ocorreu em meados de novembro e final de novembro ele acertou comigo que o pagamento seria no dia 13 de dezembro, para eu pagasse os R\$ 150 mil. No dia acordado levou somente R\$ 80 mil, por receio de portar uma mochila. O dia do primeiro pagamento referente aos R\$ 150 mil já ficou pré-marcado para 13/12, às 18 horas, sem que precisasse ter novo contato via telefone. Que no dia 13/12 o Jonas foi conduzido, o que ficou sabendo pela televisão. Que ficou preocupado quando viu que Jonas foi conduzido e que Cabral já estava preso. E achou que algo de pior poderia acontecer e que pensando numa eventual colaboração resolveu gravar a conversa com Aloysio. E que no dia que havia combinado de entregar o dinheiro, assim o fez, se dirigindo até a casa do Aloysio com o telefone dentro do terno e no aplicativo gravar. Que é o áudio que*

*está entregando hoje. Quem me recebeu foi a empregada dele, que me ofereceu um mate e tivemos uma conversa em que eu lhe entreguei o R\$ 80 mil. Que colocou R\$ 60 mil atrás na calça e R\$ 10 mil em cada bolso do blazer. Que objetivando enriquecer a minha colaboração eu quis que ele me contasse o que estava acontecendo naquele momento, qual era a interpretação dele do que estava acontecendo e o que estava por vir acontecer. Que quando terminou a gravação fui até o banheiro para me certificar de que tinha sido gravado, vi que tinha sido gravado e voltei para falar com ele. Na volta do banheiro eu combinei de fazer o outro pagamento de R\$ 70 mil que ficou marcado para o dia 19/12. Que entregou o dinheiro na Rua Carlos Góis em frente ao Leblon medical center, onde ele chegou em uma Range Rover branca. Que com o André combinou de encontrar Aloysio no início de janeiro, que ficou marcado o encontro para o dia 08/01/17 no apartamento do Aloysio para entregar R\$ 80 mil. E dia 16/1 entregou mais R\$ 70 mil para André Vinícius na mesma rua e sistemática do pagamento anterior realizado a André. No dia 05/2 e 16/2 entregou R\$ 80 mil a Aloysio e R\$ 70 mil a André, respectivamente. Que no dia 16/2 marcou novo encontro para o dia 9/3 às 19h na esquina das Ruas João Lira com Av. San Martin. Que por instrução do meu advogado eu não o paguei no dia 9/3, remarcando novo encontro para o dia 30/3. O encontro foi marcado no mesmo lugar e horário do último encontro. Que no dia 9/3 alegou que não teria como pagar em função da situação financeira e por receio das operações que estavam em curso. Que André reagiu cobrando muito, argumentando que eu havia acordado o valor e que o Conselheiro estava contando com o dinheiro. Eu lhe disse para ter calma, para deixar transcorrer o mês de março e que no dia 30/3 eu voltaria a pagar. O encontro não ocorreu porque dia 29/3 houve a operação Quinto do Ouro. A partir do dia 9/3 não tive mais contato. Nem com André, nem com o Aloysio. Que no dia 23/4 recebi em minha casa urna carta que eu imagino ser do Aloysio com o cartão de um advogado para eu que eu fizesse contato. Que acredita que a carta é de Aloysio em razão da assinatura fazer referência à manchete, que foi a origem do nosso relacionamento. A minha mulher recebeu a carta pelo porteiro e ficou bem assustada. E pelo sistema do circuito de TV do prédio eu identifiquei que é uma pessoa do convívio do Aloysio”.*

O depoimento de MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA, destaca o **parquet**, sobre o recebimento de vantagens indevidas por ALOYSIO NEVES GUEDES foi confirmado por diversas provas, cujas fontes são absolutamente independentes do acordo de colaboração premiada.

O colaborador MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA apresentou ao Ministério Público Federal gravação ambiental feita pelo próprio no dia

13/12/2016, em que entrega para ALOYSIO NEVES GUEDES a quantia de R\$ 80.000,00 (oitenta mil reais).

O diálogo travado entre MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA e ALOYSIO NEVES GUEDES certificam, ao menos em um juízo de probabilidade, que o pagamento de propina ocorreu no mesmo dia em que, por determinação desta Corte, foi realizada a condução coercitiva de JONAS LOPES JÚNIOR e seu filho JONAS LOPES NETO (fls. 3445/3446)

O pagamento de vantagem indevida pelo representante da empresa UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA (MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA), também foi narrado na colaboração premiada de CARLOS MIRANDA, em data anterior à colaboração premiada feita por MARCOS ANDRADE (DOC.36):

*“...QUE em uma oportunidade esteve no apartamento de ALOYSIO NEVES e quando estava chegando, viu que estava saindo do apartamento um dos donos da empresa UNIÃO NORTE; QUE, nessa oportunidade, ALOYSIO NEVES comentou que a empresa UNIÃO NORTE estava pagando propina em razão da contratação de uma obra de rodovia que liga o Norte Fluminense...” (fls. 3447).*

Ademais, os detalhes do depoimento de MARCOS ANDRADE confirmam que ele conhecia a residência de ALOYSIO NEVES e sabia a destinação de parte dos recursos ilícitos que este recebia, descrevendo com exatidão os cômodos do apartamento localizado na Rua Barão de Jaguaribe, 294, 3º andar, bem como as obras de arte que compunham o ambiente (DOC.34), sendo que tudo se assemelha ao identificado no relatório circunstanciado de análise elaborado pela Polícia Federal (RCA 01 IPL 1113/2016-STJ - DOC.37) (fls. 3448/3449).

Nessa esteira, assevera o Ministério Público Federal que, na busca e apreensão realizada no gabinete do conselheiro ALOYSIO NEVES GUEDES foram localizados documentos relacionados à empresa UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA, e às obras de reabilitação do pavimento e melhorias operacionais da RJ -186.

A existência de documentos relacionados às obras de reabilitação do pavimento e melhorias operacionais da RJ-186 no gabinete de ALOYSIO NEVES GUEDES não deixa dúvidas de sua intenção de acompanhar de maneira próxima os interesses da UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., no período em que recebia vantagens indevidas do representante da empresa.

Nesse painel, pontua que o conjunto de provas reunidas de maneira independente corroboram o depoimento do colaborador MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA no sentido de que ALOYSIO NEVES GUEDES solicitou, aceitou proposta e recebeu vantagem indevida do representante da empresa UNIÃO NORTE FLUMINENSE ENGENHARIA E COMÉRCIO LTDA., correspondente a R\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais) por três vezes, totalizando R\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais), entre novembro de 2016 e fevereiro de 2017.

Assim agindo, sustenta o Ministério Público Federal que ALOYSIO NEVES GUEDES praticou o crime de corrupção passiva por 03 (três) vezes, incorrendo no crime tipificado no artigo 317, do Código Penal, na forma do artigo 71, do mesmo diploma legal.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. À ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento*

*da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função pública” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).*

Dessa feita, encontra-se incurso, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **ALOYSIO NEVES GUEDES**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 03 (três) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

### **32. DA ACEITAÇÃO E RECEBIMENTOS MENSIS DE VANTAGENS INDEVIDAS POR ALOYSIO NEVES GUEDES, DE SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO (CONJUNTO DE FATOS 15):**

Quanto ao **décimo quinto** fato narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no artigo 317, por 87 (oitenta e sete) vezes, na forma do artigo 71, ambos do Estatuto Repressivo, a **ALOYSIO NEVES GUEDES**.

Extraí-se da inicial acusatória que no período compreendido entre **janeiro de 2007 e março de 2014, por pelo menos 87 (oitenta e sete) vezes, ALOYSIO NEVES GUEDES**, de modo consciente e voluntário, **em razão da condição de Chefe de Gabinete da Presidência da Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, até março de 2010, e de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a partir de abril de 2010, aceitou promessa e recebeu vantagem indevida correspondente a uma mensalidade de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), paga por SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO (SÉRGIO CABRAL).**

ALOYSIO NEVES GUEDES é conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro desde abril de 2010, tendo ocupado o cargo de Vice-Presidente no biênio 2015-2016, e exercido a presidência no ano de 2017, até ser afastado de suas funções por decisão desta Corte de Justiça, sendo que antes de ocupar a referida Corte, exerceu o cargo de Chefe de Gabinete da Presidência da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro ALERJ, desde 1995, nas gestões SÉRGIO CABRAL (1995 a 2003) e JORGE PICCIANI (2003 a 2010).

No curso das investigações, ressalva a denúncia, restou comprovada a proximidade de ALOYSIO NEVES GUEDES com SÉRGIO CABRAL e outros integrantes da mencionada organização criminosa por este liderada, ao passo em que a mencionada proximidade e a necessidade de SÉRGIO CABRAL ter sob sua área de influência pessoa que ocupava cargos estratégicos na Assembleia Legislativa e no Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro fez com que SÉRGIO CABRAL, no início de seu governo em janeiro de 2007, oferecesse a ALOYSIO NEVES GUEDES vantagens indevidas, correspondentes a pagamentos mensais de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

A promessa de vantagem indevida oferecida por SÉRGIO CABRAL foi aceita por ALOYSIO NEVES GUEDES, tendo este, em seguida, recebido os pagamentos mensais de R\$ 100.000,00, por ao menos 87 (oitenta e sete) vezes, entre janeiro de 2007 e março de 2014.

Os pagamentos mensais feitos por SÉRGIO CABRAL a ALOYSIO NEVES GUEDES foram bem detalhados por CARLOS MIRANDA, operador financeiro de SÉRGIO CABRAL, em depoimento prestado em razão de acordo de colaboração premiada homologado pelo Supremo Tribunal Federal (DOC.36):

*“QUE logo no início do governo, em 2007, CABRAL procurou o colaborador e o orientou a pagar mensalmente R\$ 100.000,00 a ALOYSIO NEVES; QUE ALOYSIO NEVES foi chefe de gabinete da presidência da ALERJ; QUE formou-se uma grande relação de confiança entre CABRAL e ALOYSIO NEVES; QUE os pagamentos foram realizados entre fevereiro de 2007 até março de 2014, mesmo após a indicação de ALOYSIO para o TCE/RJ; QUE, quando assumiu o TCE, além da mensalidade (100.000,00), ALOYSIO passou a receber também a propina decorrente dos atos ilícitos praticados no TCE; QUE em 2013, ALOYSIO pediu ao depoente para custodiar parte desse dinheiro e o depoente o fazia; QUE parte desse dinheiro em espécie foi entregue a galerias de arte; QUE foram aproximadamente cinco pagamentos ao galerista FRANCISCO, no Shopping Cassino Atlântico; QUE aproximadamente cinco pagamentos foram feitos à SÍLVIA CINTRA, na Rua das Acácias, ao lado do Shopping da Gávea; QUE o depoente também fez pagamentos a PIERRE ARELAS, a pedido de ALOYSIO, para pagamento de viagens; QUE as viagens de ALOYSIO eram bem caras e giravam em torno de R\$ 300.000,00; QUE ALOYSIO informou ao depoente que PIERRE providenciou para ALOYSIO um cartão internacional para arcar com suas despesas nas viagens, que, então os valores das despesas eram entregues a PIERRE que alimentava os cartões; QUE PIERRE trabalha numa agência de viagens de JORGE LUIZ, o qual trabalhava no gabinete do deputado JORGE PICCLANI; QUE JORGE LUIZ é pai de THIAGO K. RIBEIRO, vereador do Município do Rio de Janeiro; QUE a mensalidade era paga em espécie e os valores eram entregues na casa de ALOYSIO NEVES, na Rua Prudente de Moraes, n. 514/301 ou no gabinete junto à Assembleia; QUE quem entregava o dinheiro a ALOYSIO era o depoente, ou LUIZ CARLOS BEZERRA, ou o sr. VIVALDO, conhecido como FIEL (motorista de RENATO CHEBAR); QUE SÉRGIO DE CASTRO também pode ter entregue dinheiro a ALOYSIO QUE em uma oportunidade esteve no apartamento de ALOYSIO NEVES e quando estava chegando, viu que estava saindo do apartamento um dos donos da empresa UNLÃO NORTE; QUE, nessa oportunidade, ALOYSIO NEVES comentou que a empresa UNLÃO NORTE estava pagando propina em razão da contratação de uma obra de rodovia que liga o Norte Fluminense; QUE os apelidos usados para designar ALOYSIO NEVES eram ‘LULU’ ou ‘IPANEMA’; QUE RENATO CHEBAR, em algumas oportunidades fez uso dos funcionários do doleiro PETER para entregar dinheiro a ALOYSIO NEVES; QUE sabe dizer que ALOYSIO era muito generoso com ANDRÉ, que era seu companheiro; QUE já esteve na casa de ALOYSIO NEVES algumas vezes e pode afirmar que ele possui um grande acervo de obras de arte; QUE ALOYSIO mudou-se de apartamento, em 2016, para um endereço em Ipanema que*

*o colaborador não conhece; QUE ouviu de ALOYSIO NEVES que o sinal para a compra do apartamento foi em dinheiro e o restante seria pago com a venda de seu apartamento” (fls. 3453/3454).*

O depoimento de CARLOS MIRANDA sobre o recebimento de vantagens indevidas por ALOYSIO NEVES GUEDES foi confirmado por diversas provas, cujas fontes são absolutamente independentes do acordo de colaboração premiada.

Em depoimento prestado no Ministério Público Federal, PIERRE CANTELMO AREAS, agente de viagens indicado no depoimento de CARLOS MIRANDA, confirmou que conheceu ALOYSIO NEVES GUEDES por intermédio de SÉRGIO CABRAL, tendo prestado serviços de viagens ao mencionado conselheiro e recebido os pagamentos em espécie (DOC.40):

*“QUE conheceu ALOYSIO NEVES durante o primeiro mandato de SÉRGIO CABRAL como Governador; QUE certa vez, SÉRGIO CABRAL mencionou que queria que o declarante conhecesse uma pessoa no gabinete do então Presidente da ALERJ, JORGE PICCLIANI; QUE o declarante então conheceu ALOYSIO nessa ocasião e ofereceu os serviços; QUE após sete anos, o declarante soube que ALOYSIO assumiu como conselheiro do TCE e a partir de então chegou a fazer umas duas ou três viagens para ele; QUE o declarante se recorda de ter feito cerca de três ou quatro atendimentos para ALOYSIO NEVES; QUE o declarante se recorda de ter feito atendimentos de aeroporto para ALOYSIO NEVES, junto com reserva de hotéis; QUE cerca de duas vezes, ALOYSIO NEVES pagou o hotel por conta própria, então o declarante não sabe como; QUE certa vez, ALOYSIO NEVES pediu ao declarante para comprar um TRAVEL MONEY; QUE esse é um cartão que pode ser creditado com valores para uso no exterior; QUE uma agência fez esse serviço de emissão e alimentação desse cartão; QUE o declarante sempre teve o papel de intermediador, espécie de “broker”, na operacionalização de serviços de viagens para seus clientes; QUE a agência pode ter o registro dos recebimentos para crédito nesse cartão; QUE o declarante se compromete a fazer levantamentos sobre quais os serviços prestados a ALOYSIO NEVES, quantas vezes foram prestados esses serviços, como foram pagos esses serviços, o valor dos serviços; QUE o declarante se recorda que algumas vezes ALOYSIO NEVES pagava em espécie; QUE o declarante ia recolher os valores na casa de ALOYSIO, o que ocorreu por volta de duas vezes; QUE o declarante esteve no apartamento de ALOYSIO, que tinha um estilo antigo, com muita decoração, mas o*

*declarante não sabe dizer se eram obras de arte; QUE o declarante não se recorda se o cartão estava em nome de ALOYSIO ou em nome de terceiro; QUE o declarante não chegou a ver o cartão, pois recebeu o cartão em um envelope fechado e entregou para ALOYSIO; QUE o declarante se compromete a buscar esses dados junto à agência de viagens que providenciou o cartão” (3454/3455).*

Os pagamentos em espécie feitos por ALOYSIO NEVES GUEDES a PIERRE CANTELMO AREAS foram para pagar os seguintes serviços nas seguintes datas: **a) 06/04 a 16/04/15 - Rio/NY/Rio; passagem no valor de R\$ 12.612,45; Hotel St.Regis no valor de R\$ 26.184,50; b) 19/06 a 05/07/15 - Rio/Paris/Rio; passagem no valor de R\$ 13.276,00; Hotel La Reserva Beaulieu -Nice, de 25/06 a 05/07/15, no valor de R\$ 44.553,00; c) 14/10 a 30/10/15 - Rio/Paris/Rio; passagem no valor de R\$ 12.002,00; Hotel Kempinsky/Alemanha, no período de 23 a 26/10/15, no valor de R\$ 36.094,00; d) 04/09 a 15/09/16 - Rio/NY/Rio; passagem no valor de R\$ 10.434,00; hotel St. Regis no valor de R\$ 43.263,00; e) Hotel Caesar Park de Ipanema, no período de 15/05 a 26/05/16, no valor de R\$ 15.980,00 (DOC.41) (fls. 3455).**

Da mesma forma, SILVIA CONTINENTINO DE ASSUNÇÃO, galerista mencionada no depoimento de CARLOS MIRANDA, em depoimento prestado ao Ministério Público Federal, confirmou que ALOYSIO NEVES GUEDES foi seu cliente tendo comprado obras de arte, inclusive um quadro de Iberê Camargo, com pagamentos em dinheiro em espécie (DOC.42):

*“QUE é proprietária de uma galeria na Rua das Acácias, n. 104, QUE está neste endereço há oito anos; QUE a sua galeria é de arte contemporânea, representando artistas vivos, ou seja, atua no mercado primário; QUE nessa atuação, posiciona-se quase que como uma sócia do artista, recebendo 50% do valor da obra; QUE atua na construção da carreira do artista; QUE representa mais de vinte artistas, como Amílcar de Castro (com exclusividade apenas no Rio de Janeiro), Nelson Leirner (representação exclusiva), Miguel Rio Branco (exclusividade no Rio de Janeiro), Daniel Senise (exclusividade no Rio de Janeiro), Pedro Motta (exclusividade no Rio de Janeiro); QUE não representa Alfredo Volpi, mas já vendeu na década de 80; QUE nunca vendeu Palatnik; QUE possui na galeria trabalham Rita, Juliana Cintra, Aquiles, Josimar, Jane, Giovana, Yara e Felipe (motorista); QUE Aquiles é o gerente financeiro desde 2014; QUE os pagamentos são feitos, normalmente, por transferência bancária; QUE há pagamentos em dinheiro em espécie também; QUE nesses casos pode ser entregue à própria secretária; QUE nos anos de 2010/2011*

*ainda recebia em dinheiro, mas hoje em dia, não mais; QUE não conhece nenhum galerista de nome Francisco do Casino Atlântico; QUE ALOYSIO NEVES já foi seu cliente; QUE, como trabalha no mercado primário, também trabalha com arquitetos; QUE ALOYSIO lhe foi apresentado pela arquiteta Beatrice Goldfeld; QUE a até 2014, ALOYSIO morava em um apartamento na Av. Prudente de Moraes; QUE Bia Goldfeld estava fazendo obras nesse apartamento da Av. Prudente de Moraes; QUE conheceu ALOYSIO em 2011; QUE ALOYSIO gostava de comprar trabalhos menores; QUE a depoente passou a indicar alguns artistas jovens; QUE o período que mais comprou foi entre 2011 e 2012; QUE, depois disso, ALOYSIO passou a querer trocar obras; QUE isso prejudica a galeria porque não é rentável; QUE, em razão disso, afastou-se de ALOYSIO e não o encontrou mais desde 2013/2014; QUE apenas a partir de 2010/2011 passou a fazer certificados de autenticidade; QUE ALOYSIO costumava parcelar; QUE já pagou tanto por meio de cheques como por meio de dinheiro em espécie; QUE ele pagava mais em dinheiro; QUE às vezes ele pagava em cheque e depois trocava por dinheiro; QUE pode ter recebido pagamentos de ALOYSIO por meio de terceiros, na galeria; QUE possui os registros contábeis desde 2012; QUE possui o recibo da venda do lberê Camargo ao ALOYSIO; QUE há quatro ou cinco anos não mais recebe pagamentos em espécie; QUE compromete-se a levantar informações sobre as vendas feitas a ALOYSIO NEVES e entregar ao MPF” (fls. 3456/3457).*

No mesmo cenário, com a quebra do sigilo telemático de LUIZ CARLOS BEZERRA (a quebra de sigilo telemático de LUIZ CARLOS BEZERRA foi determinada pelo JUÍZO da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, no processo nº 0506602-19.2016.4.02.5101, tendo as provas coletadas sido compartilhadas com autorização do d. Juízo Federal), operador financeiro de SÉRGIO CABRAL, foram identificados dois e-mails relacionados a movimentação de recursos em espécie para ALOYSIO NEVES GUEDES (DOC.43):

“1) Em 21/10/2014, utilizando o e-mail *betteggao@gmail.com*, LUIZ CARLOS BEZERRA registra a movimentação de recursos para diversas pessoas. No final do email fica registrado que com relação a LULU deveria ser cancelado os 60, uma vez que ele usaria o que tem. O registro não deixa dúvidas de que BEZERRA também movimentou recursos em espécie para ALOYSIO NEVES GUEDES.

2) Em 05/09/2014, utilizando o e-mail *betteggao@gmail.com*, LUIZ CARLOS BEZERRA registra a movimentação de 4 pernas no endereço de LULU, na Rua Prudente de Moraes, 514/301, Ipanema. O mencionado registro se refere a

*uma movimentação de R\$ 400.000,00 pertencente a ALOYSIO NEVES GUEDES, conforme se demonstrará adiante.*

*A movimentação de R\$ 400.000,00 para ALOYSIO NEVES GUEDES no dia 05/09/2014 também foi registrada por LUIZ CARLOS BEZERRA em uma anotação manuscrita apreendida em sua residência por autorização do juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro (a busca e apreensão no endereço de LUIZ CARLOS BEZERRA foi determinada pelo juízo da 7ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro, no processo nº 0509567-67.2016.4.02.5101, tendo as provas coletadas sido compartilhadas com autorização do d. Juízo Federal)” (fls. 3457/3458).*

Da mesma forma, também foi apreendida anotação manuscrita de LUIZ CARLOS BEZERRA referente aos R\$ 60.000,00 que seriam entregues a ALOYSIO NEVES GUEDES no dia 21/10/2014 (DOC.45) (fl. 3458).

A análise dos registros de ligações telefônicas obtidos por ordem judiciais permite corroborar os fatos acima narrados, uma vez que foram identificadas diversas chamadas entre os terminais utilizados pelo operador financeiro LUIZ CARLOS BEZERRA e ALOYSIO NEVES GUEDES (fls. 3459)

O conjunto de provas reunidas de maneira independente corroboram o depoimento do colaborador CARLOS MIRANDA no sentido de que ALOYSIO NEVES GUEDES aceitou proposta e recebeu vantagem indevida de SÉRGIO DE OLIVEIRA CABRAL SANTOS FILHO, correspondente a uma mesada de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), entre janeiro de 2007 e março de 2012.

Assim agindo, sustenta o Ministério Público Federal que ALOYSIO NEVES GUEDES praticou o crime de corrupção passiva por 87 (oitenta e sete) vezes, incorrendo no crime tipificado no artigo 317, do Código Penal, na forma do artigo 71, do mesmo diploma legal.

**Para o delito de corrupção passiva**, inserto no artigo 317 do Código Penal, tenho que razão assiste o **parquet**, eis que na esteira de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“A corrupção passiva consiste em solicitar, receber ou aceitar promessa de vantagem indevida, para si ou para outrem, em razão da função pública exercida pelo agente, mesmo que fora dela, ou antes de assumi-la, mas, de qualquer sorte, em razão da mesma. É necessário que qualquer das condutas solicitar, receber ou aceitar, implícita ou explícita, seja motivada pela função pública que o agente exerce ou*

*exercerá. Não existindo função ou não havendo relação de causalidade entre ela e o fato imputado, não se pode falar em crime de corrupção passiva, podendo existir, residualmente, qualquer outro crime, tais como apropriação indébita, estelionato etc.*

*a) Solicitar, no sentido do texto legal, quer dizer pedir, postular, demandar, direta ou indiretamente, para si ou para outrem. Nessa modalidade é desnecessária a prática de qualquer ato pelo extraneus ou mesmo de sua simples anuência à solicitação do funcionário para que o crime se configure. A despeito de denominar-se corrupção passiva, ela implica conduta ativa, um agir, um fazer, na modalidade de “solicitar”, por exemplo. Trata-se de crime formal, de simples atividade, que se consuma com a mera solicitação; b) receber significa obter, direta ou indiretamente, para si ou para outrem, a vantagem indevida. Nessa modalidade, a iniciativa parte do extraneus a quem o funcionário público adere, isto é, não apenas aceita como recebe a oferta ou promessa daquele. A ação de receber corresponde o oferecimento ou a promessa de vantagem indevida, caracterizadora da corrupção ativa; c) aceitar representa a anuência do funcionário público à promessa indevida de vantagem futura ofertada pelo extraneus. Nessa modalidade, ao contrário da anterior, não há o recebimento da vantagem indevida, sendo suficiente que o funcionário mostre-se de acordo com a oferta, isto é, concorde com o recebimento futuro da promessa feita. É necessário que haja uma promessa formulada por um extraneus, que é aderida pelo funcionário público, aceitando recebê-la futuramente. Pressuposto dessa figura é a existência de promessa de vantagem indevida formulada pelo agente corruptor, configuradora do crime de corrupção ativa. Em outros termos, como demonstraremos no tópico seguinte, nas duas modalidades – receber e aceitar –, estamos diante de crime de concurso necessário, no qual a bilateralidade está caracterizada.*

*O objeto é a vantagem, de cunho patrimonial ou não, desde que ilícita ou indevida (elemento normativo do tipo) e solicitada, recebida ou aceita em razão da função pública do agente. Esse objeto material representa o conteúdo da vantagem indevida, solicitada ou recebida, ou então da promessa aceita, que é o preço pelo qual o funcionário corrupto se vende. Como a lei preferiu não defini-la como vantagem patrimonial, basta que seja suficiente para corromper o funcionário venal, que pode não ser econômica, e que, nem por isso, deixe de ser vantagem indevida, isto é, ilícita. Enfim, para caracterizar vantagem indevida é necessário que a ação traduza “comércio” da função, isto é, deve existir mercancia da função pública.*

*É necessário que a ação do funcionário corrupto seja inequívoca, demonstrando o propósito do agente de traficar com a função que exerce. É indispensável que a ação do sujeito ativo tenha o propósito de “vender”, isto é, de “comercializar” a função*

*pública*” (Tratado de direito penal, Parte Especial 5, São Paulo: Saraiva, 2012, fls. 126/127).

Dessa feita, encontra-se incurso, no crime de corrupção passiva, inserto no artigo 317, **caput**, do Estatuto Repressivo:

. **ALOYSIO NEVES GUEDES**: Art. 317, **caput**, do CP, **por 87 (oitenta e sete) vezes na forma do art. 71, todos do CP.**

### **33. DOS CRIMES DE LAVAGEM DE DINHEIRO PRATICADOS POR ALOYSIO NEVES GUEDES COM A COMPRA DE OBRAS DE ARTE (CONJUNTO DE FATOS 16):**

Quanto ao **décimo sexto fato** narrado na exordial acusatória, imputa o Ministério Público Federal a conduta inserta no **artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por pelo menos 15 (quinze) vezes**, na forma do artigo 71, do Estatuto Repressivo, a **ALOYSIO NEVES GUEDES**.

Expressa o **parquet** que consumados os delitos antecedentes de corrupção, **o denunciado ALOYSIO NEVES GUEDES, consciente e voluntariamente, nos anos de 2011, 2012 e 2013, em 15 oportunidades distintas, ocultou e dissimulou a origem, a natureza, disposição, movimentação e a propriedade de pelo menos R\$ 463.000,00 (quatrocentos e sessenta e três mil reais), convertendo em ativos lícitos o produto de crimes de corrupção praticados por organização criminosa, com a compra de obras de arte utilizando dinheiro em espécie ou com a troca de outras obras de arte anteriormente adquiridas com recursos ilícitos.**

**No curso das investigações foi possível identificar que ALOYSIO NEVES GUEDES comprou obras de arte para branquear os recursos ilícitos auferidos com o cometimento de crimes de corrupção.**

A prática de crimes de lavagem de dinheiro com a compra de obras de arte por **ALOYSIO NEVES GUEDES** foi indicada por **CARLOS MIRANDA**, em depoimento prestado em razão de acordo de colaboração premiada homologado pelo Supremo Tribunal Federal (DOC.36):

*“QUE em 2013, ALOYSIO pediu ao depoente para custodiar parte desse dinheiro e o depoente o fazia; QUE parte desse dinheiro em espécie foi entregue a galerias de arte; QUE foram aproximadamente cinco pagamentos ao galerista FRANCISCO, no Shopping Cassino Atlântico; QUE aproximadamente cinco pagamentos foram feitos*

à SÍLVIA CINTRA, na Rua das Acácias, ao lado do Shopping da Gávea; QUE o depoente também fez pagamentos a PIERRE ARELAS, a pedido de ALOYSIO, para pagamento de viagens” (fls. 3462).

No mesmo sentido, MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA, em depoimento prestado em razão de acordo de colaboração premiada, indicou a existência de muitas obras de arte na residência de ALOYSIO NEVES GUEDES e esclareceu que o conselheiro falava que tinha compromissos de pagar pelas obras de arte quando ele fazia a cobrança das propinas (DOC.34):

*“Há muitas obras de arte. Tem umas três obras de Alfredo Volpi. Tem no mínimo 3 obras de Iberê Camargo. Tem uns 2 do Abraham Palatnik. Tem do Vik Muniz. Tem obra do Daniel Cenisi, Sérgio Camargo que é escultor. Que é um artista que faz esculturas muito valorizadas no mercado internacional. Ele gostava muito de arte e tinha prazer de mostrar e explicar sobre as obras. Tinha obra da Tomi Ohtaki. Ele comentava que o patrimônio que ele tinha estava nas obras de arte. Que entendeu que era estratégia de investimento dele. Aloysio não disse que lavava dinheiro com obra de arte, ele falava que tinha compromissos de pagar pelas obras de arte quando ele fazia a cobrança das propinas...”* (fls. 3463).

Os depoimentos de CARLOS MIRANDA e MARCOS ANDRADE BARBOSA SILVA sobre o cometimento de crimes de lavagem de dinheiro com a compra de obras de arte por ALOYSIO NEVES GUEDES foram confirmados por diversas provas, cujas fontes são absolutamente independentes dos acordos de colaboração premiada.

No depoimento prestado no Inquérito Civil Público n. 1.30.001.004763/2017-81, SILVIA CONTINENTINO DE ASSUNÇÃO esclareceu que (DOC.42):

*“QUE é proprietária de uma galeria na Rua das Acácias, n. 104, QUE está neste endereço há oito anos; QUE a sua galeria é de arte contemporânea, representando artistas vivos, ou seja, atua no mercado primário; QUE nessa atuação, posiciona-se quase que como uma sócia do artista, recebendo 50% do valor da obra; QUE atua na construção da carreira do artista; QUE representa mais de vinte artistas, como Amílcar de Castro (com exclusividade apenas no Rio de Janeiro), Nelson Leirner (representação exclusiva), Miguel Rio Branco (exclusividade no Rio de Janeiro), Daniel Senise (exclusividade no Rio de Janeiro), Pedro Motta (exclusividade no Rio de Janeiro); QUE não representa Alfredo Volpi, mas já vendeu na década de*

80; QUE nunca vendeu Palatnik; QUE possui na galeria trabalham Rita, Juliana Cintra, Aquiles, Josimar, Jane, Giovana, Yara e Felipe (motorista); QUE Aquiles é o gerente financeiro desde 2014; QUE os pagamentos são feitos, normalmente, por transferência bancária; QUE há pagamentos em dinheiro em espécie também; QUE nesses casos pode ser entregue à própria secretária; QUE nos anos de 2010/2011 ainda recebia em dinheiro, mas hoje em dia, não mais; QUE não conhece nenhum galerista de nome Francisco do Casino Atlântico; QUE ALOYSIO NEVES já foi seu cliente; QUE, como trabalha no mercado primário, também trabalha com arquitetos; QUE ALOYSIO lhe foi apresentado pela arquiteta Beatrice Goldfeld; QUE a até 2014, ALOYSIO morava em um apartamento na Av. Prudente de Moraes; QUE Bia Goldfeld estava fazendo obras nesse apartamento da Av. Prudente de Moraes; QUE conheceu ALOYSIO em 2011; QUE ALOYSIO gostava de comprar trabalhos menores; QUE a depoente passou a indicar alguns artistas jovens; QUE o período que mais comprou foi entre 2011 e 2012; QUE, depois disso, ALOYSIO passou a querer trocar obras; QUE isso prejudica a galeria porque não é rentável; QUE, em razão disso, afastou-se de ALOYSIO e não o encontrou mais desde 2013/2014; QUE apenas a partir de 2010/2011 passou a fazer certificados de autenticidade; QUE ALOYSIO costumava parcelar; QUE já pagou tanto por meio de cheques como por meio de dinheiro em espécie; QUE ele pagava mais em dinheiro; QUE às vezes ele pagava em cheque e depois trocava por dinheiro; QUE pode ter recebido pagamentos de ALOYSIO por meio de terceiros, na galeria; QUE possui os registros contábeis desde 2012; QUE possui o recibo da venda do Iberê Camargo ao ALOYSIO; QUE há quatro ou cinco anos não mais recebe pagamentos em espécie; QUE compromete-se a levantar informações sobre as vendas feitas a ALOYSIO NEVES e entregar ao MPF” (fls. 3463/3464).

Outrossim, em petição apresentada ao Ministério Público Federal, SILVIA CONTINENTINO especificou diversas obras de arte compradas por ALOYSIO NEVES GUEDES em dinheiro em espécie ou com a troca de outras obras de arte anteriormente adquiridas com recursos ilícitos, chegando ao patamar, em 2011, de R\$ 307.000,00 (trezentos e sete mil reais), em 2012, de R\$ 183.000,00 (cento e oitenta e três mil reais) e, em 2013, R\$ 47.000,00 (quarenta e sete mil reais) (fls. 3464/3465).

Após análise das declarações de imposto de renda de ALOYSIO NEVES GUEDES dos anos de 2012, 2013 e 2014, referente aos anos de 2011, 2012 e 2013, constata-se, segundo a exordial, que das obras de arte compradas da galeria de Silvia Continentino, somente foram declaradas uma obra de Miguel

Rio Branco, uma obra de Laércio Redondo, bem como as obras “Linha dura não dura” e “Iemanjá”, de Nelson Leirner (DOC.47) (fls. 3465/3467).

Neste diapasão, ALOYSIO NEVES GUEDES, nos anos de 2011, 2012 e 2013, tendo por objetivo branquear os recursos ilícitos auferidos com o cometimento de crimes de corrupção, ocultou diversas compras de obras de arte feitas em dinheiro em espécie ou com a troca de outras obras de arte anteriormente adquiridas com recursos ilícitos, conforme se verifica às fls. 3467/3468, valendo ressaltar que na residência de ALOYSIO NEVES GUEDES foram encontradas dezenas de obras de arte por ocasião do cumprimento do mandado de busca e apreensão em seu endereço, dentre as quais as seguintes (DOC.48) (fls. 3468/3471).

Salienta o Ministério Público Federal que algumas das obras de arte compradas na galeria de Silvia Continentino não foram localizadas exatamente porque ALOYSIO NEVES GUEDES permanece praticando crimes de lavagem de dinheiro, ocultando seu patrimônio, frisando, inclusive, que na residência de ALOYSIO foi encontrado e-mail, indicando que estava em andamento processo de negociação para venda ou consignação de objetos e obras de arte com Márcio Alves Roiter, “dealer” de obras de arte (DOC.49) (fls. 3472).

Assim, pontual o Ministério Público Federal **que ALOYSIO NEVES GUEDES praticou, nos anos de 2011, 2012 e 2013, pelo menos quinze atos de lavagem de dinheiro, de forma reiterada e por intermédio de organização criminoso, com a compra de obras de arte utilizando dinheiro em espécie ou com a troca de outras obras de arte anteriormente adquiridas com recursos ilícitos, estando incurso nas penas do artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/98 (fls. 3.347-3.472).**

Nesse cenário, observa-se que, neste momento procedimental, e em um mero juízo aparente, fazem-se presentes os elementos mínimos também a respaldar a deflagração da ação penal.

Pode-se extrair da jurisprudência desta Corte que:

*“AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. CAUSA ESPECIAL DE AUMENTO DE PENA – § 4º DO ART. 1º DA LEI N. 9.613/98. OFENSA AO PRINCÍPIO DA CORRELAÇÃO ENTRE A DENÚNCIA E A SENTENÇA. INEXISTÊNCIA. CONCEITO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA DADO POR LEI POSTERIOR. TESE NÃO DISCUTIDA NO TRIBUNAL DE ORIGEM. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.*

1. É certo que, “nos termos da orientação jurisprudencial deste Sodalício, o acusado se defende dos fatos narrados na denúncia e não da capitulação jurídica nela contida” (HC 442.971/SC, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe 1/10/2018). Igualmente, o col. Supremo Tribunal Federal assegura que “o princípio da congruência, dentre os seus vetores, indica que o acusado defende-se dos fatos descritos na denúncia e não da capitulação jurídica nela estabelecida. Destarte, faz-se necessária apenas a correlação entre o fato descrito na peça acusatória e o fato pelo qual o réu foi condenado, sendo irrelevante a menção expressa na denúncia de eventuais causas de aumento ou diminuição de pena” (RHC 119.962, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/6/2014)

2. No caso em apreço, a prática dos crimes por intermédio de uma organização criminosa foi satisfatoriamente abordada na inicial acusatória, bem como durante toda a persecução criminal, inexistindo qualquer prejuízo à amplitude de defesa.

3. A tese acerca de o conceito de organização criminosa não existir à época dos fatos e, por isso, não poderia ter sido aplicado ao caso sub judice, não foi objeto de apreciação pelo Tribunal a quo, ficando esta Corte Superior impedida de manifestar-se sobre o tema, uma vez vedada a supressão de instância.

**4. Além do mais, em que pese o conceito legal de organização criminosa tenha sido estabelecido pela Lei n. 12.850, de 02 de agosto de 2013, a causa especial de aumento de pena, aplicada ao caso concreto, está inserida desde a redação originária do § 4º do art. 1º da Lei n. 9.613, de 03 de março de 1998, segundo a qual “a pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do caput deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa”. Assim, comprovado que a agravante praticava o crime de lavagem de dinheiro por intermédio de organização criminosa, correta a incidência de referida causa de aumento de pena.**

5. Agravo regimental desprovido” (AgRg no HC n. 349.954/SP, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Parcionik, DJe. de 06/05/2019, grifei).

Dessa feita, encontra-se o denunciado incurso, no crime de Lavagem de dinheiro, inserto no artigo 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por 15 (quinze) vezes.

. ALOYSIO NEVES GUEDES: Art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por 15 (quinze) vezes, na forma do art. 71, todos do CP.

#### 34. Conclusão:

Ao que se pode verificar pelos elementos colacionados ao procedimento, há uma série de provas que foram colhidas no correr da investigação que autorizam a deflagração da Ação Penal.

As declarações coletadas dos diversos colaboradores e corroboradas pelos materiais apreendidos nas medidas de busca e apreensão, ademais daqueles aferidos pela quebra de sigilo cadastral, bancário, telemático, fiscal, dentre outros aportados nessa Corte Superior, bem demonstram que, em juízo de cognição sumária, não há como se afirmar que os acusados não tivessem pleno conhecimento da atividade ilícita.

Dessa forma, tenho que **a denúncia deve ser:**

**34.1. (FATO 01): RECEBIDA** pelo crime de **pertinência a organização criminoso (Art 2º, § 4º, II, da Lei 12.850/2013)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

**34.2. (FATO 02): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, § 1º, do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.3. (CONJUNTO DE FATOS 3): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 11 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.4. (FATOS 4): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, do CP)**, em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.5. (CONJUNTO DE FATOS 5): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.6. (CONJUNTO DE FATOS 6): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.7. (CONJUNTO DE FATOS 7): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.8. (FATOS 8): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.9. (CONJUNTO DE FATOS 9): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.10. (CONJUNTO DE FATOS 10): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva** (Art. 317, caput, por 04 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP), em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. 327, § 2º, do CP, nos termos que que dispõe o artigo 395, I, do CPP (inépcia).

**34.11. (FATOS 11): . REJEITADA:** Em relação à **prática do crime de corrupção passiva (Art. 317, caput, c/c art. 327, § 2º, do CP)**, nos termos que que dispõe o artigo **395, I, do CPP (inépcia)**, quanto à **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**.

**34.12. (FATOS 12): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserta no art. **327, § 2º, do CP**, nos termos que que dispõe o artigo **395, I, do CPP (inépcia)**.

**34.13. (CONJUNTO DE FATOS 13): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 03 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO e MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR;**

. **REJEITADA:** Em relação à causa de aumento de pena inserto no art. **327, § 2º, do CP**, nos termos que que dispõe o artigo **395, I, do CPP (inépcia)**.

**34.14. (CONJUNTO DE FATOS 14): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 03 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES**.

**34.15. (CONJUNTO DE FATOS 15): RECEBIDA** pelo crime de **corrupção passiva (Art. 317, caput, por 87 vezes, na forma do artigo 71, ambos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES**.

**34.16. (CONJUNTO DE FATOS 16): RECEBIDA** pelo crime de **crime de lavagem de ativos (Art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, por 15 vezes, na forma do artigo 71, todos do CP)**, em relação a **ALOYSIO NEVES GUEDES**.

### **35. Do afastamento do Cargo:**

No ponto, vale ressaltar que os denunciados já estão afastados do exercício do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, por decisão deste relator, posteriormente referendada por este colegiado.

Os elementos documentados na investigação revelam indícios de crimes de corrupção passiva e lavagem de capitais relacionados a atos inerentes às funções públicas por eles exercidas, com imensuráveis prejuízos ao erário.

Ao serem analisados os documentos e mídias apreendidas por força das diversas medidas cautelares então decretadas, foram identificadas outras evidências relacionadas aos eventos originalmente apurados e outros indícios de condutas criminosas, além daquelas que já haviam motivado o afastamento anterior.

Denota-se um vasto conjunto de provas, largamente esquadrihado nas decisões que motivaram o afastamento dos sigilos e as buscas e apreensões, tais como transcrições de troca de mensagens de texto e de diálogos entre integrantes do esquema, e-mails, documentos, dentre outros elementos de cognição.

O afastamento cautelar decorrente da prática de crime, cujo cabimento há muito foi consolidado na jurisprudência, consta atualmente do artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal, **verbis**:

*Art. 319. São medidas cautelares diversas da prisão:*

*VI - suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais”*

Aqui, trata-se de afastamento cautelar, substitutivo da prisão, sendo que os fatos são extremamente graves e foram perpetrados no exercício de uma das mais importantes e sensíveis atividades de Estado.

Ressalta-se, ademais, que são crimes ligados ao exercício funcional, praticados no desempenho do cargo e com abuso dele, delitos esses que trouxeram efeito deletério à imagem, à credibilidade e à seriedade do da Corte de Contas fluminense.

A natureza da atividade desenvolvida pelos denunciados exige e impõe atuar probo, lídimo, íntegro e transparente, sendo inaceitável que, aparentemente descambiando para a ilegalidade, valha-se da relevante função que o Estado lhe confiou para enriquecer ilícitamente, em tamanho prejuízo dos cofres públicos.

Faz-se, portanto, inconcebível e até mesmo inaceitável que os acusados possam prosseguir atuando, quando paira sobre eles a suspeita de que o seu atuar não seja o lídimo e imparcial agir a que se espera.

O afastamento, aqui, não visa apenas a resguardar a imagem do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, mas, primordialmente, dar a segurança à população de que se está estancando a freqüente, a continua e incessante veia da corrupção.

Nesse painel, vale destacar que a integridade, a probidade e seriedade são corolários inafastáveis do desempenho da relevante função pública, não devendo pairar qualquer suspeita de ato que atente contra a moralidade administrativa ou que suscite dúvidas sobre sua legalidade.

Assim, o afastamento atende, **a uma**, à necessidade de resguardo da ordem pública, seriamente comprometida pelo agir escuso dos denunciados. **A duas**, como dito, atende à necessidade de estancar a ação dos acusados.

Dessa forma, é premente a premissa de que permaneçam impossibilitados do desempenho do cargo e de que se abstenham de tomar parte em qualquer tipo de decisão do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, o que só pode ser viabilizado com a suspensão do exercício da atividade pública.

Por último, ainda adscrevo que o afastamento se faz indispensável como forma de permitir o bom andamento do processo criminal e das apurações administrativas que dela decorrerão.

A instrução criminal está sendo deflagrada e haverá necessidade de inquirição de testemunhas, não é viável, sob esse viés, que a instrução se desenvolva de forma isenta com os agentes no desempenho do cargo.

Sobre o tema, cumpre transcrever os seguintes julgados:

*“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. QUESTÃO DE ORDEM. DENÚNCIA POR CORRUPÇÃO PASSIVA QUALIFICADA, LAVAGEM DE DINHEIRO E ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. PETIÇÃO INCIDENTAL DO MPF. **MEDIDA CAUTELAR DE AFASTAMENTO DA FUNÇÃO PÚBLICA. CONSELHEIRO DE TRIBUNAL DE CONTAS DE ESTADO. DETERMINAÇÃO DE AFASTAMENTO DA FUNÇÃO PÚBLICA.***

*1. Petição incidental do Ministério Público Federal nos autos de ação penal originária promovida em face de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo.*

*2. A denúncia indica que o acusado teria praticado os crimes de corrupção passiva qualificada, lavagem de dinheiro e organização criminosa mediante recebimento de valores em troca da facilitação e de favorecimento para aprovação de contas perante o Tribunal de Contas Estadual, além do oferecimento de expertise e apoio técnico no direcionamento de processos licitatórios em diversos municípios daquele estado.*

*3. Embora não recebida a denúncia por esta Corte Superior e malgrado o tempo decorrido desde a coleta das provas noticiadas nas operações policiais levadas a efeito, as condutas delituosas imputadas ao denunciado estão, em princípio e até aqui, satisfatoriamente demonstradas em sua materialidade, além da indicação de elementos suficientes de autoria, o que preenche os requisitos mínimos necessários à apreciação do pedido de aplicação das medidas cautelares excepcionais.*

**4. Diante da apontada existência do crime, da gravidade das condutas imputadas ao acusado (corrupção passiva com pena aumentada, dissimulação e recebimento de valores de origem ilícita, organização criminosa e ameaça à testemunha), e da possibilidade de continuidade das condutas praticadas, associada à possível intimidação às testemunhas, bem como da existência de indícios suficientes de autoria, ressaltando a necessidade da decretação das medidas requeridas na presente petição, para a garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal.**

**5. Questão de ordem acolhida para determinar o afastamento cautelar do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado do Espírito Santo, até o eventual recebimento da denúncia, e proibir o ingresso do Conselheiro afastado em qualquer das dependências da referida Corte de Contas, além da utilização de bens e serviços de qualquer natureza daquele Tribunal - excetuado o serviço de saúde -, bem como manter contato com qualquer de seus servidores ou funcionários, pelo mesmo período e, ainda, a proibição de contato do denunciado com as pessoas discriminadas no voto”** (QO na PET na APn 869 / DF - QUESTÃO DE ORDEM NA PETIÇÃO NA AÇÃO PENAL - 2015/0055673-2, **Corte Especial**, Rel. Min. **Luis Felipe Salomão**, DJe de 04/08/2017, grifei).

*“QUESTÃO DE ORDEM NO INQUÉRITO. PROCESSO PENAL. MEMBRO DO PODER JUDICIÁRIO. SUSPEITA DE CONLUÍO COM ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA PARA PROLAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS. AFASTAMENTO CAUTELAR DAS FUNÇÕES DO CARGO EM FASE INVESTIGATÓRIA. EXCEPCIONALIDADE. POSSIBILIDADE.*

1. O art. 29 da LOMAN prevê o afastamento das funções do cargo de magistrado quando, pela natureza ou gravidade da infração penal, se torne aconselhável o recebimento da denúncia.

**2. Na hipótese dos autos, a gravidade dos fatos investigados e a presença de fortes indícios de participação da magistrada apontam para o comprometimento do exercício da função judicante e da credibilidade do Poder Judiciário, o que recomenda o excepcional afastamento das funções do cargo de Desembargador, ainda na fase investigatória, prévia à de eventual oferecimento de denúncia, de modo a preservar-se a segurança e a confiança que a sociedade deve ter no conteúdo das decisões judiciais. Precedentes.**

**3. O afastamento se impõe como forma de garantia da ordem pública. Pedido acolhido, para determinar o afastamento preventivo da magistrada”** (Inq n. 1.088/DF, **Corte Especial**, Rel. Min. **Raul Araújo**, DJe de 09/08/2016, grifei).

*“PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. MEMBROS DO PODER JUDICIÁRIO. SUSPEITA DE FORMAÇÃO DE QUADRILHA PARA MANIPULAÇÃO DE DECISÕES JUDICIAIS. AFASTAMENTO CAUTELAR DO CARGO. POSSIBILIDADE.*

**- Havendo suficientes indícios da materialidade dos delitos de corrupção ativa e passiva, cumpre determinar, por ocasião do recebimento da denúncia, o afastamento cautelar do cargo de membros do Poder Judiciário. Precedentes.**

- Ainda que, na hipótese dos autos, não tenha havido o oferecimento da denúncia, há de se considerar a gravidade dos fatos que as provas angariadas apontam, comprometendo o exercício da função judicante e de todo o Poder Judiciário – detentor do monopólio da jurisdição – em sua dignidade e, sobretudo, na segurança e na confiança que a sociedade deve ter no conteúdo das suas decisões. Especificamente em relação aos membros do TRE/MT, o risco de dano é ainda maior, por se tratar de ano eleitoral, especialmente considerando que o início do período de propaganda já se avizinha.

- O afastamento se impõe como forma de garantia da ordem pública, circunstância que, em hipóteses extremas, poderia justificar até mesmo a prisão preventiva dos investigados, em qualquer fase do inquérito policial ou da instrução criminal, nos termos dos arts. 311 e 312 do CPP. A situação dos autos não exige a adoção de medida tão drástica, uma vez que a garantia da ordem pública pode ser obtida com o mero afastamento das autoridades em questão. Pedido acolhido, para determinar o afastamento das autoridades” (Inq n. 558/DF, **Corte Especial**, Rel<sup>a</sup>. Min<sup>a</sup>. **Nancy Andrighi**, DJe de 11/11/2010, grifei).

Dessa forma, sem prejuízo de eventual substituição da medida cautelar nesta oportunidade aplicada por outra mais grave, mas entendendo que, no momento, o afastamento é o que basta, suspendo do exercício da função pública de **ALOYSIO NEVES GUEDES, DOMINGOS INÁCIO BRAZÃO, JOSÉ GOMES GRACIOSA, JOSÉ MAURÍCIO DE LIMA NOLASCO** e **MARCO ANTÔNIO BARBOSA DE ALENCAR**, nos termos da fundamentação acima, até o julgamento final, o que faço forte no artigo 319, inciso VI, do Código de Processo Penal.

### 36. Das diligências complementares:

**Por fim**, comunique-se imediatamente à e. Presidência do Tribunal de Contas do Rio de Janeiro, para que adote as providências necessárias ao cumprimento desta decisão.

É como voto.

---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL  
N. 600.811 - SP (2014/0261478-0)**

---

Relator: Ministro Og Fernandes  
Embargante: Manuel da Silva Moreira

Advogados: Andréia Ferraz Marini - SP258640  
Luis Guilherme Panone - SP303527  
Embargado: João Antônio Mota  
Embargado: Valdeci Bernardo Casteglioni  
Embargado: Construdesc Construtora Descalvado Ltda  
Advogados: Dirceu Aparecido Caramore - SP119453  
Claudia Elisa Caramore Bertolino - SP226516  
Interes.: Banco do Estado de São Paulo S/A - Banespa  
Advogado: Jorge Donizeti Sanchez e outro(s) - SP073055

---

#### EMENTA

Processual Civil. Embargos de Divergência em Agravo em Recurso Especial. Dissenso Estabelecido entre o Aresto Embargado e Paradigmas Invocados. Conflito entre Coisas Julgadas. Critério Temporal para se Determinar a Prevalência da Primeira ou da Segunda Decisão. Divergência que se Resolve, no Sentido de Prevaler a Decisão que por Último Transitou em Julgado, Desde que não Desconstituída por Ação Rescisória. Discussão Acerca de Ponto Suscitado pela Parte Embargada de que, no Caso, não Existiriam duas Coisas Julgadas. Questão a ser Dirimida pelo Órgão Fracionário. Embargos de Divergência Providos Parcialmente.

1. A questão debatida neste recurso, de início, reporta-se à divergência quanto à tese firmada no aresto embargado de que, no conflito entre duas coisas julgadas, prevaleceria a primeira decisão que transitou em julgado. Tal entendimento conflita com diversos outros julgados desta Corte Superior, nos quais a tese estabelecida foi a de que deve prevalecer a decisão que por último se formou, desde que não desconstituída por ação rescisória. Diante disso, há de se conhecer dos embargos de divergência, diante do dissenso devidamente caracterizado.

2. Nesse particular, deve ser confirmado, no âmbito desta Corte Especial, o entendimento majoritário dos órgãos fracionários deste Superior Tribunal de Justiça, na seguinte forma: “No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória” (REsp

598.148/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009, DJe 31/8/2009).

3. Entendimento jurisprudencial que alinha ao magistério de eminentes processualistas: “Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, arguível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante *rescisão* (BARBOSA MOREIRA, José Carlos. *Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed, Forense: 1985, vol. V, p. 111, grifos do original). Na lição de Pontes de Miranda, após a rescindibilidade da sentença, “vale a segunda, e não a primeira, salvo se a primeira já se executou, ou começou de executar-se”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed., t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214).

4. Firmada essa premissa, que diz respeito ao primeiro aspecto a ser definido no âmbito deste recurso de divergência, a análise de questão relevante suscitada pela parte embargada, no sentido de que, no caso, não existiriam duas coisas julgadas, deve ser feita pelo órgão fracionário. É que a atuação desta Corte Especial deve cingir-se à definição da tese, e, em consequência, o feito deve retornar à eg. Terceira Turma, a fim de, com base na tese ora estabelecida, rejulgar a questão, diante da matéria reportada pela parte embargada.

5. Embargos de divergência providos parcialmente.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Francisco Falcão conhecendo dos embargos de divergência e dando-lhes parcial provimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques, a retificação de voto do Sr. Ministro Humberto Martins, acompanhando o Relator, o voto do Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, no sentido de conhecer e negar provimento aos embargos e o voto de desempate da Sra. Ministra Laurita Vaz, acompanhando o Sr. Ministro Relator, por maioria, conhecer dos embargos de divergência e dar-lhes parcial provimento, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Raul Araújo, Francisco Falcão, Humberto Martins, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Vencidos os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Benedito Gonçalves, Paulo de Tarso Sanseverino, Nancy Andrichi, João Otávio de Noronha, Maria Thereza de Assis Moura e Jorge Mussi.

Declarou-se apto a votar o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Nancy Andrichi.

Licenciado o Sr. Ministro Felix Fischer.

Presidiu o julgamento a Sra. Ministra Laurita Vaz.

Brasília, 04 de dezembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

---

DJe 7.2.2020

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de embargos de divergência interpostos por Manuel da Silva Moreira, em demanda na qual contende com João Antônio Mota, Valdeci Bernardo Casteglioni e Construdesc – Construtora Descalvado Ltda. (tendo como interessado o Banco do Estado de São Paulo – Banespa), em oposição a aresto proferido pela eg. Terceira Turma, assim ementado (e-STJ, fl. 563):

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Conflito entre Coisas Julgadas. Prevalência da Primeira Sentença. Precedente da Terceira Turma.

1. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada. Sendo assim, demonstra-se a inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda.

2. *Agravo Interno Desprovido.*

Alega o embargante que a orientação consignada no aresto embargado – de que, em caso de conflito entre duas sentenças transitadas em julgado, prevalece a primeira decisão – conflita com a jurisprudência do STJ, representada pelos seguintes paradigmas: REsp 598.148/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin; REsp 1.524.123/SC, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin;

REsp 604.880/SE, Quinta Turma, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima; REsp 400.104/CE, Sexta Turma, Rel. Min. Paulo Medina; AgRg no REsp 643.998/PE, Sexta Turma, Rel. Min. Celso Limongi (Desembargador convocado do TJ/SP).

Esclarece que, em todos os julgados invocados como paradigmas, a conclusão do STJ foi no sentido de que, no confronto entre duas decisões transitadas em julgado, deve prevalecer aquela que por último transitou, pelo que requer o provimento destes embargos de divergência, a fim de que dito entendimento seja aplicado ao caso.

Junta guia comprobatória do pagamento do preparo e cópia dos arestos invocados como paradigmas.

Proferi decisão recebendo os embargos de divergência, dando-lhes prosseguimento (e-STJ, fls. 641-642).

A parte embargada oferece impugnação (e-STJ, fls. 646-651), alegando que em “todas as Instâncias e este também é o entendimento majoritário no Superior Tribunal de Justiça, exceção às isoladas decisões representadas pelos paradigmas apresentados, adotou-se o entendimento de que a segunda decisão é absolutamente inexistente, posto que proferida em evidente ofensa ao princípio da coisa julgada”.

Cita julgados em favor da sua tese, reclamando que a parte embargante não teria efetivado o devido cotejo analítico e, ao final, requer o não provimento do recurso.

O Ministério Público Federal pugna pelo não provimento dos embargos de divergência (e-STJ, fls. 654-684).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): No caso, por ocasião do decisório via do qual determinei o prosseguimento dos embargos de divergência, assim consignei (e-STJ, fl. 642):

Com efeito, a partir de uma análise prefacial da pretensão e dos fundamentos colacionados na peça inicial destes embargos de divergência, aparenta-se que, em situações uniformes, houve discrepância de entendimentos, razão pela qual admito o processamento do recurso.

É que, da análise feita do cotejo entre o aresto embargado e os acórdãos paradigmas, aparenta haver divergência de entendimentos, em questões idênticas, quanto a saber se, entre duas sentenças existentes, deve ser considerada a primeira ou a que por último transitou em julgado.

De outra parte, com a instrução completa deste feito, após oferecimento de impugnação da parte embargada e oitiva do Ministério Público Federal, é possível depreender dois pontos que devem ser enfrentados no exame deste recurso de divergência:

a) o primeiro, quanto à tese a ser firmada ou reafirmada, ou seja, se, no conflito entre duas coisas julgadas, qual delas deverá prevalecer, se a primeira decisão que transitou em julgado ou a última que se formou, desde que não desconstituída por ação rescisória;

b) o segundo, se, neste caso, pode-se falar, efetivamente, da existência de duas coisas julgadas ou, conforme suscita a parte embargada, se se trata de dois feitos distintos, muito embora tenham versado de objeto idêntico.

No que concerne ao primeiro ponto, esta Corte Superior, por seus órgãos fracionários, possui, efetivamente, pontos de vista destoantes, havendo julgados da Segunda e Sexta Turmas em um sentido (o de que prevalece a última coisa julgada, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória):

Processual Civil e Tributário. Execução Fiscal. Coisa Julgada. Ação Anulatória e Embargos à Execução. Sentenças Contraditórias sobre o Mesmo Objeto. Prevalência Daquela que por Último Transitou em Julgado. Precedentes.

1. No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

2. No caso sob exame, a executada propôs ação anulatória para contestar o débito; paralelamente, interpôs Embargos à Execução sobre a mesma questão. Na anulatória, sua pretensão foi parcialmente acolhida para excluir parcela do crédito exequendo. Por seu turno, os Embargos foram julgados totalmente improcedentes.

3. Prepondera a decisão proferida na Execução Fiscal, que rejeitou os Embargos de devedor, por ter sido formada por último. Precedentes do STJ.

4. Recurso Especial provido.

(REsp 598.148/SP, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009, DJe 31/8/2009)

Processual Civil. Conflito de Decisões Transitadas em Julgado. Prevalência da Segunda. Necessidade de Ação Rescisória. Súmula 182/STJ.

1. Não há como se conhecer de agravo que não combate todos os fundamentos da decisão que inadmitiu o recurso especial, nos termos da Súmula 182/STJ.

2. “No conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória” (REsp 598148/SP, Rel. *Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 25/8/2009, DJe 31/8/2009)

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 200.454/MG, de minha Relatoria, *Segunda Turma*, julgado em 17/10/2013, DJe 24/10/2013)

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC não Configurada. Sentenças Contraditórias. Decisão não Desconstituída por Ação Rescisória. Prevalência Daquela que por Último Transitou em Julgado.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.524.123/SC, Rel. *Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 26/5/2015, DJe 30/6/2015)

Recurso Especial. Processual Civil. Sentenças Contraditórias. Decisão não Desconstituída por Ação Rescisória. Prevalência Daquela que por Último Transitou em Julgado.

1- Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória.

2- Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 643.998/PE, Rel. *Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma*, julgado em 15/12/2009, DJe 1º/2/2010)

Por outro lado, há posicionamentos da eg. Terceira Turma em sentido oposto, conforme ementas a seguir:

Processual Civil. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Recurso Manejado sob a Égide do CPC/73. Omissão. Ocorrência. Efeitos Infringentes. Possibilidade. Conflito de Coisa Julgada - Duplicidade. Prevalência da Primeira. Aclaratórios Recebidos. Embargos de Declaração Acolhidos.

1. Inaplicáveis as disposições do NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo nº 2 aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

2. É possível a concessão de efeitos infringentes aos aclaratórios no caso em que seu suprimento acarrete, inevitavelmente, a modificação do julgado recorrido.

3. No conflito entre duas coisa julgadas deve prevalecer a que se formou em primeiro lugar.

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes.

(EDcl no AgRg no AREsp 531.918/DF, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, julgado em 1º/12/2016, DJe 12/12/2016)

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Conflito entre Coisas Julgadas. Prevalência da Primeira Sentença. Precedente da Terceira Turma.

1. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada. Sendo assim, demonstra-se a inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda.

2. *Agravo Interno Desprovido.*

(AgInt no AREsp 600.811/SP, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, julgado em 6/10/2016, DJe 13/10/2016)

Apenas para melhor esclarecer, o precedente firmado pela Terceira Seção, no julgamento dos EmbExeMS 3901/DF, Rel. Min. Sebastião Reis Filho, não pode ser invocado aqui, porque a sua conclusão final foi a de que, em verdade, não se tratava de duas coisas julgadas, tanto porque “as seguranças foram concedidas reconhecendo o direito líquido e certo dos substituídos do ente sindical impetrante ao resíduo de 3, 17%, oriundo da aplicação dos arts. 28 e 29 da Lei n. 8.880/1994, descaracterizando qualquer conflito entre os julgados, ao contrário, o que se vê é sua convergência na concessão do direito ou na sua confirmação (item 7 da ementa)”.

Na esfera das decisões monocráticas, podem ser citados os seguintes exemplos de decisórios que acompanham aquele primeiro posicionamento (de que prevalece coisa julgada que se formou por último, desde que não desconstituída por ação rescisória):

a) no âmbito da Primeira Turma: REsp 1.573.169/SC, Rel. Min. Gurgel de Faria; REsp 1.598.866/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina.

b) no âmbito da Segunda Turma: Ag em REsp 931.954/SP, Rel. Min. Diva Malerbi (Desembargadora convocada do TRF - 3ª Região); Ag em REsp 794.603/SP, Rel. Min. Herman Benjamin; REsp 1.464.033/RS, Rel. Min. Herman Benjamin; REsp 1.343.751/SC, Rel. Min. Mauro Campbell Marques; REsp 1.343.728/RS, Rel. Min. Humberto Martins.

c) no âmbito da Terceira Turma: Pet no REsp 1.451.815/DF, Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva.

d) no âmbito da Quarta Turma: AREsp 508.022/SP, Rel. Min. Luís Felipe Salomão.

Do que se observa, mesmo no âmbito da Terceira Turma, de onde provém de forma mais efetiva a divergência, existe exemplo de decisão monocrática que, ainda assim, acompanhou o entendimento que se aparenta majoritário desta Corte Superior, muito embora não tenha o tema sido já objeto de julgamento sob a sistemática dos recursos repetitivos e, pelo que se vê, nem de embargos de divergência na esfera desta Corte Especial.

Pois bem.

O fundamento suficiente que invoco para reafirmar o posicionamento que vem sendo reiterado nos julgados da Segunda Turma e que, como visto, é acompanhado majoritariamente pelos demais órgãos fracionários, é o de que deve-se privilegiar a coisa julgada que por último se formou – enquanto não desconstituída por ação rescisória –, eis que, sendo posterior, tem o condão de suspender os efeitos da primeira decisão.

Para tanto, colho excerto do voto proferido pelo em. Min. Herman Benjamin, no REsp 598.148/SP, nos seguintes termos:

Isso porque, ainda que a sentença proferida na Ação Anulatória tenha transitado em julgado, a sentença proferida por último, sobre o mesmo tema, não deixa de revestir-se da autoridade de coisa julgada.

Sendo assim, somente pode ser ignorada pelo magistrado se desconstituída por meio de Ação Rescisória, como salienta Barbosa Moreira, com precisão:

[...] A sentença desprovida de elemento essencial, como o dispositivo, ou proferida em “processo” a que falte pressuposto de existência, como seria o instaurado perante órgão não investido de jurisdição, é sentença inexistente, e será declarada como tal por qualquer juiz, sempre que alguém

a invoque, sem necessidade ( e até sem possibilidade) de providência tendente a desconstitui-la: não se desconstitui o que não existe. Mas a sentença pode existir e ser *nula, v.g.*, se julgou ultra petita. Em regra, após o trânsito em julgado (que, aqui, de modo algum se preexclui), a nulidade converte-se em simples *rescindibilidade*. O defeito, argüível em recurso como motivo de nulidade, caso subsista, não impede que a decisão, uma vez preclusas as vias recursais, surta efeito até que seja desconstituída, mediante *rescisão* (*Comentários ao Código de Processo Civil*, 5ª ed, Forense: 1985, vol. V, p. 111, grifos do original).

Demais disso, não se pode olvidar a lição de Pontes de Miranda, no sentido de que, após a *rescindibilidade* da segunda sentença, “vale a segunda, e não a primeira, salvo se a primeira já se executou, ou começou de executar-se”. (*Comentários ao Código de Processo Civil*. 3. ed. , t. 6. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214).

Firmada essa premissa, que diz respeito ao primeiro aspecto a ser definido no âmbito deste recurso de divergência, passo à análise de questão relevante suscitada pela parte embargada, nos seguintes termos:

Contudo, ao contrário das afirmações do embargante, a decisão embargada solucionou caso concreto absolutamente diverso e singular, isto porque embora o objeto seja o mesmo, desfazimento de arrematação, as partes são diversas.

Ou seja, a arguição da parte, ora recorrida, é a de que, nada obstante a tese que a eg. Terceira Turma firmara – e cuja premissa fora rechaçada acima –, o caso em si não diz respeito à situação de duas coisas julgadas, nos estritos termos do CPC.

Dita questão, ao meu ver, não pode ser analisada neste âmbito, porque, do contrário, estar-se-ia promovendo um rejuízo da causa, corrigindo-se o julgamento da matéria em si.

Penso que o âmbito de atuação desta Corte Especial no caso deve cingir-se à definição da tese, assim como feito em premissa anterior, e, em consequência, o feito deve retornar à eg. Terceira Turma, a fim de, com base na tese estabelecida pela Corte Especial, rejuizar a questão, diante da matéria reportada pela parte embargada.

Ante o exposto, dou provimento, em parte, aos embargos de divergência, apenas para o fim de estabelecer a tese acima exposta, reformando aquela contida no aresto embargado, determinando o retorno dos autos à eg. Terceira

Turma, a fim de, com base nessa tese firmada pela Corte Especial, rejulgar a demanda e, se for o caso, enfrentar a alegação de que, no caso, não se trata da existência de duas coisas julgadas.

É como voto.

### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro João Otávio de Noronha: A tese objeto de divergência refere-se ao conflito entre duas sentenças antagônicas transitadas em julgado. Esse era um acontecimento muito raro e discutido apenas em tese, nos livros. Todavia, isso mudou. Já existem casos de conflito de coisas julgadas, havendo, portanto, duas decisões, com autoridade de coisa julgada, sobre a mesma questão, mas em sentido diverso. Qual deverá prevalecer?

O acórdão embargado, prolatado pela Terceira Turma, concluiu pela prevalência da primeira sentença sob o fundamento de que a segunda sentença seria inexistente visto que fora proferida em demanda na qual o autor era carente de ação por falta de interesse de agir, além de haver um pressuposto processual negativo representado pela existência de coisa julgada. Invocou precedente do próprio colegiado (REsp n. 1.354.225/RS) e doutrina de NELSON NERY JUNIOR.

O embargante suscita divergência com paradigmas da Segunda Turma (REsp n. 598.148/SP e REsp n. 1.524.123/SC), da Quinta Turma (REsp n. 604.880/SE) e da Sexta Turma (REsp n. 400.104/CE e AgRg no REsp n. 643.998/PE) que concluíram pela prevalência da coisa julgada que se formou por último. Segundo esses julgados, escoado o prazo decadencial para a propositura de ação rescisória, não se nega autoridade à segunda sentença, devendo prevalecer a regra geral de que o ato posterior prevalece sobre o anterior.

O Ministério Público Federal ofereceu parecer pelo desprovemento dos embargos de divergência a fim de prevalecer a tese de que vale a primeira sentença. Sustenta que a coisa julgada traz a ideia de impossibilidade de repetição de julgamentos, tratando-se de direito fundamental, além de constituir expressão do princípio da segurança jurídica. Aduz que a retroatividade passível de ser promovida no Brasil pelo legislador não pode atingir a coisa julgada, o ato jurídico perfeito e o direito adquirido. Assevera que as hipóteses legais de rescisão são limitadíssimas, exatamente para garantir a segurança jurídica

da coisa julgada, o que inviabiliza que uma segunda coisa julgada suplante a primeira.

O relator deu provimento em parte aos embargos para fazer prevalecer a tese fixada nos paradigmas – no sentido da prevalência da coisa julgada que se formou por último – e para determinar o retorno dos autos à Terceira Turma a fim de que, com base na tese firmada, rejulgue a demanda, enfrentando a alegação de que, no caso, inexisteriam duas coisas julgadas nos estritos termos do Código de Processo Civil.

Parece-me que esta é a primeira vez em que a Corte Especial vai enfrentar o tema, de extrema relevância, razão pela qual pedi vista antecipada para melhor refletir a respeito.

Há efetiva divergência no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, como se vê dos arestos confrontados, razão pela qual os presentes embargos de divergência merecem conhecimento, passando-se, sem delongas, ao mérito.

A matéria também encontra soluções díspares na doutrina, sustentada cada qual por renomados juristas. Entre os que defendem a tese da prevalência da primeira coisa julgada estão Cassio Scarpinella Bueno, Antonio Carlos Marcato, Araken de Assis, José Miguel Garcia Medina, Tereza Arruda Alvim Wambier e Nelson Nery Junior. Em sentido contrário, sustentando a prevalência da segunda sentença, posicionam-se Pontes de Miranda, Vicente Greco Filho, Humberto Theodoro Junior, Barbosa Moreira, Luiz Guilherme Marinoni, Sérgio Cruz Arenhart, Ernane Fidélis dos Santos, Flávio Luiz Yarshell, Fredie Didier e Cândido Rangel Dinamarco.

Um dos fundamentos utilizados em defesa da prevalência da primeira coisa julgada é que a segunda não chegaria a formar-se, seria inexistente em razão da falta de interesse de agir, o que implica carência de ação. Leia-se a doutrina de Tereza Arruda Alvim Wambier e José Miguel Garcia Medina:

*Os requisitos para que se considere um processo como sendo juridicamente existente são correlatos à definição clássica de processo, que praticamente o identifica com a relação jurídica que se estabelece entre autor, juiz e réu. Portanto, sem que haja um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado) não há, sob o ângulo jurídico, propriamente um processo.*

Claro que uma sentença de mérito proferida nestas condições e neste contexto é, por “contaminação”, sentença juridicamente inexistente, que jamais transita em julgado.

Portanto, não havendo coisa julgada, rigorosamente dir-se-ia neste caso não estarem presentes nem mesmo os pressupostos de cabimento da ação rescisória, descritos no caput do art. 485

[...]

Prosseguindo nossa análise do grupo de sentenças que não têm aptidão para transitar em julgado, devemos referir-nos, considerando também como sendo juridicamente inexistentes as sentenças proferidas em processos gerados pela propositura de “ações”, sem que tenham sido preenchidas as condições de seu exercício.

[...]

Liebman ensina que “as condições da ação são requisitos constitutivos da ação. Somente se existem, pode considerar-se existente a ação”.

[...]

*A sentença que, equivocadamente, julga o “mérito” quando, a rigor, encontram-se ausentes as condições da ação, é um arremedo de sentença, pois a questão submetida ao juiz sequer poderia ter sido apreciada (v.g., no caso de sentença proferida entre partes ilegítimas). (O dogma da coisa julgada: hipóteses de relativização. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003, pp. 28-32, grifei.)*

A meu juízo, a ausência de qualquer das condições da ação ou mesmo dos pressupostos processuais não implica a inexistência do processo, mas tão somente a impossibilidade de exame meritório. Inexistência ficará caracterizada apenas se não se identificar *um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado)*. Exemplo de inexistência é o da sentença proferida na ação em que não tenha havido citação e que tenha corrido à revelia na fase de conhecimento. Aqui, sim, haverá um *arremedo de sentença*. Não por outra razão é que, nesse caso, a lei permite que tal circunstância seja invocada como fundamento para impugnar a execução do título judicial, ainda que transitado em julgado (art. 475-L, I, do CPC/1973; art. 525, § 1º, I, do CPC/2015).

Outro argumento que fragiliza a tese da inexistência é a expressa previsão legal do cabimento de ação rescisória para rescindir decisão de mérito que tenha violado a coisa julgada (art. 485, IV, do CPC/1973; art. 966, IV, do CPC/2015). Admitir a inexistência esvaziaria por completo o dispositivo legal. Ademais, como a ação rescisória, uma vez acolhida, produz uma sentença desconstitutiva, pode-se inferir que os vícios de que trata e que são arrolados em *numerus clausus* operam todos no plano da validade, pois não se pode desconstituir o que não existe.

Corroborando esse entendimento, trago à colação vários julgados do Superior Tribunal de Justiça em que se afirmou o descabimento da ação rescisória para infirmar sentença proferida em processo em que não se verificou a citação, justamente porque, nessa hipótese, nem sequer se formou a relação jurídica e a sentença proferida padece do vício de inexistência. Nesse sentido: *AgRg no AREsp n. 311.216/MG e REsp n. 1.105.944/SC*, ambos da Segunda Turma, relator Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 22/5/2013 e de 8/2/2011, respectivamente; *AR n. 569/PE*, Primeira Seção, relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 18/2/2011; *REsp n. 62.853/GO*, Quarta Turma, relator Ministro Fernando Gonçalves, DJU de 1º/8/2005; *AR n. 771/PA*, Segunda Seção, relator Ministro Aldir Passarinho Junior, DJ de 26/2/2007.

Portanto, não é pelo fundamento de inexistência da segunda sentença que prevalece a primeira. A corrente que defende a prevalência da primeira sentença o faz amparada na mácula de inconstitucionalidade que recai sobre a segunda em razão do desrespeito à coisa julgada. Arruda Alvim afirma o seguinte no tocante à questão:

[...] a primeira é imaculada, ao passo que a segunda é manifestamente maculada. Entre a viciada e a não viciada, há de se dar prevalência à decisão não viciada." (*Direito Processual Civil*. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.062.)

Disso decorre a necessidade de se recorrer à compreensão do que é coisa julgada, conceito que nos é dado pela legislação infraconstitucional. Diz o art. 6º, § 3º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que *coisa julgada* ou *caso julgado* é a decisão judicial de que não cabe recurso. Por sua vez, o art. 502 do CPC de 2015 denomina *coisa julgada material* a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso.

Do ponto de vista da norma constitucional, art. 5º, XXXVI, a coisa julgada, nas palavras de Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery, é:

A norma protege a coisa julgada material (*auctoritas rei iudicatae*), entendida como a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário e extraordinário (CPC 467; LICC 6º, § 3º), nem à remessa necessária do CPC 475 (STF 423; Barbosa Moreira, *Temas* 3ª, 107). (*Constituição Federal comentada e legislação constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, p. 133.)

Alexandre de Moraes faz referência à doutrina de Celso Bastos, que versa sobre a coisa julgada nos seguintes termos:

[...] o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular por força da proteção que recebe da imutabilidade da decisão judicial. Daí falar-se em coisa julgada formal e material. Coisa julgada formal é aquela que se dá no âmbito do próprio processo. Seus efeitos restringem-se, pois, a este, não o extrapolando. A coisa julgada material, ou substancial, existe, nas palavras de Couture, quando à condição de inimpugnável no mesmo processo, a sentença reúne a imutabilidade até mesmo em processo posterior (Fundamentos do direito processual civil). (*Direito Constitucional*. 16. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 108.)

Com base nesses conceitos, como se poderia reconhecer que a segunda decisão transitada em julgado pode passar a revestir-se de coisa julgada, merecendo igual proteção constitucional?

Com a primeira coisa julgada, o direito incorpora-se ao patrimônio de seu titular. Seria, então, um contrassenso que uma segunda *res iudicata*, advinda das mesmas vias que a primeira, ou seja, um processo de cognição ordinário, pudesse fazer coisa julgada declarando não ser mais válida aquela incorporação de patrimônio, que agora predomina de outra forma. Seguindo essa linha de pensamento, o que impediria a formação de uma terceira coisa julgada?

Na verdade, isso feriria outro princípio, o da segurança jurídica e da estabilidade das decisões judiciais. Essa questão desenvolvo melhor mais à frente.

O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS), ao julgar a Ação Rescisória n. 70010884278, enfrentou a matéria e buscou, no direito comparado, parâmetros para a solução do caso. O CPC português, Lei n. 41/2013, trata da questão da seguinte forma:

Artigo 625º

*Casos julgados contraditórios*

1 - Havendo duas decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumpre-se a que passou em julgado em primeiro lugar.

2 - É aplicável o mesmo princípio à contradição existente entre duas decisões que, dentro do processo, versem sobre a mesma questão concreta da relação processual."

Citou o TJRS a doutrina de Arruda Alvim:

Nesse sentido, Arruda Alvim afirma que: 'Segundo pensamos, não paira, em nosso sistema, dúvida de que a sentença a ser cumprida é a primeira, e não a segunda. Tal solução, conquanto não haja norma expressa decorre de forma

absoluta, límpida, do sistema jurídico. A chave da solução encontra-se na ação rescisória. O art. 798, n. I, a, dispõe que tem cabimento a ação rescisória contra a sentença proferida com “ofensa à coisa julgada”. Deste texto extrai-se a solução para o caso presente, como se verá: 1.º) se duas causas estão pendentes, e são idênticas, o ordenamento jurídico dá preferência à primeira delas, devendo ser trancada a segunda. Vale dizer, dever-se-á proferir sentença na causa iniciada em primeiro lugar; 2.º) no entanto, é possível – embora isto raríssimamente ocorra – que as duas causas idênticas venham a se transformar em duas coisas julgadas, de teor diverso; 3.º) nestas duas coisas julgadas será irrelevante indagar-se qual o processo que tenha se iniciado em primeiro lugar; isto somente teria importado em matéria de litispendência; 4.º) no momento, porém, em que um dos processos alcance a coisa julgada, automaticamente não poderá ser proferida sentença no outro processo. *E por que? Por várias razões: a) Em primeiro lugar, porque a coisa julgada formada impede que se profira sentença, devendo mesmo o juiz conhecer de coisa julgada anterior, ex officio; b) Se, porém, apesar disto, for proferida sentença, esta segunda sentença é rescindível, ou seja, julgada procedente a ação rescisória, tal decisão será então despida de qualquer relevância jurídica; 5.º) ora, se uma das sentenças (a segunda) é rescindível, embora antes da ação rescisória, não se lhe deverá emprestar valor, desde que exista transitada em julgado, sobre o mesmo objeto e sobre as mesmas partes anteriores à outra. Aliás, esta primeira sentença constituiu-se, justamente, no pressuposto legal da rescindibilidade da segunda. O juiz uma vez proposta a execução, e estando diante de duas sentenças, e sabendo que a segunda poderá ser rescindida, e que, atualmente, ambas são válidas, logicamente deverá, diante da contingência de ter de optar, escolher a primeira delas. Esta solução afigura-se nos irrecusável. Manifestamente esta opção do juiz não significa prejulgamento – mesmo porque não há ainda rescisória e ele não seria sequer competente para julgá-la – apenas significa que, diante de uma opção inevitável, ele deverá escolher a sentença que tem possibilidade de continuar a ser válida e não a suscetível de ser rescindida. Por outras palavras, entre a primeira sentença e a segunda, que é vulnerável – diante da inexistência de norma em contrário, e, decorrendo do próprio sistema a vulnerabilidade da sentença posterior – deve escolher a primeira. O juiz, na escolha da sentença – em nosso modo de ver – não pode, de forma alguma, cogitar de qualquer causa que a sua escolha deve basear-se, exclusivamente, em critério de rescindibilidade, por exemplo, existente para a primeira sentença e, sob este fundamento, não aceitará. Parece-nos cronológico: deve emprestar validade à primeira sentença, dado que a segunda poderá vir a ser rescindida.*

Ainda convém observar as ponderações de José Alberto dos Reis, pois, “perante dois casos julgados contraditórios sobre o mesmo objeto prevalece o que se formou em primeiro lugar (o mais antigo); perante duas normas legais opostas prevalece a que foi emitida em segundo lugar (a mais nova). É que, por ter ditado determinada regra de direito, o legislador não abdica do seu

poder de emitir outra regra de conteúdo oposto, logo que novas condições ou circunstâncias aconselham a alteração do regime estabelecido; pelo contrário, o órgão jurisdicional, desde que julga um caso concreto, desde que profere sentença definitiva, fica *preso* à decisão, fica inibido de proferir outra em sentido oposto”.

Embora situações como da espécie sejam raras, esse conflito entre coisas julgadas acontece, e o Superior Tribunal de Justiça já apreciou a questão quando julgou o REsp n. 1.354.225/RS (2012/0242441-1), da relatoria do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, reconhecendo a validade da primeira coisa julgada em detrimento da segunda. Observe-se:

Recurso Especial. Processual Civil. Coisa Julgada Dúplice. Conflito entre duas Sentenças Transitadas em Julgado. Controvérsia Doutrinária. Ausência de Interesse de Agir na Segunda Demanda. Inexistência da Segunda Sentença. Alegação em Exceção de Pré-Executividade. Cabimento.

1. Hipótese em que o autor da demanda, sucumbente na Justiça do Trabalho, repetiu o mesmo pedido perante a Justiça Estadual, obtendo êxito e gerando conflito frontal entre os comandos das duas sentenças, identificado apenas na fase de execução.

2. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada.

3. Inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda. Doutrina sobre o tema.

4. Inexistência de direito de ação e, por conseguinte, da sentença assim proferida. Doutrina sobre o tema.

5. Analogia com precedente específico desta Corte, em que se reconheceu a inexistência de sentença por falta de interesse jurídico, mesmo após o transcurso do prazo da ação rescisória (REsp. 710.599/SP).

6. Cabimento da alegação de inexistência da segunda sentença na via da exceção de pré-executividade.

7. *Recurso Especial Desprovido.*

A sistemática processual foi constituída para abraçar uma única coisa julgada, que deve ser soberana e imutável. Se se chegar a verificar uma segunda coisa julgada, é certo que ela se terá formado num ambiente impróprio, viciado, ante a existência da primeira.

Nem se diga que o fato de ter-se de reconhecer o vício da segunda coisa julgada por meio de outra ação, rescisória ou anulatória, serve como argumento

de que a segunda sentença possa prevalecer, já que, de sua produção até sua invalidação, produziu efeitos normalmente e, portanto, teve validade. É certo que, durante certo tempo, ambas as coisas julgadas produzem efeito e são válidas concomitantemente, mas isso é uma anomalia que deve ser eliminada, tanto que se trata de uma situação que acaba vindo à tona em virtude do conflito que gera. Evidentemente, há necessidade de uma declaração judicial para eliminá-la – se a situação ambígua foi formada judicialmente, é pelas vias judiciais que deverá ser desfeita.

Não desconheço as divergências doutrinárias acerca da prevalência da primeira ou da segunda sentença transitada em julgado, embora, particularmente, entenda que os argumentos em defesa da primeira são mais acentuados, destacando-se a lição de Liebman – citado por Teresa Wambier – de que, no tocante à segunda coisa julgada, “não terá havido atividade jurisdicional autêntica mas aparência de jurisdição, ou a forma externa de jurisdição” (Apud *Nulidades do processo e da sentença*, 7ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 356).

Além disso, como asseverou o Ministro Paulo de Tarso Sasseverino no REsp n. 1.354.225/RS, mesmo no plano da validade, deveria prevalecer a primeira sentença, “[...] porque a segunda traz em si as máculas da inconstitucionalidade e da ausência de boa-fé”. Destacou que, além de violar o comando do art. 5º, XXXVI, da CF/88, a conclusão pela prevalência da segunda sentença daria azo à repositura da ação de forma maliciosa pela parte vencida, que, contando com a inércia da parte contrária, pretenderia a superação da coisa julgada formada na primeira sentença.

Acrescente-se que entendimento contrário estaria abrindo as portas do Judiciário para outras ações propostas pelos insatisfeitos com a decisão que lhes foi desfavorável. Não é difícil imaginar as artimanhas que poderiam ser criadas para burlar, com sucesso, o sistema de controle judicial.

Assim, como afirmei acima, considerando a uniformidade do arcabouço legislativo nacional, que segue uma linha mestra traçada pelo Constituição, devo considerar o princípio da segurança jurídica das relações.

Muito interessante a doutrina de Eduardo Talamini sobre coisa julgada e segurança jurídica. Confira-se:

[...] há que se considerar o relevo estritamente *lógico-jurídico* de que também se reveste a segurança. Em outras palavras, independentemente do direito positivo, das condições sócio-econômicas que repercutem sobre a ordem jurídica,

do regime político que prevaleça – enfim, independentemente de todas as condições que implicam variações jurídico-positivas ou axiológicas de um lugar para outro, de uma época para outra – a segurança é elemento fundamental para a própria configuração do fenômeno jurídico (*Coisa julgada e sua revisão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, pp. 62/66.)

Registro ainda palavras de Recaséns Siches em seu *Tratado general* (2005, p. 62-66, grifos do original), para quem a segurança seria a “razão de ser”, o “valor fundamental” do Direito:

O Direito deve também expressar outros valores, até mais importantes, tais como a justiça e o bem comum. Porém, o Direito não os contém em seu conceito: pode haver Direito injusto ou Direito que não atenda ao interesse comum; todavia, sem a segurança e certeza de sua impositividade, *não há Direito*, nem bom nem mau.

Conclui-se que a coisa julgada exterioriza o princípio da segurança jurídica, que, por sua vez, é fundamental para o Direito e, nessa perspectiva, pode sobrepujar em importância a própria Justiça. A ideia de segurança jurídica está ligada à de previsibilidade das consequências jurídicas das condutas, à estabilidade e continuidade da ordem jurídica, é uma necessidade do ser humano.

Luís Roberto Barroso esclarece que a segurança jurídica representa um conjunto abrangente de ideias, conteúdos e regras decorrentes do Estado Democrático de Direito que inclui:

1. a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade; 2. a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade; 3. a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e na conservação de direitos em face da lei nova; 4. a previsibilidade dos comportamentos, tanto o que devem ser seguidos como os que devem ser suportados; 5. a igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas. (*Em algum lugar do passado. Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Renovar, v. 1, set./dez., 2005. p. 145.)

Ante o exposto, entendo que, no conflito entre coisas julgadas, deve prevalecer a que primeiro se formou.

Assim, com a *vênia do relator*, nego provimento a estes embargos dedivergência em agravo em recurso especial.

É o voto.

**VOTO-VISTA**

A Sra. Ministra Nancy Andrighi: Cuida-se de embargos de divergência em agravo em recurso especial, por meio do qual se pretende, em síntese, a uniformização do entendimento do Superior Tribunal de Justiça acerca da situação jurídica caracterizada pela formação sucessiva de 02 (duas) coisas julgadas materiais conflitantes e, nessa hipótese, qual delas deverá prevalecer.

*Voto do e. Relator, Min. Og Fernandes:* deu provimento aos embargos de divergência, reconhecendo que deverá prevalecer a segunda coisa julgada, ao fundamento de que não houve o oportuno ajuizamento de ação rescisória para promover a sua desconstituição, acrescentando s. Exa., ainda, que a questão relacionada a inexistência de 02 (duas) coisas julgadas na hipótese, arguida pelo embargante, deverá ser examinada pela 3ª Turma, da qual se origina o acórdão embargado.

*Voto divergente e. Min. João Otávio de Noronha:* negou provimento aos embargos de divergência, reconhecendo que deverá prevalecer a primeira coisa julgada, propondo a tese de que não haveria a possibilidade de exame do mérito do processo em que se formou a coisa julgada superveniente e conflitante, afastando s. Exa., contudo, a tese de inexistência do processo e da decisão em que se formou a segunda coisa julgada.

*Revisados os fatos, decide-se.*

Como se depreende dos votos que me precederam, a questão vertida nos presentes embargos de divergência – conflito entre coisas julgadas – sempre foi considerada como um problema essencialmente teórico e que sempre despertou mais o interesse da doutrina e da academia, uma vez que a ocorrência desse fenômeno na prática seria bastante restrita e excepcional.

A despeito disso, verifica-se que sobreveio divergência no âmbito desta Corte sobre a referida questão, ocasião em que se faz necessário o estudo da vasta doutrina já produzida sobre o tema e que fora tão bem apresentada no voto do e. Relator Min. Og Fernandes e também no voto divergente do e. Min. João Otávio de Noronha.

Nesse particular, é preciso lembrar que a coisa julgada é indiscutivelmente um dos mais importantes pilares do direito, na medida em que, a partir de sua formação, incorpora-se ao conflito de interesses que fora judicializado pelas partes o manto da segurança, da estabilidade, da indiscutibilidade, da pacificação e da previsibilidade.

Trata-se, pois, de um instrumento vocacionado a impedir a eternização dos conflitos, de modo que a convivência entre duas coisas julgadas conflitantes sobre a mesma questão é, evidentemente, uma anomalia que deve ser extirpada do ordenamento, sob pena de não serem atingidos os objetivos que se pretende com a coisa julgada.

Nesse contexto, admitir que a resolução desse conflito passa pelo reconhecimento de que a *coisa julgada formada em segundo lugar* deve prevalecer é, *data venia*, entendimento que se funda em premissas teóricas insustentáveis e que possui consequências práticas e jurídicas extremamente nocivas aos valores que se pretende tutelar com a coisa julgada.

Respeitado o entendimento manifestado pelo e. Relator, o simples fato de se prever o cabimento da ação rescisória para a remoção da segunda coisa julgada formada em ofensa à primeira (art. 485, IV, do CPC/73 e art. 966, IV, do CPC/2015) não significa dizer que somente por essa via processual esse objetivo poderá ser alcançado, na medida em que o vício de que padece a *segunda coisa julgada é tão grave* que não é suscetível de convalidação pelo transcurso do tempo, motivo pelo qual a anomalia poderá ser atacada pela ação rescisória, *mas não apenas por ela*.

A propósito, esta Corte, em mais de uma oportunidade, já se posicionou no sentido de que *vícios marcadamente transrescisórios podem ser objeto de ação rescisória*, consolidando as teses de que há uma *fungibilidade de mão única* entre a ação rescisória e a *querela nullitatis insanabilis* (ou ação declaratória de inexistência da sentença ou do processo) e de que impedir o exame de vícios transrescisórios em ação rescisória representaria uma indevida valorização do *formalismo processual em questão da mais alta gravidade*. Nesse sentido: REsp 1.456.632/MG, 3ª Turma, DJe 14/02/2017; AR 3.234/MG, 2ª Seção, DJe 14/02/2014 e REsp 476.665/SP, Corte Especial, DJ 20/06/2005.

De fato, o cerne da questão controversa é definir a *natureza do vício* consubstanciado na formação de segunda coisa julgada conflitante com a primeira – se é um vício *rescisório*, que diz respeito à *validade* do processo ou da decisão, ou se é um vício *transrescisório*, que se refere à *inexistência* do processo ou da decisão.

A esse respeito, anote-se que a doutrina, majoritariamente, converge no sentido de que há atos processuais que, a despeito de *nulos em virtude de um defeito*, são *juridicamente existentes* (e que se submetem, pois, ao regime da ação rescisória) e atos processuais cujo vício é *mais grave* do que a mera nulidade,



maculando *requisitos essenciais de sua existência* (e que se submetem, assim, ao regime da *querela nullitatis*).

Sobre o tema, convém ressaltar os densos ensinamentos de *José Joaquim Calmon de Passos*:

79. Realmente, o problema da inexistência é um problema bem diverso do problema do vício ou do defeito do ato e sua consequente invalidade e ineficácia em virtude da sanção de nulidade. *O ato inexistente não é ato processual. O ato nulo é ato processual, ainda quando defeituoso, anormal, aleijado, digamos assim. A inexistência não pode ser um defeito do ato processual.* Essa afirmativa, inclusive, encerra uma contradição insuperável. *Inexistir é não ser.* A inexistência é uma negação, e *o ato processual inexistente é um não-ato processual*, vale dizer, é um não-ser e o que não é jamais pode ser viciado ou defeituoso.

(...)

*Juridicamente inexistentes são aqueles atos nos quais falta ou é viciado um de seus elementos constitutivos essenciais (substanciais ou formais) de modo a que ao ato venha a faltar a própria fisionomia que o caracterizava como ato de determinado tipo*, pelo que dessa determinada espécie de ato não se pode falar, mas apenas de um *quid facti* ou de ato jurídico distinto e diverso daquele que se queria formar.

(...)

Ao contrário, *a nulidade ocorre quando o ato jurídico possui todos os elementos úteis e necessários para a configuração de sua fisionomia particular ou suitas*, mas *está ele afetado de imperfeição, há um defeito ou vício de forma ou de substância em seus elementos acidentais ou mesmo constitutivos* (não, porém, capazes de desnaturar-lhe a fisionomia), imperfeição que o afeta na sua estrutura executiva, fazendo-o incapaz, absoluta ou relativamente, de produzir efeitos jurídicos. *A inexistência é, pois, um conceito que, quanto aos efeitos, coincide com o de nulidade absoluta, mas é um conceito que precede ao de nulidade bem como é mais rigoroso e taxativo do que ele.*

(...)

Disso se deduz *não precisar serem definidas pelo legislador as causas de inexistência*, visto como elas são extraídas ou dos expressos ditames da lei, ou dos princípios gerais do direito, ou de todo o complexo do sistema legislativo, ou de um ramo jurídico particular, *representadas pelos elementos que são indispensáveis para a constituição de um ato, de maneira que quando um falta ou é viciado, desnatura-se o ato, sendo supérfluo que a lei o diga inexistente*, porque a sua *inexistência jurídica é evidente*. Desnecessário dizer que aquilo que é branco não pode ser negro; assim como é supérfluo que ela declare nulo o ato inexistente, no sentido de fazê-lo improdutivo de efeitos jurídicos. (PASSOS, José Joaquim Calmon de. *Esboço de uma teoria das nulidades aplicada às nulidades processuais*. Rio de Janeiro: Forense, 2009. p. 96/97).

Não se olvida, evidentemente, que uma parcela muito considerável da doutrina sustenta que o vício decorrente da formação de uma segunda coisa julgada em afronta à primeira é um *defeito processual* que se operaria apenas no campo das *nulidades*, tratando-se de *pressuposto processual negativo de validade* que, como tal, submeter-se-ia ao *biênio decadencial da ação rescisória*, findo o qual se operaria uma espécie de *substituição de coisas julgadas*, passando a prevalecer a segunda em detrimento da primeira.

Esse raciocínio parte da premissa fundamental que a existência da primeira coisa julgada *não seria um óbice intransponível* a formação da segunda em processo posterior, pois esse elemento que não pode existir não diria respeito a um *elemento constitutivo essencial do processo subsequente*.

Todavia, é preciso reconhecer que a afronta à coisa julgada é, sim, um *vício gravíssimo*, pois atinge um *pilar essencial* do ordenamento jurídico e causa uma séria e irreparável ruptura nos valores constitucionais que o sistema mais quer proteger: *segurança, estabilidade, pacificação dos conflitos e previsibilidade*.

Nesse sentido, lecionam *Eduardo Pellegrini de Arruda Alvim e Flávia Poyares Miranda*:

Para nós, a circunstância de *não mais caber ação rescisória não retira a possibilidade de ser enfrentado o problema da violação à primeira coisa julgada*. O correto dimensionamento da questão deve partir do patamar constitucional. Lá, garante-se o respeito à coisa julgada no art. 5.º, XXXVI, da CF/1988 e a *interpretação da lei infraconstitucional não deve desconsiderar esse importantíssimo referencial*. O CPC deve ser interpretado **a partir** da Constituição. (ALVIM, Eduardo Pellegrini de Arruda; MIRANDA, Flávia Poyares. Conflito entre coisas julgadas in Revista de Processo, São Paulo, v. 244, ano 40, p. 465/466, jun. 2015).

Ainda a esse respeito, leciona *Rodrigo Frantz Becker*:

Não é demasiado afirmar que a sentença que julgue determinado caso já decidido anteriormente por sentença acobertada pela coisa julgada, da mesma forma, não fica acobertada pelo manto da *res judicata*, *exatamente porque esse segundo provimento é inconstitucional e ofende a proteção constitucional da coisa julgada* (art. 5º, XXXVI, da CF).

A propósito, vale apontar novamente a lição de Jorge Americano, acerca da supremacia que se deve dar ao fenômeno da coisa julgada. Para o autor, pouco importa que a segunda sentença também esteja acobertada pelo fenômeno, na medida em que, *caso se admita uma segunda sentença transitada em julgada, de nada adianta o acolhimento do instituto da coisa julgada por um ordenamento jurídico, porque, ao prevalecer a segunda, estar-se-á ofendendo prioritariamente a*

*primeira coisa julgada.* (BECKER, Rodrigo Frantz. Conflito de coisas julgadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 205).

De outro lado, é inconcebível, respeitado entendimento diverso, que a decisão de mérito que *afronta à coisa julgada* seja menos grave do que a decisão de mérito proferida em *desfavor de quem não foi citado* ou proferida *por quem não possui jurisdição*, exemplos usualmente dados pela doutrina sobre situações que se situam no plano da *inexistência do processo ou da decisão de mérito*. São vícios *gravíssimos* e de *igual grandeza*.

Sublinhe-se que admitir que a coisa julgada formada em segundo lugar e em conflito com a primeira é aquela que deverá prevalecer resultará, ainda, em *benefício direto a quem, muito provavelmente de má-fé*, ajuizou uma segunda ação judicial sobre o mesmo objeto, a despeito de ter *inequívoca ciência de que havia o óbice intransponível da coisa julgada anterior*.

Esse aspecto não escapou do crivo de *Luiz Guilherme Marinoni*:

*Não há dúvida de que coisas julgadas antagônicas, formadas mediante a repetição de ação idêntica, constituem o resultado de uma afronta ao Poder Judiciário. Uma verdadeira situação contrária ao direito. Apenas alguém de má fé ou por injustificável falta de cuidado pode propor ação que já propôs ou propor ação inversa em face da parte com quem já litigou para obrigar outro juiz a redecidir o mesmo caso com o propósito de obter outra decisão.*

(...)

Porém, se a *repetição de ações iguais é uma patologia derivada da má-fé e da desatenção causada pelo excesso de litigiosidade*, isso não isenta o Estado de sua parcela de culpa, visto que, além de a coisa julgada constituir matéria de ordem pública e, assim, dever ser tutelada de ofício pelo juiz, o processamento de duas ações idênticas e a prolação de duas decisões inversas para um mesmo caso significam um óbvio comportamento estatal desconforme ao direito. (MARINONI, Luiz Guilherme. A questão das coisas julgadas contraditórias in Revista de Processo, São Paulo, v. 271, ano 42, p. 299/300, set. 2017).

Em síntese, por mais que não se deva ser complacente com a eventual omissão da parte a quem a primeira coisa julgada beneficia e por mais que exista um erro judicial quando não se reconhece, de ofício na segunda ação, a existência de prévia coisa julgada, *é muito mais gravoso o ato comissivo de quem busca re discutir, por via transversa e oblíqua, uma questão acobertada pela coisa julgada material de que tem plena e inequívoca ciência antes do ajuizamento da segunda ação*.

De outro lado, ainda que os fundamentos delineados por quem sustenta que a segunda coisa julgada deveria prevalecer em relação à primeira sejam judiciosos, esse entendimento provocaria uma *inexplicável inconsistência sistêmica*.

Com efeito, o vencido, para *rescindir* a coisa julgada que primeiro se formou, precisaria ajuizar uma *ação rescisória*, cujo cabimento é *excepcionalíssimo*, de *competência originária de tribunal*, que se submete a *duplo juízo* (rescindente e rescisório) e que observa o *biênio decadencial*.

Todavia, haveria ainda um outro caminho do vencido para ofender a primeira coisa julgada, inclusive a *coisa soberanamente julgada* (para utilizar a feliz expressão cunhada por *José Frederico Marques* para a coisa julgada que se forma após o escoamento do prazo decadencial da ação rescisória ou quando, ajuizada esta, venha ela a ser julgada improcedente).

Bastaria ao vencido, então, o ajuizamento de uma ação da mesma natureza daquela que transitou em primeiro lugar (ou seja, sem os rigores e as exigências de uma ação rescisória) para, em uma combinação da *sorte* com a *vileza*, contar com a *omissão do vencedor* em opor a primeira coisa julgada ou com um *erro judicial* em não a reconhecer de ofício ou após provocação, para obter uma *inusitada substituição de coisa julgada* sem, contudo, sequer rescindir a primeira que se formou.

*Data venia*, essa solução seria *ilógica, inexplicável e insustentável*, pois, como bem adverte Luiz Guilherme Marinoni, “*No caso de coisa julgada que ofende outra em virtude da repetição de ações idênticas, o decurso do prazo para a rescisória apenas potencializa a gritante e insolúvel contradição entre as coisas julgadas. Nesse caso, esquece-se que, ao se admitir a validade da segunda coisa julgada por não ter sido atacada pela rescisória, há ainda a primeira. Ora, o decurso do prazo para a rescisória poderia ter o efeito de fazer cessar a possibilidade de rescisão da segunda coisa julgada, mas jamais a capacidade de eliminar a primeira coisa julgada do mundo jurídico*”. (MARINONI, Luiz Guilherme. A questão das coisas julgadas contraditórias *in* Revista de Processo, São Paulo, v. 271, ano 42, p. 301, set. 2017).

Finalmente, destaque-se que a decisão formada em ofensa à coisa julgada material pode, a meu ver, ser enquadrada na categoria jurídico-normativa dos *atos juridicamente inexistentes*, de modo que, nesse aspecto, rogo *venia* para divergir da fundamentação expendida pelo e. Min. João Otávio de Noronha, embora convergentes sejam as nossas conclusões pela prevalência da primeira coisa julgada.

No que se refere a classificação das condições da ação como elementos essenciais do processo e cuja ausência gera a inexistência do processo ou da sentença, leciona *Teresa Arruda Alvim*:

Começemos por analisar a situação de uma sentença de mérito proferida em ação sem que tenham sido satisfeitas as suas condições.

Para Liebman, neste caso, não terá havido atividade jurisdicional autêntica, mas aparência de jurisdição.

Assim, aquele que, de acordo com os princípios da inércia e do dispositivo, tivesse posto em marcha a máquina judiciária, propondo uma “ação”, ausente uma ou mais de suas condições, teria, em verdade, exercido o direito de demandar, mas não o direito de ação. Neste esquema, os limites do direito de ação ficam sujeitos ao delineamento estabelecido pela doutrina, com base na lei.

Se admitíssemos que as sentenças proferidas em ações às quais teria faltado uma condição fossem nulas, porque a falta de condição da ação teria gerado nulidade processual, teríamos de admitir por coerência que estariam sujeitadas, para serem desconstituídas, ao prazo decadencial da ação rescisória.

Escoado este prazo, caberia perguntar, por exemplo, qual seria a situação jurídica de uma sentença que desconstitui a relação jurídica gerada pelo casamento entre homem e mulher que não são, e nem nunca foram, cônjuges? E a partilha de bens de pessoa viva, se se tivesse juntado aos autos uma certidão de óbito de um homônimo? Essas sentenças teriam sido proferidas apesar da falta de uma das condições da ação: legitimidade *ad causam*.

(...)

Indubitavelmente, *admitir que o sistema possibilitasse eternizarem-se sentença com vícios dessa ordem seria admitir que o sistema alberga soluções absurdas, o que não é, em absoluto, desejável.*

Parece-nos, então, que *as sentenças proferidas em processos instaurados por meio de ação, sem que tenham sido satisfeitas uma ou mais condições de ação – legitimidade e interesse –, não podem ser consideradas nulas, mas juridicamente inexistentes.* (ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do processo e da sentença. São Paulo: RT, 2017. p. 289/290).

A partir dessas premissas, conclui a eminente processualista, mais adiante, especificamente quanto ao conflito de coisas julgadas e a inexistência jurídica decorrente da ausência de interesse de agir:

Além do argumento constitucional citado, *ainda se pode dizer que o vencedor da demanda tem a seu favor o direito adquirido, resguardado até da retroatividade da lei e de sua aplicação imediata: a fortiori, da atividade do juiz.* Tem-se, então,

a favor da corrente que sustenta valer sempre a primeira coisa julgada, *outro argumento em nível constitucional*.

Há diversos argumentos de que se pode lançar mão, sob a ótica processual, para sustentar a prevalência da primeira coisa julgada. *Como resguardar a decisão proferida no segundo processo, em detrimento daquela proferida no primeiro, se, naquele, as partes deveriam ter alegado a coisa julgada – como não o fizeram, deveria o juiz tê-la decretado de ofício e, assim, ter extinto o processo sem resolução de mérito?*

(...)

Thereza Alvim já sustentava mesmo à luz do CPC de 1973, de *lege lata*, que a hipótese de sentença proferida, em havendo já coisa julgada constituída sobre o mesmo objeto, *não se submetia ao prazo decadencial previsto no art. 495 do CPC [1973], para que fosse expungida do universo jurídico*. Podia, ainda segundo esta autora, “o legitimado, após este lapso temporal, propor ação declaratória de nulidade do segundo acórdão ou sentença”.

Correta a conclusão da autora mencionada, apenas com a ressalva de que, segundo temos defendido, no caso caberia ação declaratória de inexistência e não ação declaratória de nulidade. Com efeito, como já sustentamos em obra escrita em coautoria com José Miguel Garcia Medina, *àquele que pleiteia reexame de pedido já decidido pelo Judiciário intenta a segunda ação, falta interesse de agir. Assim, é, o autor, carente de ação. Só que, em nosso entender, está-se, aqui, diante de um caso de inexistência jurídica e não de nulidade*.

Conforme temos sustentado, *não estando preenchidas as condições da ação, não pode o juiz decidir o mérito, sob pena de, fazendo-o, estar proferindo sentença juridicamente inexistente*.

(...)

Assim, de fato, o manejo da ação rescisória, neste caso, apesar da letra da lei, é dispensável. *Na verdade, já que se trata de sentença juridicamente inexistente, que não tem aptidão para transitar em julgado, nada há, propriamente, a desconstituir*. Há, isto sim, única e exclusivamente, uma situação de inexistência jurídica a se declarar, *por meio de ação que não fica sujeita a um lapso temporal pré-definido*. (ALVIM, Teresa Arruda. Nulidades do processo e da sentença. São Paulo: RT, 2017. p. 314/315).

Em suma, o processo em que se forma a suposta segunda coisa julgada não é processo, mas, quando muito, um *simulacro de processo*, eis que estão ausentes *elementos essenciais para que seja concebido e reconhecido como tal*.

Forte nessas razões e rogando a mais respeitosa *venia* ao e. Relator, *nego provimento aos embargos de divergência*, com os acréscimos de fundamentação ao voto do e. Min. João Otávio de Noronha que foram acima expendidos, a fim

de reconhecer que, no conflito entre coisas julgadas, é a primeira que deverá prevalecer.

### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Cuida-se de embargos de divergência interpostos por Manuel da Silva Moreira em face de acórdão proferido pela Terceira Turma, Relator o Ministro Paulo Sanseverino, assim ementado:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Conflito entre Coisas Julgadas. Prevalência da Primeira Sentença. Precedente da Terceira Turma.

1. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada. Sendo assim, demonstra-se a inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda.

2. Agravo Interno Desprovido.

Em suas razões, o embargante aponta divergência entre o acórdão impugnado e precedentes das Segunda, Quinta e Sexta Turmas, segundo os quais, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá aquela que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória [REsp 598.148/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25.08.2009, DJe 31.08.2009; REsp 1.524.123/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.05.2015, DJe 30.06.2015; REsp 604.880/SE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julgado em 22.05.2007, DJ 11.06.2007; REsp 400.104/CE, Rel. Ministro Paulo Medina, Sexta Turma, julgado em 13.05.2003, DJ 09.06.2003; e AgRg no REsp 643.998/PE, Rel. Ministro Celso Limongi (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 15.12.2009, DJe 01.02.2010].

Aduziu o embargante que *“é fácil verificar que a decisão que por último transitou em julgado é aquela que foi proferida nos Embargos à Arrematação propostos pela co-executada Construdesc, operando-se em data de 23.04.2010, razão pela qual essa é a decisão que deve prevalecer, na medida em que não se ajuizou nenhuma ação para rescindi-la e tal prazo já decorreu há muito tempo, operando-se a preclusão”* (fl. 583).

Na sessão de julgamento da Corte Especial de 06.12.2017, o eminente relator, Ministro Og Fernandes, conheceu dos embargos de divergência, dando-

lhes parcial provimento, para: (i) estabelecer que se deve privilegiar a coisa julgada que por último se formou - enquanto não desconstituída por ação rescisória -, eis que, sendo posterior, tem o condão de suspender os efeitos da primeira decisão; e (ii) determinar o retorno dos autos à Terceira Turma a fim de que, com base na tese firmada na Corte Especial, proceda ao rejuízo do recurso e, se for o caso, enfrente a alegação da embargada de que a hipótese não diz respeito à situação de duas coisas julgadas.

O eminente Ministro João Otávio de Noronha pediu vista antecipada dos autos e, divergindo do relator, negou provimento aos embargos de divergência, por considerar que deve prevalecer a primeira coisa julgada. Afastando a tese da inexistência da segunda coisa julgada por falta de interesse de agir, defendeu: (i) a manifesta inconstitucionalidade da segunda *res iudicata*; (ii) que “o órgão jurisdicional, desde que julga um caso concreto, desde que profere sentença definitiva, fica preso à decisão, fica inibido de proferir outra em sentido oposto”; (iii) que “no tocante à segunda coisa julgada, não terá havido atividade jurisdicional autêntica, mas aparência de jurisdição, ou a forma externa de jurisdição”; (iv) que “a conclusão pela prevalência da segunda sentença daria azo à repositura de ação de forma maliciosa pela parte vencida, que, contando com a inércia da parte contrária, pretenderia a superação da coisa julgada formada na primeira sentença”; e (v) a necessária observância do princípio da segurança jurídica das relações.

Após pedido de vista, a eminente Ministra Nancy Andrighi apresentou voto acompanhando a divergência inaugurada pelo Ministro João Otávio de Noronha, no sentido de que, no conflito de coisas julgadas, é a primeira que deve prevalecer. Asseverou a Ministra: (i) o desrespeito à coisa julgada é “um vício gravíssimo, pois atinge um pilar essencial do ordenamento jurídico e causa uma séria e irreparável ruptura nos valores constitucionais que o sistema mais quer proteger: segurança, estabilidade, pacificação dos conflitos e previsibilidade”; (ii) “é inconcebível, respeitado entendimento diverso, que a decisão de mérito que afronta a coisa julgada seja menos grave do que a decisão de mérito proferida em desfavor de quem não foi citado ou proferida por quem não possui jurisdição, exemplos usualmente dados pela doutrina sobre situações que se situam no plano da inexistência do processo ou da decisão de mérito”; (iii) “por mais que não se deva ser complacente com a eventual omissão da parte a quem a primeira coisa julgada beneficia e por mais que exista um erro judicial quando não se reconhece, de ofício na segunda ação, a existência de prévia coisa julgada, é muito mais gravoso o ato comissivo de quem busca rediscutir, por via transversa e oblíqua, uma questão acobertada pela coisa julgada material de que tem plena e inequívoca ciência antes do ajuizamento da segunda

*ação*”; (iv) “as sentenças proferidas em processos instaurados por meio de ação, sem que tenham sido satisfeitas uma ou mais condições de ação – legitimidade e interesse –, não podem ser consideradas nulas, mas juridicamente inexistentes”, não tendo aptidão para transitar em julgado; e (v) “o processo em que se forma a suposta segunda coisa julgada não é processo, mas, quando muito, um **simulacro de processo**, eis que estão ausentes **elementos essenciais para que seja concebido e reconhecido como tal**”.

Pedi vista dos autos para melhor exame da controvérsia.

É o relatório complementar.

2. A divergência jurisprudencial a ser uniformizada pela Corte Especial consiste em definir *qual coisa julgada deve prevalecer em havendo decisões sucessivas, transitadas em julgado, com conteúdos antagônicos*.

De início, colhe-se excerto da obra de Márcio André Lopes Cavalcante que bem delimita a divergência existente sobre o tema:

Caso haja duas sentenças transitadas em julgado envolvendo as mesmas partes, mesma causa de pedir e mesmo pedido, qual delas deverá prevalecer?

*Existem duas correntes na doutrina e no STJ:*

1ª) *Prevalece a 1ª coisa julgada.*

- Posição da 3ª Turma do STJ.

- Na doutrina: Arruda Alvim, Nelson Nery Jr. e Rosa Nery, Araken de Assis, Teresa Wambier, Sérgio Gabriel Porto, Sálvio de Figueiredo Teixeira.

- A segunda sentença seria inexistente, porque foi proferida numa demanda em que o autor era carente de ação (por falta de interesse jurídico). A coisa julgada também é um pressuposto processual negativo (ou extrínseco), de forma que a segunda ação foi proposta em afronta a esse pressuposto, o que também conduz à inexistência da segunda sentença.

- Para essa corrente, a partir do momento em que se entende que a segunda sentença é inexistente, não há necessidade de ação rescisória, podendo-se obter a declaração de inexistência perante o próprio juízo de origem, por meio de ação ou objeção, esteja ou não transcorrido o prazo decadencial da rescisória. Vale ressaltar, no entanto, que o lesado poderá perfeitamente alegar o vício por meio de rescisória.

-----  
2ª) *Prevalece a 2ª coisa julgada, a não ser que ela seja desconstituída por ação rescisória.*

- Posição da 2ª Turma do STJ.

- Na doutrina: Pontes de Miranda, Vicente Greco Filho, Barbosa Moreira, Cândido Rangel Dinamarco, Humberto Theodoro Jr.

- Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante ação rescisória. Assim, em regra, prevalece a segunda sentença transitada em julgado, a não ser que ela seja desconstituída por meio de ação rescisória. Enquanto não o for, ela é que vale. Se passar o prazo de 2 anos da rescisória, a segunda valerá para sempre.

- Havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serve no caso para substituir a ação rescisória. (CAVALCANTE, Márcio André Lopes. *Vade mecum de jurisprudência dizer o direito*. 6ª ed. Salvador: JusPodivm, 2019, p. 677/678)

3. Com efeito, no âmbito interno desta Corte, há dispersão de entendimentos.

A Terceira Turma e a Terceira Seção não mais controvertem sobre a *preponderância da primeira coisa julgada formada* na hipótese em que constatada colidência com outra decisão transitada em julgado em momento posterior. Confira-se:

Agravo Regimental. Embargos à Execução. Duplicidade de Coisa Julgada. Pressuposto Processual Negativo. Prejudicial. Mandado de Segurança Coletivo com o Objetivo de Tutelar Direitos Individuais Homogêneos. Reconhecimento do Direito ao Resíduo de 3,17%. URV.

Sindicato dos Auditores Fiscais. Preclusão. Não Ocorrência. Matéria de Ordem Pública que Não se Sujeita a Preclusão. Extinção de uma das Execuções. Imposição. Agravo Regimental Provido.

1. A ideia de ordem pública processual, que não deve ser desvinculada das situações concretas e suas especificidades, há que ser compatibilizada, em qualquer caso, com a finalidade e a utilidade instrumental do processo de execução de cumprimento de sentença. Certas normas cogentes, que interessam a toda a sociedade e atuam como forma de controle da admissibilidade e da regularidade processuais, servem também para creditar legitimidade e aptidão ao processo para atingir o resultado final almejado de maneira mais justa, efetiva e em prazo razoável, de sorte que possa garantir os direitos perseguidos pelos jurisdicionados.

2. O instituto da preclusão não pode atingir situações nas quais a convalidação da decisão ou do ato processual, no curso do processo de execução ou de cumprimento de sentença, enseja resultados que, embora até possam não ser antagônicos e inexecutáveis na prática, denotam, por via transversa, grave violação da própria ideia da ordem pública e da segurança jurídica.

3. A identificação de demandas é feita, em regra, por meio da caracterização de seus elementos estruturais: partes, causa de pedir e objeto. Tais elementos

servem como referenciais para que se avalie se uma demanda é ou não idêntica a outra, segundo critério que se convencionou chamar de tríplice identidade. Entretanto, no âmbito da tutela coletiva de direitos individuais, as demandas são identificadas com base em uma narrativa única que funciona como modelo ao qual se submetem todas as ocorrências individualizadas semelhantes, cuja pretensão deve ser entendida a partir dos fatos relacionados pelo substituto processual. Como decorrência, haverá litispendência quando o pedido e a causa de pedir de duas ou mais demandas conduzirem ao mesmo resultado prático.

4. A comparação entre os Mandados de Segurança n. 3.901/DF e 6.209/DF demonstra que eles eram idênticos, embora impetrados em períodos distintos. Em ambos, o sindicato objetivou o reconhecimento do direito à percepção do resíduo de 3,17%, correspondente à variação acumulada do IPC-r entre o mês da primeira emissão do Real - implementado em janeiro de 1995 - e dezembro de 1994. A única diferença entre eles se restringiu ao início dos efeitos patrimoniais decorrentes da concessão da segurança, cuja natureza mandamental executiva não se compatibiliza com o rito inerente a uma ação de cobrança.

*5. A coisa julgada decorre de opção política entre dois valores: segurança, representada pela imutabilidade do pronunciamento, e justiça, sempre passível de ser buscada enquanto se permita o reexame do ato judicial. Assim, nos casos em que há formação de duas coisas julgadas, oriundas de demandas idênticas, deve ser prestigiada, em execução ou cumprimento de sentença, a manutenção daquela que primeiro transitou em julgado.*

6. Agravo regimental provido para determinar a extinção da execução referente ao título judicial constituído pelo trânsito em julgado da decisão proferida no MS n. 3.901/DF. (AgRg nos EmbExeMS 3.901/DF, Rel. Ministro Rogério Schietti Cruz, Terceira Seção, julgado em 14.11.2018, DJe 21.11.2018) (grifei)

-----  
Processual Civil. Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Recurso Manejado sob a Égide do CPC/73. Omissão. Ocorrência. Efeitos Infringentes. Possibilidade. Conflito de Coisa Julgada - Duplicidade. Prevalência da Primeira. Aclaratórios Recebidos. Embargos de Declaração Acolhidos.

(...)

3. *No conflito entre duas coisa julgadas deve prevalecer a que se formou em primeiro lugar.*

4. Embargos de declaração acolhidos com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg no AREsp 531.918/DF, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, julgado em 01.12.2016, DJe 12.12.2016) (grifei)

-----  
Recurso Especial. Processual Civil. Coisa Julgada Dúplice. Conflito Entre Duas Sentenças Transitadas em Julgado. Controvérsia Doutrinária. Ausência

de Interesse de Agir na Segunda Demanda. Inexistência da Segunda Sentença. Alegação em Exceção de Pré-Executividade. Cabimento.

1. Hipótese em que o autor da demanda, sucumbente na Justiça do Trabalho, repetiu o mesmo pedido perante a Justiça Estadual, obtendo êxito e gerando conflito frontal entre os comandos das duas sentenças, identificado apenas na fase de execução.

2. Controvérsia doutrinária acerca da existência da segunda sentença ou, caso existente, da natureza rescisória ou transrescisória do vício da coisa julgada.

3. Inexistência de interesse jurídico no ajuizamento da segunda demanda. Doutrina sobre o tema.

4. Inexistência de direito de ação e, por conseguinte, da sentença assim proferida. Doutrina sobre o tema.

5. Analogia com precedente específico desta Corte, em que se reconheceu a inexistência de sentença por falta de interesse jurídico, mesmo após o transcurso do prazo da ação rescisória (REsp 710.599/SP).

6. Cabimento da alegação de inexistência da segunda sentença na via da exceção de pré-executividade.

7. Recurso Especial Desprovido. (REsp 1.354.225/RS, Rel. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Terceira Turma, julgado em 24.02.2015, DJe 05.03.2015)

Por outro lado, na Segunda Turma, constata-se a existência de precedentes em sentido contrário, pugnano pela *prevalência da segunda coisa julgada, notadamente na hipótese em que transcorrido o prazo para ajuizamento de ação rescisória*:

Processual Civil. Agravo Interno no Recurso Especial. Decisões Transitadas em Julgado. Conflito. Prevalência da Última. Precedente. Cumulação Indevida de Execuções. Não Ocorrência. Revisão do Julgado. Reexame de Matéria Fática. Impossibilidade. Incidência da Súmula 7 do STJ.

1. Esta Corte Superior possui precedente no sentido de que, “*no conflito entre sentenças, prevalece aquela que por último transitou em julgado, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória*” (REsp 598.148/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/8/2009, DJe 31/8/2009).

2. No caso, o Tribunal a quo, soberano na análise do material cognitivo produzido nos autos, concluiu pela não ocorrência da cumulação indevida de execuções. Nesse contexto, a inversão do julgado exigiria, inequivocamente, incursão na seara fático-probatória dos autos, inviável na via eleita segundo o teor do enunciado sumular n. 7/STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento. (Aglnt no REsp 1.684.068/ES, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 24.10.2017, DJe 07.11.2017)

-----  
Processual Civil. Ofensa ao Art. 535 do CPC Não Configurada. Sentenças Contraditórias. Decisão Não Desconstituída por Ação Rescisória. Prevalência Daquela que por Último Transitou em Julgado.

(...)

2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

3. Recurso Especial não provido. (REsp 1.524.123/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 26.05.2015, DJe 30.06.2015)

Por dever de lealdade, cumpre-me apontar a existência de julgados isolados da Quarta Turma, inclusive de minha relatoria, em que adotada essa mesma exegese:

Agravo Interno no Recurso Especial. Acordo Homologado Judicialmente. Coisa Julgada. Inexistência. Conflito entre Coisas Julgadas. Prevalência Daquela Que por Último se Formou. Agravo Interno Não Provido.

(...)

2. A jurisprudência desta Corte Superior é no sentido de que *no conflito entre coisas julgadas, prevalece aquela que por último se formou, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória*. Precedentes. 3. Agravo interno não provido. (Aglnt no REsp 1.270.008/MS, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 21.08.2018, DJe 27.08.2018) (grifei)

-----  
Embargos de Declaração Recebidos Como Agravo Regimental. Execução por Título Extrajudicial. Alegação de Violação ao art. 467 do CPC. Insurgência Contra a Preclusão da Matéria Acerca dos Cálculos do Contador Judicial Sustentando Existência de Fato Novo. Incidência das Súmulas 7/STJ e 283/STF. Entendimento da Corte Local em Conformidade Com Precedentes do STJ.

(...)

3. Ademais, *considerando a moldura fática delineada no acórdão recorrido de que o acórdão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina transitou em julgado por último, o entendimento do Tribunal de origem está em conformidade com precedentes do STJ*.

4. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental a que se nega provimento. (EDcl no AREsp 508.022/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 10.06.2014, DJe 27.06.2014) (grifei)

4. Contudo, após acurada e mais aprofundada reflexão sobre o tema, penso que o melhor posicionamento – observada a máxima vênia às ponderadas

considerações em sentido oposto –, é o da divergência inaugurada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha.

Deveras, como é de sabença, a *coisa julgada material* consiste na autoridade da decisão judicial de mérito, proferida em cognição exauriente, que torna imutável e, conseqüentemente, indiscutível – dentro ou fora do processo em que produzida – a norma jurídica individual e concreta contida em sua parte dispositiva (artigos 467 do CPC de 1973 e 502 do CPC de 2015). A coisa julgada formal, por sua vez, torna a decisão judicial insuscetível de reexame apenas dentro processo em que produzida, configurando pressuposto para a formação da coisa julgada material.

Conforme esclarece com precisão Cândido Rangel Dinamarco, a coisa julgada material e a coisa julgada formal não constituem institutos diferentes ou autônomos, mas sim dois aspectos do mesmo fenômeno jurídico que indica o mais alto grau de eficácia de uma decisão judicial, vale dizer, sua imutabilidade e indiscutibilidade (*In Relativizar a coisa julgada material*. Revista *Juris Síntese*, n. 33, jan.-fev. 2002, p. 157-210).

Tais atributos, imutabilidade e indiscutibilidade da sentença (*lato sensu*) transitada em julgado, constituem garantia processual fundamental, prevista, expressamente, na Constituição da República de 1988 (artigo 5º, inciso XXXVI), sendo corolário do princípio da segurança jurídica, ante seu escopo de pacificação dos conflitos sociais.

Nesse sentido, destaco trecho de voto-vista proferido pelo eminente Ministro Luiz Fux, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário 363.889/DF, no qual foi devidamente traçado o objetivo constitucional com a proteção da coisa julgada:

**Na essência, a proteção à coisa julgada material é uma decorrência do princípio da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*), na medida em que se destina à pacificação dos conflitos sociais. É através da proteção do que já decidido em definitivo pelo Judiciário que se promove a confiança recíproca entre os atores da sociedade, que podem pautar suas condutas à luz dos efeitos já oficialmente proclamados dos atos por eles praticados, e com isso planejado o futuro a ser trilhado. Tanto o vencedor quanto o vencido, sob certo ângulo, beneficiam-se da indiscutibilidade inerente à coisa julgada, pois mesmo o segundo passa a saber, com precisão, a exata medida em que sua esfera jurídica restou subordinada ao interesse do adversário.**

**O princípio da segurança jurídica é tão relevante que, além de contribuir para a duração de um sistema político, na sua ausência, qualquer sociedade**

**entra em colapso.** Ela é um dos mais elementares preceitos que todo ordenamento jurídico deve observar. Nesse diapasão, cumpre a todo e qualquer Estado reduzir as incertezas do futuro, pois, segundo pontifica Richard S. Kay, “*um dos mais graves danos que o Estado pode infligir aos seus cidadãos é submetê-los a vidas de perpétua incerteza*”.

(...)

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

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

(...)

Da mesma forma, também a Corte Européia de Direitos Humanos assinala que a coisa julgada é um elemento indispensável para a concretização do direito à tutela jurisdicional efetiva, conforme decidido nos casos *Brumarescu v. Romênia*, julgado em 28/10/99; *Pullar v. Reino Unido*, j. em 10/06/96; e *Antonetto v. Itália*, j. em 20/07/2000.

Como se sabe, a jurisdição cumpre o seu escopo de pacificação social através da *imperatividade* e da *imutabilidade* da resposta jurisdicional. **O fato de para cada litígio corresponder uma só decisão, sem a possibilidade de reapreciação da controvérsia após o que se denomina *trânsito em julgado da decisão*, caracteriza essa função estatal e a difere das demais.** O fundamento substancial da coisa julgada, na realidade, é eminentemente político, uma vez que o instituto visa à *preservação da estabilidade e segurança sociais*, revelando fator de equilíbrio social na medida em que os contendores obtêm a última e decisiva palavra do Judiciário acerca do conflito intersubjetivo. **Politicamente, a coisa julgada não está comprometida nem com a verdade nem com a justiça da decisão. Uma decisão judicial, malgrado solidificada, com alto grau de imperfeição, pode perfeitamente resultar na última e imutável definição do Judiciário, porquanto o que se pretende através dela é, repita-se, a estabilidade social.** (RE 363.889/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 02.06.2011, publicado em 16.12.2011)

No mesmo sentido, Manoel Gonçalves Ferreira Filho assinala que a proteção constitucional da coisa julgada:

(...) tem por objetivo dar segurança e certeza às relações jurídicas, conseqüentemente aos direitos assumidos pelos indivíduos na vida social. No convívio diuturno com outros homens, cada um pratica atos jurídicos dos quais lhe resultam direitos e obrigações. Haveria gravíssima insegurança, a ameaçar os próprios fundamentos da vida social, se tais atos pudessem ter sua validade, a qualquer tempo, reposta em discussão, se a decisão dos tribunais sempre pudesse ser impugnada e reimpugnada, se a existência dos direitos fosse a cada passo renegada. (FERREIRA FILHO. Manoel Gonçalves. *Comentários à constituição brasileira de 1988*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 54)

Desse modo, penso que, como primeiro fundamento que legitima a exegese da prevalência da primeira coisa julgada, é o gravíssimo vício de inconstitucionalidade que, *data maxima venia*, macula a decisão judicial (conflitante) transitada em julgado em momento posterior, tendo em vista a flagrante inobservância da garantia constitucional fundamental voltada à concretização da segurança nas relações jurídicas.

De outro lado, como bem pontuam Fredie Didier Jr., Paula Sarno Braga e Rafael Alexandria de Oliveira, “*a coisa julgada estabiliza a discussão sobre uma determinada situação jurídica, resultando em um ‘direito adquirido’ reconhecido judicialmente*” (*in Curso de direito processual civil: teoria da prova, direito probatório, decisão, precedente, coisa julgada e tutela provisória*. Vol. 2, 14ª ed. Salvador: Ed. JusPodivm, 2019, p. 633).

A norma jurídica individual e concreta – inserta na parte dispositiva da decisão judicial transitada em julgado – passa a incorporar o ordenamento jurídico, não podendo ser objeto de alteração legislativa e, muito menos, de modificação pelo Poder Judiciário, salvo nas hipóteses em que presente vício expressamente execrado pelo sistema, como é o caso da existência de coisa julgada anterior (artigo 485, inciso IV, do CPC de 1973, reproduzido pelo artigo 966, inciso IV, do CPC de 2015).

Confira-se: .

A decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando: [...]

IV - ofender a coisa julgada.

A meu ver, o referido dispositivo processual também reforça a preponderância da primeira coisa julgada, traduzindo evidente critério de precedência, ao prestigiar o direito adquirido agregado ao patrimônio jurídico do vencedor da demanda, que, ressalvadas hipóteses excepcionalíssimas, fica blindado contra novas interferências legislativas ou judiciais.

Nesse quadro, em havendo colidência de decisões judiciais transitadas em julgado – e que não foram objeto de ação rescisória no momento processual oportuno –, deve preponderar a coisa julgada cuja formação ostenta a maior aparência de conformidade com o ordenamento jurídico e não aquela que, *primo ictu oculi*, apresenta-se indubitavelmente maculada, por ter sido constituída em manifesta violação ao texto constitucional. Equivale dizer, pois, que, em tais hipóteses, a primeira coisa julgada tem maior valor que a segunda, aparentando ser inconstitucional adotar interpretação que confira preponderância a algo que deve ser considerado inaproveitável do ponto de vista jurídico.

5. Além do mais, parece que, do ponto de vista ético, também sobressai a prevalência da primeira coisa julgada.

Em nosso ordenamento jurídico, mesmo antes da consagração do princípio da boa-fé objetiva, já vigorava a máxima latina *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, vale dizer, a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza, o que impede que uma conduta flagrantemente ímproba (como a do sujeito que propôs nova ação judicial com o evidente conhecimento da existência de coisa julgada anterior) seja legitimada pelo Poder Judiciário, mediante a desconsideração do trânsito em julgado de sentença que respeitou garantia fundamental inserta na Constituição.

Outrossim, à luz da boa-fé objetiva, a tese que prestigia a segunda coisa julgada também legitima o abuso do direito de acesso ao Judiciário, o que, inclusive, poderia desencadear um efeito multiplicador de demandas e, conseqüentemente, sepultar o princípio constitucional da razoável duração do processo (artigo 5º, LXXVIII, da Constituição da República de 1988).

Nesse sentido, o eminente Subprocurador-Geral da República Dr. Humberto Jacques de Medeiros bem pontuou:

(...) defender a permanência da segunda coisa julgada implica aceitar que se zombe da justiça, quando se sabe que coisa julgada e jurisdição são inseparáveis e que “o Poder Judiciário é o único que realmente precisa dessa estrita estabilidade para sua função”. No mais: “os tribunais colapsariam se tivessem que se pronunciar diversas vezes sobre o mesmo assunto”. (fl. 683)

Desse modo, penso que, além do vício de inconstitucionalidade, a flagrante ausência de boa-fé objetiva macula a segunda coisa julgada, que não pode prevalecer em detrimento da primeira coisa julgada constituída em observância aos preceitos constitucionais e infraconstitucionais.

6. A título ilustrativo, importante referir como a presente problemática (conflito de coisas julgadas sobre um mesmo objeto jurídico) é solucionada em países que, de forma mais direta, influenciaram o processo civil brasileiro.

Em Portugal, há expressa previsão legal no sentido de que, “*havendo duas decisões contraditórias sobre a mesma pretensão, cumprir-se-á a que passou em julgado em primeiro lugar*” (artigo 625º, item 1, do CPC português).

O CPC francês (artigo 617) determina que “*a contrariedade entre julgamentos pode ser invocada quando o pedido de não admissibilidade, fundado em coisa julgada, foi arguido, sem sucesso, perante as cortes inferiores*”, caso em que “*o recurso de cassação é dirigido contra o segundo acórdão datado*” e, “*quando a contradição é reconhecida, ela é resolvida em favor do primeiro*”.

Na legislação alemã não há dispositivo que regule a possível ocorrência de conflito de coisas julgadas, contudo, segundo afirma Rodrigo Frantz Becker, “*é possível afirmar que o direito alemão reconhece a prevalência da primeira coisa julgada, podendo a segunda ser desconstituída a qualquer tempo, desde que o interessado comprove que somente tomou conhecimento da primeira sentença posteriormente e o faça no prazo de um mês desse conhecimento*”, cabendo à jurisprudência definir qual das sentenças deve preponderar quando ultrapassado o referido prazo (BECKER, Rodrigo Frantz. *Conflito de coisas julgadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 129).

Na Itália, também não há previsão legal expressa sobre o *contrasto tra giudicati* (conflito de coisas julgadas), existindo intensa divergência doutrinária e jurisdicional, assim como no Brasil. “*A orientação da Corte de Cassação do país harmoniza-se com a posição majoritária da doutrina italiana, no sentido da prevalência da segunda coisa julgada em detrimento da primeira, sob dois aspectos: primeiro, o critério processual, consubstanciado na não revogação do segundo julgado; e segundo, o critério temporal, porque a segunda decisão é, obviamente, posterior à primeira*” (BECKER, Rodrigo Frantz. *Conflito de coisas julgadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 115).

7. Por fim, vale mesmo sublinhar a ponderação exarada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, no sentido da insubsistência do fundamento de inexistência da segunda sentença transitada em julgado.

(...) a ausência de qualquer das condições da ação ou mesmo dos pressupostos processuais não implica a inexistência do processo, mas tão somente a impossibilidade de exame meritório. Inexistência ficará caracterizada apenas se não se identificar um pedido, formulado diante de um juiz, em face de um réu (potencialmente presente, ou seja, citado).

Exemplo de inexistência é o da sentença proferida na ação em que não tenha havido citação e que tenha corrido à revelia na fase de conhecimento. Aqui, sim, haverá um arremedo de sentença. Não por outra razão e que, nesse caso, a lei permite que tal circunstância seja invocada como fundamento para impugnar a execução do título judicial, ainda que transitado em julgado (art. 475-L, I, do CPC/1973; art. 525, § 1º, I, do CPC/2015).

Outro argumento que fragiliza a tese da inexistência é a expressa previsão legal do cabimento de ação rescisória para rescindir decisão de mérito que tenha violado a coisa julgada (art. 485. IV. do CPC/1973; art. 966. IV. do CPC/2015). Admitir a inexistência esvaziaria por completo o dispositivo legal. Ademais, como a ação rescisória, uma vez acolhida, produz uma sentença desconstitutiva, pode-se inferir que os vícios de que trata e que são arrolados em *numerus clausus* operam todos no plano da validade, pois não se pode desconstituir o que não existe.

No mesmo diapasão, colhe-se excerto de elucidativa e coerente lição de Rodrigo Frantz Becker:

Os atos jurídicos inexistentes, em verdade, existem materialmente, existem no mundo físico, mas não podem produzir qualquer efeito. Dinamarco define os atos inexistentes como aqueles atos em que lhe faltam algum dos requisitos mínimos caracterizadores do tipo que eles aparentam reproduzir, mas que nunca chegarão ao resultado proposto. Para o autor, esses atos são intrinsecamente incapazes de produzir os resultados programados, isto é, de realizar os objetivos dos atos dessa espécie que eles aparentam pertencer.

Portanto, uma sentença inexistente seria aquela em que não é possível produzir qualquer efeito, porque incapaz de chegar ao resultado pretendido, haja vista seu vício intrínseco, relativo a sua própria formação.

No caso de conflito entre coisas julgadas, a segunda sentença possui todos os requisitos para produzir efeitos e chegar ao resultado pretendido até que se desconstitua ou anule essa sentença, notadamente porque o seu problema não é a falta dos requisitos para a sua existência, mas sim de incompatibilidade dentro do ordenamento jurídico.

*Destarte, não é correto afirmar que a segunda sentença é inexistente, sob pena de termos que partir da premissa que essa sentença não poderia produzir efeitos nem mesmo durante o tempo em que as partes desconheciam (ou não se recordavam) da primeira sentença, o que certamente traria um vácuo jurídico-processual, porquanto nem a primeira nem a segunda sentença teriam eficácia durante esse tempo. (...)*

*De outra banda, considerar a segunda sentença como puramente nula parece ser mais coerente com a ideia de que ela possui certa eficácia, podendo produzir efeitos enquanto não for declarada a nulidade. (BECKER, Rodrigo Frantz. Conflito de coisas julgadas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 222)*

8. Ante o exposto, renovando a vênia devida, acompanhando a divergência inaugurada pelo eminente Ministro João Otávio de Noronha, voto pelo não provimento dos embargos de divergência, estabelecendo a exegese de que, em havendo colidência de coisas julgadas, deve prevalecer a que primeiro se formou.

É como voto.

### VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Raul Araújo: De tudo o que foi exposto neste julgamento até esta parte, há de se reconhecer que os argumentos de parte a parte são robustos, enriquecendo debate doutrinário do mais alto nível.

Penso, porém, que se pode desenvolver o raciocínio a partir de um ponto sobre o qual não há controvérsia: *o de que nosso sistema jurídico prestigia, inclusive em nível constitucional, a coisa julgada (art. 5º, XXXVI), de tal maneira que, uma vez consolidada a situação definida como tal, já não cabe mais discussão sobre ela.*

Assim é que, estando formada a coisa julgada, o sistema processual oferece à parte que dele se beneficia diversas oportunidades e ferramentas para sua defesa.

Observe-se, inicialmente, que, *mesmo antes que coisa julgada se forme*, o simples fato de haver um processo já em andamento enseja a *extinção de um segundo processo*, no qual se pretenda promover o mesmo litígio, pelo instituto da *litispêndencia*. Previne-se, assim, que dois processos corram em paralelo, conduzindo ao *surgimento* de duas sentenças que poderiam vir a transitar em julgado.

Noutra hipótese, caso um processo se inicie, ou tenha seguimento, *quando já formada a coisa julgada em outro*, o sistema processual também prevê a *extinção daquele processo que não tem ainda coisa julgada*, sem que se examine o mérito deste. Previne-se, assim, a *formação* posterior de uma segunda coisa julgada.

Numa terceira hipótese, a coisa julgada deixa de ser alegada no decorrer do processo em que poderia ter sido arguida a qualquer tempo (por se tratar de matéria de ordem pública), ou, sendo alegada, a alegação vem a ser rejeitada. Ainda assim, a parte prejudicada terá dois anos para *propor a ação rescisória e desconstituir a segunda sentença* que equivocadamente tenha gerado uma segunda coisa julgada, ou, pelo menos, a aparência dela. Previne-se, assim, a *consolidação* de uma segunda coisa julgada em detrimento da primeira.

Não obstante as normas processuais estabelecerem todas essas possibilidades de defesa da coisa julgada, o sistema jurídico não é um terreno fértil para valores absolutos. Em algum ponto, mesmo valores mais bem protegidos juridicamente podem ceder a outros, também juridicamente protegidos, ainda que com menores garantias.

Assim é que, somente agora, superadas todas as oportunidades de defesa processual voltadas à prevalência da primeira coisa julgada, se a parte abdicou de delas lançar mão, ou, lançando, seus argumentos foram rechaçados, é de se concluir que a coisa julgada formada em segundo lugar passa a prevalecer em relação à primeira, após o transcurso do prazo para rescisória (última oportunidade para prevalência da primeira coisa julgada).

Que fique bem claro: não é que a segunda coisa julgada tenha maior valor que a primeira. Pelo contrário, o que há, no caso, é que, tendo sido negligenciadas ou superadas as várias oportunidades e ferramentas que o sistema oferece em defesa da primeira coisa julgada, uma segunda coisa julgada excepcionalmente se forma, e passa ser a única a existir, ou a prevalecer sobre a primeira.

Não há, no caso, nenhuma ofensa à segurança jurídica, pois o sistema jurídico assegura, de forma suficiente, a prevalência da primeira coisa julgada sobre a segunda, ao *prevenir o surgimento, a formação e a consolidação* dessa segunda coisa julgada.

Assim, chega-se à conclusão de que: surgindo, formando-se e consolidando-se uma segunda coisa julgada, em detrimento da primeira, só então a segunda é a que prevalece.

Com base nessas ponderações, acompanho o eminente Relator, *Ministro Og Fernandes*, para dar parcial provimento aos embargos de divergência, com o retorno dos autos à eg. Terceira Turma, para rejuízo do agravo em recurso especial, com observância do disposto acima.

É como voto.

#### VOTO-VENCIDO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, na minha visão, por mais que escolhesse uma das posições doutrinárias, ambas igualmente respeitáveis e merecedoras de encômios, penso que esse julgamento expressa outra circunstância que me parece muito mais relevante: não há juízo valorativo, seja legal, jurisprudencial ou doutrinário, que possa ser tido como definitivo e modificável.

2. Vejam aqui onde só há Juízes, Julgadores experimentados, ilustrados, cultos, inteligentes, que não se põem de acordo com esse ponto. Pergunto, então, por que, em alguma outra situação, alguém há de invocar uma precedência de julgamento para fazer prevalecer esse ou aquele ponto de vista? Isso, na verdade, é sempre uma posição autoritária, que é o que não estamos fazendo agora. Estamos ouvindo democraticamente todos, cada qual expondo a sua maneira de perceber a realidade normativa, confrontando-a com a realidade das coisas concretas da vida. Isso é a verdadeira formação de um juízo laborativo.

3. Senhor Presidente, peço máxima reverência, máxima desculpa à divergência que se formou, para acompanhar integralmente o voto do eminente Relator, agradecendo a Vossa Excelência, Ministra *Laurita Vaz*, por ter me permitido manifestar esse pensamento.

4. É como voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Por motivo de brevidade, reporto-me ao relatório constante do voto do e. Ministro Og Fernandes, relator dos presentes embargos de divergência.

A divergência entre órgãos fracionários cuja solução foi trazida à solução desta Colenda Corte Especial diz respeito ao conflito de coisas julgadas antagônicas. Em tal cenário, qual delas deve prevalecer, a primeira ou a segunda?

Existe, claramente, uma divergência de interpretação no âmbito deste Superior Tribunal de Justiça, como, aliás, bem indicou Sua Excelência, o eminente ministro relator.

Para além da jurisprudência, trata-se de divergência que também frequenta os debates acadêmicos, havendo aqueles como Pontes de Miranda (*Comentários ao Código de Processo Civil*. t. 6. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 214), José Carlos Barbosa Moreira (*Comentários ao Código de Processo Civil (1974)*. v. V. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2009, p. 225-226) e Ada Pelledrini Grinover (*Direito Processual Civil*. São Paulo: José Bushatsky, 1974, p. 85), que sustentam a prevalência da segunda coisa julgada, e outros, como Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero (*Comentários ao Código de Processo Civil: artigos 926 ao 975*. v. XV. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 365-375) e Rodrigo Frantz Becker (*Conflito de coisas julgadas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, p. 218), que sustentam a predominância da primeira. Há, também, quem sustente que a segunda coisa julgada não chega a se formar, por falta de interesse processual no

ajuizamento da segunda ação. Nesse sentido é a lição de Teresa Arruda Alvim e Maria Lúcia Lins Conceição (*Ação Rescisória e Querela Nullitatis: semelhanças e diferenças*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 49).

Tenho que a posição do eminente relator, lastreada em diversos precedentes das Turmas de Direito Público e de Direito Privado, expressa interpretação que mais bem se alinha à legislação processual vigente. O antagonismo entre sentenças passadas em julgado resolve-se com o predomínio da segunda, a qual, enquanto não atacada por ação desconstitutiva, surte efeitos regularmente.

Tratando do conflito entre coisas julgadas contraditórias em ações idênticas, leciona José Carlos Barbosa Moreira, na obra e páginas acima citadas:

No direito romano, prevalecia sem dúvida a primeira, já que a segunda, proferida contra a *res iudicata*, se considerava inexistente e não chegava, como tal, a revestir-se, ela própria, da autoridade da coisa julgada. A concepção moderna, todavia, é bem diversa. A decisão que ofende a *res iudicata* nem é inexistente, nem sequer nula de pleno direito, mas apenas suscetível de desconstituição, por meio de recurso ou de ação impugnativa autônoma, conforme a opção de cada sistema jurídico. No ordenamento pátrio, v.g., semelhante decisão transita em julgado como qualquer outra e, enquanto não rescindida, produz todos os efeitos que produziria se nenhum vício contivesse. Seria evidente contrassenso recusar-se eficácia à segunda sentença, depois de consumada a decadência, quando nem sequer antes disso era recusável a eficácia. A passagem da sentença, da condição de rescindível à de irrevocável, não pode, é claro, diminuir-lhe o valor. Aberraria dos princípios tratar como inexistente ou como nula uma decisão que nem rescindível é mais, atribuindo ao vício, agora, relevância maior do que a tinha durante o prazo decadencial. Daí se infere que não há como se obstar, só com a invocação da ofensa à coisa julgada, à produção de quaisquer efeitos, inclusive executivos, da segunda sentença, quer antes, que (*a fortiori!*) depois do termo final do prazo extintivo.

Na lição do saudoso jurista, à qual me alinho, a prolação de nova sentença, dissonante e inconciliável com o resultado de julgamento anterior transitado em julgado, em processo idêntico, não implica a inexistência do novo provimento jurisdicional.

Aliás, é o que decorre do próprio sistema processual. À luz do preceituado no art. 966, IV, do CPC/15 – era também o texto do art. 485, IV, do CPC/73 –, “a decisão de mérito, transitada em julgado, pode ser rescindida quando ofender a coisa julgada”. Se a decisão de mérito pode ser rescindida no prazo decadencial de dois anos, significa dizer que produz efeitos se não – e até que não – rescindida. Não tivesse a decisão enodada com tal vício aptidão para produzir efeitos seria desnecessário o recurso à ação rescisória.

Logo, o conflito entre coisas julgadas inconciliáveis deve se resolver no sentido do predomínio da coisa julgada cronologicamente posterior, salvo, obviamente, se sobrevier decisão rescisória do julgado.

Nesse sentido:

Processual Civil. Ofensa ao art. 535 do CPC Não Configurada. Sentenças Contraditórias. Decisão Não Desconstituída por Ação Rescisória. Prevalência Daquela que por Último Transitou Em Julgado.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. O STJ entende que, havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não desconstituída mediante Ação Rescisória.

3. Recurso Especial não provido.

(REsp 1524123/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 26/05/2015, DJe 30/06/2015)

Recurso Especial. Processual Civil. Sentenças Contraditórias. Decisão Não Desconstituída por Ação Rescisória. Prevalência Daquela que por Último Transitou em Julgado.

1 - Quanto ao tema, os precedentes desta Corte são no sentido de que havendo conflito entre duas coisas julgadas, prevalecerá a que se formou por último, enquanto não se der sua rescisão para restabelecer a primeira. A exceção de pré-executividade não serviria no caso para substituir a ação rescisória.

2 - Agravo regimental a que se nega provimento.

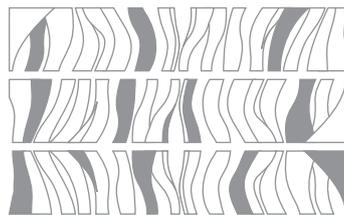
(AgRg no REsp 643.998/PE, Rel. Ministro *Celso Limongi* (Desembargador Convocado do TJ/SP), Sexta Turma, julgado em 15/12/2009, DJe 01/02/2010)

Da mesma forma, acompanho o e. relator no que concerne à solução pela Terceira Turma da alegação de inexistência de duas coisas julgadas contraditórias, na medida em que tal providência exorbita a função dos embargos de compor divergência entre órgãos da Corte.

Ante o exposto, acompanho o relator para dar parcial provimento aos embargos de divergência, determinando o retorno dos autos à e. Terceira Turma para rejulgar o recurso e apreciar a alegação de inexistência de duas coisas julgadas.

É como voto.





---

## **Primeira Seção**



---

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.617.086 - PR  
(2016/0198661-4)**

---

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Embargante: Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal  
- *Amicus Curiae*

Advogados: Jose Luis Wagner - DF017183

Valmir Floriano Vieira de Andrade - DF026778

Luiz Antonio Muller Marques - DF033680

Embargado: União

Interes: Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná

Advogados: Lúcia Maria Beloni Corrêa Dias - PR013546

Luciana Rosa Medeiros Miranda e outro(s) - PR055848

---

**EMENTA**

Administrativo e Processual Civil. Embargos Declaratórios no Recurso Especial Representativo de Controvérsia de Natureza Repetitiva. Servidor Público Federal. Indenização por Trabalho em Localidades Estratégicas, Vinculadas à Prevenção, Controle, Fiscalização e Repressão de Delitos Transfronteiriços. Art. 1º, § 2º, Da Lei 12.855/2013. Ausência de Regulamentação. Necessidade de Ato Normativo Regulamentador. Precedentes do STJ e do STF. Alegada Violação ao Art. 12, XXV, da Lei 13.080/2015. Incidência da Súmula 211/STJ. Tese Firmada sob o Rito dos Recursos Especiais Repetitivos. Recurso Especial Conhecido, em Parte, e, Nessa Parte, Parcialmente Prejudicado, e, Quanto ao Remanescente, Improvido. Embargos de Declaração Opostos Pelo *Amicus Curiae*. Omissão Pela Ausência de Sua Intimação da Sessão de Julgamento. Nulidade. Inexistência. Violação Ao Art. 1.022 do CPC/2015. Ausência de Vícios. Rejeição dos Embargos de Declaração.

I. Embargos de Declaração opostos a acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que julgara Recurso Especial representativo de controvérsia de natureza repetitiva.

II. Trata-se, na origem, de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, proposta pelo Sindicato dos Policiais

Federais no Estado do Paraná - SINPEF, objetivando a condenação da União ao pagamento da indenização prevista no art. 1º da Lei 12.855/2013 (Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica) e destinada aos servidores públicos federais, mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços, ao fundamento, em síntese, de que a aludida Lei 12.855/2013 seria autoaplicável, ou seja, não dependeria de regulamentação, para que fosse efetuado o pagamento da aludida vantagem. A ação foi julgada improcedente pelo Tribunal *a quo*.

III. No STJ, o voto condutor do acórdão ora embargado apreciou fundamentadamente, de modo coerente e completo, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, firmando a tese, para os fins do art. 104-A, III, do RISTJ, no sentido de que “A Lei 12.855/2013, que instituiu a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, é norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, para definição das localidades consideradas estratégicas, para fins de pagamento da referida vantagem”. Quanto ao caso concreto, o Recurso Especial, interposto pelo Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná, foi parcialmente conhecido, e, nessa parte, parcialmente prejudicado, e, quanto ao remanescente, improvido.

IV. A Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal - CONDSEF, admitida no feito como *amicus curiae*, “que poderá trazer aportes técnicos para o debate judicial”, opõe Embargos de Declaração, alegando omissão, quanto à necessidade de sua intimação para efetivar sustentação oral, com a declaração de nulidade da sessão de julgamento do processo, realizada em 28/11/2018, e dos atos processuais subsequentes.

V. Consoante jurisprudência firmada no STF e no STJ, o *amicus curiae* atua como “ajudante”, “auxiliar” do magistrado na tarefa hermenêutica, cujo único objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, e não defender ou auxiliar uma das partes. Assim, é preciso diferenciar o *interesse institucional*, essencial a quem pretenda intervir como *amicus curiae*, em processo alheio, com o fim de *esclarecer* as questões relacionadas à matéria controvertida, do *interesse jurídico* de quem somente almeja a

vitória de um determinado posicionamento, defendido por uma das partes. Com efeito, de há muito, o STF entende ser imprescindível “a demonstração, pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público” (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra *Ellen Gracie, Tribunal Pleno*, DJe de 20/06/2008). Isso porque “não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um ato de admissão informal de um colaborador da corte. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o *amicus curiae*, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador” (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro *Ricardo Lewandowski*, DJe de 30.04.2008). Em igual sentido, decidiu o Plenário do STF, que “a presença de *amicus curiae* no processo se dá, portanto, *em benefício da jurisdição*, não configurando, conseqüentemente, *um direito subjetivo processual do interessado*” (STF, ED na ADI 3460, Rel. Ministro *Teori Zavascki, Tribunal Pleno*, DJe de 12/03/2015). Nesta Corte, no mesmo sentido: STJ, AgRg na PET no REsp 1.336.026/PE, Rel. Ministro *Og Fernandes, Primeira Seção*, DJe de 28/03/2017; AgInt no REsp 1.587.658/SP, Rel. Ministro *Francisco Falcão, Segunda Turma*, DJe de 12/12/2017.

VI. O CPC de 2015, ao expressamente dispor que cabe ao juiz ou ao relator a competência para avaliar a necessidade e a utilidade da intervenção do *amicus curiae* no feito (art. 138), bem como de sua manifestação por escrito ou de sustentação oral, no momento processual adequado (art. 138, § 2º), reafirmou que não se trata de um direito subjetivo do *amicus curiae*, mas de uma faculdade conferida ao magistrado.

VII. No caso, não há falar em omissão ou em nulidade de julgamento, pelo fato de a embargante – que figura, no feito, como *amicus curiae*, e não como parte –, não ter sido intimada para realizar sustentação oral, na sessão de julgamento do Recurso Especial repetitivo, porquanto não se trata de direito absoluto, de vez que a presença do *amicus curiae*, embora conveniente, não é indispensável

para a validade do ato, sendo a sustentação oral uma faculdade que pode, ou não, ser deferida pelo relator, e que, no caso, restou despicienda. Em verdade, a sua participação como apoio técnico, ou seja, desprovida de interesse subjetivo, foi devidamente alcançada, na medida em que teve liberdade para apresentar posicionamentos jurídicos e documentos relacionados com a controvérsia, conforme consta de sua manifestação escrita acostada aos autos. De fato, todas as suas ponderações foram levadas em consideração e foram devidamente analisadas, pelo voto condutor do acórdão ora embargado, tornando desnecessária qualquer manifestação durante o julgamento, mesmo porque as teses por ele sustentadas coincidem com aquelas defendidas pelo Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná - SINPEF, autor da Ação Ordinária ajuizada contra a União, Sindicato que, por ocasião do julgamento, proferiu sustentação oral, juntamente com a União.

VIII. Ainda que assim não fosse, para a decretação de qualquer nulidade processual, exige-se a comprovação de efetivo prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se declara nulidade por mera presunção (*pas de nullité sans grief*). Todavia, por não ser parte, mas figurar como “auxiliar do juízo”, a CONDSEF deveria ter demonstrado que a ausência de sustentação oral gerou real prejuízo para o Juízo – e não para si ou para seus representados –, obrigação que, como se vê de suas razões recursais, não logrou êxito em cumprir. Ao contrário, mister se faz registrar que a própria embargante confessa, expressamente, que “o prejuízo da CONDSEF é manifesto, visto que não teve a oportunidade de efetivar sustentação oral no momento oportuno, em feito cuja matéria é de extrema relevância e que afeta parte significativa de seus representados”, divorciando-se, assim, do objetivo precípua dessa singular espécie de intervenção e atestando a inexistência de interesse institucional da embargante em auxiliar o Juízo.

IX. Inexistindo, no acórdão embargado, omissão, contradição, obscuridade ou erro material, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, não merecem ser acolhidos os Embargos de Declaração, que, em verdade, revelam o inconformismo da parte embargante com as conclusões do *decisum*.

X. Embargos de Declaração rejeitados.

## ACÓRDÃO

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

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

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

---

DJe: 15.10.2019

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Embargos de Declaração, opostos pela *Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal – CONDSEF*, em 08/02/2019, a acórdão prolatado pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, de minha relatoria, em sede de Recurso Especial repetitivo, que se encontra assim ementado:

Administrativo e Processual Civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia de Natureza Repetitiva. Servidor Público Federal. *Indenização por Trabalho em Localidades Estratégicas, Vinculadas à Prevenção, Controle, Fiscalização e Repressão de Delitos Transfronteiriços. Art. 1º, § 2º, da Lei 12.855/2013. Ausência de Regulamentação. Necessidade de Ato Normativo Regulamentador. Precedentes do STJ e do STF. Alegada Violação ao Art. 12, XXV, da Lei 13.080/2015. Incidência da Súmula 211/STJ. Tese Firmada sob o Rito dos Recursos Especiais Repetitivos. Recurso Especial Conhecido, em Parte, e, Nessa Parte, Parcialmente Prejudicado, e, Quanto ao Remanescente, Improvido.*

I. Recurso Especial interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, aplicando-se, no caso, o Enunciado Administrativo 3/2016, do STJ, aprovado na sessão plenária de 09/03/2016 ('Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do Novo CPC'). Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos passou a ser estabelecido nos arts. 1.036 a

1.041 do referido diploma normativo. De igual modo, no âmbito do Regimento Interno desta Corte, o tema está regulado nos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ. Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, *caput*, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também ter sido afetado o REsp 1.612.778/RS, que cuida do mesmo tema.

II. *A controvérsia ora em apreciação, submetida ao rito dos recursos especiais representativos de controvérsia, nos termos dos arts. 1.036 a 1.041 do CPC/2015, cinge-se em estabelecer se a Lei 12.855/2013 – que prevê, em seu art. 1º, indenização destinada aos servidores públicos federais mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços – tem eficácia imediata, ou, se para a percepção da aludida indenização, há necessidade de ato normativo regulamentador de seu art. 1º, § 2º, a fim de definir tais localidades estratégicas.*

III. Da leitura do art. 1º da Lei 12.855/2013 observa-se que, de forma clara, instituiu ela uma indenização a ser paga a servidores públicos da União, pertencentes às Carreiras e aos Planos Especiais de Cargos nela indicados, cujas atribuições estejam relacionadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão aos delitos transfronteiriços, e desde que esses servidores se encontrem em exercício em localidades estratégicas, a serem definidas em ato do Poder Executivo, por Município, devendo ser considerados, para tanto, os seguintes critérios: (i) a localização dos Municípios em região de fronteira e (ii) a dificuldade de fixação de efetivo (art. 1º, § 2º, I e IV, da Lei 12.855/2013).

IV. Assim, apesar de a Lei 12.855/2013 ter vinculado o direito indenizatório aos servidores nela Clique aqui para fazer o download do arquivo mencionados, que estivessem em exercício em localidade estratégica vinculada à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, deixou para a norma regulamentadora posterior, do Poder Executivo, a definição de tais localidades estratégicas, devendo ser levados em conta, para tal, dois critérios cumulativos, ou seja, a localização dos Municípios em região de fronteira, bem como a dificuldade de fixação de pessoal nessas localidades.

V. Com efeito, houve veto presidencial aos incisos II e III do § 2º do art. 1º do PL 4.264/2012, que originou a Lei 12.855/2013 – normas que previam, como critério para a definição de 'localidade estratégica', também a 'existência de postos de fronteira, ou de portos e aeroportos de ou para outros países' (inciso II) e a 'existência de unidades a partir das quais seja exercido comando operacional sobre os postos de fronteira' (inciso III) –, e ao art. 5º do referido Projeto de Lei, que determinava que a Lei entraria em vigor 'na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013'.

VI. O exame das razões do veto presidencial aos aludidos dispositivos legais conduz à exegese de que a teleologia da norma era a de privilegiar conjuntamente, na definição de 'localidade estratégica', os critérios de localização do Município

*em região de fronteira e de dificuldade de fixação de pessoal, além da necessidade de regulamentação da matéria por ato do Poder Executivo, que definisse as localidades estratégicas nas quais seria devida a indenização, aos servidores efetivos das Carreiras e Planos Especiais de Cargos na Lei mencionados, com exercício nas referidas localidades. De fato, os incisos II e III do § 2º do art. 1º do PL 4.264/2012 foram vetados, pelo Presidente da República, ao fundamento de que, 'da forma como redigidos, os dispositivos ampliam os critérios para a definição das localidades estratégicas para fins de pagamento de parcela indenizatória, possibilitando a inclusão de áreas onde não haja dificuldade de fixação de servidores, o que representaria um desvirtuamento do objetivo original da medida, focada, sobretudo, nas regiões efetivamente fronteiriças'. De igual modo, restou vetado o art. 5º do PL 4.264/2012, porque 'em contrariedade ao interesse público', pois ignoraria 'a necessidade de regulamentação da matéria, quanto às localidades estratégicas abrangidas, assim como sua natureza indenizatória'.*

VII. A Lei 12.855/2013 contém norma de eficácia limitada, a depender, por conseguinte, de regulamentação. Na lição de Hely Lopes Meirelles, normas de eficácia limitada são 'as leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas, não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é conditio juris da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando os seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo' (in *Direito Administrativo Brasileiro*. RT, 14ª ed., 1989, p. 108).

VIII. Em situação assemelhada – e respeitadas as especificidades –, esta Corte, ao tratar do Adicional de Atividade Penosa, em razão de desempenho de atividades em zona de fronteira, firmou a compreensão no sentido de que 'a concessão do Adicional de Atividade Penosa aos servidores públicos federais depende de 'termos, condições e limites previstos em regulamento', evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada do art. 71 da Lei 8.112/1990, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores públicos federais depende de regulamentação' (STJ, REsp 1.495.287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 07/05/2015).

IX. No que respeita à alegada autoaplicabilidade da aludida Lei 12.855/2013, 'este e. STJ já firmou entendimento no sentido de que 'a indenização prevista na Lei 12.855/2013 ainda depende de regulamentação pelo Poder Executivo, de modo que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, fixar o rol de servidores que a ela farão jus nem atribuir-lhes vantagem ou indenização correlatas' (STJ, AgInt no AREsp 1.020.717/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 02/05/2017). Nesse sentido: STJ, AgInt no REsp 1.583.665/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/09/2016; AgRg no AREsp 826.658/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016; AgInt no REsp 1.617.046/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 22/11/2016; STF, AgRg no ARE 1.021.861, Rel. Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 20/10/2017; AgRg no ARE 988.452, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 04/04/2017.

X. A corroborar tal compreensão, verifica-se que o Poder Executivo, em 06/12/2017 (DOU de 07/12/2017), regulamentou a Lei 12.855/2013, por meio dos Decretos 9.224 (Carreira de Policial Federal e Plano Especial de Cargos do Departamento da Polícia Federal), 9.225 (Carreira de Auditoria-Fiscal do Trabalho), 9.226 (Carreira de Fiscal Federal Agropecuário), 9.227 (Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal e Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda) e 9.228 (Carreira de Policial Rodoviário Federal e Plano Especial de Cargos do Departamento da Polícia Rodoviária Federal), tendo sido publicadas, em 20/12/2017, as correspondentes Portarias 455, 458, 457, 459 e 456, de 19/12/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, relacionando os Municípios que foram definidos, como localidades estratégicas, para fins da percepção da aludida indenização, todos os referidos atos normativos com vigência a partir de sua publicação. Notícia o Sindicato autor que, em consequência, foi implantada, em folha de pagamento dos substituídos, a partir de janeiro de 2018, a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, com o pagamento dos valores referentes aos dias trabalhados em dezembro de 2017 e janeiro de 2018.

XI. Na inicial, a parte autora formulou, no mérito, os pedidos de condenação da União a implantar, em folha de pagamento dos substituídos – Agentes, Escrivães e Papiloscopistas da Polícia Federal, lotados e em exercício na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu –, a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, prevista na Lei 12.855/2013, bem como a pagar os valores retroativos da aludida vantagem, desde a entrada em vigor da referida Lei 12.855/2013, com os acréscimos legais.

XII. Quanto ao pedido de implantação, em folha de pagamento dos substituídos, da aludida Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, a pretensão perdeu o seu objeto e o Recurso Especial restou prejudicado, no particular, com a regulamentação da matéria, em dezembro de 2017, e o pagamento das diferenças remuneratórias, a partir da aludida data, incluindo a referida Portaria 455, de 19/12/2017, o Município de Foz do Iguaçu como localidade estratégica, para os fins da mencionada Lei 12.855/2013.

XIII. A tese de violação ao art. 12, XXV, da Lei 13.080/2015 não merece ser conhecida, por falta de questionamento, incidindo, no caso, a Súmula 211/STJ.

XIV. Tese jurídica firmada: 'A Lei 12.855/2013, que instituiu a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, é norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, para definição das localidades consideradas estratégicas, para fins de pagamento da referida vantagem'.

XV. Caso concreto: Recurso Especial conhecido, em parte, e, nessa parte, parcialmente prejudicado, e, quanto ao remanescente, improvido.

XVI. Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do RISTJ) (fls. 2.164/2.167e).

Inconformada, sustenta a parte embargante que:

*“1. Da omissão quanto à necessidade de intimação do amicus curiae para fins de sustentação oral. Questão de Ordem: nulidade do julgamento*

Em 10/05/2017, a E. Primeira Seção do STJ afetou o presente recurso especial como representativo de controvérsia repetitiva, o qual tem por objeto discussão acerca da ‘indenização de fronteira’ sobre a qual versa a Lei nº 12.855/2013, a ser paga ao servidor cujo exercício de suas atribuições se dá em zona de fronteira e desde que integrante das seguintes carreiras: Carreira Policial Federal, Carreira de Policial Rodoviário Federal, Carreira Auditoria da Receita Federal (ARF), Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Federal, Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda, Carreira de Fiscal Federal Agropecuário e Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho.

A CONDSEF, ora embargante, às fls. 1.430/1.442 do e- STJ, pugnou pela sua admissão no feito na condição de *amicus curiae*, em face da relevância da matéria que se discute e da evidente representatividade que possui.

Às fls. 1.879/1.881 do e-STJ, a E. Min. Relatora admitiu o ingresso da CONDSEF na lide, nos termos do excerto abaixo colacionado:

(...)

Não obstante, a CONDSEF não foi intimada da inclusão do feito em pauta para julgamento, o que impediu que, na condição de *amicus curiae*, formulasse pedido de sustentação oral, na forma prevista no art. 158 do RISTJ.

Nesse viés, importante ressaltar que a decisão que admitiu a CONDSEF como *amicus curiae*, também garantiu à confederação a possibilidade de realização de sustentação oral, no momento processual adequado, nos termos do art. 138, § 2º, do CPC/2015 e do art. 160, § 8º, do RISTJ. Assim, a ausência de intimação da CONDSEF da inclusão do feito em pauta para julgamento, acabou por acarretar a nulidade do julgamento do recurso.

(...)

E o desatendimento da ordem constante na decisão de fls. 1.879/1.881 do e-STJ – de que à CONDSEF fosse possibilitada a realização de sustentação oral, no momento oportuno – afronta ao art. 272, § 2º, do CPC/2015, aplicável ao caso vertente por analogia:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

§ 2º Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.

(...)

Importante referir que, nesse tipo de nulidade, não há que se perquirir a ocorrência de prejuízo, já que este é legalmente presumido, não admitindo convalidação. De todo modo, registra-se que *o prejuízo da CONDSEF é manifesto, visto que não teve a oportunidade de efetivar sustentação oral no momento oportuno, em feito cuja matéria é de extrema relevância e que afeta parte significativa de seus representados.*

Impõe-se, assim, o acolhimento do presente recurso aclaratório, a fim de que seja a CONDSEF devidamente intimada da inclusão do feito em pauta para julgamento, para fins de realização de sustentação oral – conforme lhe foi expressamente garantido às fls. 1.879/1.881 do e-STJ –, com a consequente decretação de nulidade dos atos processuais subsequentes, inclusive da sessão de julgamento realizada em 28 de novembro de 2018” (fls. 2.220/2.223e).

Por fim, requer “o provimento dos presentes embargos de declaração, para que, sanada a omissão apontada, seja a CONDSEF devidamente intimada da inclusão do feito em pauta para julgamento, para fins de efetivação de sustentação oral – conforme lhe foi expressamente autorizado às fls. 1.879/1.881 do e-STJ –, com a consequente decretação de nulidade dos atos processuais subsequentes, inclusive da sessão de julgamento realizada em 28 de novembro de 2018” (fl. 2.223e).

Impugnação da parte embargada, a fls. 2.260/2.262e, pela rejeição dos Declaratórios.

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): De início, nos termos do art. 1.022 do CPC vigente, os Embargos de Declaração são cabíveis para “esclarecer obscuridade ou eliminar contradição”, “suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento” e “corrigir erro material”.

Na lição de *José Carlos Barbosa Moreira*, “há omissão quando o tribunal deixa de apreciar questões relevantes para o julgamento, suscitadas pelas partes ou examináveis de ofício (...), ou quando deixa de pronunciar-se acerca de algum tópico da matéria submetida à sua cognição, em causa de sua competência originária, ou obrigatoriamente sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 475), ou

ainda mediante recurso, inclusive quanto a ponto acessório, como seria o caso de condenações em despesas processuais e honorários advocatícios (art. 20), ou de sanção que se devesse impor (por exemplo, as previstas no art. 488, n. II, e no art. 529)” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Volume V, Forense, 7ª edição, p. 539).

Constata-se a contradição quando, no contexto do acórdão, estão contidas proposições inconciliáveis entre si, dificultando-lhe a compreensão.

Assim, a contradição que rende ensejo à oposição de Embargos de Declaração é aquela interna do julgado, cumprindo trazer à luz o entendimento de PONTES DE MIRANDA acerca do tema, *in verbis*:

“A contradição há de ser entre enunciados do acórdão, mesmo se o enunciado é de fundamento e outro é de conclusão, ou entre a ementa e o acórdão, ou entre o que vitoriosamente se decidira na votação e o teor do acórdão, discordância cuja existência se pode provar com os votos vencedores, ou a ata, ou outros dados” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Tomo VII, 3ª edição, Forense, 1999, p. 322).

Para Antônio Carlos de Araújo Cintra, “a rigor, há de se entender que o erro material é aquele que consiste em simples *lapsus linguae aut calami*, ou de mera distração do juiz, reconhecível à primeira vista. Sempre que o suposto erro constitui o resultado consciente da aplicação de um critério ou de uma apreciação do juiz, ainda que inócua, não haverá erro material no sentido que a expressão é usada pela disposição em exame, de modo que sua eventual correção deve ser feita por outra forma, notadamente pela via recursal” (*in* Comentários ao Código de Processo Civil, Rio de Janeiro: Forense, 2003, Volume IV, p. 301). Na mesma linha, o escólio de Eduardo Talamini: “O erro material reside na *expressão* do julgamento, e não no julgamento em si ou em suas premissas. Trata-se de uma inconsistência que pode ser clara e diretamente apurada e que não tem como ser atribuída ao *conteúdo do julgamento* – podendo apenas ser imputada à forma (incorreta) como ele foi exteriorizado” (*in* Coisa Julgada e sua Revisão, RT, 2005, p. 527).

A obscuridade, por sua vez, verifica-se quando há evidente dificuldade na compreensão do julgado. Ocorre quando há a falta de clareza do *decisum*, daí resultando a ininteligibilidade da questão decidida pelo órgão judicial. Em última análise, ocorre a obscuridade quando a decisão, no tocante a alguma questão importante, soluciona-a de modo incompreensível. É o que leciona Vicente Greco Filho:

A obscuridade é o defeito consistente na difícil compreensão do texto da sentença e pode decorrer de simples defeito redacional ou mesmo de má formulação de conceitos. Há obscuridade quando a sentença está incompreensível no comando que impõe e na manifestação de conhecimento e vontade do juiz. A obscuridade da sentença como os demais defeitos corrigíveis por meio de embargos de declaração prejudicando a inteligência da sentença prejudicará a sua futura execução.

A dúvida é o estado de incerteza que resulta da obscuridade. A sentença claramente redigida não pode gerar dúvida (*in* Direito Processual Civil Brasileiro, vol. 2, São Paulo: Saraiva, 2000, p. 241).

Infere-se, portanto, que, não obstante a orientação acerca da natureza recursal dos Declaratórios, singularmente, não se prestam ao re julgamento da lide, mediante o reexame de matéria já decidida, mas apenas à elucidação ou ao aperfeiçoamento do *decisum*, em casos, justamente, nos quais eivado de obscuridade, contradição, omissão ou erro material. Não têm, pois, em regra, caráter substitutivo ou modificativo, mas aclaratório ou integrativo.

*In casu*, quanto ao cerne do inconformismo recursal, não há vício a macular o julgamento anterior, mormente em relação à apontada “omissão quanto à necessidade de intimação do *amicus curiae* para fins de sustentação oral” (fl. 2.220e).

Com efeito, não se olvida que, a fls. 1.879/1.881e, a Confederação dos Trabalhadores no Serviço Público Federal - CONDSEF – ora embargante –, foi admitida, na lide, na condição de *amicus curiae*, consignando-se, ainda, na referida decisão, que “tal *amicus curiae* poderá, nessa condição: ofertar, por uma única vez, razões nos autos; efetivar sustentação oral, no momento processual adequado; e opor Embargos Declaratórios, após a publicação do aresto prolatado no julgamento de mérito da demanda” (fl. 1.881e). De igual modo, consta dos autos que a alteração da autuação, para fazer constar a CONDSEF, somente ocorreu em momento posterior à sessão de julgamento (fl. 2.226e).

Ainda assim, não há falar, no caso, em omissão quanto à necessidade de intimação da CONDSEF para a realização de sustentação oral, sob pena de nulidade do julgamento realizado. Explica-se.

Como cediço, a tradução literal da expressão latina *amicus curiae* para a língua portuguesa é “amigo da Corte”. Ou seja, é um representante de interesses moral e institucional, que atuará como um colaborador do juízo, fornecendo subsídios, prestando informações e esclarecimentos em causas de matéria

relevante ou que permeiam temas complexos, que demandam conhecimentos específicos. Seu mister, em verdade, traduz-se na prerrogativa de trazer, aos autos, pontos que não foram observados no transcorrer do processo, de modo a fornecer suporte técnico-jurídico a respeito dos temas propostos.

Para *Cássio Scarpinella Bueno*, o *amicus curiae* não se confunde com qualquer modalidade de intervenção de terceiros: “O grande traço distintivo dessa figura com aquelas catalogadas como de intervenção de terceiros, de acordo com o Código de Processo Civil (itens 5 e s. do capítulo 6), é, fundamentalmente, mas não exclusivamente, a ausência de um ‘interesse jurídico’, entendido como aquele que decorre de uma específica relação jurídica-base entre dois ou pouco mais de dois indivíduos, que tem tudo para ser afetada, direta ou indiretamente, atual ou potencialmente, pela decisão (ou decisões) a ser (em) proferida(s) em processo em que entendem outras pessoas” (in *Amicus curiae* no processo civil brasileiro: um terceiro enigmático. São Paulo: Editora Saraiva, 2006. p. 128).

No mesmo pensar, para *Fredie Souza Didier Júnior* “é o *amicus curiae* verdadeiro auxiliar do juízo. Trata-se de uma intervenção provocada pelo magistrado ou requerida pelo próprio *amicus curiae*, cujo objetivo é de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário. A sua participação consubstancia-se em apoio técnico ao magistrado” (in Possibilidade de Sustentação Oral do *Amicus Curiae*. Revista Dialética de Direito Processual. Nov/2003. p. 34).

*Carlos Gustavo Rodrigues Del Prá* (in *Amicus curiae*. Instrumento de participação democrática e de aperfeiçoamento da prestação jurisdicional, Ed. Juruá, 2007, p. 124), analisando a natureza jurídica do instituto, além de ratificar a compreensão de que o *amicus curiae* é um *auxiliar do juízo*, classificava-o em duas espécies: o que intervém no processo de forma voluntária e os que manifestam por iniciativa do juiz. Neste último caso, que veio a prevalecer em nosso sistema processual, não agirão voluntariamente, mas em razão de requisição e interesse do juiz da causa.

De fato, prevaleceu, na doutrina, a posição de que o *amicus curiae* atua como “ajudante”, “auxiliar” do magistrado na tarefa hermenêutica, cujo único objetivo é o de aprimorar ainda mais as decisões proferidas pelo Poder Judiciário, e não defender ou auxiliar uma das partes.

Outra não foi a posição adotada pela jurisprudência. Com efeito, de há muito, o Supremo Tribunal Federal entende ser imprescindível “a demonstração,

*pela entidade pretendente a colaborar com a Corte, de que não está a defender interesse privado, mas, isto sim, relevante interesse público*” (STF, AgRg na SS 3.273-9/RJ, Rel. Ministra Ellen Gracie, Tribunal Pleno, DJe de 20/06/2008). Isso porque “*não se trata de uma intervenção de terceiros, e sim de um ato de admissão informal de um colaborador da corte. Colaborador da corte e não das partes, e, se a intervenção de terceiros no processo, em todas as suas hipóteses, é de manifesta vontade de alguém que não faz parte originalmente do feito para que ele seja julgado a favor de um ou de outro, o amicus curiae, por seu turno, somente procura uma decisão justa para o caso, remetendo informações relevantes ao julgador*” (STF, ADPF 134 MC, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 30/04/2008). Em igual sentido, decidiu o Plenário do STF que “*a presença de amicus curiae no processo se dá, portanto, em benefício da jurisdição, não configurando, conseqüentemente, um direito subjetivo processual do interessado*” (STF, ED na ADI 3460, Rel. Ministro Teori Zavascki, Tribunal Pleno, DJe de 12/03/2015).

No mesmo sentido firmou-se a jurisprudência desta Corte:

“Processual Civil. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Execução de Sentença Contra a Fazenda Pública. Influência da Demora ou Dificuldade no Fornecimento de Fichas Financeiras no Curso do Prazo Prescricional. Estados da Federação e Distrito Federal. *Pleito de Ingresso como Amicus Curiae. Indeferimento. Defesa de Interesse de uma das Partes. Aporte de Dados Técnicos. Desnecessidade.*

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

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

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

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

(...)

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

“Administrativo. Ato de Improbidade. Contratação de Shows sem Licitação. Oferecimento de Parecer Desprovido de Fundamentação. *Amicus Curiae*. Ausência de Requisito. Não Cabimento.

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

(...)

III - A admissão de *amicus curiae* no feito é uma prerrogativa do órgão julgador, na pessoa do relator, razão pela qual não há que se falar em direito subjetivo ao ingresso. A propósito: RE 808202 AgR, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe-143 PUBLIC 30-06-2017; EDcl no REsp 1483930/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Segunda Seção, DJe 03/05/2017; EDcl no REsp 1110549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe 30/04/2010.

IV - Agravo interno improvido” (STJ, AgInt no REsp 1.587.658/SP, Rel.

Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe de 12/12/2017).

Além disso, ainda sob a égide do que dispunham os arts. 543-C, § 4º, do CPC/73 e 3º, I, da Resolução STJ 8/2008, esta Corte já entendia que, antes do julgamento do Recurso Especial admitido como representativo da controvérsia, o relator *poderia autorizar* – uma faculdade, portanto – a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na causa. De fato, prevaleceu a compreensão de que “a autorização de intervenção de pessoas, órgãos ou entidades com interesse na controvérsia no recurso especial submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil *é uma faculdade do órgão julgador*, por intermédio do Relator” (STJ, EDcl no REsp 1.110.549/RS, Rel. Ministro Sidnei Beneti, Segunda Seção, DJe de 30/04/2010) Por outro lado, decidiu-se que o *amicus curiae* não teria direito à sustentação oral (STJ, REsp 1.309.529/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 04/06/2013), porquanto, em tese, não poderia sustentar em favor de uma das partes.

O novo CPC, em seu art. 138, acabou por reforçar tal posição jurisprudencial:

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

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

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

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

Com efeito, o CPC de 2015, ao expressamente dispor que cabe ao juiz ou ao relator a competência para avaliar a necessidade e a utilidade da intervenção do *amicus curiae* no feito, bem como de sua manifestação por escrito ou de sustentação oral, no momento processual adequado (art. 138, § 2º), reafirmou que *não se trata de um direito subjetivo do amicus curiae*, mas de uma *faculdade conferida ao magistrado*. *Mutatis mutandis*, por decorrência lógica, a ausência de sustentação oral, por si só, não tem o condão de gerar nulidade ou interferência no julgamento do feito, se assim entender o relator, como no caso.

Em verdade, a sua participação como apoio técnico, ou seja, desprovida de interesse subjetivo, no caso, foi devidamente alcançada, na medida em que teve liberdade para apresentar posicionamentos jurídicos e documentos relacionados com a controvérsia, consoante consta de sua manifestação, a fls. 1.430/1.562e.

De fato, todas as suas colocações (fls. 1.430/1.441e) foram levadas em consideração e foram devidamente analisadas, pelo voto condutor do acórdão ora embargado, tornando despicienda qualquer manifestação durante o julgamento, mesmo porque as teses por ele sustentadas coincidem com aquelas defendidas pelo *Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná - SINPEF*, autor da Ação Ordinária ajuizada contra a União, Sindicato que, por ocasião do julgamento, proferiu sustentação oral, juntamente com a *União* (fl. 2.077e).

É o que se extrai dos seguintes excertos do acórdão embargado:

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo *Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná - SINPEF*, com fundamento no art. 105, III, *a*, da Constituição

Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

*'Administrativo. Servidor Público Federal. Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica. Lei n. 12.855/13. Ausência de Regulamentação.*

*Em se tratando de norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação (Lei n. 12.855/13), não há como impor à União a concessão de indenização por trabalho em localidade estratégica, antes da definição dos parâmetros para sua percepção. A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, somente podendo fazer aquilo que a lei expressamente prevê. E não cabe ao Poder Judiciário assumir a condição de legislador, para estabelecer os requisitos para a percepção da vantagem pecuniária' (fl. 375e).*

Opostos Embargos Declaratórios, restaram eles parcialmente acolhidos, apenas para fins de prequestionamento, ficando assim sumariado o julgado:

*'Administrativo e Processual Civil. Embargos de Declaração. Rediscussão do Mérito. Prequestionamento.*

1. A retificação de acórdão só tem cabimento nas hipóteses de inexatidões materiais, erros de cálculo, omissão, contradição ou obscuridade.

2. Os embargos declaratórios não servem ao objetivo de rediscutir o mérito da causa.

3. Se o acórdão decidiu contrariamente às pretensões da parte, não será na via dos embargos declaratórios que buscará reformar o decism, sob pena de se lhes atribuir efeitos infringentes, hipótese só admitida excepcionalmente.

4. De forma a viabilizar o acesso às Instâncias Superiores, possível o acolhimento dos embargos de declaração, ainda que seja para tão-somente explicitar que a decisão embargada não contrariou nem negou vigência aos dispositivos legais invocados' (fl. 403e).

*Inconformado, nas razões do apelo nobre sustenta o Sindicato que:*

*'In casu, o venerando acórdão proferido pela 4ª Turma Federal Cível do TRF 4ª Região violou e negou vigência à legislação federal, notadamente os artigos 1º e 2º da Lei 12.855/2013, e artigo 12, XXV da Lei 13.080/2015 (Lei Orçamentária de 2015).*

(...)

O Recorrente, na qualidade de substituto processual, *ajuizou a presente Ação Ordinária* visando, dentre outros pedidos, *a condenação da Recorrida ao pagamento da indenização de fronteira prevista na Lei n. 12.855 de 03/09/2013 a todos os seus filiados (Agentes, Escrivães e Papiloscopistas da Polícia Federal) que estiverem em exercício na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu/PR*, em valor equivalente a R\$ 91,00 (noventa e um reais) por cada 08h (oito horas) de efetivo serviço.

Ainda, requereu a condenação da Recorrida ao *pagamento dos valores retroativos referentes à indenização de fronteira desde a entrada em vigor da Lei n. 12.855/2013, em 18/10/2013.*

É incontestável que *o pleito do Recorrente se refere a uma verba de caráter indenizatório e não implica em criação ou majoração de vencimentos*, tanto é verdade que em outras demandas semelhantes foi concedida a tutela para implantar a indenização prevista na Lei n. 12.855/13, e há rubrica para inserir a implantação em folha de pagamento desde o ano de 2015, consoante informações contidas nos documentos anexados no evento13.

O Recorrente anexou nos autos os documentos que comprovam o seu direito e *não deixam dúvidas quanto à localização do Município de Foz do Iguaçu/PR em região de fronteira (tríplice fronteira – Brasil, Argentina e Paraguai), e sobre a dificuldade de fixação de efetivo (na Delegacia de Polícia Federal) por ser localidade estratégica de fiscalização, prevenção, controle e repressão dos delitos transfronteiriços.*

*A dificuldade de fixação do efetivo na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu restou devidamente comprovada diante do estudo realizado pela Diretoria de Gestão de Pessoal em conjunto com a Diretoria de Inteligência Policial, conforme consta na Mensagem Eletrônica n. 003/2015- SIC/DGP/DPF (evento13, OUT5).*

O Recorrente também instruiu o conjunto probatório com diversas decisões judiciais que concederam a antecipação de tutela para a imediata implantação da indenização de fronteira prevista na Lei 12.855/13, e com sentenças judiciais que no mérito reconheceram esse direito e anteciparam a tutela para implantar o pagamento.

(...)

Tal comprovação está consubstanciada nos seguintes documentos:

a) declaração emitida em 31/09/2015 pelo Delegado de Polícia Federal lotado e em exercício na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu (Mozart Person Fuchs), informando que a partir do mês de setembro/2015 passou a receber em seus vencimentos o valor correspondente à implantação da indenização de fronteira, prevista na Lei n. 12.855/2012, em decorrência de medida acautelatória concedida no processo judicial

n. 0016049-14.2015.4.01.3400, em trâmite na 5ª Vara Federal do Distrito Federal (evento20- OUT2, evento29-Decl.3)

b) Ofício 6219/2015- GAB/DPF/FIG/PR, de 01 de outubro de 2015, do Delegado Chefe da Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu, informando ao Recorrente que foi implantado na folha de pagamento do mês de setembro de 2015, o benefício pecuniário de natureza indenizatória aos Delegados de Polícia Federal lotados em Foz do Iguaçu, em razão de medida cautelar proferida nos autos n. 0016049-14.2015.4.01.3400, em trâmite na 5ª Vara Federal do Distrito Federal (evento20- OUT2, evento29-Decl.3)

c) Mensagem Oficial-Circular 20/2015-DGP/DPF, de 26/10/15, emitida pela Direção Geral do Departamento de Polícia Federal e destinada às Unidades Centrais e Descentralizadas, orientando sobre como proceder para dar cumprimento às decisões judiciais referentes à indenização de fronteira prevista na Lei 12.855/13 (evento29, Out4)

d) Decisão judicial proferida em 19/10/15, pela MM Juíza titular da 5ª Vara Federal do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária n. 0056800-2015.4.01.3400 proposta pelo Sindicato Nacional dos Peritos Criminais Federais- APCF SINDICAL, que deferiu a antecipação da tutela para determinar à União o pagamento da Indenização prevista na Lei n.12.855-15, a todos os filiados que estiverem em exercício nos municípios listados na Mensagem Eletrônica n. 003/2015-SIC/DGP/DPF (pontue-se que a referida mensagem já foi anexada aos autos, e nela consta o município de Foz do Iguaçu).

e) decisão proferida pela MM Juíza da 5ª Vara Federal do Distrito Federal, nos autos da Ação Ordinária n. 0016049-14.2015.4.01.3400 proposta pela Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal, deferindo a antecipação dos efeitos da tutela para determinar à União o pagamento da indenização de fronteira aos seus filiados (Delegados de Polícia Federal) que estiverem em exercício nos municípios listados na Mensagem Eletrônica n. 003/2015-SIC/DGP/DPF (decisão anexada ao evento 01-OUT13).

f) sentença proferida pelo MM Juiz do Juizado Especial Federal Cível de Dourados/MS em 19/10/2015, nos autos n. 6202012609/2015, que julgou parcialmente procedente o pedido do Autor, e condenou a União ao pagamento da Indenização de Fronteira prevista na Lei n. 12.855/2015, e em razão do deferimento da medida cautelar, intimou a União para implantar a parcela no prazo de 30 dias, bem como comprovar o cumprimento em 15 dias, sob pena de multa de R\$ 200,00 (duzentos reais) por dia de descumprimento (evento29 –OUT6).

Além disso, restou demonstrado desde a exordial e comprovado mediante documentos anexados aos autos, a existência de prévia dotação

orçamentária para o pagamento da indenização de fronteira, pois, a Lei Orçamentária Anual – LOA de 2015 (PLN 13/2014), aprovada em 17 de março de 2015, trouxe reserva de valores para o custeio de pagamento de Indenização de Fronteira, instituída pela Lei n. 12.855/13, para todas as carreiras nela apontadas (evento01, OUT11).

(...)

Em que pese a Administração Pública estar vinculada ao princípio da legalidade, não pode adotar condutas que desprezem a legislação federal e violem direitos dos seus administrados como vem ocorrendo *in casu*.

Contudo, a intervenção do Poder Judiciário não significa estar assumindo o papel de legislador como equivocadamente entendeu a 4ª Turma Cível do TRF4ª Região. Não há pretensão na demanda de que o Poder Judiciário assumira a condição de legislador, mas que intervenha para afastar a violação a lei federal e garantir a aplicação de um direito.

(...)

*Merece ainda ser refutado o acórdão recorrido, no sentido de que ‘a normativa legal é incompleta e insuficiente para a imediata aplicação, inclusive porque não se infere do enunciado do artigo 1º, § 2º, a conclusão inequívoca de que os critérios ali enumerados municípios localizados em região de fronteira e dificuldade de fixação de efetivo são excludentes ou devem ser aplicados cumulativamente’ pois, a Lei n. 12.855/2013 elencou os seus destinatários, especificou o valor a ser pago; a jornada de horas trabalhadas; a natureza jurídica indenizatória e, dentre os critérios para definir localidades estratégicas estabeleceu ‘Municípios localizados em região de fronteira’ – que é um fato jurídico e independe de qualquer regulamentação.*

Outrossim, sobre a ‘dificuldade de fixação de efetivo’, equivoca-se o fundamento do v. acórdão combatido, pois, se o legislador não utilizou a partícula ‘e’ ao enumerar os requisitos do § 2º da Lei 12.855/13 é porque excluiu a hipótese de serem aplicados cumulativamente.

(...)

A Mensagem Eletrônica n. 003/2015-SIC/DGP/DPF, de 15 de fevereiro de 2015 (anexada no evento 13), demonstra que o entendimento da Direção Geral da Polícia Federal é no sentido de que os critérios da Lei n. 12.855/2013 não são cumulativos, assim como define a própria legislação que não utilizou a partícula ‘e’ para elencar os requisitos. (...)

Repita-se, então, que todos os requisitos para o pagamento da gratificação estão contemplados na Lei n. 12.855/2013, haja vista que a indenização foi instituída (art. 1º); os seus destinatários foram elencados (art. 2º); a abrangência geográfica foi mencionada (art. 1º, § 2º); foi vinculada a determinada

*finalidade (caput do art. 2º); o valor diário foi estipulado (caput do art.2º) e, a natureza jurídica indenizatória foi definida (arts. 3º e 4º).*

(...)

*As localidades estratégicas referidas no artigo 1º, caput, da Lei n. 12.855/2013, conforme previsto no § 2º do dispositivo seriam estabelecidas em regulamento editado pela Chefia do Poder Executivo da União. Todavia, a própria lei em comento estabeleceu uma condicionante específica ao poder regulamentar: seriam consideradas localidades estratégicas as situadas em municípios em região de fronteira.*

*Disto resulta que a própria lei definiu, quanto à questão citada, normatização suficiente, sendo dispensada, no ponto, norma regulamentar para disciplinar esta questão particular: são localidades estratégicas as situadas em municípios em região de fronteira.*

*Apesar disso, passados quase três anos que a Lei 12.855/2013 entrou em vigor, não houve regulamentação do artigo 1º, § 2º, e não foi iniciado o pagamento voluntário da indenização de que trata a norma em comento, salvo os casos em que houve determinação judicial nesse sentido. (...) A justificativa da Recorrida para tal seria a ausência da regulamentação exigida pelo artigo 1º, § 2º, da Lei n. 12.855/2013.*

(...)

*O cerne do fundamento do acórdão recorrido consiste em que os incisos do § 2º do art. 1º da Lei n. 12.855/2013 dispõem condicionantes simultâneas a serem consideradas para a determinação de 'localidades estratégicas' (municípios), que seriam definidas por decreto do Poder Executivo. Seguindo esta premissa, as 'localidades estratégicas' seriam municípios 'localizados em região de fronteira' (inciso I) e que apresentem 'dificuldade de fixação de efetivo' (inciso IV).*

*Ora, aderir a tal entendimento acarretaria a consequência de motivar que eventual decreto regulamentador que vier a determinar como localidade estratégica municípios fora da região de fronteira (consequentemente determinando o direito à indenização aos servidores nele lotados), em função da dificuldade de fixação de efetivo, teria de ser considerado ilegal. E, como amplamente noticiado, especula-se que diversos municípios nestas condições (fora da zona de fronteira e com dificuldade de efetivação de efetivo) deverão/poderão constar do decreto.*

(...)

*É mais coerente ponderar que localidades estratégicas são aquelas (a) em municípios localizados em região de fronteira, ou (b) municípios com dificuldade de fixação de efetivo, mesmo que localizados fora da região de fronteira.*

*Assim, levando em conta que os municípios localizados em região de fronteira ('faixa de fronteira') já são determinados, a norma contida na Lei 12.855/2013 é plenamente eficaz e exequível para servidores lotados nestas localidades, carecendo de regulamentação, apenas, quanto à determinação das localidades estratégicas que apresentarem dificuldade de fixação de efetivo e que situadas fora da região de fronteira.*

Nessa seara, levando-se em conta que os municípios localizados na região de fronteira já são determinados, pode-se concluir que a norma contida na Lei n. 12.855/2013 é plenamente eficaz e exequível para servidores lotados nestas localidades, carecendo de regulamentação apenas a determinação das localidades estratégicas que apresentam dificuldade de fixação de efetivo e que situadas fora da região de fronteira (inciso IV do § 2º do art. 1º).

(...)

*Por fim, ao analisar a questão pelos dois ângulos aqui expostos: exequibilidade da Lei 12.855/2013 no que tange aos servidores das categorias contempladas lotados nos municípios da região de fronteira e ilegítima omissão da Chefia do Executivo, que se estende por quase três anos, usurpando prerrogativa do Poder Legislativo, emerge a justa composição para lide, que consiste em declarar o direito dos substituídos pelo Recorrente à indenização disposta Lei n. 12.855/2013, desde a data em que entrou em vigor (18/10/2013).*

(...)

A Lei Orçamentária Anual – LOA de 2015 (PNL/2014), aprovada em 17 de março de 2015, trouxe reserva de valores para o custeio de pagamento da indenização de fronteira instituída pela Lei n. 12.855/2013, a todas as carreiras nela apontadas.

(...)

A previsão orçamentária destinada ao pagamento da indenização de fronteira prevista na Lei n. 12.855/2013, reforça que a inércia da Recorrida viola desnecessária e injustificadamente o direito dos servidores representados pelo Recorrente' (fls. 413/428e).

*Por fim, requer 'seja conhecido e provido o presente recurso para reformar o v. acórdão hostilizado na sua íntegra, em face da manifesta contrariedade e negativa de vigência a lei federal, no sentido de declarar o direito dos substituídos pelo Recorrente (Agentes, Escrivães e Papiloscopistas da Polícia Federal lotados em Foz do Iguaçu/PR) ao recebimento/implantação da indenização prevista na Lei n. 12.855/13 desde a data em que entrou em vigor (18/10/2013), com a condenação da União ao pagamento das parcelas retroativas, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros moratórios' (fls. 428/429e).*

(...)

Como relatado, trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, proposta pelo *Sindicato dos Policiais Federais no Estado do Paraná - SINPEF*, objetivando a condenação da *União* ao pagamento da indenização prevista no art. 1º da Lei 12.855/2013 (Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica) e destinada aos servidores públicos federais, mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos fronteiriços, ao fundamento, em síntese, de que a aludida Lei 12.855/2013 seria autoaplicável, ou seja, não dependeria de regulamentação, para que fosse efetuado o pagamento da aludida vantagem.

Na inicial, aduziu o autor – na qualidade de substituto processual dos Agentes, Escrivães e Papiloscopistas da Polícia Federal, lotados na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu/PR – que, ‘após a entrada em vigor do respectivo diploma normativo, o Poder Executivo não tomou qualquer providência para a implantação da referida indenização aos servidores que se encontram em trabalho nas cidades localizadas e definidas pelo Ministério da Justiça na faixa de fronteira. O Estado do Paraná, particularmente o *Município de Foz do Iguaçu e cidades circunvizinhas, estão assentados geograficamente dentro dos limites da Faixa ou Zona de Fronteira, considerada pela Constituição Federal como faixa territorial de 150 km entre dois Países*’ (fl. 6e).

Asseverou que ‘os substituídos satisfazem os requisitos previstos na citada Lei para receber a indenização nela prevista. Contudo, apesar da existência da previsão legal demonstrada, desde o sancionamento da Lei n. 12.885/13 não houve o pagamento das verbas respectivas, sob a justificativa da falta de regulamentação para ser aplicada, por depender de decreto presidencial que estabeleça quais unidades e municípios serão beneficiados’, bem como que ‘*não há que se falar em regulamentação da norma para que possa ser feita a implantação da Indenização de Fronteira, pois, as disposições contidas na Lei n° 12.855/13 são autoaplicáveis e de eficácia plena, não necessitando de qualquer regulamentação, como será demonstrado adiante*’ (fl. 7e).

Esclareceu que a *Faixa de Fronteira ‘caracteriza-se geograficamente por ser uma faixa de 150 km de largura ao longo de 15.719 km da fronteira brasileira (Lei 6.634/79, regulamentada pelo Decreto 85.064, de 26 de agosto de 1980), que abrange 11 unidades da Federação e 588 municípios, e reúne aproximadamente 10 milhões de habitantes*’ (fls. 7/8e). Assim, ‘tendo em vista a necessidade de garantir a segurança e a soberania nacional, foi instituída a Lei n. 12.855/13, criando indenização para os servidores públicos descritos no artigo 1º, que se encontram lotados na faixa de fronteira, com o objetivo de promover o fortalecimento institucional do Departamento de Polícia Federal ao reduzir os óbices para a fixação e ampliação do quantitativo de servidores em localidades estratégicas para a prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços’ (fl. 8e).

Defendeu que, por simples leitura dos arts. 1º e 2º da Lei 12.855/2013, *'fica evidente que localidades estratégicas são aquelas em que (a) há Municípios situados em região de fronteira ou (b) com dificuldade de fixação de efetivo; e que 'Município situado em região de fronteira (faixa de fronteira, artigo 20, parágrafo 2º da Constituição Federal, e Lei n. 6634/79), é um fato jurídico que independe de qualquer regulamentação'* (fl. 9e).

Proseguiu, asseverando que *'a única situação carente de regulamentação diz respeito ao Município com dificuldade de fixação de efetivo (artigo 1º, § 2º, IV da Lei n. 12.855/13). Contudo, os pressupostos para a concessão da indenização de fronteira não são cumulativos, sendo devidos a todos os municípios que se encontram na legislação como localizados na Faixa de Fronteira. Nesse contexto, a indenização de fronteira está prevista em norma plenamente eficaz e é devida aos servidores da Polícia Federal em efetivo exercício em qualquer Município do Estado do Paraná que se encontre abarcados pela Lei n. 6.634/79 e Lei n. 12.855/13'* (fl. 10e).

Acrescentou, ainda, que, em casos semelhantes, *'o Decreto 493, de 10 de abril de 1992 já regulamentava a Gratificação Especial de Localidade – GEL, e que a Portaria/MPU n. 633, de 10 de dezembro de 2010 também estabeleceu o seguinte: Art. 1º - O Adicional de Atividade Penosa será pago aos integrantes das carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União, aos servidores requisitados e sem vínculo com a Administração, em exercício nas unidades de lotação localizadas em zonas de fronteira ou localidades cujas condições de vida o justifiquem, constantes da relação em anexo a esta Portaria. § 1º - Caracteriza-se como zona de fronteira a faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura ao longo das fronteiras terrestres. § 2º - Consideram-se localidades cujas condições de vida justifiquem a percepção do Adicional de Atividade Penosa aquelas situadas na faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, bem como aquelas localizadas na Amazônia Legal e no Semiárido Nordeste que tenham população inferior a trezentos mil habitantes, conforme dados do IBGE, e, ainda, as unidades situadas nos Estados do Acre, do Amapá, de Roraima e de Rondônia'* (fl. 11e).

Diante desse cenário, concluiu que *'não há dúvidas que o Município de Foz do Iguaçu/PR encontra-se localizado em região de fronteira (tríplice fronteira – Brasil, Argentina e Paraguai), e que existe a dificuldade de fixação de efetivo (na Delegacia de Polícia Federal) por ser localidade estratégica de fiscalização, prevenção, controle e repressão dos delitos transfronteiriços'* (fl. 14e). Assim, *'forçoso concluir que a Lei n. 12.855/13 deve ter aplicação imediata, a contar de sua entrada em vigor, uma vez que implementadora do direito fundamental-social do servidor público ao adicional de remuneração'* (fl. 18e).

Ao final, requereu a antecipação dos efeitos da tutela, para que a UNIÃO implante, em folha de pagamento, a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica (fl. 26e), e que, no mérito, sejam julgados procedentes os pedidos, para: c.1) condenar a Requerida ao pagamento da indenização prevista na Lei

n. 12.885/13, e ordenar à mesma que providencie a implantação da indenização de fronteira em favor dos substituídos (Agentes, Escrivães e Papiloscopistas da Polícia Federal) lotados na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu; c.2) condenar a Requerida ao pagamento das parcelas vencidas/valores retroativos referentes à indenização de fronteira desde a entrada em vigor da Lei n. 12.855/13 (03/09/2013), com a devida atualização monetária desde aquela data até a efetiva implantação' (fls. 26/27e).

*Em 1º Grau, indeferida a antecipação dos efeitos da tutela, o pedido foi julgado parcialmente procedente, concluindo a sentença que 'os substituídos farão jus ao pagamento da indenização prevista na Lei 12.855/2013, com efeitos retroativos a partir de 18/10/2013 (data da entrada e vigor da referida lei), mediante comprovação administrativa que, a partir daí, sempre estiveram lotados em Foz do Iguaçu/PR, seguindo os demais ditames da festa (sic) legislação federal' (fl. 225e), tendo sido ressaltado que, 'havendo interposição tempestiva de recurso, desde já, recebo-o no duplo efeito (suspensivo e devolutivo), nos termos do art. 520, caput, do CPC, bem assim considerando o prejuízo de difícil reparação da União em caso de sucesso recursal (art. 14 da Lei 7.347/85)' (fl. 226e).*

Opostos Embargos Declaratórios, pelo Sindicato autor, restaram eles acolhidos, tão somente para condenar a UNIÃO 'ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com base no art. 20, § 4º, do Código de Processo Civil, diante da simplicidade da causa e do tempo de tramitação do feito, bem como do trabalho nela desenvolvido' (fl. 259e).

Apelaram as partes. O TRF/4ª Região, por sua vez, reformou a sentença, ao fundamento de que, 'em se tratando de norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, não há como impor à União a concessão da referida vantagem ao autor, antes da definição dos parâmetros para sua percepção. A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, somente podendo fazer aquilo que a lei expressamente prevê. E não cabe ao Poder Judiciário assumir a condição de legislador, para estabelecer os requisitos para a concessão de indenização por atividade em localidade estratégica. (...) pois a normativa legal é incompleta e insuficiente para a imediata aplicação, inclusive porque não se infere do enunciado do artigo 1º, § 2º, a conclusão inequívoca de que os critérios ali enumerados (municípios localizados em região de fronteira e dificuldade de fixação de efetivo) são excludentes (ou devem ser aplicados cumulativamente)' (fl. 372e).

Opostos Declaratórios, pelo Sindicato autor (fls. 382/391e), foram eles parcialmente acolhidos, 'tendo em vista o disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF e 98 do STJ, de forma a viabilizar o acesso às Instâncias Superiores (...), para explicitar que a decisão embargada não contrariou nem negou vigência aos artigos citados' (fl. 402e).

(...)

*II - Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ) Como se destacou, a controvérsia*

*ora em apreciação cinge-se a definir se a Lei 12.855/2013 – que prevê, em seu art. 1º, indenização destinada aos servidores públicos federais mencionados em seu § 1º, em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços – tem eficácia imediata, ou, se há necessidade de ato normativo regulamentador de seu art. 1º, § 2º, a fim de definir tais localidades estratégicas, para a percepção de referida indenização (Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica).*

*O Tribunal de origem reformou a sentença de procedência parcial do pedido, nos seguintes termos:*

A sentença é de ser modificada.

Com efeito, em se tratando de norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, não há como impor à União a concessão da referida vantagem ao autor, antes da definição dos parâmetros para sua percepção.

*A Administração Pública está vinculada ao princípio da legalidade, somente podendo fazer aquilo que a lei expressamente prevê. E não cabe ao Poder Judiciário assumir a condição de legislador, para estabelecer os requisitos para a concessão de indenização por atividade em localidade estratégica. Nem haveria como assim proceder - ou mesmo adotar aqui a solução preconizada para o pagamento de adicional de periculosidade -, pois a normativa legal é incompleta e insuficiente para a imediata aplicação, inclusive porque não se infere do enunciado do artigo 1º, § 2º, a conclusão inequívoca de que os critérios ali enumerados (municípios localizados em região de fronteira e dificuldade de fixação de efetivo) são excludentes (ou devem ser aplicados cumulativamente).*

Nessa vertente, é o entendimento desta Corte, conforme ilustram os seguintes julgados:

*Administrativo. Servidor Público Federal. Indenização por Exercício em Unidades Situadas em Localidades Estratégicas, Vinculadas à Prevenção, Controle, Fiscalização e Repressão dos Delitos Transfronteiriços. Lei 12.855/13. Regulamentação. Ausência. - A Lei 12.855/13 não tem eficácia imediata, fazendo-se necessária a definição, por ato normativo, dos cargos específicos e das localidades estratégicas que justificam o pagamento da indenização, a depender não somente da localização dos municípios, mas, também, da dificuldade de fixação de efetivo. - Toda estratégia está, até em razão do sentido do vocábulo, relacionada a finalidades, metas, diretrizes, providências destinadas a atingir objetivos específicos, moldando, assim, o agir de um órgão ou entidade. É evidente, pois, no campo da administração de fronteira, que a definição de localidades estratégicas, e bem assim dos cargos estratégicos para ações específicas de prevenção, controle,*

fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, está vinculada a critérios técnicos e, mais do que isso, a critérios de conveniência e oportunidade - Incabível o recebimento da indenização pretendida pelo servidor em razão da inexistência de regulamentação no âmbito do Poder Executivo. (TRF4, AC 5002808-56.2015.404.7100, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Ricardo Teixeira do Valle Pereira, juntado aos autos em 17/08/2015 - grifei)

*Administrativo. Servidor Público Federal. Indenização por Exercício em Unidades Situadas em Localidades Estratégicas. Lei 12.855/13. Regulamentação. Ausência.* 1. A indenização instituída pelo artigo 1º, caput, da Lei n. 12.855/13, destinada aos servidores, nela especificados, e em exercício em unidades situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, depende de ato regulamentador definindo tais localidades para fins de pagamento da indenização, porquanto não é possível extrair da norma legal, de imediato e com inequívoca certeza, quais seriam as localidades estratégicas, no âmbito do território brasileiro. 2. A lei previu critérios a serem observados em conjunto pela Administração, na definição da localidade estratégica, que não decorre tão somente do fato da localização da unidade em zona de fronteira, mas igualmente da dificuldade de fixação de efetivo, a demonstrar que a definição de localidade estratégica está vinculada não somente a critérios técnicos, mas também, a critérios de conveniência e oportunidade. 3. O pagamento da indenização em comento não é eficaz imediata, exigindo, necessariamente, a sua regulamentação pela Administração. (TRF4, AC 5000626-97.2015.404.7100, Terceira Turma, Relatora p/ Acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 12/08/2015 - grifei)

*Administrativo. Servidor Público Federal. Indenização por Trabalho em Cidade Considerada Estratégica. Lei n. 12.855/13. Ausência de Regulamentação. Impossibilidade.* Considerando que o pagamento da indenização está condicionado à superveniência de regulamentação, e não existindo este até o presente momento na esfera do Poder Executivo, merece manutenção a sentença que julgou improcedente o pedido. (TRF4, *Apelação Cível* n. 5004110-48.2014.404.7103, 4ª TURMA, Des. Federal *Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, por Unanimidade, Juntado aos Autos em 10/07/2015*)

*Administrativo. Agravo de Instrumento. Ação Civil Pública. Servidor Público. Indenização de Fronteira. Indeferimento.* 1. O pagamento da indenização pleiteada está condicionado à superveniência de regulamentação específica, que inexistente, até o momento, na esfera do

Poder Executivo. 2. Outrossim, não vislumbro risco de perecimento de direito, tampouco de dano irreparável ou de difícil reparação aos substituídos, uma vez que o pedido de antecipação de tutela consubstancia aumento de remuneração, mediante a implantação de determinada rubrica; ou seja, os substituídos continuam a auferir seus vencimentos normalmente, o que torna o pleito antecipatório pretensão de natureza meramente econômica. (TRF4, Agravo de Instrumento N. 5008298- 19.2015.404.0000, 4ª TURMA, Des. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha, por Unanimidade, Juntado aos Autos Em 26/05/2015)

Em face do disposto nas Súmulas 282 e 356 do STF e 98 do STJ, e a fim de viabilizar o acesso às instâncias superiores, explícito que a decisão recorrida não contrariou nem negou vigência aos dispositivos legais invocados.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da União e à remessa oficial e negar provimento à apelação do Sindicato, nos termos da fundamentação.

É o voto' (fls. 372/374e)

No que concerne à tese jurídica ora discutida, defende o Sindicato, no apelo nobre – e desde a inicial –, que *'não há que se falar em regulamentação da norma para que possa ser feita a implantação da Indenização de Fronteira, pois, as disposições contidas na Lei n. 12.855/13 são autoaplicáveis e de eficácia plena'* (fl. 7e); que *a faixa de fronteira, prevista no art. 20, § 2º, da CF/88, caracteriza-se geograficamente por ser uma faixa de 150 km de largura ao longo de 15.719 km da fronteira brasileira (Lei 6.634/79, regulamentada pelo Decreto 85.064, de 26 de agosto de 1980), que abrange 11 unidades da Federação e 588 municípios'* (fls. 7/8e); que *'localidades estratégicas são aquelas em que (a) há Municípios situados em região de fronteira ou (b) com dificuldade de fixação de efetivo'; e que 'Município situado em região de fronteira (faixa de fronteira, artigo 20, parágrafo 2º da Constituição Federal, e Lei n. 6634/79), é um fato jurídico que independe de qualquer regulamentação'* (fl. 9e); que, *'a única situação carente de regulamentação diz respeito ao Município com dificuldade de fixação de efetivo (artigo 1º, § 2º, IV da Lei n. 12.855/13)'* (fl. 10e) e que esteja situado fora da região de fronteira (fl. 422e); que *'os pressupostos para a concessão da indenização de fronteira não são cumulativos, sendo devidos a todos os municípios que se encontram na legislação como localizados na Faixa de Fronteira'* (fl. 10e); que, em casos análogos, *'o Decreto 493, de 10 de abril de 1992 já regulamentava a Gratificação Especial de Localidade – GEL', e a Portaria/MPU 633, de 10/12/2010, estabeleceu que 'o Adicional de Atividade Penosa será pago aos integrantes das carreiras de Analista e Técnico do Ministério Público da União, aos servidores requisitados e sem vínculo com a Administração, em exercício nas unidades de lotação localizadas em zonas de fronteira ou localidades cujas condições de vida o justifiquem (...) situadas na faixa de até cento e cinquenta*

quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, bem como aquelas localizadas na Amazônia Legal e no Semiárido Nordeste que tenham população inferior a trezentos mil habitantes, conforme dados do IBGE, e, ainda, as unidades situadas nos Estados do Acre, do Amapá, de Roraima e de Rondônia' (fl. 11e); e que 'a Lei n. 12.855/13 deve ter aplicação imediata, a contar de sua entrada em vigor, uma vez que implementadora do direito fundamental-social do servidor público ao adicional de remuneração' (fl. 18e).

Fixadas tais premissas, passo à análise da questão.

III - Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

Para a solução da controvérsia, é relevante situar o repertório normativo que disciplina a espécie.

Em 2011, pelo Decreto 7.496 – posteriormente substituído, em maior amplitude, pelo Decreto 8.903/2016 –, o Governo Federal instituiu um Plano Estratégico de Fronteiras, objetivando 'o fortalecimento da prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços e dos delitos praticados na faixa de fronteira brasileira' (art. 1º), com a 'ampliação do quadro de pessoal e da estrutura destinada à prevenção, controle, fiscalização e repressão de delitos na faixa de fronteira' (art. 3º, V).

Em 10/07/2012 foi encaminhada, à Presidência da República, pela Exposição de Motivos Interministerial 00152/MP/MJ/MF, proposta de Projeto da Lei prevendo a criação da Indenização por Trabalho em Região Estratégica, da qual merecem relevo os seguintes pontos:

'Submetemos à apreciação de Vossa Excelência a proposta de Projeto de Lei que Institui a indenização devida a ocupante de cargo efetivo das Carreiras de Policial Federal, Policial Rodoviário Federal e Auditoria da Receita Federal do Brasil, dos Planos Especiais de Cargos da Polícia Federal, da Polícia Rodoviária Federal e do Ministério da Fazenda, em exercício nas unidades, situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

2. A referida indenização é imprescindível para promover o fortalecimento institucional do Departamento de Polícia Federal, Departamento de Polícia Rodoviária Federal e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, ao reduzir os óbices para a fixação e ampliação do quantitativo de servidores em localidades estratégicas para a prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.

3. No Projeto de Lei que se encaminha, prevê-se que as localidades estratégicas, consideradas para fins de pagamento da indenização, serão definidas em ato posterior do Poder Executivo, que considerará, inclusive, a dificuldade de fixação de pessoal nestas localidades. A proposição das

*localidades por meio de Decreto faz-se necessária em decorrência do fenômeno da variação da mancha criminal, associada à possível oscilação no grau de dificuldade de fixação de servidores por parte do DPF, DPRF e SRFB em períodos variados. Assim, o não engessamento destas localidades em lei assegurará que as localidades apontadas em ato posterior correspondam às necessidades nacionais, fortalecendo uma política estatal de enfrentamento ao crime, ao contrabando e ao descaminho, corroborando com o Plano Estratégico de Fronteiras, instituído pelo Decreto n. 7.496, de 8 de junho de 2011.*

4. Nesse sentido, a presente medida busca estabelecer mecanismo de compensação pecuniária de caráter indenizatório, capaz de minimizar a evasão de servidores de regiões vitais para as políticas de segurança nacional. A situação atual, que se deseja combater com a presente medida, é de baixa fixação de pessoal nessas localidades. Hoje, a despeito da política de lotação inicial em regiões com grande dificuldade de fixação de efetivo, dado a dificuldade para permanência nesses postos de trabalho, geralmente inóspitos e isolados, os servidores acabam se movimentando, judicial ou administrativamente, para outras regiões do País.

5. Destaca-se que a proposta inclui o corpo de pessoal administrativo, pertencentes aos Planos Especiais de Cargos que dão suporte às Carreiras, posto que suas atribuições são fundamentais para viabilizar o funcionamento logístico e administrativo dos postos, delegacias e unidades para que os Policiais, Auditores e Analistas-Tributários exerçam suas funções constitucionais e legais.

6. Estima-se, considerando-se o efetivo atual de ambos os Departamentos de Polícia e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que as indenizações serão concedidas a um quantitativo de 4.787 servidores no exercício de 2013, a depender das delegacias, postos e unidades a serem definidos em ato posterior do Poder Executivo.

7. Essa medida terá impactos positivos para a segurança pública do País, contribuindo para um mais efetivo combate aos crimes que transpõem as fronteiras brasileiras. O enfrentamento policial de tais crimes, por precisar ser realizado em localidades estratégicas, inflige prejuízos significativos aos servidores em exercício nessas regiões, os quais serão minimizados pela indenização ora proposta.

8. A presente proposta, ao atingir um contingente de 4.787 servidores dos Departamentos de Polícia Federal e Polícia Rodoviária Federal e da Secretaria da Receita Federal do Brasil, estimados com base no efetivo daqueles órgãos na região de fronteira em exercício das atividades previstas no ato legal, terá um custo total da ordem de R\$ 115.002.888,00 (cento e quinze milhões, dois mil oitocentos e oitenta e oito reais) anualizados. Ressalte-se que pela proposta a indenização somente poderá ser paga após 1º de janeiro de 2013.

9. Quanto ao disposto nos arts. 16 e 17 da Lei Complementar n. 101, de 4 de maio de 2000, Lei de Responsabilidade Fiscal – LRF, o Projeto de Lei Orçamentária Anual para 2013 deverá contemplar reserva suficiente para suportar as despesas previstas.

Esses são, Excelentíssima Senhora Presidenta, os motivos que fundamentam o Projeto de Lei ora submetido a Vossa Excelência, cuja implementação contribuirá para o aprofundamento das ações de prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços».

Em tramitação no Congresso Nacional, registrado como PL 4.264/2012, após algumas emendas – a inclusão das carreiras de *Fiscal Federal Agropecuário e da Auditoria-Fiscal do Trabalho* –, recebeu ele, ao final, no Legislativo, a seguinte redação:

*'Art. 1º Fica instituída indenização a ser concedida ao servidor público federal regido pela Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, em exercício de atividade nas delegacias e postos do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, e em unidades da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Trabalho e Emprego situadas em localidades estratégicas, vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços.*

*§ 1º A indenização de que trata o caput será concedida ao servidor ocupante de cargo efetivo das seguintes Carreiras ou Planos Especiais de Cargos:*

*I - Carreira Policial Federal, de que trata a Lei n. 9.266, de 15 de março de 1996;*

*II - Carreira de Policial Rodoviário Federal, de que trata a Lei n. 9.654, de 2 de junho de 1998;*

*III - Carreira Auditoria da Receita Federal - ARF, de que trata a Lei n. 10.593, de 6 de dezembro de 2002;*

*IV - Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Federal, de que trata a Lei n. 10.682, de 28 de maio de 2003;*

*V - Plano Especial de Cargos do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, de que trata a Lei n. 11.095, de 13 de janeiro de 2005;*

*VI - Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda, de que trata a Lei n. 11.907, de 2 de fevereiro de 2009;*

*VII - Carreira de Fiscal Federal Agropecuário, de que trata a Lei n. 10.883, de 16 de junho de 2004; e*

*VIII - Carreira Auditoria-Fiscal do Trabalho, de que trata a Lei n. 10.593, de 6 de dezembro de 2002.*

§ 2º *As localidades estratégicas de que trata o caput serão definidas em ato do Poder Executivo, por Município, considerados os seguintes critérios:*

*I - Municípios localizados em região de fronteira;*

II - existência de postos de fronteira, ou de portos ou aeroportos com movimentação de ou para outros países; (vetado)

III - existência de unidades a partir das quais seja exercido comando operacional sobre os postos de fronteira; (vetado)

*IV - dificuldade de fixação de efetivo.*

Art. 2º A indenização de que trata o art. 1º será devida por dia de efetivo trabalho nas delegacias, postos e unidades, situadas em localidades estratégicas, do Departamento de Polícia Federal e do Departamento de Polícia Rodoviária Federal, da Secretaria da Receita Federal do Brasil, do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento e do Ministério do Trabalho e Emprego, no valor de R\$ 91,00 (noventa e um reais).

§ 1º O pagamento da indenização de que trata o art. 1º somente é devido enquanto durar o exercício ou a atividade do servidor na localidade.

§ 2º O pagamento da indenização de que trata o art. 1º não será devido nos dias em que não houver prestação de trabalho pelo servidor, inclusive nas hipóteses previstas no art. 97 e nos incisos II a XI do art. 102 da Lei n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990.

§ 3º O valor constante do caput equivale à jornada de trabalho de 8 (oito) horas diárias e deverá ser ajustado, proporcionalmente, no caso de carga horária maior ou menor prestada no dia.

§ 4º No caso de servidores submetidos a regime de escala ou de plantão, o valor constante do caput será proporcionalmente ajustado à respectiva jornada de trabalho.

Art. 3º A indenização de que trata o art. 1º não poderá ser paga cumulativamente com diárias, indenização de campo ou qualquer outra parcela indenizatória decorrente do trabalho na localidade. Parágrafo único. Na hipótese de ocorrência da cumulatividade de que trata o caput, será paga ao servidor a verba indenizatória de maior valor.

Art. 4º A indenização de que trata esta Lei não se sujeita à incidência de imposto sobre a renda de pessoa física.

Art. 5º *Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013. (vetado)*

Entretanto, ao ser remetido à Presidência da República, acabou recebendo veto parcial, em relação aos *incisos II e III do § 2º do art. 1º* ('II - existência de postos de fronteira, ou de portos ou aeroportos com movimentação para outros países; III - existência de unidades a partir das quais seja exercido comando operacional

sobre os postos de fronteira'), ao fundamento de que, *'da forma como redigidos, os dispositivos ampliam os critérios para a definição das localidades estratégicas para fins de pagamento de parcela indenizatória, possibilitando a inclusão de áreas onde não haja dificuldade de fixação de servidores, o que representaria um desvirtuamento do objetivo original da medida, focada, sobretudo, nas regiões efetivamente fronteiriças. Além disso, tal ampliação levaria a uma majoração do número de servidores beneficiários e conseqüente aumento de despesas, em violação ao art. 63, inciso I, da Constituição. Por fim, a proposta não veio acompanhada dos devidos estudos de impactos econômico-financeiros, em contrariedade à Lei de Responsabilidade Fiscal'*.

Outro dispositivo que restou vetado, pela Presidência da República, foi o art. 5º (*'Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013'*), porquanto *'a aplicação retroativa da medida, tal qual determinada pelo dispositivo, ocorreria sem o devido respaldo orçamentário. Além disso, em contrariedade ao interesse público, a vigência imediata, com efeitos retroativos, ignora a necessidade de regulamentação da matéria, quanto às localidades estratégicas abrangidas, assim como sua natureza indenizatória'*.

Mantidos os vetos, em 03/09/2013 foi publicada a Lei 12.855, de 02/09/2013, que instituiu *'a indenização devida a ocupante de cargo efetivo das Carreiras e Planos Especiais de Cargos que especifica, em exercício nas unidades situadas em localidades estratégicas vinculadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços'*, com vigência a partir 18/10/2013, ou seja, 45 (quarenta e cinco) dias após sua publicação, nos termos do art. 1º da LINDB.

Com efeito, da leitura do art. 1º da Lei 12.855/2013 observa-se que, de forma clara, instituiu ela uma indenização a ser paga a servidores públicos da União, pertencentes às Carreiras e aos Planos Especiais de Cargos nela indicados, cujas atribuições estejam relacionadas à prevenção, controle, fiscalização e repressão aos delitos transfronteiriços, *e desde que esses servidores se encontrem em exercício em localidades estratégicas, a serem definidas em ato do Poder Executivo, por Município, devendo ser considerados, para tanto, os seguintes critérios: (i) a localização dos Municípios em região de fronteira e (ii) a dificuldade de fixação de efetivo (art. 1º, § 2º, I e IV, da Lei 12.855/2013)*.

De plano, portanto, já se observa que, apesar de a Lei 12.855/2013 ter vinculado o direito indenizatório aos servidores nela mencionados, que estivessem em exercício em localidade estratégica vinculada à prevenção, controle, fiscalização e repressão dos delitos transfronteiriços, deixou para a norma regulamentadora posterior, do Poder Executivo, a definição de tais localidades estratégicas, devendo ser levados em conta, para tal, dois critérios cumulativos, ou seja, a localização dos Municípios em região de fronteira, bem como a dificuldade de fixação de pessoal nessas localidades.

De fato, da interpretação gramatical e teleológica do art. 1º, § 2º, da Lei 12.855/2013 infere-se que o legislador não erigiu *a localização do Município em*

*região de fronteira e a dificuldade de fixação do efetivo* como critérios alternativos para a definição de cada localidade como estratégica, mas, sim, como critérios cumulativos.

Com efeito, houve veto presidencial aos incisos II e III do § 2º do art. 1º do PL 4.264/2012, que originou a Lei 12.855/2013 – normas que previam, como critério para a definição de ‘localidade estratégica’, também a ‘existência de postos de fronteira, ou de portos e aeroportos de ou para outros países’ (inciso II) e a ‘existência de unidades a partir das quais seja exercido comando operacional sobre os postos de fronteira’ (inciso III) –, e ao art. 5º do referido Projeto de Lei, que determinava que a Lei entraria em vigor ‘na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013’.

O exame das razões do veto presidencial aos aludidos dispositivos legais conduz à exegese de que a teleologia da norma era a de privilegiar conjuntamente, na definição de ‘localidade estratégica’, os critérios de localização do Município em região de fronteira e de dificuldade de fixação de pessoal, além da necessidade de regulamentação da matéria por ato do Poder Executivo, que definisse as localidades estratégicas nas quais seria devida a indenização, aos servidores efetivos das Carreiras e Planos Especiais de Cargos na Lei mencionados, com exercício nas referidas localidades.

De fato, os incisos II e III do § 2º do art. 1º do PL 4.264/2012 foram vetados, pelo Presidente da República, ao fundamento de que, *‘da forma como redigidos, os dispositivos ampliam os critérios para a definição das localidades estratégicas para fins de pagamento de parcela indenizatória, possibilitando a inclusão de áreas onde não haja dificuldade de fixação de servidores, o que representaria um desvirtuamento do objetivo original da medida, focada, sobretudo, nas regiões efetivamente fronteiriças’*.

De igual modo, restou vetado o art. 5º do PL 4.264/2012, porque *‘em contrariedade ao interesse público’*, pois ignoraria *‘a necessidade de regulamentação da matéria, quanto às localidades estratégicas abrangidas, assim como sua natureza indenizatória’*.

*Tal exegese se evidencia, ainda mais, na medida em que a Lei 12.855/2013 fez constar, como critério para a definição de localidade estratégica, pelo Poder Executivo, a localização do Município em ‘região de fronteira’, ao invés de se referir a ‘zona de fronteira’ ou ‘faixa de fronteira’.*

*Isso porque sequer há sinonímia entre os conceitos.*

*Com efeito, a definição de ‘zona de fronteira’ não se equipara ao que a Constituição Federal entende por ‘faixa de fronteira’ (Art. 20, § 2º: ‘A faixa de até cento e cinquenta quilômetros de largura, ao longo das fronteiras terrestres, designada como faixa de fronteira, é considerada fundamental para defesa do território nacional, e sua ocupação e utilização serão reguladas em lei’).*

*Tanto assim é, que, ainda na época em que havia previsão de pagamento da Gratificação de Localidade Especial (GEL) – criada pela Lei 8.270/91, regulamentada pelo Decreto 493/92 e extinta pela Lei 9.527/97 –, esta Corte já fazia distinção do que se considerava ‘zona de fronteira’, afastando o conceito que a Constituição Federal estabelecia como ‘faixa de fronteira’.*

*Nesse sentido, o seguinte excerto do voto proferido pelo Ministro Félix Fischer, no REsp 507.156/RS (Quinta Turma, DJU de 23/06/2003), in verbis:*

*‘A teor do reiterado entendimento desta Corte, a Gratificação Especial de Localidade (GEL), instituída pela Lei n 8.270/91, que foi regulamentada pelo Decreto 493/92, é devida somente aos servidores públicos federais que exercem suas funções nas municípios situados na denominada ‘zona de fronteira’. (...) Por outro lado, não há falar que os conceitos de ‘faixa de fronteira’ e ‘zona de fronteira’ são sinônimos, tampouco se conflitam. Nos termos da orientação jurisprudencial desta Corte, a ‘faixa de fronteira’, constitucionalmente conceituada (CF, art. 20, § 2º), representa um todo, do qual, propositalmente, foi escolhida uma porção do território nacional, denominada ‘zona de fronteira’. Esta, por sua proximidade com a fronteira, mereceu um atenção especial do Poder Público, através da edição da Lei 8.270/91, para fins de promover a sua povoação e estimular o seu desenvolvimento’.*

No mesmo sentido, cita-se o REsp 203.958/RS (STJ, Rel. Ministro Luiz Vicente Cernicchiaro, Sexta Turma, DJU de 01/07/99), no qual restou consignado que ‘a legislação aplicada à espécie precisa ser interpretada lógica e finalisticamente, a gratificação só se justifica, se reunidas características da região em que o servidor trabalha. Não é mera questão geográfica. Tanto assim, o Decreto 493, de 10 de abril de 1992 – que regulamenta a Gratificação Especial de Localidade – relacionou os locais para tal efeito, tidos como ‘zonas de fronteira as localidades referidas no Anexo a este Decreto’. (...) o art. 20, § 2º, da Constituição, estabelece que a faixa de até 150 km de largura ao longo das fronteiras terrestres, designada faixa de fronteira é considerada fundamental para a defesa do território nacional, (...) o aspecto meramente geográfico não tem teleologicamente examinado o dispositivo à exaustão da matéria. É naquela faixa e desde que, pelas características da localidade, considerada fundamental para a defesa do território nacional:

(...))».

*Ou seja, para o caso em julgamento, não basta a localização geográfica – região de fronteira, que não se confunde, como visto, com faixa ou zona de fronteira – para que as localidades sejam consideradas estratégicas. A sua definição depende, ainda, que assim sejam consideradas, por ato do Poder Executivo, à luz de avaliação discricionária das necessidades que somente a Administração pode fazer, em certas localidades fronteiriças, em relação à dificuldade de fixação de pessoal, para o combate aos delitos transfronteiriços.*

*A Lei 12.855/2013, portanto, contém norma de eficácia limitada, a depender, por conseguinte, de regulamentação. E por normas de eficácia limitada entende-se aquelas que não têm o condão de produzir todos os seus efeitos, por si só, necessitando de uma norma integrativa, a fim de lhe conferir eficácia e aplicabilidade.*

Da doutrina de *Hely Lopes Meirelles*, normas de eficácia limitada são 'as leis que trazem a recomendação de serem regulamentadas, não são exequíveis antes da expedição do decreto regulamentar, porque esse ato é conditio juris da atuação normativa da lei. Em tal caso, o regulamento opera como condição suspensiva da execução da norma legal, deixando os seus efeitos pendentes até a expedição do ato do Executivo' (in *Direito Administrativo Brasileiro*. RT, 14ª ed., 1989, p. 108).

De igual posicionamento, *Celso Antônio Bandeira de Mello* define tais normas como dependentes de 'atos de competência privativa do chefe do Poder Executivo, expedido com a estrita finalidade de produzir as disposições operacionais uniformizadoras necessárias à execução da lei cuja aplicação demanda atuação da Administração Pública' (in *Curso de Direito Administrativo*, 27ª ed., p. 343).

*Em situação assemelhada, inclusive – e respeitadas as especificidades –, esta Corte, ao tratar do Adicional de Atividade Penosa, em razão de desempenho de atividades em zona de fronteira (Lei 8.112/90: 'Art. 71. O adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento'), firmou a compreensão de que 'a concessão do Adicional de Atividade Penosa aos servidores públicos federais depende de 'termos, condições e limites previstos em regulamento', evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada do art. 71 da Lei 8.112/1990, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores públicos federais dependente de regulamentação', entendendo inviável 'a aplicação aos recorrentes dos termos da Portaria PGR/MPU 633, de 10/12/2010, posto que a referida norma teve o condão de regulamentar o direito ao Adicional de Atividade Penosa apenas no âmbito do Ministério Público da União, assegurando a vantagem unicamente aos seus servidores, não alcançando, assim, os demais servidores públicos, seja do Executivo ou do Judiciário, principalmente quando reconhecer a sua extensão implicaria em evidente inobservância do Enunciado da Súmula Vinculante 37/STF, pelo qual 'não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia' (STJ, REsp 1.495.287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 07/05/2015).*

*No mesmo sentido: '(...)' (STJ, AgInt no REsp 1.571.564/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 22/09/2016).*

*Assim, é possível concluir no sentido de que: (i) a definição de 'localidade estratégica', prevista no art. 1º e § 2º, da Lei 12.855/2013, engloba não só a região de fronteira em que localizado o Município, mas também a dificuldade de fixação de pessoal na localidade; (ii) o legislador, pois, não erigiu a localização do Município em*

*região de fronteira e a dificuldade de fixação do efetivo como critérios alternativos para a definição de localidade estratégica e para o pagamento da indenização prevista na Lei 12.855/2013, mas, sim, como critérios cumulativos; (iii) não há sinonímia entre 'região de fronteira', 'zona de fronteira' ou 'faixa de fronteira'; (iv) a intenção do legislador não foi a de conferir a indenização, de imediato, a quem exerce funções em 'região de fronteira', pois, para tal desiderato, não seria necessária a expressa previsão de regulamentação da matéria, por ato do Poder Executivo, para definir as localidades consideradas como estratégicas, para fins de percepção da mencionada Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica.*

*Desse modo, estabelecendo a própria Lei que o ato do Poder Executivo definirá quais são os Municípios que, localizados em região de fronteira, se ressentem de permanência de pessoal, em ordem a incentivar a fixação de servidores de categorias específicas nessas localidades, sem a existência desse ato não há falar em direito à percepção da referida indenização.*

*Nesse sentido, em casos idênticos – nos quais postulavam os servidores o pagamento, independentemente de regulamentação, da Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, instituída pela Lei 12.855/2013 –, já decidiu esta Corte, consoante os seguintes precedentes:*

*'Processual Civil e Administrativo. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Servidor Público Federal. Adicional de Fronteira. Arts. 70 e 71 da Lei n. 8.112/90. Lei 12.855/2013. Ausência de Regulamentação. Impossibilidade de sua Implementação pelo Poder Judiciário. Súmula Vinculante 37/STF. Agravo Interno Não Provido.*

*(...)*

*4. Com efeito, no que concerne a controvérsia dos autos, este e. STJ já firmou entendimento no sentido de que 'a indenização prevista na Lei 12.855/2013 ainda depende de regulamentação pelo Poder Executivo, de modo que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, fixar o rol de servidores que a ela farão jus nem atribuir-lhes vantagem ou indenização correlatas' (AglInt no REsp 1583665/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 12/09/2016).*

*5. Agravo interno não provido' (STJ, AgInt no AREsp 1.020.717/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 02/05/2017).*

*'Administrativo. Servidor Público Federal. Indenização por Exercício em Unidades Situadas em Localidades Estratégicas, Vinculadas à Prevenção, Controle, Fiscalização e Repressão dos Delitos Transfronteiriços. Lei 12.855/2013. Regulamentação. Ausência.*

*1. A indenização prevista na Lei 12.855/2013 ainda depende de regulamentação pelo Poder Executivo, de modo que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, fixar o rol de servidores que a ela farão jus nem atribuir-lhes vantagem ou indenização correlatas.*

2. *Desse modo, não prospera a pretensão autoral, tendo em vista a inexistência no âmbito do Poder Executivo de norma regulamentadora do direito. Reconhecer a sua extensão implicaria evidente inobservância do Enunciado da Súmula Vinculante 37/STF, pelo qual 'não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia'. Nesse sentido: REsp 1.495.287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 7/5/2015; AgRg no AREsp 826.658/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 25.5.2016.*

Agravo Interno não provido' (STJ, AgInt no REsp 1.583.665/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 12/09/2016).

'Processual Civil e Administrativo. Servidor Público Federal. *Indenização por Exercício em Unidades Situadas em Localidades Estratégicas, Vinculadas à Prevenção, Controle, Fiscalização e Repressão dos Delitos Transfronteiriços. Lei 12.855/2013. Regulamentação. Ausência.*

1. A indenização prevista na Lei 12.855/2013 ainda depende de regulamentação pelo Poder Executivo, de modo que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, fixar o rol de servidores que a ela farão jus nem atribuir-lhes vantagem ou indenização correlatas.

2. *Da leitura dos dispositivos infraconstitucionais, observa-se que o legislador derivado decorrente estabeleceu de forma expressa que a concessão do benefício aos servidores públicos depende de regulamentação, evidenciado, assim, o caráter de norma de eficácia limitada, porquanto a concessão da referida vantagem aos servidores dependente de regulamentação.*

(...)

4. *Desse modo, não prospera a pretensão autoral, tendo em vista a inexistência no âmbito do Poder Executivo de norma regulamentadora do direito. Reconhecer a sua extensão implicaria evidente inobservância do Enunciado da Súmula Vinculante 37/STF, pelo qual 'não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia'. Nesse sentido: REsp 1.495.287/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 28/04/2015, DJe 7/5/2015.*

5. Agravo Regimental não provido' (STJ, AgRg no AREsp 826.658/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 25/05/2016).

'Agravo Interno no Recurso Especial. *Indenização Prevista na Lei n. 12.855/2013. Localidades Estratégicas. Ausência de Regulamentação.* Nulidade. Ofensa ao Art. 489, § 1º, do Novo CPC. Não Demonstrada. Honorários Recursais. Art. 85, § 11, do Novo CPC.

(...)

2. A decisão recorrida não destoou da jurisprudência desta Corte Superior, firme no sentido de que 'indenização prevista na Lei 12.855/2013 ainda depende de regulamentação pelo Poder Executivo, de modo que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, fixar o rol de servidores que a ela farão jus nem atribuir-lhes vantagem ou indenização correlatas' (AgRg no AREsp 826.658/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 19/04/2016, DJe 25/05/2016). Precedentes.

(...)

4. Agravo interno a que se nega provimento' (STJ, AgInt no REsp 1.617.046/PR, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 22/11/2016).

A propósito, ainda, as seguintes decisões monocráticas: STJ AREsp 994.721/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 11/10/2016 (trânsito em julgado em 07/11/2016); REsp 1.617.067/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 29/08/2016 (trânsito em julgado em 16/12/2016), RESP 1.571.564/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, DJe de 21/06/2016 (trânsito em julgado em 02/12/2016).

Merece destaque igualmente a posição adotada pelo STF, quando do julgamento do Agravo Regimental no Mandado de Injunção 5.062/DF (Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 06/10/2014), no qual restou decidido não haver previsão constitucional do direito ao recebimento de adicional de penosidade, em virtude de exercício de função em área de fronteira, tal como estabelecido no art. 71 da Lei 8.112/90.

Por oportuno, trago à colação trecho do voto condutor do acórdão, de relatoria do Ministro *Gilmar Mendes*, que consignou o seguinte:

*'In casu, a pretensão do impetrante não possui amparo constitucional, uma vez que a Constituição não prevê o direito, ao servidor público, de recebimento de adicional de penosidade em virtude de exercício de função em área de fronteira. Nesse sentido: MI 5059, Rel. Min. Celso de Mello, DJe 1.4.2014, MI 5062, de minha relatoria, DJe 5.12.2012, e MI 5067, Rel. Min. Rosa Weber, DJe 22.11.2013. A propósito, confira-se a ementa do seguinte julgado desta Corte:*

*'Agravo Regimental no Mandado de Injunção. Servidora Pública Municipal. Alegada Ausência de Norma Regulamentadora do art. 7º, Inc. XXIII, da Constituição da República. Ausência dos Pressupostos de Cabimento. Precedentes. Agravo Regimental ao qual se Nega Provimento' (MI 4551-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 29.5.2013).*

Portanto, não há qualquer direito subjetivo constitucional *cujo exercício esteja sendo obstado por omissão legislativa, requisito indispensável para o processamento do mandado de injunção*. Nesse sentido: MI 2123-AgR/DF, redator para o acórdão Min. Dias Toffoli, DJe 31.7.2013, MI 624/MA, Rel. Min. Menezes Direito, Tribunal Pleno, DJe 28.3.2008, MI 725/RO, de minha relatoria, Pleno, DJe 21.9.2007:

À luz dessa compreensão, o Pretório Excelso negou provimento a Agravos em Recursos Extraordinários interpostos por servidores, que versavam sobre a pretensão de pagamento imediato, independentemente de regulamentação, da Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, prevista na Lei 12.855/2013, como se verifica dos seguintes julgados:

*'(...)' (STF, AgRg no ARE 1.021.861, Rel. Ministro Edson Fachin, Segunda Turma, DJe de 20/10/2017).*

*'(...)' (STF, AgRg no ARE 988.452, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, DJe de 04/04/2017).*

No mesmo sentido do presente voto a conclusão do *Parquet* federal, *in verbis*:

*'Da leitura do texto legal, percebe-se que o legislador conferiu ao Poder Executivo discricionariedade na fixação das localidades estratégicas, desde que observados os critérios elencados nos incisos I e IV do § 2º do art. 1º.*

*Na própria exposição de motivos do Projeto de Lei que originou o referido diploma legal, as autoridades signatárias ressaltam que a definição das localidades estratégicas deve ficar a encargo do Poder Executivo, pois, do contrário, haveria o engessamento destas localidades (posto que só poderiam ser substituídas após o trâmite de novo projeto de lei no Congresso Nacional).*

*(...)*

*Desse modo, procedendo-se à interpretação gramatical e teleológica da norma em questão, conclui-se que a indenização em tela só poderá ser concedida por ato do Poder Executivo, a quem caberá examinar, dentre as unidades Administrativas estabelecidas em Município localizado na fronteira, quais que possuem dificuldades na fixação de pessoal e que, por isso, justificariam a concessão da verba ao servidores que nelas estejam lotados, conforme critérios de oportunidade e conveniência da Administração.*

Aliás, após o ajuizamento da ação ordinária, sobreveio a pretendida regulamentação da indenização pelo Poder Executivo, especificamente quanto aos servidores da carreira da Polícia Federal, consubstanciada no Decreto n. 9.224, de 6 de dezembro de 2017.

*Não cabe, portanto, ao Poder Judiciário, que não possui função legislativa, estabelecer os destinatários da norma em comento' (fls. 1.867/1.869e).*

Por fim, colocando uma 'pá de cal' sobre o tema, o próprio recorrente, a fls. 1.922/1929e, traz aos autos a notícia de que, em 06/12/2017 (DOU de 07/12/2017), a Lei 12.855/2013 veio a ser regulamentada pelos *Decretos* 9.224 (Carreira de Policial Federal e Plano Especial de Cargos do Departamento da Polícia Federal); 9.225 (Carreira de Auditoria-Fiscal do Trabalho); 9.226 (Carreira de Fiscal Federal Agropecuário); 9.227 (Carreira Tributária e Aduaneira da Receita Federal e Plano Especial de Cargos do Ministério da Fazenda), e 9.228 (Carreira de Policial Rodoviário Federal e Plano Especial de Cargos do Departamento da Polícia Rodoviária Federal), tendo sido publicadas, em 20/12/2017, as correspondentes *Portarias* 455, 458, 457, 459 e 456, de 19/12/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, relacionando os Municípios que foram definidos como localidades estratégicas, para fins da percepção da mencionada indenização. Notícia o Sindicato autor, ainda, que foi implantada, em folha de pagamento dos servidores substituídos, a partir de janeiro de 2018, a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, com o seu pagamento, em fevereiro de 2018, referente aos dias trabalhados em dezembro de 2017 e janeiro de 2018 (fl. 1.926e).

De igual modo, a União ratificou tais informações, afirmando que 'já implementou a regulamentação em referência, apresentando a lista dos municípios que justificam o pagamento dessa indenização, considerando-se os critérios estabelecidos na lei: localização em região de fronteira e dificuldade de fixação de efetivo. Não sendo mais possível, destarte, falar em qualquer mora por parte da administração. Além disso, *a regulamentação empreendida comprova que nem todos os municípios localizados em região de fronteira dão ensejo ao pagamento do adicional, justamente porque a lei estabelece um segundo parâmetro a ser considerado: a dificuldade de provimento e manutenção dos cargos na localidade*' (fl. 2.036e).

Com efeito, a definição do que se considera localidade estratégica em região de fronteira, com dificuldade de fixação de pessoal, cabe ao Poder Executivo regulamentar, nos termos expressos da Lei 12.855/2013, e não ao Poder Judiciário.

Dessa forma, é possível que, na regulamentação empreendida, entenda-se que os servidores públicos federais, em exercício em determinados Municípios, ainda que em região de fronteira, não venham a ter direito ao referido adicional em apreço, considerando-se a eventual inexistência de dificuldade de fixação de pessoal nas localidades, o que justifica o tratamento diferenciado.

De fato, há certo limite à atuação do Judiciário, até mesmo para permitir a convivência harmônica e o equilíbrio entre os Poderes, pois seria de todo negativo ao Poder Judiciário que suas decisões fossem descumpridas, por absoluta escassez de recursos. Cabe registrar também a impossibilidade de o Poder Judiciário conceder aumento de vencimentos, com base no princípio da isonomia, a teor do disposto na Súmula Vinculante 37, do Supremo Tribunal Federal ('Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia').

Ante todo o exposto, é de se concluir que a Lei 12.855/2013 não é norma autoaplicável, dependendo de regulamentação, para sua plena eficácia, o que veio a ocorrer em 06/12/2017.

*IV - Tese jurídica firmada, para fins do recurso repetitivo (art. 104-A, III, do RISTJ)*

Para cumprimento do requisito legal e regimental, propõe-se a seguinte tese:

'A Lei 12.855/2013, que instituiu a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, é norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, para definição das localidades consideradas estratégicas, para fins de pagamento da referida vantagem.'

*V - Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)*

*Firmada a tese jurídica, resta o exame do caso concreto.*

*Rejeito a incidência, no caso, da Súmula 7/STJ, invocada nas contrarrazões, pela União, porquanto se discute matéria de direito, que prescinde de análise do conjunto probatório constante dos autos.*

Como visto, o Sindicato recorrente, nas razões do apelo nobre, apontou, como violados, os arts. 1º e 2º da Lei 12.855/2013 e o art. 12, XXV, da Lei 13.080/2015 (Lei Orçamentária de 2015), ao fundamento de que 'a questão pelos dois ângulos aqui expostos: exequibilidade da Lei 12.855/2013 no que tange aos servidores das categorias contempladas lotados nos municípios da região de fronteira e ilegítima omissão da Chefia do Executivo, que se estende por quase três anos, usurpando prerrogativa do Poder Legislativo, emerge a justa composição para lide, que consiste em declarar o direito dos substituídos pelo Recorrente à indenização disposta Lei n. 12.855/2013, desde a data em que entrou em vigor (18/10/2013)' (fl. 427e) e de que o art. 12, XXV, da referida Lei 13.080/2015 – que dispõe sobre a elaboração e execução da Lei Orçamentária de 2015 – 'prevê que será discriminado em categorias de programação específicas as dotações destinadas ao pagamento da indenização de fronteira aos servidores elencados na Lei n. 12.855/2013' (fl. 427e).

*Entretanto, a tese de violação ao art. 12, XXV, da Lei 13.080/2015 não merece ser conhecida, por falta de prequestionamento, incidindo, no caso, a Súmula 211/STJ ('Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo').*

(...)

*Assim sendo, não conheço da alegada violação ao art. 12, XXV, da Lei 13.080/2015, em face da Súmula 211/STJ.*

*A inicial formulou, no mérito, os pedidos de condenação da União a implantar, em folha de pagamento dos substituídos – Agentes, Escrivães e Papiloscopistas da Polícia Federal, lotados e em exercício na Delegacia de Polícia Federal de Foz do Iguaçu –, a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, prevista na Lei 12.855/2013,*

*bem como a pagar os valores retroativos da aludida Indenização, desde a entrada em vigor da referida Lei 12.855/2013, com os acréscimos legais (fls. 26/27e).*

*Quanto ao pedido de implantação, em folha de pagamento dos substituídos, da aludida Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, a pretensão perdeu o seu objeto, porquanto, em face da regulamentação da matéria, quanto à Carreira de Policial Federal e ao Plano Especial de Cargos do Departamento da Polícia Federal, pelo Decreto 9.224, de 06/12/2017, e pela Portaria 455, de 19/12/2017, do Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, informou o próprio recorrente que a aludida Indenização foi implantada, em folha de pagamento dos substituídos, em janeiro de 2018, com o pagamento dos valores referentes aos dias trabalhados em dezembro de 2017 e janeiro de 2018 (fl. 1.926e).*

*Desse modo, em relação a tal pedido, o recurso está prejudicado. Por outro lado, sobrevive o pedido do recorrente, em relação à percepção dos atrasados, desde a entrada em vigor da Lei 12.855/2013, ainda que tenha sido ela regulamentada, em dezembro de 2017.*

*Sem razão, contudo.*

*Com efeito, conquanto a indenização ora pleiteada já fosse prevista, em norma de eficácia limitada, desde 2013, certo é que o pagamento dessa vantagem só é possível a partir da sua regulamentação, porquanto inexistente previsão legal autorizando o pagamento retroativo da vantagem. Ou seja, a norma que criou a vantagem carece de autoaplicabilidade, e, tendo em vista que a Administração Pública submete-se ao princípio da reserva legal, só pode agir nos estritos limites permitidos pelo legislador.*

*De fato, revisitando a fundamentação do veto da Presidência da República ao art. 5º da Lei 12.855/2013 ('Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos a partir de 1º de janeiro de 2013'), observa-se que ele se deu justamente porque 'a aplicação retroativa da medida, tal qual determinada pelo dispositivo, ocorreria sem o devido respaldo orçamentário. Além disso, em contrariedade ao interesse público, a vigência imediata, com efeitos retroativos, ignora a necessidade de regulamentação da matéria, quanto às localidades estratégicas abrangidas, assim como sua natureza indenizatória.'*

*Nesse sentido, já se firmou a jurisprudência desta Casa, no julgamento de casos análogos:*

*'Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Enunciado Administrativo n. 02/STJ. Servidor Público Federal. Legitimidade Recursal do Ministério Público. Inteligência da Súmula 99/STJ e art. 499, § 2º, do CPC/1973. Precedentes do STF e do STJ. Pretensão de Recebimento do Adicional de Atividade Penosa Desde o Início do Exercício na Localidade. Art. 71 da Lei 8.112/1990. Impossibilidade. Norma que Carece de Eficácia Plena e Imediata. Necessidade de Regulamentação. Pretensão de Atribuição de Efeitos Retroativos à Portaria PGR/MPU 633/2010. Malversação de Preceito não Enquadrado no Conceito de Tratado ou Lei Federal. Impossibilidade. Precedentes. Agravo Regimental não Provido.*

(...)

2. Busca o autor, servidor público do quadro de pessoal do Ministério Público Federal, o reconhecimento do seu direito à percepção do adicional de atividade penosa, previsto no art. 71 da Lei 8.112/1990, durante o período em que ainda não existia regulamentação específica no âmbito daquele órgão acerca de tal vantagem.

3. O art. 71 da Lei 8.112/1990, ao regulamentar o direito ao adicional de atividade penosa, dispõe que 'o adicional de atividade penosa será devido aos servidores em exercício em zonas de fronteira ou em localidades cujas condições de vida o justifiquem, nos termos, condições e limites fixados em regulamento'. Desse modo, conclui-se que o suporte fático necessário para a garantia do adicional de penosidade vai muito além do trabalho em zona de fronteira ou em localidades que o justifiquem, dependendo de termos, condições e limites previstos em regulamento. Portanto, ao passo em que a Lei 8.112/1990 garante o adicional de penosidade para todos os servidores em exercício em local que o justifique, essa mesma Lei não possui todas as condições normativas para a imediata concessão desse adicional, de modo que tal vantagem não pode ser concedida apenas com base na Lei 8.112/1990.

(...)

5. *Não há disposições na Lei 8.112/1990 pela retroação dos efeitos consequentes da normatização do adicional de penosidade. A Lei 8.112/1990: i) criou o adicional de atividade penosa; ii) o garantiu aos servidores que trabalhem em local que o justifique; e iii) asseverou que as condições para o deferimento do adicional serão regulamentadas especificamente. Tendo em vista essas disposições, não se encontram omissões legislativas no presente caso, mas sim opção de condicionar o adicional de penosidade à observação de regulamento específica.*

6. *O Superior Tribunal de Justiça, em hipótese semelhante, já se manifestou pela impossibilidade dos servidores públicos receberem valores retroativos decorrentes da regulamentação de regimes jurídicos ao asseverar que: i) normas de eficácia condicionada (limitada) não são auto-aplicáveis; ii) não é possível conceder eficácia retroativa à regulamentação quando inexistente norma legal; iii) a Administração Pública só pode realizar o que lhe é permitido por lei. Precedente: RMS 20.118/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 539.*

7. *Agravo regimental não provido' (STJ, AgRg no REsp 1.491.890/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/08/2016).*

*'Administrativo - Servidor Público Estadual Inativo. Implantação do Regime da Lei Estadual n. 3.893/2002. Regulamentação Posterior. Pagamento Retroativo à Data da Vigência da Lei. Impossibilidade. Diploma Legal*

*Condicionado à Regulamentação. Princípio da Legalidade Estrita. Obediência. Inexistência de Direito Líquido e Certo - Recurso Desprovido.*

I - A Lei Estadual n. 3.893/2002 ao dispor sobre a unificação e a reestruturação dos quadros de pessoal e instituir a carreira de serventário do Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro, determinou em seu art. 17 formação de Comissão Paritária para regulamentação e fixou no art. 21 *vacatio legis* de 90 (noventa) dias, para sua entrada em vigor.

II - *Tratando-se de norma de eficácia condicionada à edição de regulamento, não há que se falar na auto-aplicabilidade da referida Lei estadual, a partir de sua entrada em vigor, muito menos em imprimir efeitos retroativos aos valores da reestruturação posteriormente regulamentada em junho de 2003, sem expressa previsão legal.*

III - *No direito público vigora o princípio da legalidade estrita, segundo a qual '...na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza.'*

IV - *Inexistência de direito líquido e certo ao recebimento retroativamente a 11 de novembro de 2002, dos efeitos financeiros da aplicação da Lei Estadual 3.893/2002,*

V - *Recurso conhecido e desprovido'* (STJ, RMS 20.118/RJ, Rel. Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, DJU de 06/08/2007).

*Desse modo, não há falar, no caso, em percepção de atrasados, desde a entrada em vigor da Lei 12.855/2013.*

Pelo exposto, no caso concreto, conheço, em parte, do Recurso Especial, julgo-o prejudicado, quanto ao pedido de implantação, em folha de pagamento dos substituídos, da Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, e, quanto ao remanescente, nego-lhe provimento.

(...)

#### CONCLUSÃO

Em face do exposto, proponho seja firmada a seguinte tese: '*A Lei 12.855/2013, que instituiu a Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, é norma de eficácia condicionada à prévia regulamentação, para definição das localidades consideradas estratégicas, para fins de pagamento da referida vantagem'*

Quanto ao caso concreto, conheço, em parte, do Recurso Especial, julgo-o prejudicado, quanto ao pedido de implantação, em folha de pagamento dos substitutos, da Indenização por Trabalho em Localidade Estratégica, e, quanto ao remanescente, nego-lhe provimento. (fls. 2.184/2.211e).

Sendo assim, não obstante ter sido deferido, em um primeiro momento, a possibilidade de sustentação oral ao *amicus curiae*, a ausência da sustentação oral não prejudicou a análise da controvérsia e o julgamento do feito, tendo havido o

enfrentamento de todos os pontos necessários ao julgamento da lide, sob todos os enfoques apresentados pelas partes e pela própria CONDSEF.

Ademais, *por não ser a CONDSEF parte, nos autos*, mas figurar como “amiga da Corte”, não há falar em nulidade, pelo desatendimento ao contido no art. 272 do CPC vigente, mesmo porque ela teve ciência do acórdão e opôs os Declaratórios dentro do prazo legal:

Art. 272. Quando não realizadas por meio eletrônico, consideram-se feitas as intimações pela publicação dos atos no órgão oficial.

§ 2º *Sob pena de nulidade, é indispensável que da publicação constem os nomes das partes e de seus advogados, com o respectivo número de inscrição na Ordem dos Advogados do Brasil, ou, se assim requerido, da sociedade de advogados.*

E, ainda que se pudesse vislumbrar – o que não é o caso, em face de sua peculiaridade –, qualquer nulidade processual, esta exigiria, para a sua decretação, a comprovação de efetivo prejuízo concreto à parte que suscita o vício, pois não se declara nulidade por mera presunção (*pas de nullité sans grief*).

De fato – e ao contrário do que assevera a ora embargante nas razões do presente recurso –, nos termos da maciça jurisprudência desta Corte, firmada à luz do art. 249, § 1º, do CPC/73 (art. 282, § 1º, do CPC/2015), a decretação de nulidade de atos processuais depende da comprovação de efetivo prejuízo, ônus do qual a CONDSEF não se desincumbiu. A propósito, entre inúmeros, o seguinte precedente: STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.591.085/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe de 20/11/2017.

Em verdade, por não ser parte, mas figurar como “auxiliar do juízo”, a CONDSEF deveria ter demonstrado que a ausência de sustentação oral gerou real prejuízo *para o Juízo* – e não para si ou para seus representados, como afirma –, obrigação que, como se vê de suas razões recursais (fls. 2.220/2.223e), não logrou êxito em cumprir.

Com efeito, é preciso diferenciar o *interesse institucional*, essencial a quem pretenda intervir como *amicus curiae*, em processo alheio, com o fim de *esclarecer* as questões relacionadas à matéria controvertida, do *interesse jurídico* que nutre quem somente pretenda ver um determinado posicionamento ser vencedor.

Na hipótese em exame, registre-se que a própria embargante confessa, expressamente, que “o prejuízo da CONDSEF é manifesto, visto que não

teve a oportunidade de efetivar sustentação oral no momento oportuno, em feito cuja matéria é de extrema relevância e que afeta parte significativa de seus representados” (fl. 2.223e), divorciando-se, assim, do objetivo precípua dessa singular espécie de intervenção e atestando a inexistência de interesse institucional da embargante em auxiliar a Corte.

Ou seja, por qualquer ângulo que se possa analisar a questão, embora tenha sido, em um primeiro momento, franqueada a possibilidade de a CONDSEF sustentar oralmente, verifica-se que, para a realização do julgamento, não era indispensável sua presença, seja por não se tratar de direito absoluto, de vez que a presença do *amicus curiae*, embora conveniente, não é indispensável para a validade do ato, seja por não ter o incidente gerado prejuízo para o Juízo, de vez que foram apreciadas todas as questões suscitadas pelas partes e pela própria CONDSEF, em momento oportuno.

Assim, na específica hipótese em exame, em face de sua peculiaridade, o fato de não ter sido oportunizada a sustentação oral ao *amicus curiae* não configura nulidade – como defende a embargante –, especialmente em virtude do singular papel exercido pelo *amicus curiae* na formação dos precedentes – cuja intervenção, reforça-se, não é obrigatória –, de modo que não há falar em qualquer omissão ou vício, no julgamento realizado em 28/11/2018.

Por fim – e a título meramente ilustrativo –, registra-se que, ao contrário do que agora pretende fazer crer, ao requerer, inicialmente, seu ingresso no feito, como *amicus curiae* (fls. 1.430/1.442e), a CONDSEF manifestou seu interesse na defesa da tese meritória, deixando, contudo, de fazer qualquer pedido ou demonstrar interesse em realizar sustentação oral. Da mesma forma, ainda que intimada da decisão de fls. 1.879/1.881e – que admitiu seu ingresso na lide, como *amicus curiae* –, deixou ela transcorrer, *in albis*, o prazo de 15 (quinze) dias, concedido, naquela ocasião, para oferecer manifestação ou ratificar a peça já acostada (fl. 1.881e).

Observa-se, portanto, que não há qualquer omissão, contradição, obscuridade

ou erro material, que permita anular o julgamento do Recurso Especial repetitivo, realizado na sessão de 28/11/2018.

Pelo exposto, à míngua de vícios, *rejeito* os Embargos Declaratórios.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.631.021 - PR (2016/0264668-4)**

---

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Azauri Geraldo Camargo

Advogado: Rose Mary Grahl e outro(s) - PR018430

Recorrido : Instituto Nacional do Seguro Social

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - “Amicus Curiae”

Advogados: Gisele Lemos Kravchychyn e outro(s) - SC018200

Diego Henrique Schuster - RS080210

Interes.: Confederação Brasileira de Aposentados, Pensionistas e Idosos - “Amicus Curiae”

Advogado: Gabriel Dornelles Marcolin e outro(s) - RS076643

---

**EMENTA**

Previdenciário. Recurso Especial Representativo de Controvérsia. Reconhecimento do Direito Adquirido ao Benefício Mais Vantajoso. Equiparação ao Ato de Revisão. Incidência do Prazo Decadencial. Artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991. Tema 966. Recurso Especial não Provido.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento de um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

2. Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial.

3. No âmbito da previdência social, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.

4. O direito ao benefício mais vantajoso, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador segurado, deve ser exercido por seu titular nos dez anos previstos no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991. Decorrido o decênio legal, acarretará a caducidade do próprio direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, no prazo previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

5. O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso equipara-se ao ato revisional e, por isso, está submetido ao regramento legal. Importante resguardar, além da segurança jurídica das relações firmadas com a previdência social, o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

*6. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: sob a exegese do caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991, incide o prazo decadencial para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.*

7. Recurso especial do segurado conhecido e não provido. Observância dos artigos 1.036 a 1.041 do CPC/2015.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da *Primeira Seção* do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, conheceu do recurso especial do segurado e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencidos a Sra. Ministra Regina Helena Costa e o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho.” Os Srs. Ministros Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 13 de fevereiro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto por Azauri Geraldo Camargo contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Previdenciário. Decadência. Direito Adquirido ao Melhor Benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício".

Em suas razões de recurso especial, sustenta o recorrente, em suma, a não ocorrência do instituto da decadência, porquanto não se trata de mera revisão de benefício previdenciário, mas de reconhecimento do melhor benefício, adquirido e incorporado ao seu patrimônio jurídico, combinando o artigo 103 da Lei de Benefícios com o artigo 6º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro.

O prazo para o Instituto Nacional do Seguro Social- INSS apresentar contrarrazões decorreu *in albis*.

Noticiam os autos que Azauri Geraldo Camargo ajuizou ação em face do INSS, objetivando o reconhecimento do direito à aposentadoria com base na Lei 6.950/1981, renunciando sua aposentadoria por tempo de contribuição, alegando ser mas vantajosa.

A sentença rejeitou o pedido, nos termos do artigo 269, IV, do CPC/1973, em razão da decadência do direito.

A parte autora, ora recorrente, apelou, tendo o Tribunal *a quo*, por intermédio do Desembargador Federal Relator, em decisão embasada no § 1º-A do artigo 557 do CPC/1973, dado provimento à apelação, determinando o retorno dos autos ao primeiro grau de jurisdição, para apreciação do pedido.

Contra essa decisão, o INSS interpôs agravo interno, o autor, ora recorrente, opôs embargos de declaração.

O Tribunal *a quo* negou provimento aos embargos de declaração e ao agravo interno, nos termos da seguinte ementa:

Embargos de Declaração e Agravo. Omissão. Art. 515, § 3º, CPC. Não Aplicação. Art. 557 do CPC. Decadência.

1. A natureza reparadora dos embargos de declaração permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal.

2. A aplicação do § 3º do artigo 515 do CPC pressupõe, em regra, o julgamento imediato da lide na hipótese da causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

3. O Superior Tribunal de Justiça “já firmou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória n. 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei n. 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor” (AgRg no Ag 846849. 5ª Turma do STJ. Relator Min. Jorge Mussi. DJE 03/03/2008).

Contra esse acórdão, o Instituto Nacional do Seguro Social interpôs recurso extraordinário.

O Presidente do Tribunal *a quo* determinou o retorno dos autos à Turma julgadora para proceder a novo exame do agravo interno do INSS, consoante determinado no artigo 543-B, § 3º, do CPC/1973, tendo em vista o entendimento adotado pelo STF ao apreciar o Tema 313 da sistemática da repercussão geral.

A Turma julgadora, ao exercer o juízo de adequação, reconheceu a decadência, nos termos da ementa transcrita à fl. 1 deste voto.

Contra esse acórdão, Azauri Geraldo Camargo, ora recorrente, opôs embargos de declaração, que foram parcialmente acolhidos.

Interpostos recurso especial e recurso extraordinário por Azauri Geraldo Camargo, ambos admitidos pelo Presidente do Tribunal *a quo*, ascendendo os autos ao STJ, distribuídos a este Relator que propôs afetação ao rito dos recursos especiais repetitivos, acolhida pela egrégia Primeira Seção, em 23/11/2016, com publicação no DJe de 1º/12/2016.

Após, colheu-se o parecer do Ministério Público Federal, que é pelo provimento do presente recurso e para que seja firmada a orientação, em sede de recurso repetitivo, de que não incide o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, na hipótese de direito adquirido ao melhor benefício.

Admitiu-se nos autos o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário \_ IBDP\_ e a Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas \_ COBAP\_ como *amici curiae*.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Inicialmente cumpre dizer que recai sobre o presente recurso especial o Enunciado Administrativo 3/STJ o qual dispõe *in verbis*: “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC”.

O presente recurso especial preenche os pressupostos de conhecimento e o tema central está prequestionado. Conheço do recurso.

Cinge-se a controvérsia em saber se o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é aplicável aos casos de requerimento de um benefício previdenciário mais vantajoso, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

O requerente sustenta ter direito adquirido ao melhor benefício, isto é, a uma aposentadoria mais vantajosa, direito esse que, no seu entender, não estaria alcançado pelo prazo decadencial decenal.

A matéria tem relevância social, porque pode influir na situação jurídica de um grande número de segurados do INSS e há multiplicidade de recursos com idêntica tese jurídica. Sob esse enfoque, a tese jurídica tornou-se representativa da controvérsia.

A previdência social, como conjunto de prestações sociais, exerce relevante papel no cumprimento dos objetivos constantes no artigo 3º, I, II e III, da Constituição da República de 1988. O equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral de Previdência Social é promovido e coberto também pelas contribuições previdenciárias vertidas pelos segurados. Nos claros termos do *caput* do artigo 195 e parágrafo único do artigo 194 da Constituição, a previdência social deve ser financiada por toda a sociedade e de forma equitativa.

Os direitos sociais previstos constitucionalmente são normas de ordem pública, com a característica de imperativas, invioláveis. São direitos fundamentais que demandam atuações positivas do Estado, que deverão ser

concretizadas para melhoria da condição de vida dos indivíduos.

A relação jurídica que envolve a prestação previdenciária está lastreada na necessidade do trabalhador que se depara com uma situação de risco social. No caso, é a perda da capacidade laboral que deve ser protegida e reparada pela previdência social, por intermédio da concessão da aposentadoria, conceituada como um direito social fundamental do homem.

Muitas das vezes, quase em sua totalidade de situações, as prestações previdenciárias compõem o mínimo existencial do cidadão brasileiro. O Estado brasileiro comprometeu-se a cumprir com o dever de observar os princípios da implementação progressiva dos direitos sociais e da proibição do retrocesso social, possibilitando ao Poder Judiciário determinar prestações que possam recompor o estado de risco social, em que o segurado encontra-se.

O professor Paulo Bonavides, em seu Curso de Direito Constitucional, p. 657, afirma que os direitos sociais elevam-se, em nosso direito constitucional positivo, à natureza de cláusulas pétreas, consoante artigo 60 da Carta Magna.

Conforme leciona Wladimir Novaes Martinez, em Princípios de Direito Previdenciário, p. 124, a prestação previdenciária, desde sua criação, vem sendo justificada como prolongamento da remuneração do trabalhador, aferida em função desta e abrangente das relações trabalhistas.

O direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, no formato da lei vigente à época.

Em relação à sistemática de quantificação dos benefícios previdenciários, é fundamental compreender a divisão metodológica das três etapas básicas do cálculo. Na primeira fase, são identificados os salários de contribuição que integram o período básico de cálculo; na segunda, apura-se uma média dos salários de contribuição com a devida correção monetária, da qual resulta o salário de benefício; em terceiro momento, aplica-se o coeficiente estabelecido na Lei Previdenciária sobre o salário de benefício, resultando em uma renda mensal inicial, a qual corresponde ao valor do benefício que será concedido até o primeiro reajuste.

### **Da Natureza Jurídica do Prazo Previsto no *Caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991**

O *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 assim dispõe *in verbis*:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.

Parágrafo único. Prescreve em cinco anos, a contar da data em deveriam ter sido pagas, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil.

Os institutos da decadência e da prescrição, é bem verdade, são bem delineados pela doutrina e jurisprudência. Todavia, foram e são passíveis de questionamento quanto à sua configuração no caso concreto.

Sob a perspectiva da hermenêutica, colhe-se importante lição de Daniel Machado da Rocha e João Baltazar Junior, tendo em conta a finalidade alimentar das prestações previdenciárias, de que a regra de decadência e prescrição recebem certo temperamento próprio dos direitos indisponíveis.

O Direito como ciência assegura estabilidade e segurança nas situações jurídicas, mostrando-se o prazo uma importante ferramenta para o exercício de direitos em tempo hábil.

A clássica distinção entre os institutos está em que a decadência refere-se ao direito potestativo do titular, preocupa-se com a inércia de seu beneficiário, diz respeito ao fundo do direito. A prescrição volta-se às parcelas oriundas desse direito, refere-se ao crédito propriamente dito.

O legislador, com efeito, atribuiu ao *caput* do artigo 103 a natureza decadencial do prazo para o exercício do direito em revisar o ato de concessão do benefício, embora muitos estudiosos do tema, incluindo magistrados atuantes da área previdenciária, entendam ser o prazo prescricional.

A despeito de ambos os institutos terem sofrido alterações, notadamente quanto à possibilidade de suspensão, interrupção e renúncia, Câmara Leal sugere uma reflexão bastante plausível e atual, a saber *in verbis*:

É de decadência o prazo estabelecido pela lei, ou pela vontade unilateral ou bilateral, quando prefixado ao exercício do direito pelo seu titular. E é de prescrição, quando fixado, não para o exercício do direito, mas para o exercício por meio de ação, originando-se ambos do mesmo fato, de modo que o exercício da ação representa o próprio exercício do direito, o prazo estabelecido para a

ação deve ser tido como prefixado ao exercício do direito, sendo, portanto, de decadência, embora aparentemente se afigure de prescrição (Câmara Leal, "Da prescrição e da decadência", 1ª edição, páginas 133 e 134)

A reflexão proposta por Câmara Leal é bastante esclarecedora, porque há situações em que a ação representa o próprio exercício do direito e sendo o direito ao benefício previdenciário um direito potestativo, do qual surge para o INSS uma obrigação de fazer, as revisões que o envolvem também incluem-se na natureza potestativa.

Em razão da natureza do direito tutelado ser potestativo, o prazo de dez anos para se revisar o ato de concessão é decadencial. Assim, o direito de revisar, tido como direito potestativo, decai em dez anos. Todavia, há uma segunda reflexão importante decorrente do *caput* do artigo 103 acerca de sua incidência sobre o direito subjetivo, potestativo e adquirido ao melhor benefício previdenciário. Isto porque, há o direito ao benefício em si e o direito a revisar o benefício, concedido por intermédio de ato administrativo, oriundo do procedimento de concessão.

Portanto, consiste este o desafio da presente tese jurídica representativa da controvérsia: o direito à aposentadoria mais vantajosa, garantida pela Lei Previdenciária e atos normativos complementares, a ser concretizado em prestações mensais, pode ser atingido pelo decurso do tempo, de modo a caducar?

### **Breves Apontamentos Doutrinários Acerca da Decadência Previdenciária**

Acerca do instituto da decadência, colhe-se a lição de Fábio Zambitte Ibrahim, em seu Curso de Direito Previdenciário, 20ª edição, *in verbis*:

A decadência, como visto, fulmina o direito, excluindo por via indireta qualquer possível pretensão do interessado. Todavia, é fundamental lembrar-se que tal hipótese esbarra na garantia constitucional do direito adquirido, que não pode ser aviltado pela lei, a qual, por sua vez, evidentemente não poderá fixar prazos para seu exercício.

A decadência somente poderá atingir direitos potestativos abstratamente considerados, nunca o direito concreto, individualizado, já integrado ao patrimônio jurídico do segurado da Previdência Social, sob pena de desrespeito à Constituição.

Igualmente pertinentes são os ensinamentos de Simone Barbisan Fortes e Leandro Paulsen, em obra doutrinária intitulada *Direito da Seguridade Social*, Editora Livraria do Advogado, 1ª edição, *in verbis*:

Todavia, é preciso que se frise que seu objeto, até mesmo em face dos princípios da hipossuficiência e da protetividade dos segurados, é bastante limitado, atingindo exclusivamente a revisão do ato de concessão de benefício.

Portanto, não há decadência do direito ao benefício, já que o dispositivo legal determina sua incidência quando em discussão revisão de ato concessório, isto é, de benefício já em manutenção.

Daí decorre que o segurado pode, a qualquer tempo, requerer, judicial ou administrativamente, benefício cujo direito tenha sido adquirido há bem mais de 10 anos.

Por outro lado, discussões no entorno do benefício previdenciário ou de sua renda, que sejam posteriores ao ato de concessão também ficam fora do prazo decadencial, como, por exemplo, aquelas pertinentes ao reajustamento de benefícios previdenciários.

Resta, portanto, como único objeto do prazo decadencial, a matéria pertinente ao cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários: tem-se, aqui, um benefício concedido, e a discussão envolve revisão de um elemento do ato de concessão, qual seja, a fixação da renda mensal inicial da prestação.

### **A Decadência Previdenciária no Superior Tribunal de Justiça**

No que toca à decadência para o segurado revisar seu benefício, cumpre elucidar que no STJ o tema foi objeto dos Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, ambos da Relatoria do Ministro Herman Benjamin, submetidos ao rito do artigo 543-C do CPC/1973, tendo a 1ª Seção assim decidido, *in verbis*:

Previdenciário. Matéria Repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos Representativos de Controvérsia (REsps 1.309.529/PR e 1.326.114/SC). Revisão do Ato de Concessão de Benefício Previdenciário Pelo Segurado. Decadência. Direito Intertemporal. Aplicação do Art. 103 da Lei 8.213/91, com a Redação dada pela MP 1.523-9/1997, aos Benefícios Concedidos Antes desta Norma. Possibilidade. Termo *a Quo*. Publicação da Alteração Legal. Agravo Regimental. Indeferimento de Intervenção como *Amicus Curiae* e de Sustentação Oral. 'Agravo Regimental da CFOAB.

1. O Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (CFOAB) opôs Agravo Regimental contra decisão que não o admitiu como "amicus curiae".

2. O CFOAB possui, no caso, interesse jurídico abstrato, e a pretensão de defesa da segurança jurídica não se coaduna com o instituto do “amicus curiae”, que exige a representatividade de uma das partes interessadas ou a relação direta entre a finalidade institucional e o objeto jurídico controvertido. Precedentes do STJ.

3. Agravo Regimental da CFOAB não provido.

*Agravo Regimental da COBAP*

4. A Confederação Brasileira de Aposentados e Pensionistas (Cobap), admitida no feito na condição de “amicus curiae”, apresentou Agravo Regimental contra o indeferimento de sustentação oral.

5. A Corte Especial definiu, em Questão de Ordem examinada no REsp 1.205.946/SP (Rel. Min. Benedito Gonçalves, sessão de 17.8.2011), que o “amicus curiae” não tem direito à sustentação oral.

6. De acordo com os arts. 543-C, § 4º, do CPC e 3º, I, da Resolução STJ 8/2008, antes do julgamento do Recurso Especial admitido como representativo da controvérsia, o Relator poderá autorizar a manifestação escrita de pessoas, órgãos ou entidades com interesse no debate.

7. Agravo Regimental da Cobap não provido.

*Matéria Submetida ao Regime do art. 543-C do CPC*

8. Trata-se de pretensão recursal do INSS, com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O. 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

9. Dispõe a redação supracitada do art. 103: ‘É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.’

*Situação Análoga — Entendimento da Corte Especial*

10. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que «o prazo previsto na Lei n. 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei» (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, ale 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, D, 1 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, DJ 14.11.2005.

*O Objeto do Prazo Decadencial*

11. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

12. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

13. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

14. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

*Resolução da Tese Controvertida*

15. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

16. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento, com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios, de que 'o termo inicial do prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)' (RESP 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

*Caso Concreto*

17. Concedido, no caso específico, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de revisão de ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

18. Agravos Regimentais não providos e Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ."

(REsp 1.309.529/PR, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/6/2013)

Previdenciário. Matéria Repetitiva. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008. Recursos Representativos de Controvérsia (REsps 1.309.529/PR E 1326.114/SC). Revisão do Ato de Concessão de Benefício Previdenciário pelo Segurado.

Decadência. Direito Intertemporal. Aplicação do Art. 103 da Lei 8.213/1991, com a Redação dada pela MP 1.523-9/1997 aos Benefícios Concedidos antes desta Norma. Possibilidade Termo a *Quo* Publicação da Alteração Legal. Matéria Submetida ao Regime do Art. 543-C do CPC

1. Trata-se de pretensão recursal do INSS com o objetivo de declarar a decadência do direito do recorrido de revisar benefícios previdenciários anteriores ao prazo do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997 (D.O.0 28.6.1997), posteriormente convertida na Lei 9.528/1997, por ter transcorrido o decênio entre a publicação da citada norma e o ajuizamento da ação.

2. Dispõe a redação supracitada do art. 103: 'É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tornar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo.'

*Situação Análoga — Entendimento da Corte Especial*

3. Em situação análoga, em que o direito de revisão é da Administração, a Corte Especial estabeleceu que 'o prazo previsto na Lei n° 9.784/99 somente poderia ser contado a partir de janeiro de 1999, sob pena de se conceder efeito retroativo à referida Lei' (MS 9.122/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Corte Especial, ale 3.3.2008). No mesmo sentido: MS 9.092/DF, Rel. Ministro Paulo Gallotti, Corte Especial, DJ 25.9.2006; e MS 9.112/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Corte Especial, D.I 14.11.2005.

*O Objeto do Prazo Decadencial*

4. O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios, e não o direito ao benefício previdenciário.

5. O direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

6. Já o direito de revisão do benefício consiste na possibilidade de o segurado alterar a concessão inicial em proveito próprio, o que resulta em direito exercitável de natureza contínua sujeito à alteração de regime jurídico.

7. Por conseguinte, não viola o direito adquirido e o ato jurídico perfeito a aplicação do regime jurídico da citada norma sobre o exercício, na vigência desta, do direito de revisão das prestações previdenciárias concedidas antes da instituição do prazo decadencial.

*Resolução da Tese Controvertida*

8. Incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, no direito de

revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência (28.6.1997).

9. No mesmo sentido, a Primeira Seção, alinhando-se à jurisprudência da Corte Especial e revisando a orientação adotada pela Terceira Seção antes da mudança de competência instituída pela Emenda Regimental STJ 14/2011, firmou o entendimento — com relação ao direito de revisão dos benefícios concedidos antes da Medida Provisória 1.523-9/1997, que alterou o *caput* do art. 103 da Lei de Benefícios — de que ‘o termo inicial de prazo de decadência do direito ou da ação visando à sua revisão tem como termo inicial a data em que entrou em vigor a norma fixando o referido prazo decenal (28.6.1997)’ (RE:SP 1.303.988/PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, DJ 21.3.2012).

#### *Caso Concreto*

10. Concedido, *in casu*, o benefício antes da Medida Provisória 1.523-9/1997 e havendo decorrido o prazo decadencial decenal entre a publicação dessa norma e o ajuizamento da ação com o intuito de rever ato concessório ou indeferitório, deve ser extinto o processo, com resolução, de mérito, por força do art. 269, IV, do CPC.

11, Recurso Especial provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ.

(REsp 1.326.114/SC, Primeira Seção, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 13/5/2013)

Depreende-se dos fundamentos extraídos dos citados representativos da controvérsia que o escopo do prazo decadencial contido no dispositivo em comento é estabilizar em dez anos as relações jurídicas entre os segurados e a previdência social, evitando a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário a qualquer tempo.

Igualmente, é possível extrair dos citados representativos da controvérsia mais duas assertivas relevantes para o presente julgamento: 1<sup>a</sup>) o suporte de incidência do prazo decadencial previsto no artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito ao benefício previdenciário em si; 2<sup>a</sup>) o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico e não é possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção.

A revisão do ato de concessão do benefício previdenciário, no âmbito do STJ, abarca toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetidos à Administração previdenciária, quando do requerimento do benefício.

Nesse sentido precedente da Segunda Turma de minha Relatoria:

Previdenciário. Embargos de Declaração. Recurso Especial. Aposentadoria por Tempo de Serviço/Contribuição. Revisão da Renda Mensal Inicial. Cômputo

de Tempo Rural. Decadência. Não Ocorrência. Tema não Apreciado pela Administração Previdenciária Quando Concedido o Benefício. Embargos de Declaração do Segurado Rejeitados.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício em razão de tempo rural não computado, tema não apreciado pela Administração. Por isso não há falar em decadência.

4. Omissão não verificada quanto ao termo inicial do prazo decadencial, uma vez que, no presente caso, afastou-se por completo a decadência para o segurado revisar a renda mensal inicial de seu benefício.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.429.312/SC, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 3/9/2015)

Especificamente, quanto ao direito de revisão do ato concessório do benefício, o STJ tem precedentes no sentido de que a decadência prevista no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não alcança questões que não foram resolvidas no ato administrativo de concessão do benefício, porquanto o prazo decadencial limita-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir tema não apreciado pela Administração.

Nesse sentido:

Previdenciário. Recurso Especial. Aposentadoria por Tempo de Serviço. Revisão da Renda Mensal Inicial. IRSM de Fevereiro/94. Decadência. Não Ocorrência. Termo Inicial. Data da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, Convertida na Lei 10.999/2004. Recurso Especial Conhecido e não Provido.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 *caput* da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no

requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício pela aplicação integral do IRSM de fevereiro/1994 porque a Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004, expressamente garantiu a revisão dos benefícios previdenciários pela inclusão de tal índice no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994. O presente caso não envolve revisão do ato administrativo que analisou o pedido de deferimento da prestação previdenciária.

4. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser a edição da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. A ação neste caso foi ajuizada em 11/10/2011, portanto, não se passaram mais de dez anos entre o termo inicial e o ajuizamento da ação.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.798/RS, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/5/2015)

Previdenciário. Benefício Previdenciário. Decadência. Não Ocorrência. Prescrição. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/91.

1. Hipótese em que se consignou que “a decadência prevista no artigo 103 da Lei 8.213/91 não alcança questões que não restaram resolvidas no ato administrativo que apreciou o pedido de concessão do benefício. Isso pelo simples fato de que, como o prazo decadencial limita a possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não pode atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração”.

2. O posicionamento do STJ é o de que, quando não se tiver negado o próprio direito reclamado, não há falar em decadência. In casu, não houve indeferimento do reconhecimento do tempo de serviço exercido em condições especiais, uma vez que não chegou a haver discussão a respeito desse pleito.

3. Efetivamente, o prazo decadencial não poderia alcançar questões que não foram aventadas quando do deferimento do benefício e que não foram objeto de apreciação pela Administração. Por conseguinte, aplica-se apenas o prazo prescricional, e não o decadencial. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.407.710/PR, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 22/5/2014)

No presente momento, referida tese tornou-se representativa da controvérsia. Foram afetados ao rito dos recursos especiais repetitivos o Recurso Especial 1.644.191/RS e o Recurso Especial 1.648.336/RS, que se tornaram o Tema 975: “questão atinente à incidência do prazo decadencial sobre o direito de revisão do ato de concessão de benefício previdenciário do regime geral (art.

103 da Lei 8.213/1991), nas hipóteses em que o ato administrativo da autarquia previdenciária não apreciou o mérito do objeto da revisão”.

Ainda, o STJ, em casos de superveniência de sentença trabalhista ao ato de concessão, reconhecendo vínculos de trabalho, com trânsito em julgado após o decênio legal, tem afastado o prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991.

Ilustrativamente:

Previdência Social. Trânsito em Julgado de Sentença Trabalhista, Posterior ao Deferimento do Benefício, Repercutindo na Base de Cálculo Deste.

Hipótese em que o prazo de decadência do direito à revisão do ato de concessão do benefício flui a partir do trânsito da sentença trabalhista.

Recurso especial conhecido, mas desprovido.

(REsp 1.309.086/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Ari Pargendler, DJe 10/9/2013)

Importante ressaltar que o STJ assentou o entendimento de que, para adequação de benefícios previdenciários aos tetos constitucionais, consoante Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, não há falar em decadência.

Nesse sentido:

Processual Civil. Embargos de Declaração. Benefício Previdenciário. Revisão do Pedido de IRSM/1994. Decadência. Aplicação do art. 103 da Lei 8.213/1991. Esclarecimento Quanto à não Incidência do Referido Dispositivo nas Pretensões de Aplicação dos Tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

1. O prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 aplica-se somente aos casos em que o segurado busca a revisão do ato de concessão do benefício previdenciário.

2. Por conseguinte, não incide a decadência prevista no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/1991 nas pretensões de aplicação dos tetos das Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003 a benefícios previdenciários concedidos antes dos citados marcos legais, pois consubstanciam mera revisão das prestações supervenientes ao ato de concessão.

3. A Instrução Normativa INSS/PRES 45, de 6 de agosto de 2010, corrobora tal entendimento: “art. 436. Não se aplicam às revisões de reajustamento e às estabelecidas em dispositivo legal, os prazos de decadência de que tratam os arts. 103 e 103-A da Lei 8.213, de 1991”.

4. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 564.354/SE, submetido à sistemática da repercussão geral, nos termos art. 543-B, § 3º, do

CPC, afirmou que “não ofende o ato jurídico perfeito a aplicação imediata do art. 14 da Emenda Constitucional n. 20/1998 e do art. 5º da Emenda Constitucional n. 41/2003 aos benefícios previdenciários limitados a teto do regime geral de previdência estabelecido antes da vigência dessas normas, de modo a que passem a observar o novo teto constitucional”

5. Embargos de Declaração acolhidos, sem efeitos infringentes, apenas para prestar esclarecimentos.

(EDcl no AgRg no REsp 1.444.992/RS, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 4/8/2015)

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Não Ocorrência. Revisão de Benefício. Aplicação Imediata dos Tetos Previstos nas ECS 20/98 e 41/2004. Normas Supervenientes. Prazo Decadencial Previsto no art. 103 da Lei 8.213/91. Não Incidência.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. A teor do entendimento consignado pelo STF e no STJ, em se tratando de direito oriundo de legislação superveniente ao ato de concessão de aposentadoria, não há falar em decadência.

3. No caso, a aplicação dos novos tetos surgiu somente com as EC's 20/98 e 41/03, motivo pelo qual se revela de rigor o afastamento da decadência.

4. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1.420.036/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 14/5/2015)

Merece menção, também, que a Segunda Turma reanalisa, neste momento, o caso de incidência do prazo decadencial diante da edição da Lei 10.999/2004. Mas indico que, em um primeiro momento, a Segunda Turma afastou a decadência e há precedente da Primeira Turma afastando a decadência, no que foi seguida pela Sexta Turma, em julgamento de processo remanescente.

Confrim-se os seguintes julgados:

Processo Civil. Previdenciário. Código de Processo Civil de 1973. Aplicabilidade. Revisão da RMI. IRSM de Fevereiro de 1994. Decadência. Termo Inicial. Edição da MP n. 201/2004, Convertida na Lei n. 10.999/2004. Inocorrência.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do

provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II - Esta Corte adotou entendimento segundo o qual o termo inicial do prazo decadencial para a revisão da renda mensal inicial do benefício previdenciário, com a aplicação integral do IRSM do mês de fevereiro de 1994, é a data da edição da MP n. 201/2004, convertida na Lei n. 10.999/2004. Precedentes.

III - Recurso especial desprovido.

(REsp 1.445.016/RS, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 28/9/2017)

Previdenciário. Recurso Especial. Revisão de Renda Mensal Inicial. Inclusão do IRMS de Fevereiro de 1994. Direito à Revisão Reconhecido na Lei 10.999/2004. Não Configuração da Decadência na Hipótese de Revisão Prevista em Lei. Ato Omissivo da Administração. Recurso Especial do INSS a que se Nega Provimento.

1. No período compreendido em janeiro/1993 e fevereiro/1994, os salários de contribuição foram corrigidos pela variação do IRSM para fins de apuração do valor do salário de benefício.

2. Em março de 1994, com a entrada do Plano Real, o índice de atualização passou a ser a URV, a teor do que dispôs a Lei 8.880/1994. Ocorre que no momento de conversão dos salários de benefício em URV não se aplicou a inflação verificada no mês de fevereiro de 1994, que alcançou o índice de 39,67%.

3. Reconhecendo tal situação, em 2004, foi editada MP 201/2004, posteriormente convertida na Lei 10.999/2004, garantindo a inclusão do percentual de 39,67% (correspondente à variação do IRSM de fevereiro de 1994) na atualização monetária dos salários de contribuição anteriores a março de 1994 que integrem o PBC.

4. A revisão dos benefícios previdenciários concedidos com data de início posterior a fevereiro de 1994, nos termos acima expostos, deve ser realizada, como se verifica, por força de expressa disposição legal, impondo um comportamento positivo à Administração Pública, quanto à revisão do ato administrativo com vistas a atender esse direito fundamental.

5. Nesse contexto, a ação revisional em tela não busca propriamente o reconhecimento da ilegalidade do ato de concessão do benefício, mas, antes, fazer atuar a lei reconhecedora da violação do direito previdenciário e da necessária revisão do ato administrativo.

6. Não se cuida de típica ação revisional que teria como condição a iniciativa do interessado, e, sim, de revisão reconhecida em expressa determinação legal, não sendo admissível atribuir a inércia ao particular, quando a omissão é da Administração.

7. Forçoso destacar que a Autarquia Previdenciária em sua IN 45/2010, reconhecia expressamente que as revisões determinadas em dispositivos legais,

ainda que decorridos mais de 10 anos da data em que deveriam ter sido pagas, deveriam ser processadas, observando-se somente a prescrição quinquenal.

8. Recurso Especial do INSS a que se nega provimento.

(REsp 1.612.127/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 3/5/2017)

Processual Civil e Previdenciário. Revisão de Benefício Previdenciário. Decadência. Repercussão Geral. Tema n. 313. Acórdão Submetido a Juízo de Retratação. Art. 1.030, II, do CPC. Inviabilidade. Inexistência de Contrariedade ao que Ficou Decidido no RE n. 626.489/RG/SE/STF. Situação Fática Diversa. Ato Administrativo. Demanda Ajuizada em 26/1/2007, Antes do Implemento do Prazo Decadencial. Controvérsia Acerca da Aplicação do Prazo Previsto no Art. 2º da Lei n. 10.999/2004.

1. Retornam estes autos para novo julgamento, por força do inciso II do art. 1.030 do Código de Processo Civil.

2. A circunstância dos autos não se coaduna com a tese apreciada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE n. 626.489/SE, em sede de repercussão geral, pois, no caso vertente, a ação foi ajuizada antes do implemento do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/1991. Afora isso, a controvérsia travada nos autos diz respeito à aplicação ou não do prazo previsto no art. 2º da Lei n. 10.999/2004.

3. Fica mantido o acórdão proferido pela Sexta Turma, que negou provimento ao agravo regimental do Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, afastando a aplicação do entendimento firmado em sede de repercussão geral ao presente caso, por não serem semelhantes.

4. Devolução dos autos à Vice-Presidência do Superior Tribunal de Justiça para que, se for o caso, dê prosseguimento ao processamento do recurso extraordinário, nos termos do art. 1.030, I, b, do Código de Processo Civil.

(AgRg no REsp 1.151.454/MS, Sexta Turma, Relator Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 15/3/2017)

Previdenciário. Processual Civil. Decadência. Revisão. Benefício Previdenciário. Termo Inicial. Lei 10.999/2004. Divergência Jurisprudencial não Demonstrada.

1. A apontada divergência deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fática e jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial com base na alínea "c", III, do art. 105 da Constituição Federal.

2. Aplica-se o prazo de decadência instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao direito de revisão dos benefícios concedidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência (28.6.1997). Essa orientação foi reafirmada nos julgamentos dos Recursos Especiais 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, proferidos na sessão de 28.11.2012 (pendentes de publicação), pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC e Resolução STJ 8/2008).

3. Na hipótese dos autos, a situação é outra. A decadência deve ser contada a partir da edição da Lei 10.999/2004, de 15 de dezembro de 2004, cujo teor autorizou, expressamente, a revisão dos benefícios concedidos após 1994. Assim, ajuizada a ação em 22.4.2013, não houve implemento da decadência, pois a particularidade do feito revela que o prazo decadencial, em verdade, começou a fluir em 15.12.2004. Cito precedente em caso idêntico: (REsp 1.501.798/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 28/5/2015).

4. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.580.549/MG, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 31/5/2016)

Previdenciário. Recurso Especial. Aposentadoria por Tempo de Serviço. Revisão da Renda Mensal Inicial. IRSM de Fevereiro/94. Decadência. Não Ocorrência. Termo Inicial. Data da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, Convertida na Lei 10.999/2004. Recurso Especial Conhecido e não Provido.

1. De acordo com os Recursos Especiais Repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, incide o prazo de decadência do artigo 103 caput da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, ao benefício concedido anteriormente a esse preceito normativo, com termo *a quo* a contar da sua vigência, isto é, 28/6/1997.

2. É possível afirmar que por ato de concessão deve ser entendida toda matéria relativa aos requisitos e critérios de cálculo do benefício submetida ao INSS no requerimento do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

3. No presente caso, a pretensão veiculada consiste na revisão da renda mensal inicial do benefício pela aplicação integral do IRSM de fevereiro/1994 porque a Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004, expressamente garantiu a revisão dos benefícios previdenciários pela inclusão de tal índice no fator de correção dos salários de contribuição anteriores a março de 1994. O presente caso não envolve revisão do ato administrativo que analisou o pedido de deferimento da prestação previdenciária.

4. O termo inicial para a contagem do prazo decadencial deve ser a edição da Medida Provisória 201, de 23/7/2004, convertida na Lei 10.999/2004. A ação neste caso foi ajuizada em 11/10/2011, portanto, não se passaram mais de dez anos entre o termo inicial e o ajuizamento da ação.

5. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.501.798/RS, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/5/2015)

Mas, no presente momento, o Ministro Herman está a propor, quanto ao tema específico da decadência e a edição da Lei 10.999/2004, um novo entendimento. Trata-se do julgamento iniciado no Recurso Especial 1.670.907/RS, em 17/10/2017, em que há voto-vista do Ministro Og Fernandes, fundamentando que o prazo previsto no *caput* do artigo 103 é prescricional. Pedi vista desses autos para melhor expor meu raciocínio acerca do termo inicial para contagem do prazo decadencial, em que reiterei meu posicionamento. A Segunda Turma aguarda o voto-vista da Ministra Assusete Magalhães.

No caso ora em análise, a tese representativa da controvérsia é outra. Consiste em saber se o reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso implica revisão do benefício em manutenção, submetendo-se ao prazo decadencial do *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, ou se se trata de verdadeira concessão de novo benefício, com núcleo essencial diverso.

No Superior Tribunal de Justiça, é possível elencar algumas decisões proferidas pelos doutos integrantes da Segunda Turma no sentido de que incide o prazo decadencial ao pedido de reconhecimento do benefício mais vantajoso. Colacionam-se os seguintes julgados monocráticos: REsp 1.585.824/RS, Relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe de 15/3/2016; REsp 1.573.016/RS, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 7/3/2016; REsp 1.577.455/SC, Relatoria da Ministra Desembargadora Federal Convocada do TRF-3ª Região Diva Malerbi, DJe 13/4/2016; REsp 1.570.333/RS, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 5/2/2016; REsp 1.570.699/PR, Relatoria do Ministro Herman Benjamin, DJe 5/2/2016; REsp 1.548.473/RS, Relatoria do Ministro Humberto Martins, DJe 26/11/2015; REsp 1.556.332/SC, Relatoria da Ministra Assusete Magalhães, DJe 27/10/2015.

A Primeira Turma, na apreciação do REsp 1.324.772/RS, de Relatoria do Ministro Sérgio Kukina, entendeu por bem afastar a decadência do caso analisado, não em razão de o pedido referir-se a benefício previdenciário mais vantajoso, mas por considerar o interstício inferior aos 10 (dez) anos previstos no artigo 103, *caput*, da Lei 8.213/1991. Referido julgado foi ementado nos seguintes termos:

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao Art. 535 do CPC. Inexistência. Prazo Decadencial. Matéria Examinada sob o Rito dos Recursos Repetitivos.

Consolidação da Jurisprudência da Primeira Seção. Decadência Afastada. Revisão da Renda Mensal Inicial - RMI. Retroação da Data de Início do Benefício para que seja Concedido o de Valor mais Vantajoso. Direito ao Melhor Benefício. Possibilidade. Precedentes do STF e deste STJ. Suscitada Aplicação de Regime Híbrido de Formas. Ausência de Interesse Recursal do INSS.

1. Verifica-se não ter ocorrido ofensa ao art. 535 do CPC, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos.

2. Conforme entendimento da Primeira Seção desta Corte, o qual foi chancelado no julgamento do REsp 1.309.529/PR e do REsp 1.326.114/SC, ambos de relatoria do Min. Herman Benjamin, pelo rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), a contagem do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei n. 8.213/91, introduzido pela Medida Provisória n. 1.523-9, de 27.6.1997, para os benefícios concedidos anteriormente à vigência desse normativo, tem como termo *a quo* a sua publicação. Nesse diapasão, na hipótese ora examinada, não há falar em decadência do direito de revisão do benefício.

3. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento com repercussão geral do RE 630.501/RS (DJe 23/8/2013), firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício.

4. Da mesma forma, é remansosa a jurisprudência deste STJ no sentido de que, preenchidos que se achassem à época os requisitos legais, o beneficiário faz jus à revisão de sua aposentadoria para que passe a perceber o benefício financeiro mais vantajoso.

5. Quanto à suposta violação do art. 144 da Lei n. 8.213/91, o acórdão recorrido dele não extraiu qualquer consequência prática desfavorável à autarquia, resultando inócua a revisão de sua exegese.

6. Recurso especial desprovido.

(REsp 1.324.772/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, DJe 24/2/2015)

Consigno que há decisão da lavra do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferida no REsp 1.403.232/RS, datada de 11/11/2015, cujo enfoque gira em torno do reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso. Nesse julgado não se enfrentou o tema da decadência, mas foram enfatizados os fundamentos contidos no Recurso Extraordinário 630.501/RS, de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, no sentido de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício.

Por oportuno, faço menção ao julgamento que se iniciou na Egrégia Primeira Seção, nos Recursos Especiais 1.348.636/SP e 1.348.638/SP, cujo

foco da discussão consistiu em reconhecer o direito adquirido à aposentadoria calculada no período denominado Buraco Negro, com sobrestado pedido de vistas deste Relator, aguardando seleção por parte do nobre Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho de novos recursos para afetação ao rito do recurso especial repetitivo.

### **Do Direito Adquirido ao Melhor Benefício Previdenciário**

É sabido que, em matéria previdenciária, é assegurado o direito adquirido sempre que, preenchidos os requisitos para o gozo de determinado benefício, lei posterior o revogue, estabeleça requisitos mais rigorosos para a sua concessão ou, ainda, imponha critérios de cálculo menos favoráveis ao segurado.

O direito adquirido é uma garantia constitucional prevista no artigo 5º, XXXVI, limitadora do poder de legislar. A mesma proteção jurídica também está prevista na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro que, em seu artigo 6º, determina o respeito ao direito adquirido.

A disposição contida no artigo 6º da Lei de Introdução tem sido inserida, tradicionalmente, como garantia fundamental. Em seu § 2º, encontra-se a definição de direito adquirido, nos seguintes termos: “consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo de exercício tenha termo pré-fixo ou condição preestabelecida inalterável, a arbitrio de outrem”.

O ponto comum e de convergência do tema assenta-se na integração desse direito, constituído de forma idônea na vigência de uma lei, ao patrimônio jurídico de uma pessoa.

Para Luís Roberto Barroso, em seu Curso de Direito Constitucional Contemporâneo, 5ª edição, editora Saraiva, p. 219, “o direito adquirido traduz a situação em que o fato aquisitivo aconteceu por inteiro, mas por qualquer razão ainda não se operaram os efeitos dele resultantes. Nessa hipótese, a Constituição assegura a regular produção de seus efeitos, tal como previsto na norma que regeu sua formação, nada obstante a existência da lei nova”.

Quando a lei previdenciária nova for menos favorável ao segurado e não ressaltar o direito adquirido ou não estabelecer normas de transição que conciliem a mudança do regime com a expectativa do direito, o Judiciário deve garantir, para fins de percepção de benefício, a aplicação da lei vigente ao tempo da reunião dos requisitos. O fato de o segurado não haver requerido a

aposentadoria não o faz perder seu direito. Trata-se de distinguir a aquisição do direito do seu exercício. Preserva-se, portanto, o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

Direito adquirido, visto como um complexo fático-jurídico consolidado pelo transcurso do tempo, é decorrência, pois, do Estado de Direito.

### **Da Imprescritibilidade do Direito ao Benefício Previdenciário**

Os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais. Logo, a pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário, observando-se o parágrafo único do artigo 103 da Lei 8.213/1991 c/c o artigo 1º do Decreto 20.910/1932.

Os direitos fundamentais não se submetem ao regime de preclusão temporal, não se admitindo sua extinção em decorrência do não exercício em tempo razoável, sob pena de retirar a proteção social, ameaçando a própria subsistência do trabalhador segurado. O trabalhador não pode ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao do aperfeiçoamento dos pressupostos legais para sua concessão.

A jurisprudência do STJ, em recentes julgados, consolidou o entendimento de que, nos feitos relativos à concessão de benefício, não prescreve o fundo de direito, mas apenas as verbas pleiteadas anteriores aos cinco anos do ajuizamento da ação.

Colacionam-se alguns precedentes:

Processual Civil. Previdenciário. Agravo Regimental no Recurso Especial. Argumentos Insuficientes para Desconstituir a Decisão Atacada. Prescrição de Fundo de Direito. Inocorrência. Súmula n. 85/STJ. Inaplicabilidade.

I - É entendimento pacífico desta Corte que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, não sendo atingido pela prescrição de fundo de direito, porquanto se constitui em relação de trato sucessivo e de natureza alimentar, incidindo a prescrição somente sobre as parcelas vencidas antes do quinquênio anterior à propositura da ação. Precedentes.

II - O Agravante não apresenta, no regimental, argumentos suficientes para desconstituir a decisão agravada.

III - Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.415.397/PB, Primeira Turma, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJe 17/6/2015)

Previdenciário. Recurso Especial. Benefício Assistencial. Lei 8.742/1993 e Lei 10.741/2003. Prescrição do Fundo de Direito. Não Ocorrência. Recurso Especial Conhecido e não Provido.

1. A questão central do recurso especial gira em torno da ocorrência ou não da prescrição da pretensão ao reconhecimento do benefício de amparo social. 2. O benefício de prestação continuada é uma garantia constitucional, de caráter assistencial, previsto no art. 203, V, da Constituição Federal, regulamentado pelo art. 20 da Lei n. 8.742/1993 e também pela Lei 10.741/2003, o Estatuto do Idoso. Consiste no pagamento de um salário mínimo mensal às pessoas com deficiência ou idosas, desde que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família.

3. O benefício em exame está consubstanciado nos fundamentos do Estado democrático de direito, tais como o da erradicação da pobreza e da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, garantindo-se ao cidadão brasileiro o mínimo existencial.

4. Relativamente à ocorrência ou não da prescrição do fundo de direito, parte-se da definição de que os benefícios previdenciários estão ligados ao próprio direito à vida e são direitos sociais que compõem o quadro dos direitos fundamentais.

5. A pretensão ao benefício previdenciário em si não prescreve, mas tão somente as prestações não reclamadas em certo tempo, que vão prescrevendo uma a uma, em virtude da inércia do beneficiário.

Inteligência do parágrafo único do art. 103 da Lei 8.213/1991.

6. Recurso especial conhecido mas não provido.

(REsp 1.349.296/CE, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 28/2/2014)

Previdenciário. Concessão de Benefício. Aposentadoria Rural. Prescrição do Fundo do Direito. Não Ocorrência. Art. 103 da Lei n. 8.213/91.

1. Na hipótese de concessão de benefício previdenciário, é sabido que a prescrição não atinge o direito ao benefício, mas somente as prestações não pagas, conforme se infere da leitura das redações, a antiga e a atual, do art. 103 da Lei n. 8.213/91.

2. "Em matéria de previdência social, a prescrição só alcança as prestações, não o direito, que pode ser perseguido a qualquer tempo." (REsp 1.319.280/SE, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, DJe 15/8/2013.) Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1.384.787/CE, Segunda Turma, Relator Ministro Humberto Martins, DJe 10/12/2013)

Previdenciário. Restabelecimento. Aposentadoria por Idade Rural. Prequestionamento Implícito. Possibilidade. Súmula 211/STJ. Inaplicabilidade. Decadência. Prescrição. Aplicação do Art. 103 da Lei 8.213/91.

1. O STJ admite o prequestionamento implícito nas hipótese em que os pontos debatidos no Recurso Especial foram decididos no acórdão recorrido, sem explícita indicação dos artigos de lei que fundamentam a decisão. No caso dos autos, embora o Tribunal de origem não tenha feito menção expressa aos arts. 103 e 103-A da Lei 8.2013/1991, emitiu juízo de valor a respeito da prescrição. Assim, não há falar em aplicação da Súmula 211/STJ, já que ficou corretamente caracterizado o prequestionamento da matéria.

2. Quanto à prescrição, em se tratando de benefício previdenciário, incide na hipótese de revisão do ato de concessão/indeferimento de benefício o disposto no art. 103 da Lei 8.213/1991: "É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a revisão do ato de concessão de benefício, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo." 3. Por sua vez, "prescreve em cinco anos, a contar da data em que deveria ter sido paga, toda e qualquer ação para haver prestações vencidas ou quaisquer restituições ou diferenças devidas pela Previdência Social, salvo o direito dos menores, incapazes e ausentes, na forma do Código Civil", conforme dispõe o art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/1991.

4. Enquanto o prazo para revisão do ato de concessão/indeferimento de benefício é de dez anos, o prazo para haver prestações não pagas pela Previdência Social é quinquenal.

5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.398.869/PB, Segunda Turma, Relator Ministro Herman Benjamin, DJe 11/10/2013)

Previdenciário. Urbano. Tempo de Serviço em Condições Especiais. Reconhecimento. Prescrição. Início de Prova Documental. Declaração de Empresa em Atividade. Conversão de Aposentadoria por Tempo de Serviço em Aposentadoria Especial.

I – O reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais, para fins de concessão de benefício previdenciário, é matéria de direito previdenciário que, consoante art. 103, da Lei 8.213/91, na redação original vigente por ocasião do ajuizamento da ação, não alberga a prescrição de fundo, senão das parcelas não pagas nem reclamadas na época própria.

II – Declaração de empresa em atividade, ainda que extemporânea ao tempo de serviço reclamado, serve como início de prova documental da atividade

especial, a ensejar o reconhecimento de tempo de serviço em condições especiais. Precedentes.

III – Recurso conhecido, mas desprovido.

(REsp 253.365/PE, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJe 27/8/2001)

Consoante regra geral de hermenêutica previdenciária, o segurado, ao preencher os requisitos legalmente exigidos para se aposentar, adquire o direito correspondente, direito que passará a integrar o seu patrimônio jurídico. Tratando-se de direito já incorporado ao patrimônio jurídico, a falta de seu exercício não acarreta, por si só, a perda do direito. O direito pode ser exercido nas melhores condições em que foi adquirido, a qualquer tempo.

Acerca do fundo de direito, o STJ já firmou orientação de que não prescreve o fundo do direito referente ao benefício previdenciário, de modo que é suscetível apenas de sofrer os efeitos da prescrição das parcelas vencidas e impagas na época própria. Tanto é verdade essa assertiva que, se o segurado vier a perder essa qualidade após o preenchimento de todos os requisitos necessários para a concessão de aposentadoria ou pensão junto ao Regime Geral de Previdência Social, isso não afetará o seu direito ou o de seus dependentes de obterem o benefício respectivo, de acordo com o previsto no § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991.

O reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso não trata de revisão pura e simples do ato concessório de benefício previdenciário, mas à ela se equipara, porque implica na substituição do ato de concessão. Revisão pura e simples corresponde à discussão acerca das parcelas integrantes do mesmo benefício, o reestudo, a releitura das condições de sua concessão, porque identificado erro no cálculo do benefício.

### **Supremacia do Interesse Público como Princípio Máximo da Administração Pública Previdenciária**

A supremacia do interesse público, alicerce de todo o direito público, está inserida no reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso. A finalidade dos atos administrativos, como bem observa Leonardo Carneiro da Cunha, à página 31 de sua obra intitulada *A Fazenda Pública em Juízo*, deve ser informada pelo interesse público. A própria Administração previdenciária reconheceu esse interesse público e vinculou-se a ele, por intermédio de sua regulamentação normativa. A Fazenda Pública igualmente está destinada a preservá-lo.

A própria Administração previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2015 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso. Confira-se *in verbis*: “o INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido”.

Os §§ 3º e 4º do artigo 56 do Decreto 3.048/1999 ressaltam ao segurado, independentemente da data do requerimento do benefício, o direito à aposentadoria pelas condições legalmente previstas à época do cumprimento de todos os requisitos, assegurando sua concessão pela forma mais benéfica, desde a entrada do requerimento.

Ainda, nos termos do Enunciado 5 do Conselho de Recursos da Previdência Social elaborado à luz do Decreto 611/1992, “a Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

#### **Posição do Supremo Tribunal Federal: RE 630.501/RS e RE 626.489/SE**

Quanto ao reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso sob o ângulo do direito adquirido, é preciso assentar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630.501/RS, cuja repercussão geral fora reconhecida, firmou entendimento de que, atendidos os requisitos, o segurado tem direito adquirido ao melhor benefício. Confira-se a ementa:

*Aposentadoria – Proventos – Cálculo.* Cumpre observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.

(RE 630.501/RS, Tribunal Pleno, Relatora Ministra Ellen Gracie, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, julgado em 21/2/2013, DJe 26/8/2013)

Conforme acentuado no voto proferido pela Ministra Ellen Gracie, condutor do acórdão do RE 630.501/RS, que se formou por maioria, o direito adquirido ao melhor benefício implica na possibilidade de o segurado ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e a renda mensal que estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos.

No julgamento do RE 630.501/RS foi enfatizado: admitir que circunstâncias posteriores possam implicar renda mensal inferior àquela garantida no momento do cumprimento dos requisitos mínimos, é permitir que o direito adquirido não possa ser exercido tal como adquirido. Assim, o direito ao benefício é o direito a determinada renda mensal, calculada conforme os critérios jurídicos e pressupostos fáticos do momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção.

Na repercussão geral em destaque, ficou esclarecido: para se apurar o direito adquirido ao melhor benefício, recalcula-se o benefício fazendo retroagir hipoteticamente a data do início do benefício à data em que já teria sido possível exercer o direito à aposentadoria. Os pagamentos é que não retroagem à nova data de início do benefício, pois dependentes do exercício do direito.

A *ratio decidendi* desse importante precedente foi a de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador. A garantia de que determinadas situações jurídicas consolidadas não serão alcançadas por lei nova também foi destacada no precedente de Relatoria da Ministra Ellen Gracie, consoante § 1º do artigo 102 da Lei 8.213/1991, acrescido pela Lei 9.528/1997. A alteração posterior nas circunstâncias de fato não suprime o direito já incorporado ao patrimônio do seu titular.

O Supremo Tribunal Federal, posteriormente ao julgamento do RE 630.501/RS, em repercussão geral reconhecida no RE 626.489/SE, ao analisar o tema da decadência do direito de o segurado revisar seu benefício, muito embora não tenha enfrentado a tese aqui classificada como representativa da controvérsia, assentou as seguintes premissas em destaque *in verbis*:

II. Validade e Alcance da Instituição de Prazo para Revisão do Ato de Concessão de Benefício Previdenciário

6. O Regime Geral de Previdência Social (RGPS) constitui um sistema básico de proteção social, de caráter público, institucional e contributivo, que tem por finalidade segurar de forma limitada trabalhadores da iniciativa privada. A previdência social, em sua conformação básica, é um direito fundado na dignidade da pessoa humana, na solidariedade, na cidadania e nos valores sociais do trabalho (CF/88, art. 1º, II, III e IV), bem como nos objetivos da República de construir uma sociedade livre, justa e solidária, avançar na erradicação da pobreza e na redução das desigualdades sociais (CF/88, art. 3º, I e III).

7. Cabe distinguir, porém, entre o direito ao benefício previdenciário em si considerado - isto é, o denominado fundo do direito, que tem caráter fundamental - e a graduação pecuniária das prestações. Esse segundo aspecto é fortemente

afetado por um amplo conjunto de circunstâncias sociais, econômicas e atuariais, variáveis em cada momento histórico. Desde a pirâmide etária e o nível de poupança privada praticado pelo conjunto de cidadãos até a conjuntura macroeconômica, com seu impacto sobre os níveis de emprego e renda.

8. Isso faz com que a definição concreta do sistema de previdência precise equacionar interesses por vezes conflitantes: dos trabalhadores ativos e dos segurados, dos contribuintes abastados e das pessoas mais humildes, da geração atual e das futuras. Em linha de princípio, a tarefa de realizar esse complexo equilíbrio situa-se na esfera de formação do legislador, subordinando-se à decisão política das maiorias parlamentares. Somente haverá invalidade se a escolha legislativa desrespeitar o núcleo essencial do direito em questão. Resta saber se a instituição do prazo ora analisado e a sua incidência sobre os benefícios já concedidos incorreu ou não nesse tipo de vício.

9. Entendo que a resposta é negativa. *No tocante ao direito à obtenção de benefício previdenciário, a disciplina legislativa não introduziu prazo algum. Vale dizer: o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esse ponto é reconhecido de forma expressa no art. 102, § 1º, da Lei n. 8.213/1991, bem como em diversas passagens em que a referida lei apenas dispõe que o atraso na apresentação do requerimento fará com que o benefício seja devido a contar do pedido, sem efeito retroativo.* Nesse sentido, permanecem perfeitamente aplicáveis as Súmulas 443/STF e 85/STJ, na medida em que registram a imprescritibilidade do fundo de direito do benefício não requerido.

10. *A decadência instituída pela MP n. 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário. Em outras palavras: a pretensão de discutir a graduação econômica do benefício já concedido.* Como é natural, a instituição de um limite temporal máximo destina-se a resguardar a segurança jurídica, facilitando a previsão do custo global das prestações devidas. Em rigor, essa é uma exigência relacionada à manutenção do equilíbrio atuarial do sistema previdenciário, propósito que tem motivado sucessivas emendas constitucionais e medidas legislativas. Em última análise, é desse equilíbrio que depende a continuidade da própria Previdência, não apenas para a geração atual, mas também para as que se seguirão.

11. Com base nesse raciocínio, não verifico inconstitucionalidade na criação, por lei, de prazo de decadência razoável para o questionamento de *benefícios já reconhecidos*. Essa limitação incide sobre o aspecto patrimonial das prestações. Não há nada de revolucionário na medida em questão. É legítimo que o Estado-legislador, ao fazer a ponderação entre os valores da justiça e da segurança jurídica, procure impedir que situações geradoras de instabilidade social e litígios possam se eternizar. *Especificamente na matéria aqui versada, não é desejável que o ato administrativo de concessão de um benefício previdenciário possa ficar indefinidamente sujeito à discussão, prejudicando a previsibilidade do sistema como um todo.* Esse ponto justifica um comentário adicional.

12. O Regime Geral de Previdência Social é um sistema de seguro na modalidade de repartição simples, a significar que todas as despesas são diluídas entre os segurados. Não se trata, portanto, de um conjunto de contas puramente individuais, e sim de um sistema fortemente baseado na solidariedade. Isso aumenta a interdependência entre os envolvidos. Diante disso, há maior razão para a estipulação de um prazo razoável para a revisão de atos de concessão, conciliando os interesses individuais com o imperativo de manutenção do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema. (Grifos nossos)

Depreende-se do destacado precedente do Supremo Tribunal Federal que o direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não há de ser afetado pelo decurso do tempo, apenas no tocante ao crédito dele decorrente.

O prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; a incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. São esses os aspectos econômicos do cálculo do benefício.

O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já concedido.

Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no *caput* do artigo 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício.

Conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que a decadência justifica-se como respeito ao erário público, ao dinheiro público, como ele é gasto, evitando descompasso nas contas da previdência social. Se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria.

### **Da Incidência do Prazo Previsto no *Caput* do Artigo 103 da Lei 8.213/1991 nas Hipóteses de Reconhecimento de Benefício Previdenciário Mais Vantajoso, Observância da Orientação do Supremo Tribunal Federal**

Muito embora nos autos do ARE 704.398/RS, DJe de 25/2/2014, de Relatoria do Ministro Roberto Barroso, tenha sido firmado que se situa no plano da legalidade, e não da constitucionalidade, a controvérsia trazida referente à interpretação do termo “revisão”, infere-se das repercussões gerais analisadas e citadas neste voto, que o Supremo Tribunal Federal faz incidir o prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 à pretensão em se reconhecer o direito ao melhor benefício.

Destarte, devo me curvar à orientação do Supremo Tribunal Federal, contida no RE 630.501/RS, ainda que no meu modo de sentir, o prazo decadencial contido no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 não deva incidir para o pedido de reconhecimento do direito ao benefício mais vantajoso, por se tratar de um outro núcleo essencial. O reconhecimento do benefício mais vantajoso equipara-se à pretensão revisional.

#### **Conclusões**

O direito ao benefício em si não está sujeito à preclusão do fundo de direito, incorpora-se ao patrimônio jurídico do segurado e não é permitido pelo próprio ordenamento que lei modifique-o ou extinga-o.

O suporte de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário.

O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão do ato concessório de aposentadoria.

O equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário é promovido e coberto também pelas contribuições previdenciárias vertidas pelos segurados. As relações jurídicas com a previdência social devem estar protegidas e asseguradas pela estabilidade. O prazo de dez anos previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 alcança o ato concessório, de modo a delimitar, no tempo, a possibilidade de alterá-lo e/ou substituí-lo.

O segurado tem, portanto, dez anos, para aferir a viabilidade de alteração do seu ato de concessão de aposentadoria, após o qual caducará o direito adquirido ao melhor benefício.

### **Tese Representativa da Controvérsia**

Por conseguinte, fica assentada a tese, para fins de recurso especial repetitivo de que *incide o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei 8.213/1991 à pretensão do segurado em reconhecer direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.*

### **Do Caso Concreto**

Discute-se acerca do direito adquirido ao cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário segundo as regras vigentes antes do advento das Leis 7.787/1989 e 7.789/1989.

Entende a parte demandante que, como contribuía até as alterações legislativas com base em um teto de contribuição de vinte salários mínimos, nos termos do artigo 4º da Lei 6.950, de 4/11/1981, e antes dos citados diplomas legais, já havia preenchido os requisitos para obtenção da aposentadoria com base em norma anterior, que lhe seria mais vantajosa.

No caso, a aposentadoria fora concedida em 28/6/1997 e a ação ajuizada em 20/3/2009.

A pretensão da parte autora/recorrente, embora não tenha conotação revisional *strictu sensu* indicada no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991, equipara-se à revisão, submetendo-se, portanto, ao prazo decadencial.

Ante o exposto, conheço do recurso especial e nego-lhe provimento.

### **VOTO-VISTA**

**Ementa:** Previdenciário. Recurso Especial Admitido Como Repetitivo. Tema 966/STJ. *Reconhecimento do Direito Adquirido ao Benefício mais Vantajoso. Não Incidência do Prazo Decadencial Previsto no Art. 103 da Lei 8.213/1991.* Implementação dos Requisitos Legais para Concessão de Benefício mais Vantajoso em Momento Anterior à Concessão do Benefício em Manutenção. Recurso Especial do Segurado Provido.

1. Cinge-se a controvérsia em determinar se o prazo decadencial decenal previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 incide nas hipóteses em que o Segurado busca a retroação da data inicial do benefício à data de implemento dos requisitos necessários para a concessão

de aposentadoria mais vantajosa, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

2. Deve-se ressaltar que a questão central dos autos envolve o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado, o que denota a importância da tese que se enfrenta, amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade.

3. Os Direitos Sociais demandam uma ação vigilante do Poder Público, que deve agir de modo a proteger qualquer violação à tais garantias, especialmente, quando se cuida de benefício de caráter alimentar, que proporciona a sobrevivência e a vida digna do indivíduo. Nessas ações é que se faz mais imperativa a necessidade de o Estado atuar de modo a conferir a máxima proteção ao cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial para uma vida com dignidade.

4. O decurso de tempo não pode legitimar a violação de um direito fundamental, que deve ser respeitado e efetivado em sua integralidade. Afinal, o reconhecimento da preclusão temporal para fins de concessão de benefício previdenciário expõe seu beneficiário à situação de risco social, entregando-o à própria sorte mesmo quando seja inegável que faz jus a determinada forma de proteção social.

5. Tal orientação foi reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 626.489/SE, sob o rito de repercussão geral, onde o Exmo. Min. Rel. *Luís Roberto Barroso*, consignou que o direito fundamental ao benefício previdenciário pode ser exercido a qualquer tempo, sem que se atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário.

6. Para exame da controvérsia, é preciso delimitar o conceito de melhor benefício, entendido, aqui, como o direito à percepção do benefício mais vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação.

7. Em outras palavras, é assegurado o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício no momento em que o Segurado preenche os requisitos para o gozo de determinado benefício, ainda

que lei posterior o revogue, altere seus critérios de concessão ou de cálculo.

8. O reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando aos Segurados a incorporação do direito à concessão do benefício em seu patrimônio jurídico, ainda que o Segurado não requeira a concessão da prestação no momento do preenchimento dos requisitos necessários, não há perda do direito, que poderá ser exercido há qualquer tempo.

9. A própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido.

10. Assim, se há falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado.

11. Cumpre, então, analisar a possibilidade de reconhecimento da decadência do exercício do direito de pleitear a revisão de benefício fundamentada no direito adquirido ao melhor benefício.

12. A ação que busca o recálculo da RMI, com fundamento no reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, não busca alterar o ato de concessão do benefício em manutenção, almeja, em verdade, a concessão de novo benefício, em momento anterior, a partir do exame da legislação e das premissas fáticas estabelecidas no momento de aquisição do direito.

13. Assim, se o fundamento da revisão do melhor benefício é o reconhecimento de direito adquirido a benefício incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado, que atende a todas as exigências legais e de custeio vigentes no momento de implemento dos requisitos, direito este que pode ser exercido a qualquer tempo, não havendo indeferimento expresso da Administração de tal reconhecimento, não há que se falar em incidência de prazo decadencial em tais ações.

14. De fato, o prazo decadencial, elencado no art. 103 da Lei 8.213/1991, atinge o direito à revisão do ato de concessão do

benefício, limitando-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração, nem atingir o direito à concessão do benefício, ao estabelecer que *o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção* (REsp. 1.326.114/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13.5.2013).

15. Não há que se falar em desequilíbrio financeiro atuarial com o reconhecimento de tal direito, vez que as contribuições para aquisição do direito ao benefício foram vertidas à época própria. Ademais, se todo problema jurídico relevante da Seguridade Social for pensado na perspectiva das despesas sociais, não seriam necessárias as instituições públicas, dado que é precisamente a dimensão da equidade que conforma um sistema social solidário e possibilita a própria sustentabilidade social.

**16. Tese delimitada em sede de representativo da controvérsia: não incide o prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.**

17. Recurso especial do Segurado conhecido e provido.

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Azauri Geraldo Camargo*, com fundamento na alínea *c* do art. 105, III da Carta Magna, no qual se insurge contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4a. Região, assim ementado:

Previdenciário. Decadência. Direito Adquirido ao Melhor Benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogerio Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado 'direito adquirido ao melhor benefício'.

2. Nas razões do seu Apelo Especial, sustenta o recorrente que não incide o prazo decadencial nas ações em que se busca o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício.

3. O Ministério Público manifesta parecer pelo provimento do recurso, defendendo a não incidência do prazo decadencial previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 na ação fundada no reconhecimento ao direito do melhor benefício.

4. Nas sessão do dia 16 de junho de 2018, o Exmo. Min. Relator *Mauro Campbell Marques* negou provimento ao Recurso Especial, entendendo pela fixação da tese de que o prazo decadencial insculpido no art. 103 da Lei 8.213/1991 aplica-se, igualmente, às ações que buscam a revisão de benefício com fundamento no reconhecimento ao direito adquirido ao melhor benefício.

5. Pedi vista para examinar com mais vagar a situação discutida nos autos.

6. Cinge-se, assim, a controvérsia, em determinar se o prazo decadencial decenal previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991 incide nas hipóteses em que o Segurado busca a retroação da data inicial do benefício à data de implemento dos requisitos necessários para a concessão de aposentadoria mais vantajosa, cujo direito fora adquirido em data anterior à implementação do benefício previdenciário ora em manutenção.

7. De início, é importante frisar que a questão central dos autos é o reconhecimento ao direito adquirido a um benefício mais vantajoso do que aquele que percebe o Segurado.

8. Nota-se, assim, a importância da tese que se enfrenta. Amparada no reconhecimento de um direito social de extrema fundamentalidade.

9. Não se pode deixar de anotar que os Direitos Sociais invocam uma ação vigilante do Poder Público, que deve agir de modo a proteger qualquer violação à tais garantias, especialmente, quando se cuida de benefício de caráter alimentar, que proporcionam a sobrevivência e a vida digna do indivíduo. Nessas ações é que se faz mais imperativa a necessidade de o Estado atuar de modo a conferir a máxima proteção ao cidadão, garantindo-lhe o mínimo existencial para uma vida com dignidade.

10. Das lições do Professor *Paulo Bonavides*, extrai-se a orientação de que *os direitos sociais recebem em nosso Direito Constitucional positivo uma garantia tão elevada e reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais contidos em cláusulas pétreas, consoante artigo 60 da Carta (Curso de Direito Constitucional. 31a. edição. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 657).*

11. Para exame da controvérsia, é preciso delimitar o conceito de *melhor benefício*, entendido, aqui, como o direito à percepção do benefício mais

vantajoso, consideradas as diversas datas em que o direito poderia ter sido exercido, desde quando preenchidos os requisitos mínimos para a aposentação.

12. Em outras palavras, é assegurado o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício no momento em que o Segurado preenche os requisitos para o gozo de determinado benefício, ainda que lei posterior o revogue, altere seus critérios de concessão ou seus critérios de cálculo.

13. O reconhecimento do direito adquirido nessas hipóteses visa a tornar efetivo o direito à proteção social, assegurando o aos Segurados a incorporação do direito à concessão do benefício em seu patrimônio jurídico, ainda que o Segurado não requeira a concessão da prestação no momento em que preenche os requisitos necessários, não há perda do direito, que poderá ser exercido há qualquer tempo.

14. Define-se, assim, o direito ao melhor benefício como o direito a determinada RMI, calculada segundo os critérios legais e pressupostos fáticos vigentes no momento em que cumpridos os requisitos para a sua percepção, nos termos da lei vigente à época da aquisição do direito.

15. O reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício restou consolidado pelo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 630.501/RS, Rel. Min. *Ellen Gracie*, DJe 36.8.2013, em repercussão geral, em que se garantiu ao Segurado a possibilidade de ver o seu benefício deferido ou readequado de modo que corresponda à maior renda possível no cotejo entre a renda mensal inicial obtida e a renda mensal que estaria percebendo, se houvesse requerido o benefício em momento anterior em que reuniu os requisitos, balizando, deste modo, o entendimento de que deve ser preservado o direito ao melhor benefício, incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

16. De fato, os benefícios previdenciários envolvem direitos fundamentais, razão pela qual não se submetem ao regime de preclusão temporal, não havendo que se falar em sua extinção em razão do seu não exercício, sob pena de violação à proteção social que tal direito busca assegurar. Não pode o Segurado ser penalizado por não requerer o benefício em momento posterior ao preenchimento dos requisitos legais para a sua concessão, nem pode a Administração negar a concessão de benefício incorporado ao patrimônio jurídico do trabalhador.

17. Conforme alerta o ilustre Professor *José Antonio Savaris*:

A situação jurídica fundamental em direito previdenciário é, evidentemente, o direito ao benefício previdenciário integralmente considerado. De sua parte,

o direito a perceber as diferenças devidas que decorem de uma situação jurídica fundamental (direito ao benefício) “renasce cada vez” em que o direito é devido, conforme a periodicidade de seu pagamento, e, “por isso se restringe às prestações vencidas há mais de cinco anos”.

Nas obrigações previdenciárias, por se traduzirem em obrigações de trato sucessivo, o direito aos valores devidos se renova de tempo em tempo, pois o prazo prescricional renasce a cada vez que se torna exigível a prestação seguinte (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Juruá, 2012, p. 310).

18. Sinteticamente, pode-se afirmar que o Segurado, quando preenchidos os requisitos para a concessão de aposentadoria, incorpora ao seu patrimônio jurídico o direito à tal concessão, não havendo que se falar na perda do direito pelo transcorrer do tempo.

19. Registrando-se que a própria Autarquia Previdenciária reconhece por intermédio de seus atos normativos, a exemplo da Instrução Normativa 77/2016 do INSS, em seu artigo 687, seu dever de orientar o Segurado na concessão do benefício que lhe for mais vantajoso, reconhecendo que o INSS deve conceder o melhor benefício a que o Segurado fizer jus, cabendo ao Servidor orientar nesse sentido.

20. Assim, se há que falar em inércia, esta deve ser imputada ao INSS que descumpriu a sua função de reconhecer o direito a benefício mais vantajoso a que fazia jus o Segurado.

21. Cumpre, então, analisar a possibilidade de reconhecimento da decadência do exercício do direito de pleitear a revisão de benefício fundamentada no direito adquirido ao melhor benefício.

22. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do Recurso Especial Representativo da Controvérsia 1.326.114/SC, firmou o entendimento de que, embora a Lei 9.528/1997 não possa operar de maneira retroativa, a data de sua edição (28.6.1997) deve ser o marco inicial para a contagem do prazo decadencial para a revisão de benefícios concedidos antes de sua vigência.

23. Como bem pontua o Min. *Herman Benjamin*, por ato de concessão deve-se entender toda manifestação exarada pela Autarquia Previdenciária sobre o pedido administrativo de benefício previdenciário e as circunstâncias fático-jurídicas envolvidas no ato, como as relativas aos requisitos e aos critérios de cálculo do benefício, do que pode resultar o deferimento ou indeferimento do pleito.

24. Assim, fixou-se a orientação de que o prazo decadencial, elencado no art. 103 da Lei 8.213/1991, afeta o direito à revisão do ato de concessão

do benefício, limitando-se à possibilidade de controle de legalidade do ato administrativo, não podendo atingir aquilo que não foi objeto de apreciação pela Administração, nem atingir o direito à concessão do benefício, ao estabelecer que *o direito ao benefício está incorporado ao patrimônio jurídico, não sendo possível que lei posterior imponha sua modificação ou extinção* (REsp. 1.326.114/SC, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 13.5.2013).

25. Baseada nessas premissas esta Corte tem afastado a incidência do art. 103 da Lei 8.213/1991 em diversas hipóteses, como por exemplo, nas ações que cuidam de pedido de revisão envolvendo questões não analisadas pela Administração no momento do requerimento administrativo; revisões amparadas em tempo de serviço reconhecido posteriormente à concessão do benefício em ação trabalhista ou quando a revisão está fundada em atos posteriores ao ato de concessão do benefício, como no caso da revisão que busca a adequação do valor do benefício previdenciário aos tetos fixados pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003.

26. No caso dos autos, o reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso não pode, assim, ser interpretado como revisão do ato concessório do benefício previdenciário, se tal pleito não foi analisado no momento da concessão. Tal ação deve ser vista como um pleito de concessão, objetivando o benefício mais vantajoso já incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado.

27. Não há que se falar em revisão do ato de concessão do benefício em gozo, mas do exame de uma nova concessão submetida a regramento legal totalmente diverso do aplicado, quando do deferimento do benefício em vigência.

28. Como visto, se o suporte de incidência do prazo decadencial previsto no *caput* do artigo 103 da Lei 8.213/1991 é o direito de revisão dos benefícios e não o direito à concessão do benefício previdenciário, não há que se falar em decadência da ação em que se busca o reconhecimento do direito adquirido a benefício mais vantajoso incorporado ao patrimônio jurídico do Segurado em momento anterior ao gozo do benefício em manutenção.

29 Impõe-se, assim, reconhecer que o Segurado tem a garantia de ver apreciado o pedido de reconhecimento do direito adquirido ao benefício mais vantajoso de acordo com a data em que preencheu os requisitos necessários à sua concessão, mesmo após os dez anos fixados na Lei de Benefícios, porque o *caput* do artigo 103 não se aplica a esse situação jurídica. Haverá, em verdade, com o cálculo do novo benefício, nova renda mensal inicial, consequência

matemática da fórmula estipulada na lei revogada, que se quer ver executada de forma ultrativa.

30. No magistério do já citado Professor *José Antônio Savaris*:

Essa revisão se dá a partir de um distinto fundamento, qual seja, o direito adquirido que se manifesta na incorporação da prestação previdenciária mais vantajosa ao patrimônio jurídico do beneficiário.

O que se pretende, então, é a substituição do benefício previdenciário em gozo por outro mais vantajoso - que pode ser da mesma espécie do anterior - com DIB (data de início do benefício) em momento anterior no tempo. Mas não é apenas o caso de retroação da DIB, pois podemos encontrar situações nas quais, em momento anterior, o segurado tinha direito a benefício de outra espécie mais vantajoso do que aquele que lhe foi concedido e lhe é mantido pelo INSS (Direito Processual Previdenciário. Curitiba: Alteridade, 6a. edição, 2016, p. 713).

31. Por fim, cabe colocar que não há que se falar em desequilíbrio financeiro atuarial com o reconhecimento de tal direito, vez que as contribuições para aquisição do direito ao benefício foram vertidas à época própria. Nem se poderia admitir que o argumento econômico alegado sem qualquer comprovação por parte da Autarquia pudesse servir como fundamento de negativa de um direito fundamental reconhecidamente incorporado ao patrimônio jurídico do indivíduo.

32. Propõe-se, assim, a fixação da seguinte tese: **não incide o prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei 8.213/1991, para reconhecimento do direito adquirido ao benefício previdenciário mais vantajoso.**

33. Ante o exposto, com a devida vênua ao Ilustre relator, divirjo do entendimento apresentado, para conhecer do Recurso Especial do Segurado e lhe dar provimento, afastando a decadência reconhecida nas instâncias ordinárias. Determinando-se o retorno dos autos à origem para prosseguir no julgamento do feito.

34. É como voto.

#### VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: A questão controvertida diz respeito à incidência, ou não, do prazo decadencial, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91, na hipótese em que o segurado busca o reconhecimento do direito

adquirido ao melhor benefício, cujos requisitos foram reunidos em momento anterior ao benefício já concedido.

Não obstante os entendimentos divergentes, acompanho o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*.

Com efeito, reconheço que, uma vez reunidos os requisitos legais, o segurado adquire o direito ao benefício previdenciário, podendo requerê-lo a qualquer tempo, sem limite temporal, porquanto se trata de direito fundamental, assegurado constitucionalmente.

Porém, uma vez concedido o benefício – ainda que não tenha sido o melhor, ou o mais vantajoso –, nasce, para o beneficiário, novo direito, qual seja, o de pedir a revisão do ato de concessão, pedido que estará sujeito ao prazo decadencial de 10 (dez) anos, conforme expressamente previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Vale observar que o STF, no julgamento do RE 626.489/SE, sob o regime da repercussão geral, concluiu pela inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário, ou seja, para o segurado requerer o benefício previdenciário – que é direito fundamental, e, assim, não sujeito aos efeitos do prazo decadencial –, hipótese estranha à discussão e ao caso ora em análise, em que a pretensão não é o reconhecimento do direito de receber o benefício, pois já foi ele concedido, mas, antes, de revisar a sua renda mensal inicial, com fundamento no direito adquirido ao melhor benefício.

O STF examinou, especificamente, o direito adquirido ao melhor benefício, no julgamento do RE 630.501/RS, igualmente sob o rito da repercussão geral, concluindo que, também nesse caso, devem ser respeitadas a decadência do direito à revisão e a prescrição das parcelas já vencidas.

A propósito, o Ministro *Mauro Campbell Marques*, no seu voto, invocando referidos precedentes do STF, destacou que “o prazo decadencial incide sobre o conteúdo do ato administrativo: período básico de cálculo; salários de contribuição; salário de benefício; a incidência ou não do fator previdenciário sobre o cálculo; e a renda mensal inicial desse cálculo. Esses são os aspectos econômicos do cálculo do benefício. O STF protege o núcleo do direito fundamental. Permite possa o direito fundamental ao benefício previdenciário ser exercido a qualquer tempo, sem que atribua qualquer consequência negativa à inércia do beneficiário. Esses são os dizeres do próprio Ministro Roberto Barroso, Relator do RE 626.489/SE. A decadência instituída pela MP 1.523-9/1997 atinge apenas a pretensão de rever benefício previdenciário, em outras palavras, a pretensão de discutir os componentes que formaram a graduação econômica do benefício já

*concedido. Todavia, o Supremo Tribunal Federal, no RE 630.501/RS, estipulou a decadência prevista no caput do art. 103, para reconhecimento de direito adquirido ao melhor benefício”.*

Asseverou o Relator, ainda, que, “conjugando os fundamentos contidos tanto no referido RE 630.501/RS com os recentes valores ressaltados na repercussão geral julgada pelo Supremo Tribunal Federal, no RE 626.489/SE, é possível afirmar que (...) *se há, realmente, um direito ao melhor benefício de aposentadoria, esse direito deve ser exercido em dez anos, porquanto o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício equipara-se à revisão, quando já em manutenção na vida do trabalhador segurado uma aposentadoria. Hipótese distinta, que não se submete à decadência, é aquela em que o trabalhador ainda não recebe qualquer aposentadoria*”.

Realmente, em caso como o dos autos, em que o direito fundamental ao benefício previdenciário, garantido constitucionalmente, já foi exercido e concedido, pretendendo-se agora o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, quanto ao cálculo da renda mensal inicial, o que se quer, de fato, é a revisão do ato concessório do benefício, que, na forma dos aludidos precedentes do STF, sujeita-se ao prazo decadencial de dez anos, previsto no art. 103, *caput*, da Lei 8.213/91.

Nesse contexto, entendo que, também para esses casos, deve ser aplicado o entendimento firmado no julgamento do Tema 544/STJ, nos Recursos Especiais repetitivos 1.309.529/PR e 1.326.114/SC, no sentido de que “incide o prazo de decadência do art. 103 da Lei 8.213/1991, instituído pela Medida Provisória 1.523-9/1997, convertida na Lei 9.528/1997, *no direito de revisão dos benefícios concedidos ou indeferidos anteriormente a esse preceito normativo, com termo a quo a contar da sua vigência*”.

Com efeito, o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques* – que, anteriormente, decidia em sentido diverso –, apoiou-se nas premissas fixadas pelo STF, nos aludidos Recursos Extraordinários 630.501/RS e 626.489/SE, de observância obrigatória, por julgados sob o regime da repercussão geral, pelo que não tenho dúvida em acompanhá-lo.

Em face do exposto, pedindo a mais respeitosa vênua àqueles que dele divergiram, acompanho o voto do Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, inclusive no caso concreto, para conhecer e negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

## VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se, na origem, de ação ajuizada por *Azauri Geraldo Camargo*, beneficiário de aposentadoria por tempo de contribuição (DIB em 28.03.1991), objetivando o reconhecimento do direito adquirido ao cálculo do benefício com base na Lei n. 6.950/81, diploma vigente à época em que preencheu todos os requisitos legais para a concessão do benefício.

O Juízo de 1º grau julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 67/76e):

Como a parte autora propôs a presente demanda depois do término do prazo previsto no art. 103 da lei 8213/91 e mais de 10 anos após o início do recebimento do benefício, reconheço a decadência do direito a pleitear a revisão.

O Sr. Desembargador Relator deu provimento à apelação do segurado para afastar a decadência e determinar o retorno dos autos à Vara de origem para apreciação da matéria de fundo (fls. 104/107e).

O tribunal de origem negou provimento aos embargos de declaração do segurado e agravo interno do INSS, consoante ementa que transcrevo (fls. 119/127e):

*Embargos de Declaração e Agravo. Omissão. Art. 515, § 3º, CPC. Não Aplicação. Art. 557 do CPC. Decadência.*

1. A natureza reparadora dos embargos de declaração permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acobimado de obscuridade, ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal.

2. A aplicação do § 3º do artigo 515 do CPC pressupõe, em regra, o julgamento imediato da lide na hipótese da causa versar sobre questão exclusivamente de direito e estiver em condições de imediato julgamento.

3. O Superior Tribunal de Justiça “já firmou o entendimento de que o prazo decadencial previsto no caput do artigo 103 da Lei de Benefícios, introduzido pela Medida Provisória nº 1.523-9, de 27.6.1997, convertida na Lei nº 9.528/1997, por se tratar de instituto de direito material, surte efeitos apenas sobre as relações jurídicas constituídas a partir de sua entrada em vigor” (AgRg no Ag 846849. 5ª Turma do STJ. Relator Min. *Jorge Mussi*. DJE 03/03/2008).

A Autarquia Previdenciária interpôs recurso extraordinário (fls. 141/150e) e, após o julgamento do Tema 313/STF, o Sr. Presidente do Tribunal *a quo*

determinou a remessa dos autos à Turma Julgadora, para juízo de adequação, de acordo com os arts. 543-B, § 3º, do Código de Processo Civil de 1973 e 308, 2º, do Regimento Interno do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fl. 185e).

Procedendo a novo julgamento da apelação interposta pelo INSS, a Turma Julgadora reconheceu a decadência, nos seguintes termos (fls. 187/190e):

*Previdenciário. Decadência. Direito Adquirido ao Melhor Benefício. Precedente da Terceira Seção. Ocorrência.*

Nos termos do que decidido pela Terceira Seção nos Embargos Infringentes n. 0019058-93.2012.4.04.9999/SC, Rel. Desembargador Federal Rogério Favreto e com ressalva de entendimento pessoal do Relator, incide a decadência no pedido de revisão de prestação previdenciária referente ao assim chamado "direito adquirido ao melhor benefício".

Opostos embargos de declaração pelo segurado, foram parcialmente providos, sem efeitos infringentes, nos seguintes termos (fls. 204/208e):

*Previdenciário e Processo Civil. Decadência. Embargos de Declaração. Omissão, Obscuridade e Contradição. Não Ocorrência. Prequestionamento.*

A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do Juiz ou Tribunal.

Não ocorrendo qualquer uma das hipóteses, descabe o manejo do recurso em apreço.

Prequestionam-se artigos de lei cuja intenção de evitar o não conhecimento de eventuais recursos a serem manejados nas Instâncias Superiores.

Com amparo no art. 105, III, *a* e *c*, da Constituição da República, além de divergência jurisprudencial, o segurado aponta ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando, em síntese, que:

I. Arts. 2º, 128, 165, 458 e 535, II, do Código de Processo Civil - nulidade do acórdão recorrido em face da ausência de manifestação a respeito das normas que fundamentam a tese do ora Recorrente;

II. Arts. 103 da Lei n. 8.213/91 e 6º, § 2º, da LINDB - "o Recorrente possui direito adquirido ao recálculo da sua Renda Mensal Inicial, pois quando do seu pedido de concessão a Autarquia Previdenciária não levou em consideração qual seria o momento para se conceder o melhor benefício, sendo certo concluir pela inaplicabilidade do prazo decadencial instituído pela MP 1.523-9/97, a este caso concreto, (...)"; e

III. Art. 127 do Código de Processo Civil - "(...) a Corte Regional aplicou, equivocadamente, um julgamento por equidade ao caso concreto, quando permitiu a incidência do instituto da decadência ao caso em comento, mesmo não estando frente a um caso de revisão e sim frente um caso de recálculo com concessão primária melhor.

Sem contrarrazões (fl. 275e), o recurso especial foi admitido (fls. 276/277e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 302/305e, pelo provimento do recurso especial.

À fl. 411e, o Ministro Relator Mauro Campbell Marques admitiu, como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP.

Na sessão do dia 13.06.2018, o Sr. Relator negou provimento ao recurso especial em análise, entendendo pela aplicação do prazo decadencial, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, ao pedido de revisão de benefício com base no direito adquirido ao melhor benefício.

Em 24.10.2018, o Ministro Napoleão Nunes Maia Filho apresentou voto-  
vista divergente, afastando a decadência no caso de reconhecimento de direito  
adquirido ao benefício mais vantajoso.

Diante da divergência, solicitei vista dos autos para examiná-los com maior  
detença.

*É o relatório.*

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão  
realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da  
publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*,  
aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

### **I - Admissibilidade do recurso especial**

Consigno, inicialmente, que as questões federais debatidas se encontram  
satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido  
para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e  
ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no  
Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos  
os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no  
acórdão recorrido.

Anote-se, ainda, que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais.

## II - Mérito Recursal

Cinge-se a controvérsia à análise da aplicação do instituto da decadência, previsto no art. 103 da Lei n. 8.213/91, ao direito do segurado ao cálculo da renda mensal inicial de seu benefício de acordo com as regras previstas em momento anterior à data de entrada do requerimento, quando preenchidos os requisitos para a aposentadoria.

O segurado que cumpriu os requisitos para o jubramento e continuou no mercado de trabalho possui, nos termos do art. 5º, XXXVI, da Constituição da República, direito adquirido à concessão do benefício de acordo com a lei vigente no momento do implemento das condições mínimas necessárias para a aposentadoria, independentemente da oportunidade em que realizado o requerimento administrativo junto à Autarquia Previdenciária.

A Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro - LINDB (Decreto n. 4.657/42 e alterações) igualmente trata da intangibilidade do direito adquirido:

Art. 6º A Lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada.

(...)

§ 2º Consideram-se adquiridos assim os direitos que o seu titular, ou alguém por ele, possa exercer, como aqueles cujo começo do exercício tenha termo pré-fixo, ou condição pré-estabelecida inalterável, a arbítrio de outrem (destaque meu).

A Lei de Benefício da Previdência Social (Lei n. 8.213/91 e alterações), por seu turno, assegura o *direito ao melhor benefício* em seu art. 122, que estabelece:

Art. 122. Se mais vantajoso, fica assegurado o direito à aposentadoria, nas condições legalmente previstas na data do cumprimento de todos os requisitos necessários à obtenção do benefício, ao segurado que, tendo completado 35 anos de serviço, se homem, ou trinta anos, se mulher, optou por permanecer em atividade.

Nessa moldura, foi editado o Enunciado n. 5, do Conselho de Recursos da Previdência Social – CRPS (DOU de 18.01.1994), segundo o qual “a Previdência Social deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientá-lo nesse sentido”.

Posteriormente, tal comando foi reproduzido no art. 687 da IN INSS/PRES n. 77/2015, com a seguinte redação “O INSS deve conceder o melhor benefício a que o segurado fizer jus, cabendo ao servidor orientar nesse sentido.”.

Por outro lado, a mesma Lei n. 8.213/91, em seu art. 103, *caput*, prescreve o prazo decadencial de dez anos para o segurado pleitear a revisão do ato de concessão do benefício:

Art. 103. É de dez anos o prazo de decadência de todo e qualquer direito ou ação do segurado ou beneficiário para a *revisão do ato de concessão de benefício*, a contar do dia primeiro do mês seguinte ao do recebimento da primeira prestação ou, quando for o caso, do dia em que tomar conhecimento da decisão indeferitória definitiva no âmbito administrativo (destaque meu).

Conforme se extrai da análise desse dispositivo, tal decadência consiste na extinção do direito de revisão do ato de concessão do benefício em manutenção pela inércia do titular que não o exerceu dentro do prazo legal, não atingindo o direito à concessão inicial do benefício previdenciário.

Sobre o tema, o Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE n. 630.501/RS, submetido à repercussão geral, reconheceu o direito adquirido ao melhor benefício, em julgado assim ementado:

*Aposentadoria – Proventos – Cálculo.*

Cumpra observar o quadro mais favorável ao beneficiário, pouco importando o decesso remuneratório ocorrido em data posterior ao implemento das condições legais. Considerações sobre o instituto do direito adquirido, na voz abalizada da relatora – ministra Ellen Gracie –, subscritas pela maioria.

(RE 630501, Relator(a): Min. Ellen Gracie, Relator(a) p/ Acórdão: Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 21/02/2013, DJe-166 *Divulg* 23-08-2013 *Public* 26-08-2013 *Repercussão Geral - Mérito Ement Vol-02700-01 PP-00057*).

Recentemente, reafirmou tal orientação:

*Direito Previdenciário. Agravo Interno em Recurso Extraordinário. Benefício Mais Vantajoso. Direito Adquirido. Reconhecimento. Precedentes.*

1. O acórdão do Tribunal de origem está alinhado à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de que, *em reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício, ainda que sob a vigência de uma mesma lei, teria o segurado direito a eleger o benefício mais vantajoso. Precedentes.*

2. Nos termos do art. 85, § 11, do CPC/2015, fica majorado em 25% o valor da verba honorária fixada anteriormente, observados os limites legais do art. 85, §§ 2º e 3º, do CPC/2015. 3. Agravo interno a que se nega provimento.

(RE 1156918 AgR, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, julgado em 26/10/2018, *Processo Eletrônico DJe-240 Divulg 12-11-2018 Public 13-11-2018*, destaque meu).

No julgamento do RE 626.489/SE, por sua vez, concluiu o Supremo Tribunal Federal pela incidência do prazo decadencial para a *revisão do ato de concessão do benefício, ao mesmo tempo em que firmou o entendimento da inexistência de prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário*:

*Recurso Extraordinário. Direito Previdenciário. Regime Geral de Previdência Social (RGPS). Revisão do Ato de Concessão de Benefício. Decadência.*

1. O direito à previdência social constitui direito fundamental e, uma vez implementados os pressupostos de sua aquisição, não deve ser afetado pelo decurso do tempo. Como consequência, inexistente prazo decadencial para a concessão inicial do benefício previdenciário.

2. É legítima, todavia, a instituição de prazo decadencial de dez anos para a revisão de benefício já concedido, com fundamento no princípio da segurança jurídica, no interesse em evitar a eternização dos litígios e na busca de equilíbrio financeiro e atuarial para o sistema previdenciário.

3. O prazo decadencial de dez anos, instituído pela Medida Provisória 1.523, de 28.06.1997, tem como termo inicial o dia 1º de agosto de 1997, por força de disposição nela expressamente prevista. Tal regra incide, inclusive, sobre benefícios concedidos anteriormente, sem que isso importe em retroatividade vedada pela Constituição.

4. Inexistente direito adquirido a regime jurídico não sujeito a decadência. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido.

(RE 626489, Relator(a): Min. Roberto Barroso, Tribunal Pleno, julgado em 16/10/2013, *Acórdão Eletrônico Repercussão Geral - Mérito DJe-184 Divulg 22-09-2014 Public 23-09-2014*, destaque meu).

Entendo que, o segurado, à evidência, não pode ser prejudicado pela aplicação de prazo decadencial no que tange ao direito de ter seu benefício calculado de acordo com as regras vigentes no momento em que preencheu os requisitos mínimos para a concessão do benefício, independentemente do momento em que efetuado o requerimento administrativo, porquanto *constitui dever do INSS aplicar corretamente a lei previdenciária e conceder ao segurado o melhor benefício a que ele fizer jus, conforme orientação estampada em atos normativos da própria Autarquia Previdenciária*.

José Antonio Savaris, analisando o tema, ressalta a necessidade de aplicação do *distinguishing* nos casos em que se busca, com a retroação da DIB (data de início do benefício), uma RMI (renda mensal inicial) mais vantajosa, porquanto não se trata de revisão do ato de concessão do benefício, mas de garantir ao segurado o direito de ter a RMI calculada com base em novo PBC (período básico de cálculo), anterior à data de entrada do requerimento administrativo:

A tese da inoccorrência do prazo decadencial, nas hipóteses em que o ato de concessão não recusa expressamente uma circunstância favorável ao segurado, tem perfeita aplicação nos casos de violação, por omissão, do direito à posição previdenciária mais benéfica - direito ao melhor benefício.

Caso típico de ação de concessão do melhor benefício é aquele em que o segurado busca proteção social mais efetiva, mediante retroação do período de cálculo para momento anterior à data do requerimento administrativo, quando os pressupostos para sua concessão já se encontravam aperfeiçoados.

É importante destacar, quanto a esse problema, que a ação que busca a retroação da data de início do benefício não impugna os critérios de cálculo ou as demais circunstâncias analisadas pelo INSS. *Não se trata, a rigor, de revisão do ato de concessão do benefício. Antes, o que se pretende é o reconhecimento do direito adquirido ao melhor benefício incorporado anteriormente à DER (data de entrada do requerimento administrativo), com cálculo de nova renda mensal, sendo que apenas os efeitos financeiros - do benefício mais vantajoso - coincidem com a data do requerimento administrativo do benefício de que é titular o segurado (Direito Processual Previdenciário, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2016, pp. 394, destaque meu).*

Ora, o ato de revisão de benefício implica novo cálculo da renda mensal inicial, utilizando-se os parâmetros vigentes na data de entrada do requerimento; já o *pedido de concessão de benefício com base no direito adquirido ao melhor benefício representa a concessão de novo benefício, uma vez que serão aplicados critérios vigentes em legislação não considerada no momento do cálculo do benefício em manutenção.*

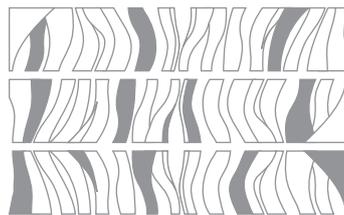
Assim, possui o segurado o direito adquirido ao benefício de aposentadoria calculado de acordo com regras mais vantajosas, considerando-se todas as datas de exercício possíveis desde o preenchimento dos requisitos mínimos para o jubramento.

*No caso em exame, não existindo discussão a respeito da renda mensal mais vantajosa, por força do direito adquirido, quando da prolação do ato administrativo que apreciou o pedido de concessão da aposentadoria e preenchidos os requisitos*

*necessários sob a égide de legislação mais benéfica, faz jus o segurado à percepção do melhor benefício, respeitada a prescrição quinquenal.*

Posto isso, peço licença ao Exmo. Ministro Relator e acompanho a divergência inaugurada pelo Exmo. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.

*É o voto.*



---

**Primeira Turma**



---

**AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N.  
1.286.122 - DF (2018/0099913-7)**

---

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Relator para o acórdão: Ministro Gurgel de Faria

Agravante: Fazenda Nacional

Agravado: Lupatech S/A

Advogados: Bruno de Abreu Faria - RJ123070

Rafael Alves dos Santos - RJ172036

Rodolfo Leandro dias Junqueira - RJ200832

---

**EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Certidão Negativa Débito (CND) ou Certidão Positiva com Efeito de Negativa (CPD-EN). Débito em Nome da Matriz ou da Filial. Expedição. Impossibilidade. Autonomia Administrativa e Operacional. Existência. Autonomia Jurídica. Inocorrência.

1. O entendimento desta Corte Superior era no sentido de que, para fins tributários, cada estabelecimento da pessoa jurídica que possuísse CNPJ individual teria direito à certidão positiva com efeito de negativa em seu nome, ainda que houvesse pendências tributárias de outros estabelecimentos do mesmo grupo – matriz ou filiais –, ao argumento de que cada estabelecimento teria autonomia jurídico-administrativa.

2. O fato de as filiais possuírem CNPJ próprio confere a elas somente autonomia administrativa e operacional para fins fiscalizatórios – para facilitar a atuação da administração fazendária no controle de determinados tributos, como ocorre com o ICMS e o IPI –, não abarcando a autonomia jurídica, já que existe a relação de dependência entre o CNPJ das filiais e o da matriz.

3. A pessoa jurídica como um todo é que possui personalidade, pois é ela sujeito de direitos e obrigações, assumindo com todo o seu patrimônio a correspondente responsabilidade, sendo certo que as filiais são estabelecimentos secundários da mesma pessoa jurídica, desprovidas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, apesar

de poderem possuir domicílios em lugares diferentes (art. 75, § 1º, do CC) e inscrições distintas no CNPJ.

4. avendo inadimplência contratual, a obrigação de pagamento deve ser imposta à sociedade empresária por completo, não havendo ensejo para a distinção entre matriz e filial, raciocínio a ser adotado também em relação a débitos tributários.

5. O Código de Processo Civil de 2015 tem como fim a ser buscado por todo o Poder Judiciário, expressamente, a coerência de suas decisões, devendo os precedentes e a jurisprudência dos tribunais superiores dar segurança jurídica aos jurisdicionados.

6. Nesse sentido, há que se buscar a pertinência deste julgado com o entendimento do STJ que considera que a empresa deve responder com todo o seu patrimônio por créditos tributários e que não é possível a emissão de certidão de regularidade fiscal em favor de município quando houver débitos em nome de câmara municipal ou tribunal de contas municipal, justamente porque estes, embora possuam CNPJ diversos, não apresentam personalidade jurídica.

7. Agravo interno da Fazenda Nacional provido para conhecer do agravo, dar provimento ao recurso especial do ente fazendário e julgar improcedente o pedido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Benedito Gonçalves, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Napoleão Nunes Maia Filho, dar provimento ao agravo interno para, conhecendo do agravo, dar provimento ao recurso especial do ente fazendário e julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Gurgel de Faria, que lavrará o acórdão. Votaram com o Sr. Ministro Gurgel de Faria os Srs. Ministros Regina Helena Costa (Presidente) e Benedito Gonçalves (voto-vista).

Brasília, 27 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Gurgel de Faria, Relator

DJe: 12.9.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de agravo interno manejado pela *Fazenda Nacional*, desafiando decisão por meio da qual foi negado provimento ao agravo em recurso especial, sob o fundamento de que o acórdão recorrido encontra-se em sintonia com o entendimento pacificado do STJ, no sentido de que a expedição de CPD-EN (Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa) para uma das filiais de estabelecimento comercial não poderia ser negada em razão de pendência tributária da matriz ou de outras filiais, sob pena de ofensa ao princípio da autonomia de cada estabelecimento, previsto no art. 127, II, do CTN.

A parte agravante sustenta, em resumo, que o entendimento dominante nesta Corte superior deveria ser modificado, pois não teriam sido levados em consideração: (I) todos os argumentos da Fazenda Nacional; (II) a incoerência entre esse posicionamento e o entendimento consubstanciado no REsp 1.355.812/RS, quanto à responsabilidade patrimoniais de filiais; e (III) o fato de que a sua manutenção facilitaria a ocorrência de fraudes.

Acrescenta, ainda, que:

A tese que os recorridos sustentavam com vistas a afastar o princípio da unidade patrimonial centrava-se no argumento da autonomia dos estabelecimentos, que o Ministro Campbell enfatizou tratar-se de princípio afeto ao direito tributário, para os efeitos únicos de fixar local e momento do nascimento da obrigação fiscal. O que ocorre é que esse mesmo argumento, da autonomia dos estabelecimentos, tem sido equivocadamente utilizado para se autorizar a emissão de certidão em favor de filiais, quando há débitos fiscais da matriz, ou de outras filiais.

A par desses elementos, e para os efeitos de obrigações tributárias e obrigações decorrentes, não se pode considerar que os vários estabelecimentos vinculados a uma unidade substancializem fragmentos isolados e independentes, a ponto de não se comunicarem. A possibilidade de existência de domicílios tributários distintos não significa que matrizes e filiais sejam também ambientes organizacionais distintos" (fl. 469).

Impugnação apresentada às fls. 477/479.

*É o breve relato.*

## VOTO

Ementa: Tributário. Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN). Matriz com Pendência Fiscais. Expedição

de Certidão para Filiais em Situação Fiscal Regular. Possibilidade. Princípio da Autonomia Jurídico-Administrativa de Cada Estabelecimento Comercial. Art. 127, II, do CTN.

A jurisprudência firme desta Corte é no sentido de que a existência de CNPJ individualizado para cada estabelecimento comercial impossibilita que a pendência fiscal da matriz ou de outras filiais seja considerada para fins de expedição de CPD-EN para o estabelecimento em situação fiscal regular. Precedentes: *AgRg no AREsp 857.853/SP*, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 08/08/2016; *AgInt no REsp 1773249/ES*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 01/03/2019.

2. Agravo interno não provido.

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): A irrisignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados (fls. 451/455):

Trata-se de agravo interposto pela *Fazenda Nacional*, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, assim ementado (fl. 364):

Processual Civil e Tributário. Ação Ordinária. Autonomia Jurídico-Administrativa (Art. 127, II, CTN) da Matriz e das Filiais com CNPJ Distintos. Expedição de CPD-EN Apenas para a Filial: Possibilidade. Honorários Advocatícios (7).

1. Possível a expedição de CPD-EN a filial se o fato impeditivo forem apenas as dívidas da matriz ou de outra filial ante a autonomia jurídico-administrativa das empresas, consagrado no art. 127, II, do CTN. Nesse sentido: "As filiais têm registros próprios no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ. Têm a empresa matriz e as filiais personalidades jurídicas distintas. Logo, não se pode negar às filiais Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa se quem está em débito é a empresa matriz. Como decidiu a antiga 4ª Turma deste Tribunal, ao julgar o AMS 96.01.10970-6/GC, DJ 09.10.1997, tendo como relatora a Juíza Eliana Calmon: 'O registro e inscrição de estabelecimento filial é como se fosse o surgimento de uma nova empresa.'" (AG 1 2004.01,00.003230-7/AM, Rel. Des. Federal Tourinho Neto).

2. A condenação em verba honorária deve estar em conformidade com o disposto no art. 20, §4º, do CPC/1973 (art. 85, §§3º e 5º, NCPC), devendo ser fixada mediante juízo de equidade, com modicidade; observada, todavia, a justa remuneração dos procuradores, observando-se, ainda, que o julgador não está restrito aos limites de percentuais mínimo e máximo previstos no caput do § 3º do art. 20 do CPC/1973, podendo-se adotar como base de cálculo dos honorários advocatícios o valor da causa (no caso, R\$ 1.000,00) ou o da condenação, bem como arbitrar valor fixo, desde que não represente valor irrisório ou exorbitante (REsp 624.356/RS, Rei. Ministro *Nilson Naves, Corte Especial*, julgado em 17/06/2009, DJe 08/10/2009). Neste sentido, e tendo em vista o trabalho exercido pelo advogado, não vejo motivo para redução da condenação em honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

3. Apelação e remessa oficial não provida.

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados ante a inexistência dos vícios elencados no art. 535 do CPC (fls. 386/390). Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 1.022 do CPC, 59191, 1.143, 1.143 do CC e 127, II e 205 do CTN. Sustenta que: (I) a despeito da interposição dos aclaratórios, o Tribunal de origem quedou-se silente em relação às teses nele suscitadas e (II) “não mais existem certidões negativas - ou positivas com efeitos de negativas - em favor de filiais. As certidões de regularidade fiscal emitidas de forma conjunta pela RFB e PGFN são expedidas em favor da matriz e abarcam todas as suas filiais, de forma que todos os estabelecimentos da pessoa jurídica devem encontrar-se em situação regular” (fl. 406).

É o relatório.

O presente recurso não comporta guarida.

Verifica-se, inicialmente, não ter ocorrido ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, na medida em que o Tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Quanto à questão de fundo, esta Corte possui firme jurisprudência em que, para fins tributários, na hipótese de existência de inscrições próprias entre a matriz e as filiais, por serem considerados entes tributários autônomos, a situação de regularidade fiscal deve ser considerada de forma individualizada.

Nesse sentido, confirmam-se:

Processual Civil e Tributário. Certidão Positiva com Efeito de Negativa. Empresas Integrantes do Denominado “Sistema S”.

Administração Regional e Nacional. Autonomia Jurídico-Administrativa.

1. As Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ possuem entendimento de que as empresas integrantes do denominado "Sistema S" (Sesc, Senai, Senat, etc.) possuem administrações regionais dotadas de autonomia, razão pela qual a situação de regularidade fiscal (arts. 205 e 206 do CTN) deve ser considerada de forma individualizada.

2. São inaplicáveis os precedentes apontados pela agravante, por versarem situações de empresas mercantis comuns, não sujeitas ao regime jurídico do Sistema S.

3. Agravo Regimental não provido.

(*AgRg no REsp 1402237/RS*, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 20/03/2014, DJe 20/06/2014)

Processual Civil. Tributário. Agravo Regimental no Recurso Especial. Mandado de Segurança. Expedição de Certidão de Regularidade Fiscal. Sesc e Senac. Administração Regional e Nacional. CNPJ Distintos. Autonomia Jurídico-Administrativa. Precedentes de Ambas as Turmas que Compõem a Primeira Seção.

1. Na hipótese em foco, as administrações Regionais e Nacionais do SESC e SENAC possuem CNPJ próprio, portanto, com autonomia jurídico-administrativa. Nesse contexto, para fins tributários, a situação de regularidade fiscal deve ser considerada de forma individualizada, conforme jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção deste Tribunal: *AgRg no REsp 1.114.696/AM*, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJ de 20/10/2009, *AgRg no REsp 961.422/SC*, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJ de 15/6/2009, *REsp 1.003.052/RS*, Rel. Min. Castro Meira, DJ 2/4/2008.

2. A propósito: "O Código Tributário Nacional reconhece a autonomia de domicílios do contribuinte - artigo 127, II, e, na hipótese, cada estabelecimento educacional tem seu domicílio tributário, não sendo possível a recusa de emissão de certidão negativa a determinado estabelecimento sob a alegação de que outros estabelecimentos da recorrida têm débitos junto à Previdência. O recorrido possui CNPJ próprio, a denotar sua autonomia jurídico-administrativa, e se encontra em situação de legalidade junto ao INSS, conforme constatado pela instância ordinária." (*REsp 938.547/PR*, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 2/8/2007).

3. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no REsp 1235407/RJ*, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 14/04/2011, DJe 19/04/2011)

Tributário. CND. Matriz. Filial. Débitos da Filial não Impedem a Expedição de Certidão Referente à Matriz.

1. Cada estabelecimento de empresa que tenha CNPJ individual tem direito a certidão positiva com efeito de negativa em seu nome, ainda

que restem pendências tributárias de outros estabelecimentos da mesmo grupo econômico, quer seja matriz ou filial.

2. agravo regimental não provido. (*AgRg no REsp 961.422/SC*, Rel. Min. *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, DJ de 15/6/2009).

*Tributário. Certidão Positiva com Efeito de Negativa. Filial. Pendência da Matriz. Possibilidade.*

1. O artigo 127, I, do Código Tributário Nacional consagra o princípio da autonomia de cada estabelecimento da empresa que tenha o respectivo CNPJ, o que justifica o direito a certidão positiva com efeito de negativa em nome de filial de grupo econômico, ainda que restem pendências tributárias da matriz ou de outras filiais.

Precedente da Primeira Turma (*REsp 938.547/PR*, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJU de 02.08.07).

2. Recurso especial não provido. (*REsp 1.003.052/RS*, Rel. Min. *Castro Meira, Segunda Turma*, DJ 2/4/2008)

Mandado de Segurança. INSS. Certidão de Regularidade Fiscal - CND. Débito. Unidades Mantidas pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade. Entidades Individuais. Autonomia de Domicílio Tributário. Inscrição Própria no CNPJ. Situação Regular.

I - O Código Tributário Nacional reconhece a autonomia de domicílios do contribuinte - artigo 127, II, e, na hipótese, cada estabelecimento educacional tem seu domicílio tributário, não sendo possível a recusa de emissão de certidão negativa a determinado estabelecimento sob alegação de que outros estabelecimentos da recorrida têm débitos junto à Previdência. O recorrido possui CNPJ próprio, a denotar sua autonomia jurídico-administrativa, e se encontra em situação de legalidade junto ao INSS, conforme constatado pela instância ordinária.

II - Recurso improvido. (*REsp 938.547/PR*, Rel. Min. *Francisco Falcão, Primeira Turma*, DJ de 2/8/2007).

Por estar em consonância com o entendimento desta Corte Superior, o acórdão recorrido não merece reparos. Ante o exposto, nego provimento ao agravo.

Com efeito, apesar das alegações da agravante no intuito de promover a modificação da jurisprudência do STJ, quanto à questão da aplicação do princípio da autonomia jurídico-administrativa dos estabelecimentos comerciais, previsto no art. 127, II, do CTN, tem-se que o STJ, em julgados recentes, reforçou sua aplicação no caso, consoante se extrai das seguintes ementas:

Processual Civil e Tributário. Agravo Interno no Recurso Especial.

Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Débito Tributário em Nome da Empresa Matriz. Expedição de Certidão Negativa de Débito em Nome da Filial. Possibilidade. Autonomia de Estabelecimentos. Precedentes.

Agravo Interno não Provido.

1. É entendimento neste Superior Tribunal que, ante o princípio da autonomia de cada estabelecimento da empresa consagrado no art. 127, I, do CTN, evidenciado que a matriz possui inscrição no CNPJ diversa da filial, a existência de débito em nome de um não impede a expedição de regularidade fiscal em favor de outro.

2. Agravo interno não provido.

(*AgInt no REsp 1773249/ES*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 01/03/2019)

Tributário. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Expedição de Certidão Negativa de Débito. Matriz e Filial. Possibilidade. Autonomia dos Estabelecimentos.

O Superior Tribunal de Justiça é firme no sentido de que, para fins tributários, na hipótese de existência de inscrições próprias entre a matriz e as filiais, por serem considerados entes tributários autônomos, a situação de regularidade fiscal deve ser considerada de forma individualizada.

Agravo regimental desprovido.

(*AgRg no AREsp 857.853/SP*, Rel. Ministro Gurgel De Faria, Primeira Turma, DJe 08/08/2016)

Assim, estando o acórdão recorrido em conformidade com o entendimento recente e pacificado deste Tribunal uniformizador, não merece reparos a decisão agravada.

*Ante o exposto*, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Após o bem-lançado voto do em. relator, Ministro Sérgio Kukina, em que negou provimento ao agravo interno, pedi vista dos autos e agora submeto o feito a julgamento.

A lide versa sobre a possibilidade de emissão de CPD-EN (Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa) para filiais de estabelecimento comercial, se existentes débitos da matriz ou de outras filiais.

A Fazenda Nacional alega em suas razões que a decisão monocrática proferida pelo em. Relator deve ser modificada em razão dos seguintes argumentos (e-STJ fls. 460/472):

a) As decisões do STJ nunca refutaram todos os argumentos da Fazenda Nacional;

b) Há forte incoerência em relação a tema correlato julgado em recurso repetitivo (REsp 1.355.812/RS: responsabilidade patrimonial de filiais) e em relação a tema praticamente idêntico ao presente, qual seja, a concessão de certidão negativa a ente municipal em caso de dívida da câmara legislativa, o que motiva a Fazenda Nacional a propor a superação do entendimento revelado nos precedentes que fundamentam a decisão ora agravada;

c) interpretação jurídica atualmente dominante facilita a ocorrência de fraudes, especialmente quando a certidão é utilizada para instruir processos de licitação ou para a obtenção de recursos em instituições financeiras, ameaçando a boa-fé de terceiros e o andamento regular da vida negocial;

d) empresa é uma unidade compacta, que se divide, em vários estabelecimentos (a tomarmos o sentido vulgar da expressão), tão somente para melhor articular sua atividade negocial, não decorrendo daí a atribuição de personalidade jurídica distinta para cada complexo de bens organizados separadamente para o exercício da atividade empresarial;

e) a pluralidade de domicílios, a responsabilidade tributária é una, abrangendo todo o patrimônio do sujeito passivo, que é a entidade dotada de personalidade jurídica. Tal fato justifica (e exige) que não se possam entregar certidões individualizadas.

Foi apresentada impugnação (e-STJ fls. 477/479).

Pois bem.

Os autos dão conta de que o recurso especial origina-se de ação ordinária proposta por LUPATECH S.A., objetivando a expedição de certidão conjunta de débitos relativos a tributos federais e à dívida ativa da União e da certidão negativa de débitos relativos à contribuição previdenciária. Segundo a autora, não existe nenhum crédito tributário em seu desfavor, apenas contra outros estabelecimentos da sociedade Lupatech S.A.

O MM. Juiz *a quo* julgou procedente o pedido para determinar que sejam emitidas as certidões de regularidade fiscal requeridas pela demandante (e-STJ fls. 177/185).

A sentença foi confirmada pelo Tribunal *a quo*, cujo acórdão restou assim ementado (e-STJ fl. 364):

Processual Civil e Tributário. Ação Ordinária. Autonomia Jurídico - Administrativa (Art. 127, II, CTN) da Matriz e das Filiais com CNPJ Distintos. Expedição de CPD-EN Apenas para a Filial: Possibilidade. Honorários Advocatícios (7).

1. Possível a expedição de CPD-EN a filial se o fato impeditivo forem apenas as dívidas da matriz ou de outra filial ante a autonomia jurídico-administrativa das empresas, consagrado no art. 127, II, do CTN. Nesse sentido: "As filiais têm registros próprios no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica - CNPJ. Têm a empresa matriz e as filiais personalidades jurídicas distintas. Logo, não se pode negar às filiais Certidão Negativa de Débitos ou Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa se quem está em débito é a empresa matriz. Como decidiu a antiga 4ª Turma deste Tribunal, ao julgar o AMS 96.01.10970-6/GO, DJ 09.10.1997, tendo como relatora a Juíza Eliana Calmon: 'O registro e inscrição de estabelecimento filial é como se fosse o surgimento de uma nova empresa.'" (AG Nº 2004.01.00.003230-7/AM, Rel. Des. Federal Tourinho Neto).

2. A condenação em verba honorária deve estar em conformidade com o disposto no art. 20, §4º, do CPC/1973 (art. 85, §§3º e 5º, NCPC), devendo ser fixada mediante juízo de equidade, com modicidade; observada, todavia, a justa remuneração dos procuradores, observando-se, ainda, que o julgador não está restrito aos limites de percentuais mínimo e máximo previstos no caput do § 3º do art. 20 do CPC/1973, podendo-se adotar como base de cálculo dos honorários advocatícios o valor da causa (no caso, R\$ 1.000,00) ou o da condenação, bem como arbitrar valor fixo, desde que não represente valor irrisório ou exorbitante (EREsp 624.356/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, CORTE ESPECIAL, julgado em 17/06/2009, DJe 08/10/2009). Neste sentido, e tendo em vista o trabalho exercido pelo advogado, não vejo motivo para redução da condenação em honorários advocatícios de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

3. Apelação e remessa oficial não provida.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (e-STJ fls. 386/390).

Em suas razões de recurso, o ente fazendário alega:

a) afronta ao art. 1.022 do CPC/2015 por considerar que o acórdão foi omissivo em relação a questões importantes para o deslinde da controvérsia;

b) violação dos arts. 591 do CPC/2015, 1142, 1143 do CC e 127, II e 205, ambos do CTN. Para tanto, aduz que:

b.1) para as filiais, a existência de CNPJ próprio, mas com mesmo número básico, consiste em mera técnica de fiscalização, não tendo o condão de atribuir personalidade jurídica a cada uma das filiais;

b.2) o estabelecimento é parte da pessoa jurídica, não dispondo de personalidade jurídica própria, nem tendo sido equiparado aos entes personalizados, para efeito de titularizar direitos e obrigações;

b.3) o conceito de estabelecimento, por sua vez, é de ordem legal e não se confunde com o conceito de pessoa jurídica, sendo que o estabelecimento não é sujeito de direito mas apenas um complexo de bens, e, assim, é objeto de direito;

b.4) vige no direito brasileiro o Princípio da Unidade Patrimonial, a demonstrar que todo o patrimônio da pessoa jurídica responde pelos seus débitos, inclusive os tributários;

b.5) o correto significado do princípio da autonomia dos estabelecimentos se refere apenas ao nascimento da obrigação tributário relativamente a determinados tributos, como o IPI e o ICMS;

Dito isso, considerando que as questões suscitadas nos presentes autos foram suficientemente enfrentadas no acórdão recorrido, tenho por satisfeito o requisito do prequestionamento, motivo pelo qual supero, desde logo, a alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015.

Quanto ao mérito, a princípio, iria acompanhar o voto do em. Ministro Sérgio Kukina, que reflete a jurisprudência no âmbito desta Corte Superior no sentido de que, para fins tributários, cada estabelecimento da pessoa jurídica que possua CNPJ individual tem direito à certidão positiva com efeito de negativa em seu nome, ainda que haja pendências tributárias de outros estabelecimentos do mesmo grupo, sendo matriz ou filial.

A título ilustrativo, os seguintes julgados:

Processual Civil e Tributário. Agravo Interno no Recurso Especial. Expedição de Certidão Negativa de Débito. Matriz e Filial. Possibilidade. Autonomia Jurídico-Administrativa. Agravo Interno da Fazenda Nacional a que se Nega Provimento.

1. O Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de frisar que, em havendo diferentes inscrições no CNPJ, a existência de débito tributário em nome de uma filial/matriz não impede a expedição de regularidade fiscal em nome de outra, em razão de suas autonomias jurídico-administrativas. Precedentes: AgRg no AREsp. 857.853/SP, Rel. Min. *Gurgel De Faria*, DJe 8.8.2016, AgRg no AREsp. 660.736/BA, Rel. Min. *Assuete Magalhães*, DJe 24.6.2016, AgInt no REsp. 1.434.810/DF, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJe 8.6.2016.

2. Agravo Interno da *Fazenda Nacional* a que se nega provimento.

(AgInt no REsp 1771041/ES, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, *Primeira Turma*, julgado em 25/03/2019, DJe 03/04/2019)

Processual Civil e Tributário. Agravo Interno no Recurso Especial. Enunciado Administrativo n. 3/STJ. Débito Tributário em Nome da Empresa Matriz. Expedição de Certidão Negativa de Débito em Nome da Filial. Possibilidade. Autonomia de Estabelecimentos. Precedentes.

Agravo Interno não Provido.

1. É entendimento neste Superior Tribunal que, ante o princípio da autonomia de cada estabelecimento da empresa consagrado no art. 127, I, do CTN, evidenciado que a matriz possui inscrição no CNPJ diversa da filial, a existência de débito em nome de um não impede a expedição de regularidade fiscal em favor de outro.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1773249/ES, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, julgado em 26/02/2019, DJe 01/03/2019)

Ocorre que, não obstante a jurisprudência firmada no âmbito do STJ, confesso que nunca me senti confortável com tal posicionamento por considerar incongruente uma interpretação para fins tributários e outra para fins de responsabilidade patrimonial. Em razão disso, resolvi pedir vista dos autos e, após profunda reflexão sobre o tema, a meu ver, o recurso do ente fazendário deve ser provido.

Passo, então, a explanar os motivos da minha alteração de posicionamento.

Inicialmente, verifica-se que o primeiro julgado que deu origem a essa jurisprudência foi proferido pelo em. Ministro Hamilton Carvalhido, no ano de 2009, o qual restou assim ementado:

Agravo Regimental em Recurso Especial. Débito Tributário em Nome da Empresa Matriz. Expedição de Certidão Negativa em Nome da Filial. Possibilidade.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que é possível a concessão de certidões negativas de débito tributário às empresas filiais, ainda que conste débito em nome da matriz, em razão de cada empresa possuir CNPJ próprio, a denotar sua autonomia jurídico-administrativa.

2. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1114696/AM, Rel. Ministro *Hamilton Carvalhido*, Primeira Turma, julgado em 13/10/2009, DJe 20/10/2009)

Nas razões do voto-condutor, restou consignado que:

Senhor Presidente, a questão está na possibilidade, ou não, de concessão de certidão negativa de débito tributário em nome das empresas filiais, quando haja pendências tributárias geradas pela empresa matriz.

Ao que se tem, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento na possibilidade da concessão de certidões negativas de débito tributário às empresas filiais, ainda que conste débito em nome da matriz, em

razão de cada empresa possuir CNPJ próprio, a denotar sua autonomia jurídico-administrativa.

Nesse sentido:

Tributário. CND. Matriz. Filial. Débitos da Filial não Impedem a Expedição de Certidão Referente à Matriz.

1. Cada estabelecimento de empresa que tenha CNPJ individual tem direito a certidão positiva com efeito de negativa em seu nome, ainda que restem pendências tributárias de outros estabelecimentos da mesmo grupo econômico, quer seja matriz ou filial.

2. agravo regimental não provido." (AgRg no REsp 961422/SC, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, julgado em 02/06/2009, DJe 15/06/2009).

Mandado de Segurança. INSS. Certidão de Regularidade Fiscal - CND. Débito. Unidades Mantidas pela Campanha Nacional de Escolas da Comunidade. Entidades Individuais. Autonomia de Domicílio Tributário. Inscrição Própria no CNPJ. Situação Regular.

I – O Código Tributário Nacional reconhece a autonomia de domicílios do contribuinte - artigo 127, II, e, na hipótese, cada estabelecimento educacional tem seu domicílio tributário, não sendo possível a recusa de emissão de certidão negativa a determinado estabelecimento sob a alegação de que outros estabelecimentos da recorrida têm débitos junto à Previdência. O recorrido possui CNPJ próprio, a denotar sua autonomia jurídico-administrativa, e se encontra em situação de legalidade junto ao INSS, conforme constatado pela instância ordinária.

II - *Recurso improvido.*" (REsp 938547/PR, Rel. Ministro *Francisco Falcão, Primeira Turma*, julgado em 12/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 435).

Tributário. Certidão Positiva com Efeito de Negativa. Filial. Pendência da Matriz. Possibilidade.

1. O artigo 127, I, do Código Tributário Nacional consagra o princípio da autonomia de cada estabelecimento da empresa que tenha o respectivo CNPJ, o que justifica o direito a certidão positiva com efeito de negativa em nome de filial de grupo econômico, ainda que restem pendências tributárias da matriz ou de outras filiais.

Precedente da Primeira Turma (REsp 938.547/PR, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJU de 02.08.07).

2. *Recurso especial não provido.*" (REsp 1003052/RS, Rel. Ministro *Castro Meira, Segunda Turma*, julgado em 18/03/2008, DJe 02/04/2008).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.

Da leitura do excerto transcrito, observa-se que o único fundamento utilizado pelo julgado foi o fato das filiais possuírem CNPJ próprio, o que implicaria na sua autonomia jurídico-administrativa, motivo pelo qual seria legítima a expedição de CND ou CPD-EN em seu nome, ainda que existam débitos em nome da matriz ou de outras filiais.

Ocorre que, salvo melhor juízo, não considero que o fato de matriz e filiais possuírem inscrições diversas alcance tamanha amplitude, a ponto de débitos tributários de uma não influenciarem na expedição de certidão de regularidade fiscal em relação à outra. Explico.

A pessoa jurídica como um todo é quem possui personalidade. É ela quem é sujeito de direitos e obrigações, assumindo com todo o seu patrimônio a correspondente responsabilidade. As filiais são estabelecimentos secundários da mesma pessoa jurídica, desprovidas de personalidade jurídica e patrimônio próprio, apesar de poderem possuir domicílios em lugares diferentes (art. 75, § 1º, do CC) e inscrições distintas no CNPJ. Quanto a esse ponto, para os que defendem posição em contrário, verifica-se que a sua inscrição é praticamente a mesma da matriz, diferindo apenas os seus números finais, ressaltando-se que, havendo a baixa da inscrição do estabelecimento matriz no CNPJ, conseqüentemente ocorre a extinção da inscrição do CNPJ de todas as filiais.

Assim dispõem os dispositivos legais que tratam das pessoas jurídicas.

Código Civil:

Art. 75. Quanto às pessoas jurídicas, o domicílio é:

I - da União, o Distrito Federal;

II - dos Estados e Territórios, as respectivas capitais;

III - do Município, o lugar onde funcione a administração municipal;

IV - das demais pessoas jurídicas, o lugar onde funcionarem as respectivas diretorias e administrações, ou onde elegerem domicílio especial no seu estatuto ou atos constitutivos.

§ 1º Tendo a pessoa jurídica diversos estabelecimentos em lugares diferentes, cada um deles será considerado domicílio para os atos nele praticados.

§ 2º Se a administração, ou diretoria, tiver a sede no estrangeiro, haver-se-á por domicílio da pessoa jurídica, no tocante às obrigações contraídas por cada uma das suas agências, o lugar do estabelecimento, sito no Brasil, a que ela corresponder.

Art. 1.142. Considera-se estabelecimento todo complexo de bens organizado, para exercício da empresa, por empresário, ou por sociedade empresária. Art.

1.143. Pode o estabelecimento ser objeto unitário de direitos e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza.

CTN

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;

Art. 205. A lei poderá exigir que a prova da quitação de determinado tributo, quando exigível, seja feita por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessárias à identificação de sua pessoa, domicílio fiscal e ramo de negócio ou atividade e indique o período a que se refere o pedido.

Parágrafo único. A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e será fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição

CPC/73

Art. 591. O devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei.

Diante das considerações apresentadas e dos textos legais transcritos, no meu sentir, o fato das filiais possuírem CNPJ próprio confere a elas somente autonomia administrativa e operacional para fins fiscalizatórios, a fim de facilitar a atuação da administração fazendária no controle de determinados tributos, como ocorre com o ICMS e IPI. Não se abarca a autonomia jurídica, já que, como dito alhures, existe a relação de dependência entre o CNPJ das filiais e da matriz.

Conclusão diversa seria inconcebível, tendo em vista que, tratando-se da mesma pessoa jurídica (matriz e filiais), havendo inadimplência contratual, a obrigação de pagamento deve ser imposta à sociedade empresária como um todo, não se fazendo distinção entre matriz e filial. Como proceder diferente nos casos de existência de débitos tributários para fins de expedição de certidão de regularidade fiscal?

Outro ponto de suma relevância, é o fato de que o novo Código de Processo Civil traz como fim a ser buscado por todo o Poder Judiciário, expressamente, a coerência de suas decisões, devendo os precedentes e a jurisprudência dos

Tribunais Superiores dar segurança jurídica aos jurisdicionados. É o que dispõe o art. 926 do CPC/2015, *in verbis*:

Art. 926. Os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

§ 1º Na forma estabelecida e segundo os pressupostos fixados no regimento interno, os tribunais editarão enunciados de súmula correspondentes a sua jurisprudência dominante.

§ 2º Ao editar enunciados de súmula, os tribunais devem ater-se às circunstâncias fáticas dos precedentes que motivaram sua criação.

Nesse sentido, há de se buscar a coerência das decisões referentes à alegada autonomia jurídico-administrativa para fins de emissão de certidão de regularidade fiscal e aquelas que consideram a unidade patrimonial da empresa para responder com todo o seu patrimônio por créditos tributários, como a contida no REsp n. 1.355.812/RS, julgado pela sistemática dos repetitivos, assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Execução Fiscal. Dívidas Tributárias da Matriz. Penhora, pelo Sistema Bacen-Jud, de Valores Depositados em Nome das Filiais. Possibilidade. Estabelecimento Empresarial como Objeto de Direitos e não como Sujeito de Direitos. CNPJ Próprio das Filiais. Irrelevância no que Diz Respeito à Unidade Patrimonial da Devedora.

1. No âmbito do direito privado, cujos princípios gerais, à luz do art. 109 do CTN, são informadores para a definição dos institutos de direito tributário, *a filial é uma espécie de estabelecimento empresarial, fazendo parte do acervo patrimonial de uma única pessoa jurídica, partilhando dos mesmos sócios, contrato social e firma ou denominação da matriz. Nessa condição, consiste, conforme doutrina majoritária, em uma universalidade de fato, não ostentando personalidade jurídica própria, não sendo sujeito de direitos, tampouco uma pessoa distinta da sociedade empresária. Cuida-se de um instrumento de que se utiliza o empresário ou sócio para exercer suas atividades.*

2. *A discriminação do patrimônio da empresa, mediante a criação de filiais, não afasta a unidade patrimonial da pessoa jurídica, que, na condição de devedora, deve responder com todo o ativo do patrimônio social por suas dívidas, à luz de regra de direito processual prevista no art. 591 do Código de Processo Civil, segundo a qual “o devedor responde, para o cumprimento de suas obrigações, com todos os seus bens presentes e futuros, salvo as restrições estabelecidas em lei”.*

3. *O princípio tributário da autonomia dos estabelecimentos, cujo conteúdo normativo preceitua que estes devem ser considerados, na forma da legislação específica de cada tributo, unidades autônomas e independentes nas relações jurídico-tributárias travadas com a Administração Fiscal, é um instituto de direito*

*material, ligado à questão do nascimento da obrigação tributária de cada imposto especificamente considerado e não tem relação com a responsabilidade patrimonial dos devedores prevista em um regramento de direito processual, ou com os limites da responsabilidade dos bens da empresa e dos sócios definidos no direito empresarial.*

4. A obrigação de que cada estabelecimento se inscreva com número próprio no CNPJ tem especial relevância para a atividade fiscalizatória da administração tributária, não afastando a unidade patrimonial da empresa, cabendo ressaltar que a inscrição da filial no CNPJ é derivada do CNPJ da matriz.

5. *Nessa toada, limitar a satisfação do crédito público, notadamente do crédito tributário, a somente o patrimônio do estabelecimento que participou da situação caracterizada como fato gerador é adotar interpretação absurda e odiosa. Absurda porque não se concilia, por exemplo, com a cobrança dos créditos em uma situação de falência, onde todos os bens da pessoa jurídica (todos os estabelecimentos) são arrecadados para pagamento de todos os credores, ou com a possibilidade de responsabilidade contratual subsidiária dos sócios pelas obrigações da sociedade como um todo (v.g. arts. 1.023, 1.024, 1.039, 1.045, 1.052, 1.088 do CC/2002), ou com a administração de todos os estabelecimentos da sociedade pelos mesmos órgãos de deliberação, direção, gerência e fiscalização. Odiosa porque, por princípio, o credor privado não pode ter mais privilégios que o credor público, salvo exceções legalmente expressas e justificáveis.*

6. Recurso especial conhecido e provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/08.

(REsp 1355812/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 31/05/2013) (Grifos acrescentados).

Nessa mesma toada, há de se buscar a coerência entre a jurisprudência do STJ nos julgados que impedem a emissão de certidão de regularidade fiscal em favor de Município, quando houver débitos em nome de Câmara Municipal ou Tribunais de Contas Municipais, justamente, por estes, embora possuam CNPJ diversos, não possuem personalidade jurídica.

Nesse sentido, a título ilustrativo:

Tributário e Processual Civil. Agravo Regimental no Recurso Especial. Dívida Previdenciária da Câmara Legislativa Municipal. Impossibilidade de Expedição de Certidão de Regularidade Fiscal, em Favor do Município. Precedentes do STJ. Agravo Regimental Improvido.

I. Agravo Regimental interposto em 13/11/2015, contra decisão publicada em 05/11/2015, na vigência do CPC/73.

II. *Na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, “não é possível a emissão de certidão negativa de débito em favor do Município, na hipótese em que existente dívida previdenciária sob a responsabilidade da respectiva Câmara*

*Municipal, pois a Câmara Municipal constitui órgão integrante do Município e, nesse sentido, não possui personalidade jurídica autônoma que lhe permita figurar no polo passivo da obrigação tributária ou ser demandada em razão dessas obrigações, não sendo lícita a aplicação dos princípios da separação dos poderes e da autonomia financeira e administrativa para eximir o Município das responsabilidades assumidas por seus órgãos” (REsp 1.408.562/SE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJe de 19/03/2014). No mesmo sentido: STJ, AgRg no REsp 1.410.919/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe de 26/04/2016; AgRg no REsp 1.538.839/PE, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Convocada TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 31/03/2016; AgRg no REsp 1.550.941/BA, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 16/11/2015.*

III. Agravo Regimental improvido.

(AgRg no REsp 1555666/SE, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 02/06/2016, DJe 13/06/2016) (Grifos acrescidos).

Sendo assim, rogando todas as vênias ao em. Relator, *dou provimento* ao agravo interno da Fazenda Nacional para *conhecer do agravo* e *dar provimento* ao recurso especial do ente fazendário e julgar improcedente a ação, invertidos os ônus da sucumbência.

É como voto.

#### VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN). Matriz e Filial. Estabelecimento Empresarial como Objeto de Direitos e não Sujeito de Direitos. Impossibilidade de Expedição de Certidão de Regularidade Fiscal para as Filiais quando Houver Pendência da Matriz ou de outra Filial. Inteligência do Repetitivo REsp 1.355.812/RS. Acompanhamento a Divergência Inaugurada pelo Ministro Gurgel de Faria para dar Provimento ao Agravo Interno da Fazenda Nacional, Conhecer do Agravo e dar Provimento ao Recurso Especial.

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de agravo interno interposto pela Fazenda Nacional (fls. 460/472) contra decisão monocrática do Relator, Min. Sérgio Kukina, que negou provimento a agravo em recurso especial.

A decisão monocrática do Ministro Sérgio Kukina (fls. 451/455) está fundamentada nos precedentes das Turmas de Direito Público do STJ, no

sentido de que a expedição de CPD-EN (Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa) para uma das filiais de estabelecimento comercial não poderia ser negada em razão de pendência tributária da matriz ou de outras filiais (AgRg no REsp 1402237/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Segunda Turma*, julgado em 20/03/2014, DJe 20/06/2014; AgRg no REsp 1235407/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, *Primeira Turma*, julgado em 14/04/2011, DJe 19/04/2011).

Na Sessão de 28/3/2019, o Ministro Relator apresentou à Primeira Turma seu voto, negando provimento ao agravo interno da Fazenda Nacional; pediu vista antecipada dos autos o Min. Gurgel de Faria.

Em 28/5/2019, o Ministro Gurgel de Faria proferiu voto-vista divergente dando provimento ao agravo interno da Fazenda Nacional, para conhecer do agravo e dar provimento ao recurso especial. Sucederam os votos da Ministra Regina Helena Costa, acompanhando a divergência, e do Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, aderindo ao entendimento do Relator.

Na Sessão da Primeira Turma de 28/5/2019, pedi vista dos autos.

É o relatório.

O tema jurídico controvertido nos autos diz respeito à possibilidade de expedição de CPD-EN (Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa) para uma das filiais de estabelecimento comercial quanto exista pendência tributária da matriz ou de outras filiais.

O Ministro Relator Sérgio Kukina, acompanhado pelo Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, adotou o entendimento segundo o qual, “para fins tributários, na hipótese de existência de inscrições próprias entre a matriz e as filiais, por serem considerados entes tributários autônomos, a situação de regularidade fiscal deve ser considerada de forma individualizada”.

Em seu voto, o Ministro Relator transcreve precedentes das Turmas de Direito Público do STJ, no sentido da aplicação do princípio da autonomia jurídico-administrativa dos estabelecimentos comerciais, previsto no art. 127, II, do CTN.

Por sua vez, o voto-vista divergente, proferido pelo Min. Gurgel de Faria, e acompanhado pela Ministra Regina Helena Costa, não obstante a jurisprudência firmada, traz os seguintes fundamentos, para dar provimento ao agravo interno da Fazenda Nacional: (i) o precedente que deu origem à jurisprudência foi

proferido no AgRg no RESP 1.114.696/AM (Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 20/10/2009) e tem como fundamento o fato de as filiais possuírem CNPJ próprio, o que implicaria sua autonomia; ocorre que o Min. Gurgel de Faria compreende que a existência de CNPJ próprio não é capaz de autorizar que os débitos da matriz ou de outra filial não influenciem na expedição de certidão de regularidade fiscal em relação a outra; (ii) a pessoa jurídica como um todo é quem possui personalidade jurídica; (iii) havendo inadimplência, a obrigação deve ser imposta à sociedade empresária como um todo, não se fazendo distinção entre matriz e filial; (iv) deve haver coerência jurisprudencial no trato da temática em análise com o recurso repetitivo RESP 1.355.812/RS (Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 31/5/2013).

Diante dos argumentos expostos, constata-se que a análise da temática deve perpassar pelos seguintes pontos: (a) a existência legal da filial, se é pessoa jurídica ou não; (b) a inscrição no CNPJ das filiais; (c) a autonomia do estabelecimento empresarial; (d) a coerência do presente tema com o que foi decidido no RESP 1.355.812/RS, recurso representativo da controvérsia.

*(a) Afilial não se constitui em pessoa jurídica.*

Diferente das pessoas naturais, que se registram porque nascem (artigos 2º e 9º, I, do CC/2002), as pessoas jurídicas nascem porque se registram, em conformidade com o art. 45 do CC/2002:

Art. 45. Começa a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, precedida, quando necessário, de autorização ou aprovação do Poder Executivo, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

A sucursal, filial ou agência, por sua vez, não surgem no mundo jurídico segundo a fórmula do art. 45 do CC/2002, mas mediante averbação no Registro Civil das Pessoas Jurídicas ou inscrição derivada da inscrição originária:

Art. 969. O empresário que instituir sucursal, filial ou agência, em lugar sujeito à jurisdição de outro Registro Público de Empresas Mercantis, neste deverá também inscrevê-la, com a prova da inscrição originária.

Parágrafo único. Em qualquer caso, a constituição do estabelecimento secundário deverá ser averbada no Registro Público de Empresas Mercantis da respectiva sede.

Assim, em se tratando de pessoas jurídicas, a criação de sucursal, filial e agência se faz mediante alteração contratual, a qual será arquivada no registro mercantil em que está inscrita a sociedade - pessoa jurídica, art. 45 do CC/2002. Se, porventura, a sucursal, filial ou agência for funcionar no território submetido a outra jurisdição (território de outra junta comercial), será preciso arquivar a alteração em ambas as juntas: aquela onde foi feito o registro principal e na junta em cujo território funcionará a sucursal, filial ou agência.

Desse modo, a sucursal, filial e agência não têm um registro próprio, autônomo, e, portanto, não nascem como uma pessoa jurídica. Nessa esteira, a doutrina de direito empresarial também não considera as filiais como pessoa jurídica:

Também é lícito à sociedade empresária, como ao empresário, instituir filiais, ou seja, girar seus negócios em estabelecimento principal (matriz) e em estabelecimento(s) secundário(s): filial, sucursal, agência etc. Embora não haja outra pessoa jurídica, seu registro é obrigatório (artigo 969 do Código Civil). (...). Note-se que, em qualquer hipótese, **a filial não constitui uma outra pessoa jurídica**: ela é parte de uma só sociedade, compõe sua estrutura e seu patrimônio. (grifei)

(MAMEDE, Gladston. Direito societário : sociedades simples e empresárias / Gladston Mamede. – 10. ed. rev. e atual. – São Paulo : Atlas, 2018)

As expressões sucursal, filial e agência não possuem distinção jurídica e, embora sejam mencionadas de forma diversificada em outros dispositivos do Código Civil (arts. 969, 1.000, 1.136 e 1.172), referem-se a uma só realidade: **o estabelecimento subordinado a um principal. São, portanto, ramificações de uma estrutura administrativa.** (grifei)

(NEGRÃO, Ricardo Manual de direito empresarial / Ricardo Negrão. – 9. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019)

Portanto, embora de registro obrigatório, a filial não é uma pessoa jurídica autônoma, fazendo parte de uma mesma sociedade e compondo sua estrutura e patrimônio. É a ramificação de uma mesma e única estrutura administrativa, integrando o todo societário.

*(b) A inscrição cadastral das filiais no CNPJ.*

A imposição infralegal de inscrição em CNPJ não é capaz de alterar a realidade normativa e a condição jurídica subordinada da sucursal, filial e agência.

A Instrução Normativa RFB N. 1863, de 27 de dezembro de 2018, que dispõe sobre o Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ), dispõe em seu art. 4º que, dentre outras, estão obrigados a ter um CNPJ (grifado):

I - **órgãos públicos** de qualquer dos poderes da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios, desde que se constituam em unidades gestoras de orçamento;

II condomínios edilícios, conceituados nos termos do art. 1.332 da Lei n.º 10.406, de 10 de janeiro de 2002, e os setores condominiais na condição de filiais, desde que estes tenham sido instituídos por convenção de condomínio;

III - grupos e consórcios de sociedades, constituídos, respectivamente, na forma prevista nos arts. 265 e 278 da Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976;

IV - consórcios de empregadores, constituídos na forma prevista no art. 25-A da Lei n.º 8.212, de 24 de julho de 1991;

V - clubes e fundos de investimento, constituídos segundo as normas da Comissão de Valores Mobiliários (CVM);

VI - representações diplomáticas estrangeiras no Brasil;

VII - representações diplomáticas do Estado brasileiro no exterior;

VIII - representações permanentes de organizações internacionais ou de instituições extraterritoriais no Brasil;

IX - serviços notariais e de registro, de que trata a Lei n.º 8.935, de 18 de novembro de 1994, inclusive aqueles que ainda não foram objeto de delegação do Poder Público;

X - fundos públicos a que se refere o art. 71 da Lei n.º 4.320, de 17 de março de 1964;

XI - fundos privados;

XII - **candidatos a cargo político eletivo e frentes plebiscitárias ou referendárias**, nos termos de legislação específica;

XIII - incorporações imobiliárias objeto de opção pelo Regime Especial de Tributação (RET), de que trata o art. 1º da Lei n.º 10.931, de 2 de agosto de 2004, na condição de estabelecimento filial da incorporadora;

XIV - comissões polinacionais, criadas por ato internacional celebrado entre o Brasil e outros países;

XV - entidades domiciliadas no exterior que, no País:

a) sejam titulares de direitos sobre:

1. imóveis;

2. veículos;

3. embarcações;
  4. aeronaves;
  5. contas-correntes bancárias;
  6. aplicações no mercado financeiro ou de capitais; ou
  7. participações societárias constituídas fora do mercado de capitais;
- b) realizem:
1. arrendamento mercantil externo (leasing);
  2. afretamento de embarcações, aluguel de equipamentos e arrendamento simples; ou
  3. importação de bens sem cobertura cambial, destinados à integralização de capital de empresas brasileiras;
- XVI - instituições bancárias do exterior que realizem operações de compra e venda de moeda estrangeira com bancos no País, recebendo e entregando reais em espécie na liquidação de operações cambiais;
- XVII - Sociedades em Conta de Participação (SCPs) vinculadas aos sócios ostensivos; e
- XVIII - **outras entidades, no interesse da RFB ou dos convenentes.**  
(grifei)

O fato de um órgão público, como um Tribunal, ou os “candidatos a cargo político eletivo” estarem obrigados, pela Receita Federal, a possuir um CNPJ não faz deles uma “pessoa jurídica autônoma”. O conceito de pessoa jurídica, como proposto no início deste voto, deve ser encontrado na Lei, e não no normativo infralegal que disciplina um regime cadastral.

A própria Receita Federal, em cláusula aberta, admite que pode obrigar “outras entidades”, no seu interesse, a se cadastrar no CNPJ (art. 4º, XVIII, da IN RFB N. 1863, de 27 de dezembro de 2018).

Assim, não se pode interpretar a Lei a partir de atos normativos de menor estatura, que impõem obrigações meramente cadastrais e acessórias. Muito embora chamado de “Cadastro Nacional da Pessoa Jurídica (CNPJ)”, a terminologia cadastral não reflete a realidade normativa: muitos dos que estão obrigados a terem um CNPJ não são pessoas jurídicas.

Além disso, da leitura do art. 27, § 2º, da IN RFB N. 1863/2018, percebe-se que o cadastro de CNPJ da filial está subordinado ao da matriz, de modo que a baixa da inscrição deste implica automaticamente baixa da inscrição de todos os CNPJ das filiais:

Art. 27. A baixa da inscrição no CNPJ da entidade ou do estabelecimento filial deve ser solicitada até o 5º (quinto) dia útil do 2º (segundo) mês subsequente ao da ocorrência de sua extinção, nas seguintes situações, conforme o caso:

(...)

**§ 2º A baixa da inscrição do estabelecimento matriz no CNPJ implica baixa de todas as inscrições dos estabelecimentos filiais da entidade.** (grifei)

Essa vinculação também se reflete em outros dispositivos da IN RFB n. 1863/2018, como no art. 22, IV, que impede a inscrição no CNPJ da filial quando a matriz não possui CNPJ, ou nos casos em que a inscrição da matriz seja inscrição inexistente, baixada, inapta ou nula:

Art. 22. Impede a inscrição no CNPJ:

(...)

IV - no caso de estabelecimento filial, o fato de o estabelecimento matriz da entidade não possuir inscrição no CNPJ ou de sua inscrição ser inexistente, baixada, inapta ou nula;

Diante dessa realidade, podemos afirmar que o CNPJ da filial é completamente dependente do CNPJ da matriz, de modo que não há como se concluir pela independência das filiais pelo fato de terem que se cadastrar no interesse das administrações tributárias da União, dos estados, do Distrito Federal e dos municípios.

*(c) A aplicação do art. 127, II, do CTN.*

De início, é importante localizar o art. 127, II, do CTN, dentro do contexto de regulação do “domicílio tributário”. Para melhor análise do argumento, transcrevo o dispositivo legal:

Art. 127. Na falta de eleição, pelo contribuinte ou responsável, de domicílio tributário, na forma da legislação aplicável, considera-se como tal:

I - quanto às pessoas naturais, a sua residência habitual, ou, sendo esta incerta ou desconhecida, o centro habitual de sua atividade;

**II - quanto às pessoas jurídicas de direito privado ou às firmas individuais, o lugar da sua sede, ou, em relação aos atos ou fatos que derem origem à obrigação, o de cada estabelecimento;**

III - quanto às pessoas jurídicas de direito público, qualquer de suas repartições no território da entidade tributante.

§ 1º Quando não couber a aplicação das regras fixadas em qualquer dos incisos deste artigo, considerar-se-á como domicílio tributário do contribuinte ou responsável o lugar da situação dos bens ou da ocorrência dos atos ou fatos que deram origem à obrigação.

§ 2º A autoridade administrativa pode recusar o domicílio eleito, quando impossibilite ou dificulte a arrecadação ou a fiscalização do tributo, aplicando-se então a regra do parágrafo anterior.

(grifei)

Conforme ensina Leandro Paulsen, “O domicílio tributário é o local em que o contribuinte receberá notificações e intimações com efeito legal” (PAULSEN, Leandro Curso de direito tributário completo / Leandro Paulsen. – 10. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019). Assim, muito embora uma pessoa jurídica seja única, ela poderá ter locais diversos para efeito de recebimento de notificações e intimações.

Em outras palavras, a pluralidade de domicílios fiscais não implica correlativa pluralidade de pessoas jurídicas, tampouco autonomia patrimonial ou de responsabilidade pelos pagamentos dos débitos relativos a cada um dos estabelecimentos.

A existência de uma filial, com um domicílio fiscal diverso da matriz, não inaugura um novo, isolado e autônomo centro de aquisição de direitos e assunção de obrigações. A filial permanece sendo compartimento interno da estrutura maior da matriz.

Aliás, conforme estabelece o *caput* do art. 127, cabe ao próprio contribuinte a eleição de seu domicílio tributário - essa é a regra. A aplicação da norma do inciso II do art. 127 é subsidiária. Indo ao encontro dessa afirmação, ensina Paulo de Barros Carvalho que:

Vige a regra geral da eleição do domicílio que o sujeito passivo pode fazer a qualquer tempo, decidindo, espontaneamente, sobre o local de sua preferência. Todas as comunicações fiscais, de avisos e esclarecimentos, bem como os atos, propriamente, de intercâmbio procedimental – intimações e notificações – serão dirigidas àquele lugar escolhido, que consta dos cadastros das repartições tributárias, e onde o fisco espera encontrar a pessoa, para a satisfação dos mútuos interesses.

A cabeça do art. 127 do Código Tributário, todavia, já prove a falta de eleição, por parte do contribuinte ou responsável, estipulando, então, as normas aplicáveis, posto que a entidade tributante não pode ficar à mercê da negligência do sujeito passivo em indicar seu domicílio preferido.

(CARVALHO, Paulo de Barros Curso de direito tributário / Paulo de Barros Carvalho. – 30. ed. – São Paulo : Saraiva Educação, 2019).

Ao regular o domicílio tributário, inclusive submetendo-o prioritariamente à eleição do contribuinte, o art. 127 do CTN não regulamenta a responsabilidade das filiais acerca das dívidas tributárias da matriz; ademais, a previsão do inciso II cuida da autonomia do domicílio tributário, conceito que é diverso do princípio da autonomia.

Uma pessoa jurídica é autônoma em relação a outra; mas uma filial, embora possa ter um domicílio tributário diverso do da matriz - por sua eleição ou não -, encontra-se inserida dentro de uma estrutura jurídica única e patrimonialmente indissociável.

Portanto, as filiais não são pessoas distintas de sua sede, muito embora possam ter um domicílio tributário diverso da respectiva matriz. Desse modo, a existência de domicílio fiscal diverso para a filial não é influente para a expedição de certidão negativa, devendo-se ter em conta a existência da pessoa jurídica em sua inteireza, com todas suas filiais e matrizes partes de uma única realidade.

Em arremate, a distinção para efeito de possibilidade de expedição de Certidão Negativa, com base exclusivamente na existência de um domicílio fiscal autônomo entre matriz e filial, perde relevância diante da crescente adoção do instituto jurídico do domicílio fiscal virtual; a Receita Federal, por exemplo, colocou à disposição dos contribuintes a opção pelo chamado Domicílio Tributário Eletrônico (DTE) e o Distrito Federal, através da Lei Distrital 5.910/2017, instituiu o Domicílio Fiscal Eletrônico no Distrito Federal (DF-e), que serve para comunicação eletrônica entre a Secretaria de Estado de Fazenda e o sujeito passivo das obrigações tributárias.

O domicílio fiscal eletrônico deixa clara a finalidade específica da eleição ou estabelecimento de mais de um domicílio fiscal para uma mesma pessoa jurídica: a facilidade na comunicação entre Fisco e o contribuinte ou responsável.

Desse modo, o instituto jurídico do domicílio tributário, regulado no art. 127 do CTN, não tem inferência no debate dos autos, que trata da possibilidade de expedição de certidão negativa para uma filial quando a respectiva matriz tem débitos fiscais em aberto.

*(d) A coerência do presente tema com o que foi decidido no REsp 1.355.812/RS, recurso representativo da controvérsia.*

Por fim, cumpre analisar a convivência harmônica do tema destes autos com o que fora decidido no RESP 1.355.812/RS - recurso representativo da controvérsia.

Repisando, o tema jurídico controvertido nestes autos diz respeito à possibilidade de expedição de CPD-EN (Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa) para uma das filiais de estabelecimento comercial quanto exista pendência tributária da matriz ou de outras filiais.

Por outro lado, o RESP 1.355.812/RS foi interposto em face de acórdão do TRF4 que manteve decisão que indeferira, em execução fiscal, o bloqueio eletrônico de depósitos de titularidade de filiais da executada.

Ou seja a matriz era executada, em execução fiscal, e foi indeferida a pretensão de penhora eletrônica de numerários disponíveis em depósitos de titularidade de filiais. Para melhor compreensão da controvérsia enfrentada no repetitivo, transcrevo o seguinte trecho do voto condutor do acórdão proferido pelo TRF4 (fl. 181):

Cada empresa é identificada como contribuinte pelo número de sua inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas, que compreende as informações cadastrais de entidades de interesse das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios.

Assim, nos termos da legislação tributária, cada estabelecimento é tido como estanco quanto às obrigações tributárias geradas e consectários delas advindas, já que o próprio CTN abarca o princípio de autonomia do estabelecimento.

A Primeira Seção do STJ, no RESP 1.355.812/RS, reformou o acórdão do TRF4 para entender que “os valores depositados em nome das filiais estão sujeitos às dívidas tributárias da matriz, impondo-se, na espécie, o reconhecimento da ocorrência de violação ao disposto em lei federal”.

Na ementa do repetitivo REsp 1.355.812/RS (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Primeira Seção*, julgado em 22/5/2013, DJe 31/5/2013) ficou expressamente consignado que “a filial é uma espécie de estabelecimento empresarial, **fazendo parte do acervo patrimonial de uma única pessoa jurídica**, partilhando dos *mesmos sócios, contrato social e firma outdenominação da matriz*. Nessa condição, consiste, conforme doutrina majoritária, em uma **universalidade de fato, não ostentando personalidade jurídica própria, não sendo sujeito de direitos**, tampouco uma pessoa distinta da sociedade empresária. Cuida-se de *um instrumento de que se utiliza o empresário ou sócio para exercer suas atividades*” (grifei).

Além disso, os argumentos referentes à aplicabilidade do art. 127, II, do CTN, e da existência de CNPJ próprio para cada filial, também foram objetos

expressos de análise no julgamento feito pela Primeira Seção do STJ no REsp 1.355.812/RS.

Assim, *data vênia*, assim como fizeram os Ministros Gurgel de Faria e Regina Helena Costa, entendo que não há como deixar de aplicar o repetitivo REsp 1.355.812/RS (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, julgado em 22/5/2013, DJe 31/5/2013) ao tema da vedação da expedição das certidões negativas para as filiais, quando houver débito fiscal aberto da matriz ou de outra filial.

A Certidão é um documento que espelha uma realidade, chamado pela doutrina de Direito Administrativo de “ato enunciativo ou de conhecimento”, que “atestam ou declaram a existência de um direito ou situação” (DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo / Maria Sylvia Zanella Di Pietro*. . 32. ed. . Rio de Janeiro: Forense, 2019).

Ao obter uma Certidão Negativa, a filial está recebendo um ato enunciativo da Administração de que se encontra em situação de regularidade perante o Fisco.

Ocorre que, segundo o repetitivo do STJ, REsp 1.355.812/RS (Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, julgado em 22/5/2013, DJe 31/5/2013), as filiais estão aptas a responder judicialmente pelos débitos da matriz.

Com a devida *vênia*, não se pode, de um lado, permitir que o juízo da execução fiscal penhore os bens da filial e, de outro, autorizar que essa mesma filial receba, da Administração, um ato enunciativo que declara sua regularidade perante o Fisco.

Se o Superior Tribunal de Justiça chegou à conclusão da plena responsabilidade de todo o patrimônio das filiais pelos débitos das matrizes, essa diretriz jurisdicional não pode ser apenas para o juízo da execução fiscal, mas também para a Administração Tributária.

Conclusivamente, por tudo que se disse, pedindo *vênia* aos Ministros Sérgio Kukina e Napoleão Nunes Maia Filho, compreendo que a diretriz interpretativa firmada a partir do repetitivo REsp 1.355.812/RS compreende a impossibilidade de expedição de Certidão Negativa para as filiais quando existam débitos fiscais abertos de outras filiais ou da matriz.

Ante o exposto, acompanho a divergência inaugurada pelo Ministro Gurgel de Faria, já seguida pela Ministra Regina Helena Costa, para dar provimento ao

agravo interno da Fazenda Nacional e conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial.

É como voto.

---

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL 1.797.900 - SC  
(2019/0029141-0)**

---

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Agravante: União

Agravado: Marlon Roberto Neuber

Advogados: Alessandro Balbi Abreu - SC015740

Luiz Magno Pinto Bastos Junior e outro(s) - SC017935

Luiza Cesar Portella - SC039144

Leonardo Bruno Pereira de Moraes - SC041094

Interes.: Ministério Público Federal

Interes.: Cleia Maria Trevisan Vedoin

Advogado: Valber da Silva Melo - MT008927

Interes.: Cristiane Regina de Bittencourt Costa

Advogado: Manolo Rodriguez Del Olmo - SC013976

Interes.: Darci José Vedoin

Advogado: Valber da Silva Melo - MT008927

Interes.: Ervino Sperandio

Interes.: Jadir Souza da Graca

Advogado: Manolo Rodriguez Del Olmo - SC013976

Interes.: Luiz Antonio Trevisan Vedoin

Advogado: Valber da Silva Melo - MT008927

Interes.: Marciane Rech

Advogado: Manolo Rodriguez Del Olmo - SC013976

Interes.: Maria Leodir de Jesus Lara

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Marly Leandro Carneiro

Interes.: Solamir Coelho

Advogado: Manolo Rodriguez Del Olmo - SC013976

### EMENTA

Processual Civil. Administrativo. Improbidade Administrativa. Agravo Interno no Recurso Especial. Perda da Função Pública. Sanção que não Atinge Posto Diverso Daquele Ocupado pelo Agente Público à Época da Conduta Ímproba. Entendimento Majoritário do Colegiado. Ressalva do Ponto de Vista do Relator.

1. De acordo com o entendimento majoritariamente adotado pela Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, a sanção de perda da função pública, de que trata o art. 12 da Lei nº 8.429/92, não pode atingir cargo diverso daquele ocupado pelo agente público à época da conduta ímproba.

2. Caso em que tal orientação deve ser aplicada, com a ressalva do ponto de vista deste relator, em homenagem ao princípio da colegialidade.

3. Agravo interno desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencida a Sra. Ministra Regina Helena Costa, negar provimento ao agravo interno da *União*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Gurgel de Faria (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 05 de novembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

---

DJe: 11.11.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Trata-se de agravo interno manejado pela União, desafiando decisão pela qual neguei provimento ao recurso especial, por entender que o acórdão recorrido está em sintonia com a jurisprudência da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que a sanção de

perda da função pública, de que cuida o art. 12 da Lei nº 8.429/92, não pode atingir cargo público diverso daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ímproba.

Em suas razões, a parte agravante sustenta, em síntese, que “a sanção da perda da função pública alcança qualquer vínculo que o agente tenha para com a Administração Pública, inclusive, aqueles que não guardam nexos causal com a prática do ato ímprobo, como no presente caso” (fls. 927/928).

Impugnação às fls. 923/929.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como constou da decisão agravada, muito embora este relator perfilhe o entendimento segundo o qual a perda da função pública alcança o posto público que o condenado ímprobo esteja a ocupar ao tempo do cumprimento da sentença, a Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça tem, reiteradamente, assentado que a sanção de perda da função pública, de que cuida o art. 12 da Lei nº 8.429/92, não pode atingir cargo diverso daquele ocupado pelo agente público à época da prática da conduta ímproba. Nessa linha de percepção, destaco os seguintes precedentes:

Processual Civil e Administrativo. Improbidade. Litisconsórcio Passivo. Desnecessidade. Violação do dispositivo Constitucional. Exame. Via Imprópria. Ato Configurado. Reexame Fático-Probatório. Súmula 7 do STJ. Incidência. Perda do Cargo. Interpretação Restritiva.

1. O Plenário do STJ decidiu que “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

2. Consoante jurisprudência pacificada no STJ, não há litisconsórcio passivo necessário entre o agente público e os terceiros beneficiados com o ato ímprobo.

3. A via do recurso especial é imprópria para a alegação de violação do dispositivo constitucional.

4. Conforme pacífico entendimento jurisprudencial desta Corte Superior, improbidade é ilegalidade tipificada e qualificada pelo elemento subjetivo, sendo “indispensável para a caracterização de improbidade que a conduta do agente seja dolosa para a tipificação das condutas descritas nos artigos 9º e 11 da Lei

8.429/1992, ou, pelo menos, eivada de culpa grave nas do artigo 10º (AIA 30/AM, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 28/09/2011).

5. Hipótese em que, em face das premissas fáticas assentadas no acórdão objurgado, que reconheceu o enquadramento do recorrente nos atos de improbidade administrativa (arts. 10, XII, e 11 da Lei n. 8.429/1992), com a indicação expressa do elemento subjetivo (dolo), a modificação do entendimento firmado pelas instâncias ordinárias demandaria induvidosamente o reexame de todo o material cognitivo produzido nos autos, desiderato incompatível com a via especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

6. A teor do entendimento majoritário da Primeira Turma do STJ, a sanção de perda do cargo público, prevista entre aquelas do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, não está relacionada ao cargo ocupado pelo agente ímprobo ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, mas sim àquele (cargo) que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita.

7. A obrigação de reparar o dano causado ao erário, correspondente ao total das remunerações percebidas pelos parentes dos vereadores que foram nomeados indevidamente para ocupar cargos em comissão, constitui enriquecimento ilícito por parte da Administração, considerando que o serviço público foi desenvolvido.

8. Fixação da multa civil em 3 (três) vezes o valor da remuneração percebida pelo recorrente à época dos fatos.

9. Recurso especial parcialmente provido, na parte conhecida.

(REsp 1.766.149/RJ, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Rel. p/ Acórdão Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 08/11/2018, DJe 04/02/2019)

Administrativo. Agravo Interno no Recurso Especial. Perda de Função Pública. Sanção que não Atinge Cargo Público Diverso Daquela Ocupado pelo Agente Público à Época Prática do Ato de Improbidade.

1. A questão controversa cinge-se a saber se a sanção de perda da função pública em razão de atos então praticados na condição de vereador e tesoureiro poderia atingir cargo público efetivo para o qual, por concurso público, o agente foi nomeado posteriormente aos fatos narrados na inicial da ação de improbidade administrativa.

2. A Primeira Turma do STJ orienta-se no sentido de que as normas que descrevem infrações administrativas e cominam penalidades constituem matéria de legalidade estrita, não podendo sofrer interpretação extensiva, motivo pelo qual a sanção de perda da função pública do art. 12 da Lei n. 8.429/1992, ao tempo do trânsito em julgado da sentença condenatória, não pode atingir cargo público diverso ocupado pelo agente daquele que serviu de instrumento para a prática da conduta ilícita. Precedentes: AgRg no AREsp 369.518/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 28/3/2017; EDcl no REsp 1.424.550/SP, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 8/5/2017.

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.423.452/SP, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 01/03/2018, DJe 13/03/2018)

Nesse contexto, ressaltando meu diverso ponto de vista pessoal acerca da matéria, aplico ao caso o entendimento majoritário desta Primeira Turma, em homenagem ao princípio da colegialidade.

*Ante o Exposto*, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.468.224 - PR (2014/0145100-5)**

---

Relator: Ministro Gurgel de Faria  
Relator para o acórdão: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho  
Recorrente: Catarina Labourdette Dalcanale - espólio  
Recorrente: César Ribas Ruas  
Recorrente: Cecília Marques Dalcanale  
Recorrente: Denise Dalcanale Martinelli - por si representando  
Recorrente: Geraldo Dalcanale  
Recorrente: Ivete Terezinha Dalcanale Bornhausen  
Recorrente: Leon Naves Barcellos  
Recorrente: Luiz Alberto Dalcanale  
Recorrente: Luiz Carlos Dalcanale  
Recorrente: Mathilde Jeanne Esquier Dalcanale  
Recorrente: Paulo Konder Bornhausen  
Recorrente: Regina Celia Dias Dalcanale  
Recorrente: Roger Dalcanale - por si e representando  
Recorrente: Romolo Martinelli - espólio  
Recorrente: Zorah Maria Athayde Dalcanale  
Advogado: Sílvio Martins Vianna e outro(s) - PR020314  
Recorrente: União  
Recorrido: Os mesmos

Recorrido: Ana Carolina Dalcanale Monteiro  
Recorrido: Ana Paula Dalcanale Santos  
Recorrido: Luiz Carlos Dalcanale Filho  
Advogado: Ana Carolina Dalcanale (em causa própria) - PR034161  
Recorrido: Norma Denise Ribas Ruas  
Advogado: Marcos Paulo Demitte e outro(s) - PR042516  
Recorrido: Ministério Público Federal  
Interes.: Banco Araucária S/A - massa falida  
Advogado: Rodrigo Shirai - administrador judicial - PR025781

---

### EMENTA

I. Administrativo, Civil e Processual Civil. Recurso Especial em Ação Civil Pública *Veiculadora de Pretensão Anulatória* (Querella Nulitatis), *Versando, Também, Tema Jurídico de Anterior Ação Rescisória Julgada Improcedente, com Decisão Trânsita em Julgado*. Objetivo de Anular Ação de Cobrança por *Inexecução Contratual*. Contrato de Compra e Venda de Pinheiros. União que Atua como Sucessora da Devedora Original, Superintendência das Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional-SEIPN.

II. *Hipótese em que o Acórdão Regional Relativizou a Coisa Julgada, Determinando o Retorno dos Autos ao Primeiro Grau para o Refazimento da Prova Pericial, a fim de se Determinar o Real Valor do Débito, sob o Fundamento de que o Valor Cobrado se Apresenta Exorbitante da Realidade*. Parecer Ministerial Pelo Conhecimento Parcial do Apelo da União e, nessa Parte, pelo seu Provimento para os fins do art. 535 do CPC/1973. Voto do Eminent Relator que Conhece, Parcialmente, dos Recursos de Ambas as Partes, *Negando-lhes Provimento na Parte Conhecida*.

III. *Voto-Vista que Manifesta Respeitosa Divergência, ao Voto do Eminent Relator, Quanto ao Apelo dos Particulares, do qual se Conhece Parcialmente e, Nessa Parte, dá-se-lhe Provimento, para Reformar o Acórdão Regional, Julgando Improcedente a Demanda, por se Tratar de Discussão sobre Descumprimento Contratual de Compra e Venda e Não de Expropriação. A Relativização da Coisa Julgada é Medida de Natureza Excepcionalíssima, Admitida Apenas no Caso em que a Res Judicata Conflite, Diretamente, com Dispositivo da*

Carta Magna, não podendo ser acolhida: (1) Para corrigir erro de julgamento; (2) Para efeito rescisório, ou; (3) Para afastamento de eventual injustiça da decisão; *mas apenas para eliminar conflito entre disposições constitucionais.*

*IV. Inexistência, no caso, de conflito aparente de normas constitucionais a ensejar a relativização da coisa julgada, como ocorre, por exemplo, nas hipóteses de desapropriação, onde vige o preceito constitucional da justa indenização. Imprescritível que seja a pretensão da Querrela Nullitatis, somente deve ser admissível nela a veiculação de matéria inédita e não a repetição dos temas que já foram objeto de apreciação e rejeição em anterior ação rescisória.*

*V. Na ação civil pública, se ausente a demonstração de má-fé da parte autora, a sua improcedência, não gera condenação em verba sucumbencial. Art. 18 da Lei 7.347/1985. Precedentes do STJ.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo o julgamento, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso especial da União e, nessa parte, negar-lhe provimento, e, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Relator e Sérgio Kukina, conhecer parcialmente do Recurso Especial dos particulares e, nessa parte, dar-lhe provimento, nos termos do voto-vista do Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, que lavrará o *Acórdão*.

Votaram com o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho os Srs. Ministros Benedito Gonçalves e Regina Helena Costa.

Brasília/DF, 25 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

---

DJe: 5.8.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria: Trata-se de recursos especiais interpostos por *Catarina Labourdette Alcanale – Espólio* e *outros* e pela *União*, o primeiro

com respaldo nas alíneas “a” e “c” e o segundo na alínea “a” do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado:

Administrativo. Ação Civil Pública. *Querella Nullitatis*. Reconhecimento de Inexistência de Coisa Julgada. Condição da Ação Indenizatória. Inexistência de Relação Jurídica na Cessão do Direito em que se Fundava a Ação. Conteúdo Declaratório Negativo. Sociedade Anônima Estrangeira. Falta de Registro da Prorrogação no Órgão de Comércio Nacional. Mera Irregularidade. Perícia. Erro Grosseiro. Legitimidade e Interesse dos Autores. Defesa do Patrimônio Público. Possibilidade de Pagamento de Indenização em Valor Exorbitante. Excepcionalidade. Nova Perícia. Necessidade. Erro Material. Relativização da Coisa Julgada. Possibilidade. Sucumbência.

1. Não se há de falar em coisa julgada quando a ação funda-se justamente na sua inexistência em razão da falta de legitimidade para pleitear o direito.

2. A ação anulatória que visa o reconhecimento da inexistência de relação jurídica tem cunho declaratório negativo (art. 4º, I, do CPC), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial típico das ações rescisórias.

3. Viável o uso da ação anulatória para declarar a invalidade ou inexistência da coisa julgada, não se verificando confronto entre os contornos da nova lide e os parâmetros dispostos no art. 301, §§ 1º a 3º do Código de Processo Civil.

4. A nulidade absoluta insanável é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (*querela nullitatis insanabilis*), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram. Precedentes do STJ.

5. Preliminares de falta de interesse e ilegitimidade dos autores afastada, porquanto visam à defesa do patrimônio público, consistente na tentativa de evitar o pagamento de indenização exorbitante que entendem indevida.

6. Preclusão e perempção afastadas, tendo em vista que a ação repousa em nova causa de pedir, ainda que os efeitos de uma eventual procedência tragam efeitos desconstitutivos indiretos sobre o título judicial impugnado.

7. Demais preliminares que se confundem com o mérito, com ele examinadas. Inaplicabilidade do disposto no Resp nº 1.070.896/SC, dadas as características da relação de direito material e a defesa do patrimônio público.

8. Vencido o prazo fixado na autorização para a sociedade anônima funcionar, a empresa se extingue de pleno direito, o que não significa, por si só, a sua extinção

antecipada, porquanto mesmo a empresa em liquidação ou em extinção, tem legitimidade para a prática de atos.

9. A ausência de registro nos órgãos de comércio brasileiros da prorrogação de prazo da sociedade anônima autorizada a funcionar em território nacional, não lhe retira de pronto a personalidade jurídica para praticar atos. Hipótese em que a omissão caracteriza mera irregularidade .

10. A cassação do ato de autorização quando do descumprimento de normas nacionais que devem ser respeitadas pela sociedade anônima estrangeira, pressupõe a atuação positiva do estado concedente, sem o qual não se há de falar em vedação de funcionamento.

11. Admite-se a ação autônoma para declarar a nulidade de perícia realizada em processo de conhecimento, porquanto o erro material não se encontra acobertado pela coisa julgada. Contexto em que a incorreção grosseira na fixação do preço unitário inicial do objeto litigioso exacerbou o valor da indenização para patamares dissonantes do preço de mercado.

12. Erros materiais ou a superestimação intencional do valor da justa indenização escapam do manto da coisa julgada, como cediço na jurisprudência do STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a correção do quantum debeatur.

13. O equívoco da sentença judicial não se convalida, seja quando fundado em erro material, seja se admitido como fato indicativo da necessidade de relativizar a coisa julgada que viola não apenas princípio da moralidade, mas também a própria verdade dos fatos. Notadamente quando implica pagamento de expressivo valor em prejuízo de entidade de direito público cujas verbas têm destinação com claro interesse social, não se admitindo o enriquecimento sem causa por conta de claro equívoco judiciário. (Precedente deste Tribunal; AC nº 2007.72.09.000006-8, rel. Dês. Fed. Marga Tessler).

14. Envolvendo a avaliação de pinheiro em pé, discussão de matéria eminentemente técnica, com fundamento no campo da engenharia florestal e biologia, torna-se imprescindível que a perícia imprestável seja substituída por outra.

15. Improcedente a ação quanto ao pedido de declaração de inexistência de relação jurídica que cedeu o direito posteriormente postulado em juízo pelo cessionário, forte no art. 269, I do Código de Processo Civil.

16. Tendo os réus sucumbido apenas com relação a um dos pedidos, impõe-se a redistribuição dos encargos sucumbenciais, de modo atribuir os honorários à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, desde já compensáveis entre si.

Os particulares, em seu recurso (e-STJ fls. 4.385/4.445), aduzem violação dos arts. 3º, 21, parágrafo único, 263, I, 295, I e III, 301, § 1º, 433, parágrafo

único, 467, 468 e 473, todos do CPC/1973 e do art. 1º da Lei n. 7.347/1985. Apontam a ilegitimidade ativa da União e do MPF e defendem a ocorrência de preclusão consumativa (sobre o resultado do laudo pericial) e lógica, bem como perempção e carência de ação em razão da coisa julgada e de que a ação civil pública não se prestaria para substituir ação rescisória. Suscitam, ainda, o decurso do prazo prescricional quinquenal para a propositura da ação civil pública, a inépcia da inicial pela impossibilidade jurídica do pedido e a litispendência, requerendo o afastamento da sucumbência recíproca, pois “os Recorridos decaíram de parte substancialmente maior da lide”.

A União, por sua vez (e-STJ fls. 4.492/4.535), aponta afronta aos arts. 131, 460, parágrafo único, 515, § 1º, e 535, II, do CPC/1973.

Aduz a nulidade do acórdão por negativa de tutela jurisdicional, porquanto não foram enfrentadas as omissões ventiladas nos aclaratórios: a) “validade de atos praticados por companhia estrangeira que não atendida aos requisitos para validamente funcionar em território nacional”; b) identificar que quem teria “legitimidade para a prática de quaisquer atos na esfera administrativa relativamente ao contrato de compra e venda das árvores, interpelar judicialmente e propor qualquer ação contra a União visando ao recebimento de 200.000 pinheiros ou indenização pelo equivalente, bem como ingressar nos autos de ação de desapropriação proposta pelo IBRA contra a CITLA para fazer-se indenizar pela suposta desapropriação de 200.000 pinheiros existentes na Gleba Missões,” seria a “própria Cia de Madeiras do Alto Paraná S.A. – em liquidação, representada pelo liquidante”; c) fixação do valor da indenização.

Suscita, ainda, violação dos arts. 330, I e 420, parágrafo único, II, daquele diploma, ao argumento de que houve a remessa para a fase de liquidação de sentença, mediante perícia, para apuração do valor devido, “quando manifestamente desnecessária a prova: a) já que foram “acostados aos autos elementos que permitem a imediata fixação do valor devido”; b) “porque o acórdão recorrido remeteu a solução do caso para a feitura de uma perícia que objetive quantificar financeiramente um bem hoje considerado coisa fora do comércio”.

Apresentaram-se contrarrazões (e-STJ fls. 4.692/4.710 e 4.714/4.730).

Ofício encaminhado pela 4ª Vara Federal de Curitiba/PR informa a prolação de decisão interlocutória pelo magistrado singular, em que homologa parcialmente o laudo pericial quanto ao valor para o pinheiro em pé em fev/1985 e fixando o montante remanescente relativo à indenização pelos

200.000 pinheiros em R\$ 4.077.232,78 (quatro milhões, setenta e sete mil, duzentos e trinta e dois reais e setenta e oito centavos), para outubro de 2002, prova técnica que foi determinada pelo STF, nos autos de suspensão de liminar (e-STJ fls. 6.676/6.713).

Parecer do MPF pelo provimento do especial da União e pelo parcial conhecimento do recurso dos particulares e, nessa parte, por seu desprovimento (e-STJ fls. 6.730/3.755).

Intimado para regularizar sua representação processual, o *Banco De Araucária S.A. – Massa Falida* assim não procedeu, pelo que não foi conhecido o pedido de e-STJ fls. 6.719/6.725 (e-STJ fls. 6.757/6.758).

Deferido o pedido para que as intimações e as notificações do feito sejam dirigidas ao novo administrador judicial do *Banco Araucária S.A. – Massa Falida*, nomeado pelo juízo falimentar (e-STJ fls. 6.784/6.785).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Gurgel de Faria (Relator): Conforme estabelecido pelo Plenário do STJ, “aos recursos interpostos com fundamento no CPC/1973 (relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016) devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas até então pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça” (Enunciado Administrativo n. 2).

Considerada essa premissa e antes da análise recursal, reputo válido transcrever excerto do aresto recorrido, em que o Tribunal Regional traz esclarecimentos sobre a causa (e-STJ fls. 4.882/4.883):

Pretendem os autores a declaração de inexistência de decisão judicial no processo nº 00.00.60174-8, com fundamento em eventual inexistência de relação jurídica entre Alberto Dalcanale e a Superintendência de Empresas Incorporadas ao Patrimônio Nacional (sucedida pela União Federal), no que diz respeito à cessão de créditos realizada pela Companhia de Madeiras do Alto Paraná S.A. Sucessivamente, postulam a relativização da coisa julgada, caso os pedidos anteriores sejam julgados improcedentes, para que seja reconhecido o erro material na perícia realizada na ação indenizatória, de modo a corrigir o quantum indenizatório, com a fixação de novo, tomando em conta o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial.

*Em síntese, a ação civil pública pode ser resumida em dois pedidos distintos. O primeiro, mais abrangente, se acolhido, acabaria por reconhecer a ilegitimidade do Espólio de Alberto Dalcanale para a ação nº 00.00.60174-8, desconstituindo, por conseguinte, todo o crédito resultante da indenização. Já o segundo, tem natureza sucessiva e somente justifica analisar supostos erros da perícia, se afastada a tese de inexistência de relação jurídica contida no primeiro. (Grifos acrescidos).*

Ainda no escopo de compreender os fatos motivadores da demanda presente, convém mencionar aqueles referentes à causa originária, que já tramita há mais de 30 (trinta) anos (e-STJ fl. 6.700), cuja coisa julgada se busca agora desconstituir via anulatória (e-STJ fls. 6.687/6.691):

Em 24/11/1982, o Espólio de Alberto Dalcanale e outros, em litisconsórcio ativo, promoveram Interpelação Judicial contra a União, requerendo a entrega de 200.000 pinheiros adultos, de vinte polegadas, remanescentes de um contrato com a Cia. de Madeiras Alto Paraná S.A., interrompendo a fluência do respectivo prazo prescricional.

Seguiu-se o ajuizamento da ação ordinária em 01/02/1983, pedindo a indenização pelos 200.000 (duzentos mil) pinheiros de vinte polegadas, cuja sentença, em 17/12/1985, foi procedente, condenando a União a entregar os 200.000 pinheiros ou proceder à indenização cabível.

Da sentença apelou a União, pedindo a apreciação do agravo retido, acerca da desnecessidade da prova pericial, e argüindo, em preliminar, a prescrição. No mérito, sustentou a nulidade da sentença, por não haver enfrentado as questões pertinentes: ao conteúdo da obrigação; à natureza jurídica do contrato, que seria de compra e venda pura, havendo condição não implementada; à nulidade do documento que contém promessa de transferência da propriedade das árvores; à inexistência de pagamento do preço; à inadmissibilidade da indenização pelo valor atual das árvores; o incabimento da indenização por perdas e danos, que não teriam sido alegados, nem provados; e a inexistência de coisa julgada. O recurso foi improvido pelo extinto Tribunal Federal de Recursos em 10/11/1987. A União Federal ingressou com ação rescisória em agosto/92, argüindo que o acórdão incorreu em:

a) erro de fato, porque o Relator do recurso deixou de mencionar fatos importantes, atinentes aos documentos comprobatórios do pagamento do negócio e à não participação da União na ação de desapropriação onde se discutia o direito à indenização dos pinheiros, o que repercutiria na prescrição da ação ordinária de indenização; e b) violação ao art. 551 do CPC (ausência de revisor no julgamento) e ao art. 77, III, da Constituição de 1946 (que exigia o registro do contrato no Tribunal de Contas da União).

A ação rescisória foi julgada procedente pela Segunda Seção desta Corte em 22/11/1995, por unanimidade de votos, acolhendo as alegações da União de erro

de fato e violação de literal disposição de lei, consistentes, respectivamente, em deixar o Relator de reportar integralmente os dados da causa aos demais juízes, e deixar de proclamar a prescrição; assim como desatender à norma do art. 77, III da CF de 1946, e à regra do art. 551 do CPC. Foi reconhecida, também por unanimidade, a necessidade da atuação do Juiz-Revisor.

Participaram do julgamento os Exmos. Srs. Juízes Federais Volkmer de Castilho, Teori Albino Zavascki, Luiza Dias Cassales, Nylson Paim de Abreu, Sílvia Maria Gonçalves Goraieb, Marga Inge Barth Tessler, Maria Lúcia Luz Leiria, Élcio Pinheiro de Castro, Virgínia Scheibe, Manoel Munhoz e João Surreaux Chagas. A parte ré na ação rescisória interpôs recurso especial, o qual, em acórdão por maioria de votos, foi provido pela Segunda Turma do STJ para julgar improcedente a rescisória, em 21/06/2001, sob o fundamento de que o julgado desta Corte violou os arts. 485, V e §§ 1º e 2º, e 535, do CPC, e 90, § 1º, da LOMAN. Decidiu-se que o Estado deve proteger a coisa julgada, restringindo-se o cabimento da ação rescisória, que era cabível a dispensa do Revisor nos casos de matéria predominantemente de direito, que a ação rescisória não se presta para reparar eventual injustiça ou oferecer nova interpretação as cláusulas contratuais.

Reconheceu-se o erro material por parte do Relator da apelação cível na ação ordinária, quando disse que a dívida havia sido paga dois anos após a celebração do contrato, mas tal situação não influenciava na solução do litígio, pois o Banco do Brasil ratificou posteriormente, por escritura pública, a quitação anteriormente dada por instrumento particular. O julgamento foi proferido nos termos do voto do Exmo. Sr. Ministro Franciulli Netto, acompanhado pela Exma. Ministra Eliana Calmon e pelo Exmo. Ministro Castro Filho.

Votaram vencidos os Exmos. Ministros Paulo Gallotti e Nancy Andrichi. Seguiram-se embargos de divergência e agravo regimental pela União, os quais, sob a relatoria do Exmo. Ministro Humberto Gomes de Barros, não lograram êxito.

Agora, o exame da matéria é devolvido ao Poder Judiciário no âmbito de ação civil pública, da qual ascendeu o presente agravo de instrumento.

(...).

Destarte, o negócio jurídico entre as partes, estabelecido através da Escritura Pública que ensejou a condenação, lavrada às fls. 71 verso, do Livro de Notas 250, do Cartório do 23º Ofício, em 22 de dezembro de 1951, tinha como mote a compra de venda de “pinheiro adultos, imbuias e cedros existentes na Serra do Espigão, entre os valores Tamanduá e Timbó, Municípios de Curitiba e Caninhas, nos arredores de “Paiol Velho” em áreas já alienadas, mas com reserva das árvores de pinho, que as partes estimam em trezentos mil (300.000)”, conforme Clausula I. Ou, conforme cláusula VI “Que pelas trezentas mil (300.000) árvores, pinheiros adultos, imbuias e cedros, que se estima haver na Serra do Espigão, entre os Vales Tamanduá e Timbó e que foram objeto dos contratos de legitimação de posse já mencionados, bem como dos pinheiros nos arredores do “Paiol Velho”, a outorgada compradora pagará o preço unitário de Cr\$ 80,00 no total de Cr\$ 24.000.000,00”.

(...).

Não tendo havido no contrato de compra e venda indicações dendrométricas, o Sr. Perito passou a deduzir qual o volume de um “pinheiro adulto”, aos fins de indicar qual seria o valor dos pinheiros.

E nessa tarefa induz em erro qualquer pessoa que leia o laudo, dada a retórica utilizada, procurando demonstrar aprofundados conhecimentos da matéria. Isso, embora após os prolegômenos incorresse o laudo em evidentes contradições, não apreciadas minimamente pela defesa da União e pelo próprio Juízo.

De fato, ao definir o pinheiro adulto, inicialmente o Sr. Perito faz menção às definições normativa e de mercado, no sentido de que um pinheiro adulto era fixado em 40 (quarenta centímetros de diâmetro). Posteriormente, calcula o valor do pinheiro adulto, não pela definição normativa ou comercial, mas pelo diâmetro que ele, Perito, elege, sem indicação técnica alguma e de forma totalmente arbitrária (sem sentido racional).

Por isso, apresenta plausibilidade a tese encampada pelo despacho agravado, de que efetivamente o laudo em que se baseia a sentença é um laudo indigno para os fins a que se destinava, pois pela retórica utilizada leva o leitor à falsa conclusão de que suas conclusões estão verdadeiramente comprovadas pelo seu conteúdo, quando, ao contrário, parte de suas conclusões não apresenta qualquer um dos apoios que as respostas expressamente indicam existir.

Feito esse registro inicial, passo à análise do especial da **União**.

O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que não há violação do art. 535, II, do CPC/1973, muito menos negativa de prestação jurisdicional, quando o acórdão “adota, para a resolução da causa, fundamentação suficiente, porém diversa da pretendida pela parte recorrente, para decidir de modo integral a controvérsia posta” (AgRg no REsp 1.340.652/SC, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, Terceira Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 13/11/2015).

Acerca do tema, conferir ainda: REsp 1.388.789/RJ, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 04/03/2016, e AgRg no REsp 1.545.862/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Segunda Turma, julgado em 10/11/2015, DJe 18/11/2015.

No caso, tanto no aresto recorrido como naqueles que apreciaram os dois embargos de declaração opostos pela União (e-STJ fls. 4.196/4.199 e 4.352/4.356), o Regional discorreu de modo suficientemente fundamentado “sobre a validade ou não da cessão de direitos feito a Alberto Dalcanale em relação à compra e venda celebrada pela extinta SEIPN e a filial brasileira da

empresa argentina Companhia de Madeiras do Alto Paraná”, bem como acerca da “necessidade de ser realizada perícia para a fixação da indenização” (e-STJ fl. 4.196).

Com efeito, esses temas foram assim analisados na instância originária da seguinte forma (e-STJ fls. 4.899/4.902):

4. Irregularidades no registro da companhia autorizada a operar em território nacional

4.1. O Decreto nº 6.569/1907, que autorizou a empresa argentina a funcionar no Brasil, não traz cláusula referente ao prazo de duração da sociedade no Brasil. Sua duração estava vinculada ao ato constitutivo registrado e autorizado pelo Governo da República Argentina.

Para melhor esclarecer, o supracitado ato de autorização tem o seguinte teor: (...). A empresa, como se exige de toda associação estrangeira, estava vinculada às normas brasileiras atinentes às sociedades anônimas.

4.2. *É incontroverso que a sociedade deixou de registrar nos órgãos oficiais brasileiros as suas alterações, desde a assembléia que decidiu pela prorrogação do prazo de funcionamento até a aquela que, em 1973, optou pela extinção antecipada e cessão dos créditos junto a SEIPN a Alberto Dalcanale.*

*Tal conduta omissiva, porém, não produz os efeitos pretendidos pelos autores.*

De fato, entre a realização da assembléia de 31/07/1956, que decidiu pela prorrogação do prazo da companhia por mais 50 (cinquenta) anos e pela mudança de denominação, e o seu devido registro e autorização pelo Governo da República Argentina, 7 (sete) meses transcorreram.

*Apesar disso, a lacuna temporal não tem o condão de colocar a sociedade de fato em estado de liquidação. A liquidação exige decisão expressa e nomeação do liquidante, o que não ocorreu.*

Ao contrário disso, a assembleia realizada em 31/07/1956 optou pela prorrogação das atividades por mais 50 (cinquenta) anos, ato este levado a registro junto à autoridade argentina, antes de atingido o termo final original. Ocorre que somente em março de 1957 a prorrogação de prazo foi chancelada pelo governo daquele país.

De toda maneira, inegável que a intenção dos acionistas era mesmo a prorrogação e a manutenção do status de continuidade da companhia, devendo prevalecer a intenção dos acionistas. A liquidação constitui procedimento de vontade visando à desativação operacional da companhia e a sua efetiva dissolução jurídica.

Somente na assembleia geral realizada em 1973 é que foi decidido pela dissolução antecipada e pela cessão dos créditos, de maneira que é inviável concluir que a empresa não mais existia ou que estava em processo de liquidação, em particular diante do incontestável affectio societatis.

4.3. O Decreto nº 6.569, de 18 de julho de 1907 estabeleceu que a infração de qualquer cláusula, dentre elas a submissão à legislação nacional acarretaria a cassação da autorização de funcionamento concedida (Cláusula V).

Ora, as cláusulas que integram a autorização dão a entender que o cancelamento das atividades no Brasil por descumprimento de condição autorizativa, pressupunham ato do Estado no sentido de cassar o ato original, sem o qual não se fala em extinção.

A hipótese, não se confunde com a extinção antecipada em virtude de cassação expressa e revogação do Decreto de autorização. *A tese de que a sociedade anônima entra em liquidação de pleno direito 'pelo término do prazo de duração', em que pese tentadora, deve ser recebida com relativo cuidado.*

*Uma vez autorizada a funcionar por decreto, a cassação somente poderia ocorrer por ato similar expedido pela mesma autoridade ou por quem dispusesse de igual prerrogativa, originária ou delegada.*

(...).

*Pensar de forma diversa, aliás, é aceitar que a sociedade anônima simplesmente deixou de existir no momento do encerramento do prazo, o que não se coaduna com a necessidade de sobrevivência mínima para fins de liquidação. Até porque, mesmo a sociedade em liquidação tem capacidade jurídica para a realização para negócios jurídicos, ainda que afetos ao seu estado de extinção.*

4.4. A proposta defendida pelos autores no sentido de que a assembléia realizada em 31/07/1956 teria simulado uma prorrogação de prazo com o único objetivo de apropriar-se dos valores do contrato de compra e venda de árvores e, com isso, do crédito futuramente cedido a Alberto Dalcanale, é por demais fantasiosa.

Com todas as deferências que merecem os representantes do MPF e da União, *foge ao razoável pensar que a assembleia realizada nos idos de 1956 tivesse por objeto uma pretensa fraude que apenas viria a se concretizar em 1973, quando nova assembléia decidiu pela extinção antecipada da companhia e pela cessão do contrato a Alberto Dalcanale. Ou seja, aproximadamente 17 anos após.*

Inexiste notícia de ato expresso de revogação da autorização representada pelo Decreto nº 6.569/07, tampouco pedido de dissolução na esfera judicial. É relevante anotar, sob tal prisma, que não se cuida de condição resolutiva com aptidão para revogar de plano a autorização quando verificado determinado fato. Aqui, a cassação é tratada como penalidade à sociedade anônima, penalidade da qual não se tem notícia nos autos.

4.5. *Dessa forma, malgrado reconhecer que a decisão da assembleia geral que prorrogou por mais 50 (cinquenta) anos o prazo de vigência da Companhia de Madeiras do Alto Paraná e mudança de sua denominação para Companhia de Madeiras do Alto Paraná S.A. Comercial Industrial Imobiliária e Agrícola Ganadera, assim como os demais atos posteriores, não foi devidamente registrada junto ao*

*órgão de comércio competente, tal falha, pelas razões elencadas, não implica em liquidação antecipada da companhia e sua dissolução, não se revelando nada mais do que mera irregularidade.*

Assim, não se pode falar em nulidade de atos praticados e negócios jurídicos realizados com terceiros, em particular a cessão de direitos decidida na assembleia geral de 02/11/73 em favor de Alberto Dalcanale.

4.6. Por todas as razões aqui consignadas, é possível reconhecer a regularidade na cessão de créditos efetuada pela companhia de Madeiras do Alto Paraná S.A. em favor de Alberto Dalcanale, julgando-se improcedente o pedido principal, a teor do art. 269, I, do CPC. (Grifos em negrito acrescidos).

(...).

Sobre o valor da indenização, a União alega que a remessa da apuração do *quantum* devido para a fase de liquidação de sentença contraria “todo o conjunto probatório acostado aos autos”, visto que, como “desde 1995 é vedada a extração de pinheiros”, esse produto, hoje, “não possui qualquer expressão econômica, o que afasta a exigibilidade da perícia”, isto é, não seria possível quantificar por perícia um bem fora de comércio.

Ao se debruçar sobre o ponto, assim se manifestou o acórdão regional (e-STJ fls. 4.903/4.905 e 4.924):

O valor fixado para o pinheiro adulto parte de um método comparativo inaplicável e errôneo. Apura o preço do pinheiro adulto a partir do resultado de sua produtividade comercial, traçando um paralelo com o seu resultado comercial e alegando que seria preferível, naquele momento (época do levantamento), deixar os pinheiros em pé a cortá-los.

Dessa percepção resulta que não seria razoável chegar-se a um preço de Cr\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta mil cruzeiros), pois a pesquisa mercadológica indicava que o preço do pinheiro adulto oscilava entre Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) e Cr\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil cruzeiros)

5.3. A sentença recorrida analisou com propriedade a questão, seguindo pela mesma trilha, *ipsis litteris*:

(...).

Assim, o que se pode extrair, na quadra da cognição sumária, e se verdadeiros os fatos aqui trazidos, é que o perito utilizou medida de pinheiro não condizente com a região geográfica objeto do contrato e mais, que utilizou uma medida extremamente exagerada e considerou-a como média. Ou seja, partiu do pressuposto de que todos os pinheiros daquela região tinham a mesma medida, o que parece não ser verdadeiro.

De outro lado, da análise superficial do laudo produzido nos autos 00.00.60174-8, verifica-se que, de fato, não consta em lugar nenhum das suas 33 folhas, qualquer fundamentação para considerar a medida dendométrica do pinheiro adulto, 80cm de DAP e 28 metros de altura.

Não há remissão a nenhuma obra publicada ou padrão de comparação que justificasse a medida apontada, o que não significa dizer que esteja ela equivocada, mas que, sem dúvida, reforça a tese dos autores de erro ou falsidade das conclusões nele expostas.

O outro equívoco apontado no laudo diz com o preço atribuído ao pinheiro. É verdade que a medida dendométrica apontada pelo perito e analisada acima influenciou a valoração da unidade do pinheiro adulto (quanto maior o seu diâmetro e altura, maior o seu volume e conseqüentemente, maior o seu valor em dinheiro). Mas não é só.

Os peritos apontam incongruências no laudo, cuja análise, inclusive, dispensa conhecimentos técnicos para a sua apuração.

(...).

#### 7.1. Definição do valor do pinheiro em pé.

A planilha de preços juntada à fl. 477 reveste-se de razoável veracidade.

Em primeiro lugar, porque o levantamento de preços foi feito à época da realização da perícia. Em segundo, pelas razões já elencadas, é corroborado por outros elementos de comparação dos autos.

Adequado, portanto, o preço do pinheiro em pé pela média do valor de mercado indicado na pesquisa: Cr\$ 56.000,00 (cinquenta e seis mil cruzeiros), adotado a partir daqui para o cálculo da indenização. Disso surge a seguinte composição: Cr\$ 56.000,00 x 200.000 = Cr\$ 11.200.000.000,00 (onze bilhões e duzentos milhões de cruzeiros), em fevereiro/1985, data da realização da perícia.

Apenas a título de comparação, seguindo-se a lógica até então utilizada, este valor alcançaria, no mês de junho/2012, pouco mais de R\$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais), incluídos os juros moratórios.

Ainda que, grosso modo, estejam ligeiramente acima daqueles apontados nos itens 6.1 e 6.6, encontram-se em patamar bem inferior à indenização que pretendem os réus executarem.

Como se vê dos trechos acima transcritos, o julgado recorrido decidiu de forma suficientemente fundamentada sobre os temas acerca da violação dos preceitos legais suscitados no apelo nobre, não havendo que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

Ademais, consoante entendimento desta Corte, o magistrado não está obrigado a responder a todas as alegações das partes nem tampouco a rebater

um a um todos seus argumentos, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, como ocorre na espécie (AgRg no AREsp 163.417/AL, Relator Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, DJe 29/09/2014).

De outro lado, discordar das conclusões lançadas no aresto impugnado para entender que a cessão de direitos implicou “simulação fraudulenta, nas modalidades fraude à lei e em prejuízo de terceiros, cometida para induzir o Poder Judiciário e parte contrária em erro”, e que “a dação em pagamento operada em favor de Alberto Dalcanale representou uma alienação a non domino, posto que realizada por quem jamais adquiriu a propriedade dos direitos decorrentes do contrato de compra e venda de árvores” ou para concluir que “desde 1995 é vedada a extração de pinheiros, razão pela qual esse produto, hoje, não possui qualquer expressão econômica, o que afasta a exigibilidade da perícia”, como declinado nas razões do especial (e-STJ fls. 4.499, 4.504 e 4.508), não depende de simples análise do critério de valoração da prova, mas do reexame dos elementos de convicção postos no processo, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, a teor da Súmula 7 do STJ.

Passo à análise do especial dos **particulares**.

A Corte Regional atestou a legitimidade da União e do MPF para a propositura de ação civil pública, com assento no artigo 5º, I e III, da Lei n. 7.347/1985, 25, IV, da Lei n. 8.625/1993 e 129, III, da CF (e-STJ fls. 4.884/4.885).

Esta Corte tem pacificado o entendimento de que o Ministério Público detém legitimidade para propor ação civil pública, visando à defesa ao patrimônio público, como cristalizado no enunciado da Súmula 329 do STJ, *in verbis*: “O Ministério Público tem legitimidade para propor ação civil pública em defesa do patrimônio público. (*Corte Especial*, julgado em 02/08/2006, DJ 10/08/2006, p. 254)”, verbete igualmente mencionado no aresto impugnado (e-STJ fl. 4.885).

No tocante à legitimidade ativa da União, a parte recorrente, em sua peça recursal, alega que não se trata de interesse difuso ou coletivo, mas de interesse próprio da União.

Sobre o tema, consignou o julgado recorrido que, além da expressa previsão legal acima citada, o alegado interesse direto daquele ente na solução da lide:

não tem o condão de descaracterizar o interesse coletivo, que autoriza a União a defender em Juízo os interesses e direitos de que cuida a Lei 7.347/85 e, que,

inegavelmente, mostram-se presentes nesta demanda. Não há como dissociar o interesse público e coletivo, do dito interesse 'próprio', apontado pela parte ré como elemento impeditivo da atuação da União no feito. Ou seja, o interesse 'próprio' da União nada mais é do que o interesse na defesa do patrimônio comum à toda a coletividade. (e-STJ fl. 4.885).

Como se pode observar, a Corte regional atestou a legitimidade ativa da União pela identidade entre o interesse próprio desse ente na lide e o interesse público manifesto na defesa do patrimônio de toda a coletividade.

No especial, as recorrentes defendem que não trata de interesse difuso ou coletivo, "mas de interesse próprio da União Federal" (e-STJ fl. 4.406).

Nesse contexto, verifica-se que a questão da legitimidade ativa da União foi decidida pelo Tribunal de origem com base na moldura fática constante nos autos, cuja revisão é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice estampado na Súmula 7 do STJ.

A esse respeito, conferir os seguintes precedentes:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Bancário. Ação Civil Pública. Legitimidade Ativa. Súmulas 5, 7 e 83 do STJ. Recurso Não Provido.

1. A Corte local, com base nos elementos fático-probatórios dos autos e na interpretação do estatuto social da recorrida, concluiu pela legitimidade ativa desta para a propositura da ação civil pública, de forma que rever esse entendimento e acolher a pretensão recursal ensejaria o revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos e o estatuto social da associação, o que é vedado pelo teor das Súmulas 5 e 7 do STJ.

2. Considerando a moldura fática delineada no acórdão recorrido, o entendimento da Corte local sobre a legitimidade ativa da associação recorrida está em conformidade com a jurisprudência do STJ.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 895.405/RS, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, Quarta Turma, julgado em 03/10/2017, DJe 06/10/2017).

Processual Civil. Alegação de Ilegitimidade Ativa. Acórdão que se Baseou nos Elementos Fáticos do Processo para Negar o Pedido. Incidência da Súmula n. 7/STJ. Teoria da Asserção. Precedentes.

1. Recurso especial em que se discute legitimidade ativa de pescadores em ação de indenização por danos decorrentes de construção de hidrelétrica.

2. Hipótese em que o Tribunal, em sede de agravo de instrumento, rejeitou a alegação de ilegitimidade ad causam em razão de a matéria estar pendente de dilação probatória na origem.

3. É pacífico o entendimento de que as condições da ação, aí incluída a legitimidade para a causa, devem ser aferidas com base na teoria da asserção, isto é, à luz das afirmações deduzidas na petição inicial. Nesse sentido: AgRg no AgRg no REsp 1.361.785/AL, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe 10/03/2015; AgRg no AREsp 512.835/SP, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, Quarta Turma, DJe 01/06/2015.

4. Não possível à parte recorrente tentar provar, na instância especial, a ausência de legitimidade ativa das partes recorridas, ante o óbice da súmula n. 7 desta Corte Superior. Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 669.449/RO, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Segunda Turma, julgado em 16/06/2015, DJe 25/06/2015).

Ultrapassado esse ponto, observo que as alegações de inépcia da inicial pela impossibilidade jurídica do pedido, preempção, carência de ação pela coisa julgada, litispendência e preclusão foram apreciadas no aresto combatido da seguinte maneira (e-STJ fls. 4.886/4.887):

Primeiramente, quanto a impossibilidade de análise do mérito em decorrência da **coisa julgada**, deve-se ponderar que a respectiva argumentação pressupõe a existência de coisa julgada válida e eficaz. Todavia, o cerne da questão trazida aos autos é, justamente, a discussão acerca da validade e da existência de coisa julgada nos autos de nº 00.00.60174- 8.

Portanto, *ao menos nesta quadra processual, não há que se falar em desconstituição da coisa julgada, antes disso, há que se perquirir sobre a existência e eficácia da decisão atacada pela parte autora. Dessa forma, a preliminar argüida pelos réus, confunde-se com o próprio mérito da demanda, razão pela qual, não é oportuna a sua análise antecipada.*

Com efeito, como bem argumentado na réplica das fls. 1646/1653, vale dizer, que a inexistência da coisa julgada constitui o objeto da presente ação e, por consequência, constitui matéria a ser tratada no âmbito da final sentença.

Nessa mesma esteira, por ora, devem ser afastadas as preliminares de carência da ação por causa da coisa julgada; de negação ao princípio da segurança jurídica das decisões; de que a ação civil pública não substitui a ação rescisória; de impossibilidade jurídica do pedido e de litispendência. Isso porque, conforme o pedido formulado na petição inicial, a parte autora busca demonstrar a inexistência e/ou nulidade de decisão. Portanto, *em princípio, não se pretende rescindir decisão válida e eficaz, o que caracterizaria a **impossibilidade jurídica do pedido**, aventada pela parte ré.* Da mesma forma, observado que a presente ação não busca rescindir decisão transitada em julgado, não há que se falar em tentativa de substituição da ação rescisória pela ação civil pública.

Também não procede a alegação de **litispendência**, a qual decorreria do fato de que as questões tratadas nestes autos, relativas a legitimidade e perícia, já teriam sido debatidas pelas partes e enfrentadas por diversos Juízes e Tribunais, inclusive em sede de ação rescisória. Novamente, tem-se que *a análise pretendida nestes autos não visa a alteração ou a declaração de invalidade de determinado ato ou decisão e, sim, o reconhecimento da inexistência de toda a relação jurídica processual estabelecida nos autos de nº 00.00.60174- 8*. Por conseguinte, também essa alegação, formulada como preliminar, não merece trânsito e deve ser afastada.

Quanto às alegadas **preclusão consumativa** sobre o resultado do laudo e preclusão lógica sobre a legitimidade e interesse dos requeridos, deve-se ponderar que, é certo afirmar que *a eficácia preclusiva transcende os limites do processo em que foi proferida a sentença coberta pela coisa julgada, como meio de preservar a imutabilidade do julgado, entretanto, no presente caso, reitero, é justamente a existência da coisa julgada o que se questiona*.

De outra parte, *tratando-se de nova causa de pedir, ainda que o pedido fosse o mesmo da ação anterior, estar-se-ia diante de uma nova ação e, portanto, também não se configuraria a eficácia preclusiva da coisa julgada, instituto que proíbe a rediscussão da mesma ação, isto é, de ação entre as mesmas partes, com a mesma causa de pedir e com o mesmo pedido, o que, não é o caso*. Assim, nem a preclusão nem a perempção podem ser argüidas como óbice ao julgamento do mérito da presente demanda. (Grifos acrescidos).

Mais uma vez, a modificação do julgado, nos moldes pretendidos, não depende de simples análise do critério de valoração da prova, mas do reexame dos elementos de convicção postos no processo, providência incompatível com a via estreita do recurso especial, nos termos da Súmula 7 do STJ.

Quanto à prescrição, constato que não foi indicado o dispositivo de lei federal violado na decisão recorrida, omissão que atrai o óbice da Súmula 284 do STF (AgRg no AREsp 226.686/PE, Rel. Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, Primeira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 23/08/2016, e AgInt no AREsp 884.049/RS, Rel. Ministra *Assusete Magalhães*, Segunda Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 22/08/2016).

Não bastasse isso, o Tribunal *a quo* decidiu o tema em conformidade com a pacífica jurisprudência desta Corte (e-STJ fl. 4.886), segundo a qual, a pretensão de ressarcimento ao erário é imprescritível, nos termos do disposto no art. 37, § 5º, da Constituição Federal (AgRg no REsp 1.217.255/TO, Rel. Ministro *Og Fernandes*, Segunda Turma, julgado em 05/12/2013, DJe 21/11/2014).

Nesse sentido, já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

*Agravo Regimental no Agravo de Instrumento. Direito Administrativo. Dano ao Erário. Artigo 37, §5º, da CF. Imprescritibilidade. Precedentes. Pretensão de Rejulgamento da Causa pelo Plenário e Alegação de Necessidade de Demonstração de Dano Concreto para se Impor a Condenação ao Ressarcimento em Razão do Dano Causado à Administração Pública. Submissão da Matéria a Reexame pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal. Agravo Regimental Provido, Determinando-se o Processamento do Recurso Obstado na Origem.* 1. O Supremo Tribunal Federal tem jurisprudência assente no sentido da imprescritibilidade das ações de ressarcimentos de danos ao erário. Precedentes: MS n.º 26210/DF, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, 10.10.2008; RE n.º 578.428/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Ayres Britto, DJe 14.11.2011; RE n.º 646.741/RS-AgR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe 22.10.2012; AI n.º 712.435/SP-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Rosa Weber, DJe 12.4.2012. 2. Agravo regimental. Pleito formalizado no sentido de submeter o tema a reexame do Plenário da Corte. Cabimento da pretensão, porquanto entendo relevante a questão jurídica e aceno com a necessidade de reapreciação da matéria pelo Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental provido, determinando-se o processamento do recurso extraordinário obstado pelo Tribunal de origem. (AI 819.135 AgR, Relator(a): Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 28/05/2013, Acórdão Eletrônico DJe-161 Divulg 16-08-2013 PUBLIC 19/08/2013).

Convém ressaltar, ainda, sobre o ponto, que as ações autônomas de declaração de inexistência de relação jurídica – *querela nullitatis insanabilis* – também possuem a marca da imprescritibilidade (REsp 1.227.965/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 02/06/2011, DJe 15/06/2011).

No que concerne à possibilidade de desconstituição de coisa julgada, a presente ação civil pública foi proposta com dois objetivos, sendo que um deles – o que foi acolhido nas instâncias originárias – visava ao reconhecimento de erro material no *quantum debeatur* de indenização fixada por perito em laudo técnico, mediante a retificação ou refazimento da liquidação da sentença,

conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985) e sucessivamente, em não sendo declarados procedentes um, ou alguns dos pedidos, *requer a parte autora a relativização dos efeitos e do alcance da coisa julgada existente nos autos de nº 00.00.60174-8, para que seja fixada indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985)*, aproveitando-se dos dados obtidos mediante a pesquisa comprovadamente realizada pelo perito quanto ao valor dos pinheiros em pé. Em decorrência, pede, ainda, a declaração de nulidade dos autos processuais (nos autos de nº 00.00.60174-8) posteriores àqueles que venham a ser declarados nulos, ineficazes ou inexistentes. (e-STJ fl. 4903). (Grifos acrescidos).

Ao apreciar o ponto, a Corte *a quo* admitiu a possibilidade da revisão da coisa julgada, para corrigir o erro material, na via da ação autônoma de impugnação (*querela nullitatis insanabilis*). Para tanto, valeu-se das seguintes razões (e-STJ fls. 4.896/4.903):

3.2.1. Muito é discutido na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de revisão da coisa julgada, em face de erro material.

*A possibilidade de relativização da coisa julgada tem lugar quando o erro material que potencializa o valor da indenização não encontra correspondência no título judicial, ou seja, não está em consonância com o que foi decidido na ação de conhecimento.*

Em casos tais, o erro é verificado somente na expressão do julgamento, e não em seu conteúdo principal, de maneira que a correção não retira a essência do julgado. Ou seja, não faz parte do título, mas apenas do seu resultado inválido, diga-se de passagem. Logo, a correção não traz alterações do critério jurídico tomado como fundamento na apreciação da causa pelo magistrado.

É importante dizer que a relativização da coisa julgada não teria, nesta hipótese, o condão de subtrair dos credores a natureza condenatória da decisão transitada em julgado, mas apenas o efeito de alterar a sua equivocada expressão monetária.

É bom que se diga que quando se está a falar de erro material, na verdade, quer se referir o erro exagerado, grosseiro, originário da atuação do perito, capaz de produzir um resultado final inapropriado.

Dessa sorte, descabido sustentar a manutenção de uma indenização que passa ao largo do princípio da justa indenização e apresenta nítido descompasso com a natureza do direito posto em causa, caso em que se admite a revisão do título.

(...).

3.2.6. Assim, *a relativização da coisa julgada no caso de erro material tem nítida função de corrigir a verdade acerca dos fatos que levaram à condenação da Fazenda Pública em valor bem superior ao devido.*

E registre-se, neste passo, que a casuística é bastante pertinente.

*Se por um lado é correto dizer que a coisa julgada destina-se a garantir a segurança jurídica e a imutabilidade da decisão judicial, de outro, é inadmissível que a parte por ela beneficiada busque refúgio nesta mesma coisa julgada para perpetuar uma injustiça ou incorreção no que diz respeito ao quantum debeat, pois, por via indireta, estar-se-ia ferindo de morte a finalidade maior da própria jurisdição.*

Dessa forma, *em se tratando de erro grosseiro, legítima é a pretensão excepcional de relativização da coisa julgada pela via da ação anulatória, de modo a reequilibrar a equação existente entre o direito reconhecido judicialmente e o quantum correspondente.*

Não se há de negar que a manifestação judicial do processo de origem partiu de premissa equivocada e viciada, consistente na incorreção no critério de valoração inicial e unitário do pinheiro em pé, à margem de aspectos técnicos e mercadológicos, premissa esta que afastada ou modificada certamente resultaria em provimento condenatório de montante diverso.

Pelo exposto, conclui-se pela possibilidade de revisão do valor da indenização pela via da ação anulatória, com fundamento na relativização da coisa julgada.

(...).

*5.1. Postulam os autores a revisão do julgado e realização de nova perícia com a finalidade de corrigi-la no tocante ao quantum indenizatório, conforme parâmetros existentes à época de sua realização original, para que seja fixada indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos.*

No caso em mesa, o erro reside na apuração da indenização, que, como já dito, não se encontra acobertado pela coisa julgada, sendo passível de relativização e correção.

Em geral, isso não se aplica aos critérios adotados no cálculo de liquidação que exijam, para sua identificação, muito mais do que uma análise superficial.

Porém, o caderno probatório é suficiente para que se conclua que o excesso do laudo decorre basicamente de dois fatores: (a) erro na descrição dendométrica do pinheiro adulto existente na região e, (b) incorreção na avaliação da referida vegetação.

Tais vícios provocaram diferenças sensíveis, tendo convencionado o expert, em síntese, que todas as 200.000 árvores adultas possuíam exatamente 80 cm (oitenta centímetros) de diâmetro na altura do peito, o que é difícil de se imaginar, como inclusive destaca o estudo realizado por professores da Universidade Federal do Paraná.

O interesse público, neste caso, não decorre unicamente do valor exorbitante a que a União foi condenada a pagar. Estivesse correto, nenhum reparo mereceria o trabalho técnico realizado. No entanto, as conclusões do perito partem de premissa equivocada e à margem de conceituações técnicas, sem esclarecer a diferenciação entre 'pinheiro adulto' e 'pinheiro adulto para fins de exploração florestal', mesmo tendo sido questionado a respeito do ponto.

5.2. Além disso, teria sido desconsiderado que muitos dos exemplares encontrados na região - a esmagadora maioria, segundo tese dos autores - não apresentavam características de pinheiros adultos, pois estavam em mau estado de conservação e com defeitos diversos capazes de reduzir o seu valor útil para fins de apuração da indenização devida.

*O valor fixado para o pinheiro adulto parte de um método comparativo inaplicável e errôneo. Apura o preço do pinheiro adulto a partir do resultado de sua produtividade comercial, traçando um paralelo com o seu resultado comercial e*

alegando que seria preferível, naquele momento (época do levantamento), deixar os pinheiros em pé a cortá-los.

Dessa percepção resulta que não seria razoável chegar-se a um preço de Cr\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta mil cruzeiros), pois a pesquisa mercadológica indicava que o preço do pinheiro adulto oscilava entre Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) e Cr\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil cruzeiros) (Grifos acrescidos).

A Corte de origem consignou ainda ser contrário ao bom senso autorizar o pagamento de quantia milionária pelos cofres públicos (mais de R\$ 300.000.000,00 – trezentos milhões de reais, em valores de outubro de 2002 – e-STJ fl. 4.909), em nome da coisa julgada, pois isso significaria “o enriquecimento ilícito dos autores em montante elevadíssimo”(e-STJ fls. 4.905/4.907):

Antes de mais nada, entendo necessário reafirmar que o instituto da coisa julgada, dado que previsto constitucionalmente, deve ser objeto de forte proteção judicial, sob pena de gerar um sistema dotado de pouca segurança jurídica. A sua relativização sem fundamentos sólidos pode gerar a banalização do instituto, o que implicará no enfraquecimento dos princípios constitucionais que visa proteger.

Isso significa dizer que para que seja relativizado não basta meras divergências de ordem teórica ou de interpretação jurídica, ou mesmo que exista uma alegação de dano a uma das partes.

É indispensável a presença de lesão a princípio também de ordem constitucional, que implique na inversão de valores que a própria Constituição pretendeu resguardar.

É o caso dos autos (na hipótese de virem a ser confirmados os fatos trazidos na inicial).

Trata-se do pagamento de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), oriundos dos cofres públicos, que os autores reputam infundados, ao argumento de que a execução encontra-se praticamente quitada e que as partes exeqüentes são ilegítimas.

*Fere o bom senso imaginar que em nome da coisa julgada se permita o pagamento indevido de tal montante de dinheiro, e por duas razões:*

*A primeira delas porque significaria (e somente com a dilação probatória se poderá afirmar com certeza) o enriquecimento ilícito dos autores em montante elevadíssimo.*

*Em segundo lugar, porque se trata de dinheiro público. E em relação aos bens públicos vige o princípio da indisponibilidade. O Poder Público não está autorizado a dispor dele ou renunciar à sua aplicação nos limites da legalidade. E a vedação também é de ordem constitucional.*

Mesmo que tenha havido equívoco da União Federal quando da não impugnação específica do laudo referido, o fato é que não pode ela dispor de tal quantia em dinheiro em favor daqueles que, supostamente, não têm direito a recebê-lo.

De se notar, portanto, que a coisa julgada deve ser interpretada como forma de garantir princípios constitucionais (segurança jurídica e justiça da decisão), e não o contrário, como mecanismo de lesão a tais princípios (no caso, a moralidade administrativa e o princípio da justa indenização).

Ao garantir valor absoluto ao instituto da coisa julgada, independentemente das injustiças que esta represente e da magnitude da lesão que venha a causar, estará o operador jurídico invertendo a lógica, interpretando a Constituição Federal e seus princípios como se estivessem eles a serviço da coisa julgada, e não o contrário.

(...).

*Os elementos dos autos demonstram o excesso do laudo pericial, ao efetuar a valoração de 200.000 pinheiros adultos para indenizá-los pelo valor correspondente, que se deve em razão, basicamente, de dois fatores: a) erro na descrição dendométrica do pinheiro adulto existente na região a ser considerada, e b) erro na avaliação do preço do referido pinheiro em razão de fatores outros que não só a descrição dendométrica.*

*O interesse público em uma condenação de trezentos milhões de reais, quando cristalino o excesso do laudo, se sobrepõe a coisa julgada quanto ao 'quantum debeat'.*

*Neste aspecto entendo que a coisa julgada deve ser relativizada, não para se afastar a condenação ou a justiça da decisão, mas para se fixar o real valor da indenização, a efetiva e justa indenização.*

Salta aos olhos o excesso apontado pelo laudo pericial, conforme acima exposto, urgindo a atuação firme do Poder Judiciário para coibir os excessos.

Vale registrar que o verdadeiro absurdo do excesso do valor da condenação foi percebido pelo STF na medida de Suspensão Liminar (nº 172-8 Paraná) foi deferida pelo E. STF, em decisão proferida pela Exma. Min. Presidente Ellen Gracie, em 11/06/2007, onde consta o seguinte dispositivo: 'Ante o exposto, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, defiro o pedido para suspender, até o trânsito em julgado da ação civil pública nº 2005.70.00.018228-0, a execução do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos do agravo de instrumento nº 2005.04.01.033302-0, de modo a obstar o pagamento e/ou levantamento de quaisquer valores nos autos nº 00.00.60174-8.'

(Grifos acrescidos).

No bojo do ofício encaminhado a esta Corte, há notícia de que, em memoriais ofertados nas instâncias ordinárias, o montante chegaria a um bilhão de reais (e-STJ fl. 6.689).

O desate da questão, como visto, implica saber se a apuração de erro no laudo pericial quanto ao valor unitário do pinheiro adulto, isto é, o fato de o experto ter utilizado “medida de pinheiro não condizente com a região geográfica objeto do contrato” e “extremamente exagerada” (e-STJ fl. 4904) justifica a relativização da coisa julgada ou manifesta vício transrescisório apto a acolher o pedido ora formulado.

Esta Corte já entendeu ser possível utilizar ação declaratória de nulidade – *querela nullitatis* – para rever o valor da indenização fixada em ação de desapropriação, com o escopo de prestigiar o mandamento constitucional da justa indenização, ou mesmo para afastar o pleito indenizatório pela constatação superveniente de que o imóvel pertencia ao próprio ente expropriante.

A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Faixa de Fronteira. Ação de Desapropriação Transitada em Julgado. Ação Civil Pública. MPF. *Querela Nullitatis*. Viabilidade.

1. Hipótese em que se discute Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal para que se reconheça a a nulidade de indenizações por desapropriação de imóveis localizados em faixa de fronteira, por impossibilidade jurídica da demanda, já que os imóveis pertencem à própria União.

2. “Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público, sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem supostamente já era titular do domínio da área desapropriada” (REsp 1.015.133/MT, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 02/03/2010, DJe 23/04/2010).

3. Inviável análise de suposta ofensa ao art. 535 do CPC pelo Tribunal de origem, indicada no Agravo Regimental, pois a tese não foi suscitada nos Recursos Especiais que subiram ao STJ (o REsp do Estado não foi admitido, por intempestividade).

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.244.474/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011).

Processual Civil e Administrativo. Faixa de Fronteira. Bem da União. Alienação de Terras por Estado não Titular do Domínio. Ação de Desapropriação. “Trânsito em Julgado”. Ação Civil Pública. Declaração de Nulidade de Ato Judicial. Pretensão *Querela Nullitatis*. Cabimento. Adequação da Via Eleita. Retorno dos Autos à Corte Regional para Exame do Mérito das Apelações.

1. O INCRA ajuizou ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária contra Antônio Mascarenhas Junqueira e outros, objetivando a

aquisição da posse e do domínio do imóvel denominado “Gleba Formosa”, com área de 14.000 ha (quatorze mil hectares), situado no Município Mato Grossense de Vila Bela da Santíssima Trindade. O processo transitou em julgado e, por ordem judicial, o INCRA emitiu diversas TDAs para indenização da terra nua e fez o pagamento de alguns precatórios, estando a dívida quitada apenas em parte. Nesse ínterim, a autarquia expropriante propôs a presente ação civil pública contra o Estado do Mato Grosso e diversos particulares nominados na petição inicial para evitar a ocorrência de dano grave ao patrimônio público federal, com o objetivo de obter: (a) a declaração de nulidade de registros imobiliários decorrentes de titulações feitas a non domino pelo Estado réu sobre terras devolutas situadas na faixa de fronteira do Brasil com a Bolívia, de plena titularidade federal desde a Constituição de 1891 até os dias atuais; (b) o reconhecimento judicial de que não é devida qualquer indenização decorrente de ação expropriatória anteriormente ajuizada pelo INCRA contra os particulares que figuram como réus nesta ação; e (c) a condenação ao ressarcimento de todos os valores que tenham sido pagos indevidamente com base no título judicial extraído da desapropriação.

2. O Juízo de 1º Grau julgou procedentes os pedidos formulados na ação. O TRF da 1ª Região reformou a sentença por entender que “a ação civil pública (...) não tem serventia para buscar a anulação de venda de terras devolutas por Estado-membro, posteriormente desapropriadas e com sentença passada em julgado, até mesmo porque não é sucedâneo serôdio da ação rescisória não proposta no biênio legal”(fl.1556).

3. A Sra. Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, negou provimento aos dois recursos especiais, por entender que, “em respeito à coisa julgada e à segurança jurídica, incabível a ação civil pública, que, pela via transversa, busca declarar nulo o título de domínio, rescindir o julgado na ação de desapropriação e condenar os particulares a devolverem valores recebidos em cumprimento de uma ordem judicial”.

4. Do regime jurídico da faixa de fronteira e da natureza do vício decorrente de alienação por quem não detém o domínio.

4.1. O domínio público sobre a porção do território nacional localizada na zona de fronteira com Estados estrangeiros sempre foi objeto de especial atenção legislativa, sobretudo constitucional. As razões dessa preocupação modificaram-se com o tempo, principalmente quando da sucessão do regime imperial para o republicano, mas sempre estiveram focadas nos imperativos de segurança nacional e de desenvolvimento econômico.

4.2. A faixa de fronteira é bem de uso especial da União pertencente a seu domínio indisponível, somente autorizada a alienação em casos especiais desde que observados diversos requisitos constitucionais e legais.

4.3. Compete ao Conselho de Defesa Nacional, segundo o art. 91, § 1º, III, da CF/88, propor os critérios e condições de utilização da faixa de fronteira. Trata-se de competência firmada por norma constitucional, dada a importância que a

CF/88, bem como as anteriores a partir da Carta de 1891, atribuiu a essa parcela do território nacional.

4.4. Nos termos da Lei 6.634/79, recepcionada pela CF/88, a concessão ou alienação de terras públicas situadas em faixa de fronteira dependerá, sempre, de autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional, hoje Conselho de Defesa Nacional.

4.5. O ato de assentimento prévio consiste em uma autorização preliminar essencial para a prática de determinados atos, para o exercício de certas atividades, para a ocupação e a utilização de terras ao longo da faixa de fronteira, considerada fundamental para a defesa do território nacional e posta sob regime jurídico excepcional, a teor do disposto no § 2º do art. 20, da Constituição Federal. É por meio do assentimento prévio que o Estado brasileiro busca diagnosticar a forma de ocupação e exploração da faixa de fronteira, a fim de que se possam desenvolver atividades estratégicas específicas para o desenvolvimento do país, salvaguardando a segurança nacional.

4.6. A faixa de fronteira não é somente um bem imóvel da União, mas uma área de domínio sob constante vigilância e alvo de políticas governamentais específicas relacionadas, sobretudo, às questões de segurança pública e soberania nacional.

4.7. A importância da área deve-se, também, à relação estreita que mantém com diversas outras questões igualmente relevantes para o Governo Federal, entre elas: (a) questões indígenas, pois, segundo informações da Secretaria de Patrimônio da União, 30% da faixa de fronteira é ocupada por terras indígenas, já demarcadas ou não; (b) questões fundiárias relacionadas à grilagem e conflito de terras;

(c) questões sociais da mais alta relevância, como a invasão de terras por movimentos sociais e a exploração de trabalhadores em regime de semi-escravidão; (d) questões criminais referentes ao narcotráfico, tráfico de armas, descaminho, crimes ambientais - como a exploração ilegal de madeira e a venda ilícita de animais silvestres - assassinato de lideranças indígenas, de trabalhadores rurais, de posseiros, de sindicalistas e até de missionários religiosos; (e) questões de Direito Internacional relacionadas à necessidade de integração regional com os países membros do Mercosul e das demais organizações de que o Brasil seja parte.

4.8. Qualquer alienação ou oneração de terras situadas na faixa de fronteira, sem a observância dos requisitos legais e constitucionais, é “nula de pleno direito”, como diz a Lei 6.634/79, especialmente se o negócio imobiliário foi celebrado por entidades estaduais destituídas de domínio.

4.9. A alienação pelo Estado a particulares de terras supostamente situadas em faixa de fronteira não gera, apenas, prejuízo de ordem material ao patrimônio público da União, mas ofende, sobretudo, princípios maiores da Constituição Federal, relacionados à defesa do território e à soberania nacional.

4.10. O regime jurídico da faixa de fronteira praticamente não sofreu alterações ao longo dos anos desde a primeira Constituição Republicana de 1891, razão porque pouco importa a data em que for realizada a alienação de terras, devendo sempre ser observada a necessidade de proteção do território nacional e da soberania do País.

5. Da nulidade absoluta e da pretensão querela nullitatis insanabilis.

5.1. O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação querela nullitatis e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário.

5.2. A nulidade absoluta insanável - por ausência dos pressupostos de existência - é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada querela nullitatis insanabilis é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram.

5.3. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável por ausência de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência por meio da ação querela nullitatis.

5.4. Na hipótese, pelo que alegam o INCRA e o Ministério Público Federal, as terras foram alienadas a particulares pelo Estado do Mato Grosso que não detinha o respectivo domínio, já que se trata de área supostamente situada na faixa de fronteira, bem pertencente à União desde a Carta Constitucional republicana de 1891. Ocorre que a ação de desapropriação foi proposta contra os particulares que receberam do Estado do Mato Grosso terras que não lhe pertenciam, jamais tendo participado do feito o legítimo titular do domínio - a União.

5.5. A União não participou do feito expropriatório e, ainda que tivesse participado, a simples alegação de que a área expropriada lhe pertence gera dúvida razoável quanto a uma das condições da ação, especificamente o interesse processual, pois, provado o domínio federal, desaparece a utilidade do processo, já que impossível desapropriar o que é próprio.

5.6. A pretensão querela nullitatis pode ser exercida e proclamada em qualquer tipo de processo e procedimento de cunho declaratório. A ação civil pública, por força do que dispõe o art. 25, IV, "b", da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), pode ser utilizada como instrumento para a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público.

5.7. A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual.

5.8. A demanda de que ora se cuida, embora formulada com a roupagem de ação civil pública, veicula pretensão querela nullitatis, vale dizer, objetiva a declaração de nulidade da relação processual supostamente transitada em julgado por ausência de citação da União ou, mesmo, por inexistência da própria base fática que justificaria a ação desapropriatória, já que a terra desapropriada, segundo alega o autor, já pertencia ao Poder Público Federal.

6. Do conteúdo da ação de desapropriação e da ausência de trânsito em julgado quanto às questões relativas ao domínio das terras desapropriadas.

6.1. A ação de desapropriação não transitou em julgado quanto à questão do domínio das terras expropriadas - até porque jamais foi discutida nos autos do processo -, mas tão somente quanto ao valor da indenização paga. Não houve, portanto, trânsito em julgado da questão tratada na presente ação civil pública. Apenas os efeitos desta, se julgados procedentes os pedidos, poderão, por via indireta, afetar o comando indenizatório contido na sentença da ação expropriatória já transitada em julgado.

6.2. A inexistência de coisa julgada material quanto à discussão sobre o domínio das terras desapropriadas afasta o fundamento de que se valeu o acórdão recorrido para extinguir o processo sem resolução de mérito por inadequação da via eleita. Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público, sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem já era titular do domínio da área desapropriada.

7. Da ausência de coisa julgada quando a sentença ofende abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” - A Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional.

7.1. O princípio da “justa indenização” serve de garantia não apenas ao particular - que somente será desapossado de seus bens mediante prévia e justa indenização, capaz de recompor adequadamente o acervo patrimonial expropriado -, mas também ao próprio Estado, que poderá invocá-lo sempre que necessário para evitar indenizações excessivas e descompassadas com a realidade.

7.2. Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa (“Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional”).

7.3. Se a orientação sedimentada nesta Corte é de afastar a coisa julgada quando a sentença fixa indenização em desconformidade com a base fática dos autos ou quando há desrespeito explícito ao princípio constitucional da “justa indenização”, com muito mais razão deve ser “flexibilizada” a regra,

quando condenação milionária é imposta à União pela expropriação de terras já pertencentes ao seu domínio indisponível, como parece ser o caso dos autos.

8. A Primeira Seção, por ambas as Turmas, reconhece na ação civil pública o meio processual adequado para se formular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial lesivo ao patrimônio público (querela nullitatis). Precedentes.

9. O provimento à tese recursal não implica julgamento sobre o mérito da causa, mas apenas o reconhecimento de que a ação civil pública é o instrumento processual adequado ao que foi postulado na demanda em razão de todo o substrato fático narrado na inicial. Assim, ultrapassada a preliminar de inadequação da via, caberá à Corte regional, com total liberdade, examinar o recurso de apelação interposto pelos ora recorridos.

10. Recursos especiais providos.

(REsp 1.015.133/MT, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Castro Meira*, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/04/2010).

Se o Superior Tribunal de Justiça compreende que a ação civil pública é instrumento válido para declarar a nulidade de ato judicial já passado em julgado e lesivo ao patrimônio público, que reconheceu indenização milionária “a ser suportada por quem supostamente já era titular do domínio da área desapropriada”, penso ser aplicável esse posicionamento, *mutatis mutandis*, à hipótese presente, na qual se busca relativizar a coisa julgada formada em ação indenizatória, em face de erro material na quantificação do valor devido aos demandantes.

Assim, entendo que manifesta vício transrescisório apto a acolher o pedido de relativização da coisa julgada a correção de “erro grosseiro” no laudo pericial que, produzido para definir o *quantum debeat*, em ação indenizatória, apurou quantia de forma “não condizente com a região geográfica objeto do contrato” e “extremamente exagerada”, como verificado *in casu*.

Por último, convém consignar que, em sede de suspensão de liminar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – ao apreciar acórdão do TRF da 4ª Região, que determinou o levantamento de 50% dos valores de precatório antes suspenso, o qual já estava avaliado, em outubro de 2002, em R\$ 300.734.178,37 (trezentos milhões, setecentos e trinta e quatro mil, cento e setenta e oito reais e trinta e sete centavos) – manteve decisão que constatou existir grave lesão à ordem e à economia públicas, “diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos e da plausibilidade da tese de esse valor ser indevido”, e autorizou o levantamento parcial, via precatório, de parte incontroversa, a ser quantificada em nova prova pericial a ser realizada no primeiro grau de jurisdição.

Eis a ementa daquele julgado pretoriano:

EMENTA: Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. Decisão agravada que constatou à época grave lesão à ordem e à economia públicas, diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos e da plausibilidade da tese de esse valor ser indevido. Pedido de reforma e de restauração dos efeitos da decisão do TRF da 4ª região, nos autos de agravo de instrumento em ação civil pública, que permitiu o levantamento de 50% dos valores de precatórios antes suspensos, decorrentes de condenação da União ao pagamento de indenização de 200.000 pinheiros adultos. Processo principal que discute a possibilidade de relativização da coisa julgada. Surgimento de fato novo. Superveniência de sentença em ação civil pública que mantém a condenação (coisa julgada) em todos seus termos, à exceção do quantum debeatur. Necessidade de nova perícia. Novo contexto fático-jurídico. Constatação da potencialidade de ocorrência de dano inverso, em termos de economia pública e de segurança jurídica, caso não se pague qualquer valor devido aos agravantes. Reforma parcial da decisão agravada para estabelecer uma fórmula judicial provisória apta a proteger o Erário e a limitar o pagamento dos precatórios, em montante que assegure aos agravantes os efeitos da coisa julgada nos limites explicitados nos autos do processo originário. Autorização do levantamento parcial, via precatório, dos valores devidos aos agravantes, a título de parte incontroversa, a qual deverá ser fixada pelo juízo de primeiro grau, devendo o montante liberado (1) não ser superior ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor total do precatório antes suspenso (nos termos em que decidiu o TRF da 4ª Região) e (2) ser calculado com a inclusão dos valores já pagos. Determinação ao juízo de primeiro grau de imediata realização de perícia judicial, caso seja necessária ao cumprimento da autorização condicionada estabelecida nesta decisão. Extensão dos efeitos desta decisão às suspensões acolhidas pelo mesmo fundamento por anterior pedido de extensão. Agravo Regimental parcialmente procedente. (SL 172 AgR, Relator Min. Gilmar Mendes (Presidente), Tribunal Pleno, julgado em 18/12/2009, DJe-045 Divulg 11-03-2010 Public 12-03-2010 Ement Vol-02393-01 PP-00033 RTJ Vol-00216-01 PP-00156).

Conforme relatado, a nova prova técnica já foi realizada no primeiro grau de jurisdição, conforme determinação do Supremo Tribunal Federal, e definiu como montante remanescente da indenização, para fins de fixação do *quantum* do precatório a ser levantado pelos recorrentes, a quantia de R\$ 4.077.232,78 (quatro milhões, setenta e sete mil, duzentos e trinta e dois reais e setenta e oito centavos), para outubro de 2002 (e-STJ fls. 6.677/6.713).

Por fim, a via do especial não se presta para aferir o grau de sucumbência das partes, se mínima ou recíproca, pois essa medida esbarra no óbice inserto na Súmula 7 do STJ. Nesse sentido:

*Processual Civil. Sucumbência Mínima. Verificação. Súmula 7/STJ.* 1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de não ser possível, por meio de recurso especial, a revisão do critério utilizado para fixação da verba advocatícia em virtude da sucumbência recíproca ou mínima, por depender tal providência da reapreciação do contexto fático-probatório do caso concreto. 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no AREsp 638.411/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015).

Ante o exposto, *conheço parcialmente* dos recursos especiais e, nessa extensão, *nego-lhes provimento*.

É como voto.

#### VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recursos Especiais interpostos pela *União* e pelo *Espólio de Catarina Labourdette Dalcanale e outros*, conforme bem ilustrado no preciso relatório elaborado pelo eminente Relator, Ministro *Gurgel de Faria*.

2. Sua Excelência, o eminente Ministro Relator, levou os autos à pauta de julgamentos da egrégia 1a. Turma do STJ no dia 23.10.2018, ocasião em que, após a realização das sustentações orais das partes e, da leitura do seu brilhante voto, pedi vista dos autos para melhor refletir, porquanto as alegações orais e o bem elaborado Parecer Ministerial (fls. 6.730/6.755) me deixaram impressionados, dado o confronto existente com o voto já proferido.

3. Após um estudo mais aprofundado, trago meu Voto-Vista, desde logo, ressaltando a exuberância do voto já proferido pelo eminente Relator, Ministro *Gurgel de Faria*, como aliás lhe é peculiar, entretanto, tive uma visão respeitosa divergente sobre os autos.

4. Início, porém, fazendo um apanhado sintético a respeito dos atos processuais aqui realizados desde a petição inicial.

5. Trata a presente demanda de Ação Civil Pública, ajuizada pelo MPF e pela *União*, em face de *Espólio de Catharina Labourdette Delcanale e outros*, veiculando pretensão de *querella nulitatis*, com o objetivo de desconstituir a condenação sofrida pelo Poder Público Federal nos autos 00.0060174-8, que tramitou perante a egrégia 4a. Vara Federal de *Curitiba/PR*, a qual resolveu acerca da alegada inexecução contratual, de uma avença de compra e venda de 200.00 pinheiros adultos.

6. A demanda apresentou os seguintes pedidos:

4. Apresentada ou não contestação, seja, adiante, confirmada em sentença a tutela antecipada concedida, assim como, ainda que através de eventual relativização de coisa julgada, sejam julgados totalmente procedentes os seguintes pedidos formulados pelo Ministério Público Federal e pela União:

4.1. seja declarada a inexistência (e/ou nulidade e/ou ineficácia, que se encontram abrangidos no pedido de reconhecimento de inexistência) da decisão judicial transitada em julgado nos autos da ação de conhecimento que tramitou sob processo no. 00.00.60174-8.

4.2. seja declarada a inexistência de relação jurídica pela qual a SEIPN, sucedida pela União, seja, ou tenha sido, em qualquer tempo, devedora de 200.000 pinheiros adultos a Alberto Dalcanale, seu espólio, seus sucessores e cessionários, em razão do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuías e cedros), bem como seja declarada a nulidade absoluta e ineficácia frente à SEIPN/ União de todos os atos e negócios jurídicos pelos quais se pretendeu atribuir às pessoas que ocuparam o pólo ativo nos autos 000060174-8 a titularidade do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuías e cedros).

4.3. seja reconhecida a existência de erro material na r. decisão transitada em julgado no que concerne à adoção do laudo imprestável, suprimindo-se, para corrigi-lo, a parte liquidatória contida na decisão, mantida a sentença, nos demais aspectos não impugnados na presente peça, para fins de retificação ou de refazimento da liquidação, conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes ao tempo do laudo original (de fevereiro de 1985).

4.4. para a eventualidade de não se entender procedentes um, alguns, ou todos os pedidos acima, requer-se a relativização dos efeitos e do alcance da coisa julgada existente nos mencionados autos 00.00.60174-8, para que assim advenha a fixação de indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985), aproveitando-se dos dados obtidos mediante a pesquisa comprovadamente realizada pelo perito quanto ao valor dos pinheiros em pé. Em decorrência, pede-se ainda a declaração da nulidade dos atos processuais (dos autos 00.00.60174-8) posteriores àqueles que venham a ser declarados nulos, ineficazes ou inexistentes (fls. 102/103).

7. O Juízo de primeiro grau proferiu sentença de parcial procedência, cujo dispositivo foi assim redigido:

Diante do exposto, quanto ao *“quantum debeatur”* deve ser relativizada a coisa julgada, para a realização de nova perícia para analisar e afastar os indevidos excessos da execução.

Ante o exposto, nego provimento aos agravos retidos e afasto as preliminares aventadas, e julgo:

1. - Extinto (s)em resolução de mérito, em face da coisa julgada, os pedidos Deste modo. quanto aos pedidos de declaração de inexistência (e/ou nulidade e/ou ineficácia, que se encontram abrangidos no pedido de reconhecimento de inexistência) da decisão judicial transitada em julgado nos autos da ação de conhecimento sob no. 00.00.60174-8 e a declaração da inexistência de relação jurídica pela qual a SEIPN, sucedida pela União, seja, ou tenha sido. em qualquer tempo, devedora de 200.000 pinheiros adultos a Alberto Dalcanale, seu espólio, seus sucessores e cessionários, em razão do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros adultos, imbuias e cedros), bem como, seja declarada a nulidade absoluta e ineficácia frente à SEIPN/União de todos os atos e negócios jurídicos pelos quais se pretendeu atribuir às pessoas que ocuparam o pólo ativo nos autos de no. 00.00.60174-8 a titularidade do contrato de compra e venda de árvores (pinheiros, adultos, imbuias e cedros), por não ser possível a análise da *querela nulitatis* no caso em tela. diante da ausência de manifestação nos autos principais das matérias agora aventadas;

2. - *Procedente* os pedidos de relativização da coisa julgada, com base nos precedentes do ESTJ, reconhecendo o erro material na r. decisão transitada no que concerne à adoção do laudo imprestável, suprimindo-se, para corrigi-lo, a parte liquidatória contida na decisão, mantida a sentença, nos demais aspectos não impugnados na inicial, para fins de retificação ou de refazimento da liquidação, conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985), para que seja fixada nova indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985).

O valor da real indenização e do excesso será apurado mediante perícia judicial, a ser realizada após o trânsito em julgado da presente decisão. Condeno os requeridos no pagamento de custas processuais “pro rata” e em 10% (dez por cento) do excesso da execução realizada nos autos de no. 00.00.60174-8 em favor dos autores (fls. 3.274/3.275).

8. A egrégia Corte Regional, ao apreciar os inúmeros Agravos Retidos e as Apelações, proferiu o seguinte julgado:

Administrativo. Ação Civil Pública. *Querella Nulitatis*. Reconhecimento de Inexistência de Coisa Julgada. Condição da Ação Indenizatória. Inexistência de Relação Jurídica na Cessão do Direito em que se Fundava a Ação. Conteúdo Declaratório Negativo. Sociedade Anônima Estrangeira. Falta de Registro da Prorrogação no Órgão de Comércio Nacional. Mera Irregularidade. Perícia. Erro Grosseiro. Legitimidade e Interesse dos Autores. Defesa do Patrimônio Público. Possibilidade de Pagamento de Indenização em Valor Exorbitante. Excepcionalidade. Nova Perícia. Necessidade. Erro Material. Relativização da Coisa Julgada. Possibilidade. Sucumbência.

1. Não se há de falar em coisa julgada quando a ação funda-se justamente na sua inexistência em razão da falta de legitimidade para pleitear o direito.

2. A ação anulatória que visa o reconhecimento da inexistência de relação jurídica tem cunho declaratório negativo (art. 4o., I, do CPC), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial típico das ações rescisórias.

3. Viável o uso da ação anulatória para declarar a invalidade ou inexistência da coisa julgada, não se verificando confronto entre os contornos da nova lide e os parâmetros dispostos no art. 301, § 1o. a 3o. do Código de Processo Civil.

4. A nulidade absoluta insanável é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (*querela nullitatis insanabilis*), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram. Precedentes do STJ.

5. Preliminares de falta de interesse e ilegitimidade dos autores afastada, porquanto visam à defesa do patrimônio público, consistente na tentativa de evitar o pagamento de indenização exorbitante que entendem indevida.

6. Preclusão e perempção afastadas, tendo em vista que a ação repousa em nova causa de pedir, ainda que os efeitos de uma eventual procedência tragam efeitos desconstitutivos indiretos sobre o título judicial impugnado.

7. Demais preliminares que se confundem com o mérito, com ele examinadas. Inaplicabilidade do disposto no Resp no. 1.070.896/SC, dadas as características da relação de direito material e a defesa do patrimônio público.

8. Vencido o prazo fixado na autorização para a sociedade anônima funcionar, a empresa se extingue de pleno direito, o que não significa, por si só, a sua extinção antecipada, porquanto mesmo a empresa em liquidação ou em extinção, tem legitimidade para a prática de atos.

9. A ausência de registro nos órgãos de comércio brasileiros da prorrogação d prazo da sociedade anônima autorizada a funcionar em território nacional, não lhe retira de pronto a personalidade jurídica para praticar atos. Hipótese em que a omissão caracteriza mera irregularidade.

10. A cassação do ato de autorização quando do descumprimento de normas nacionais que devem ser respeitadas pela sociedade anônima estrangeira, pressupõe a atuação positiva do estado concedente, sem o qual não se há de falar em vedação de funcionamento.

11. Admite-se a ação autônoma para declarar a nulidade de perícia realizada em processo de conhecimento, porquanto o erro material não se encontra acobertado pela coisa julgada. Contexto em que a incorreção grosseira na fixação do preço unitário inicial do objeto litigioso exacerbou o valor da indenização para patamares dissonantes do preço de mercado.

12. Erros materiais ou a superestimação intencional do valor da justa indenização escapam do manto da coisa julgada, como cediço na jurisprudência do STJ que admite, sem infringência da imutabilidade da decisão, a correção do *quantum debeatur*.

13. O equívoco da sentença judicial não se convalida, seja quando fundado em erro material, seja se admitido como fato indicativo da necessidade de relativizar a coisa julgada que viola não apenas princípio da moralidade, mas também a própria verdade dos fatos. Notadamente quando implica pagamento de expressivo valor em prejuízo de entidade de direito público cujas verbas têm destinação com claro interesse social, não se admitindo o enriquecimento sem causa por conta de claro equívoco judiciário. (Precedente deste Tribunal; AC no. 2007.72.09.000006-8, rel. Des. Fed. Marga Tessler).

14. Envolvendo a avaliação de pinheiro em pé, discussão de matéria eminentemente técnica, com fundamento no campo da engenharia florestal e biologia, torna-se imprescindível que a perícia imprestável seja substituída por outra.

15. Improcedente a ação quanto ao pedido de declaração de inexistência de relação jurídica que cedeu o direito posteriormente postulado em juízo pelo cessionário, forte no art. 269, I do Código de Processo Civil.

16. Tendo os réus sucumbido apenas com relação a um dos pedidos, impõe-se a redistribuição dos encargos sucumbenciais, de modo atribuir os honorários à razão de 50% (cinquenta por cento) para cada parte, desde já compensáveis entre si (fls. 6.619/6.621).

9. Logo, verifica-se que, dos pedidos da petição inicial, somente restou acolhido aquele referente ao erro material da Perícia, que culminou na exorbitância dos valores em execução, situação que ensejaria a relativização da coisa julgada e a necessidade de refazimento da Avaliação Técnica Judicial.

10. É importante, todavia, analisar os contornos do presente caso, a fim de que se possa validamente chancelar a utilização da pretensão anulatória manifestada. Vale ainda, ressaltar a discussão havida perante a egrégia Corte Regional, onde se apresentou Voto-Vista, que ao final, restou vencedor, ressaltando a doutrina sobre a questão:

## 2. Mérito

### 2.1. Doutrina

A querela relativa à possibilidade ou não de relativização da coisa julgada material, independentemente do uso da ação rescisória, agudizada na última década, tem suscitado acerbado debate doutrinário, chegando, às vezes, a ultrapassar as raiais da racionalidade e adentrando no terreno passional.

No extremo denegatório, impossível desconhecer a contundente crítica feita por *Nelson Nery Jr.*, segundo o qual 'a destruição da base fundamental do Estado Democrático do Direito, vulnerando um de seus elementos de existência que é a coisa julgada material, é verdadeiramente a aniquilação do regime democrático' (Coisa julgada e o Estado Democrático de Direito. *Rev. Forense*, v. 375, 2004, p. 143). Mais adiante, não deixa por menos o ilustre Professor: 'Prestigiar a tese da desconsideração da coisa julgada material é avalizar o nazismo processual' (fl. 145).

Na mesma toada, o entendimento de *Luiz Guilherme Marinoni*, ao declarar que «a falta de critérios seguros e racionais para a «relativização da coisa julgada material pode, na verdade, conduzir à sua 'desconsideração', estabelecendo um estado de grande incerteza e injustiça» (Sobre a chamada «relativização» da coisa julgada material. *Rev. de Doutrina da 4a. Região*, no. 16, 2007).

*José Carlos Barbosa Moreira* não discrepa:

'Ressalvadas as hipóteses legalmente contempladas, com a coisa julgada material chegou-se a um «point of no return». Cortaram-se as pontes, queimaram-se as naves; é impraticável o regresso. Não se vai ao extremo bíblico de ameaçar com a transformação em estátua de sal quem pretender olhar para trás; mas adverte-se de que nada do que se puder avistar, nessa mirada retrospectiva, será eficazmente utilizável como aríete contra a muralha erguida. Foi com tal objetivo que se inventou a coisa julgada material; e, se ela não servir para isso, a rigor nenhuma serventia terá. Subordinar a prevalência da res judicata, em termos que extravasem do álveo do direito positivo, à justiça da decisão, a ser a ferida depois do término do processo, é esvaziar o instituto do seu sentido essencial' (Considerações sobre a chamada «relativização» da coisa julgada material. *Rev. Forense*, v. 377, 2005, p. 48).

Na linha principiológica, ao contrapor os ideais de segurança jurídica e justiça, *Tercio Sampaio Ferraz Junior* giza que «a coisa julgada é um dos institutos que, ao configurar a segurança, está inserida no rol dos direitos fundamentais», enquanto que «a justiça não é, em si, um direito fundamental» (Segurança jurídica, coisa julgada e justiça. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, 2005, p. 266 e 270).

Em contraponto, a enaltecer o ideal de justiça - o qual, aliás, é expressamente invocado no preâmbulo da Carta Constitucional como «valor supremo de uma sociedade fraterna» -, *Eduardo de Albuquerque Parente* refere que «a própria noção de instrumentalidade não olvida a vocação do processo para obter um julgamento justo», pois, segundo *Dinamarco*, «eliminar conflitos mediante critérios justos - eis o mais elevado escopo social das atividades jurídicas do Estado» (Institutos equivalentes à rescisória. *Rev. de Processo*, v. 112, 2003, p. 147).

A meio caminho da tese relativista, está o entendimento de *Sérgio Gilberto Porto*, segundo o qual a superação da coisa julgada depende previamente da sua invalidação:

'Na realidade, a única forma válida e eficaz de redecidir diferentemente daquilo que já foi normado por decisão anterior que adquiriu o selo da imutabilidade é a busca prévia da invalidade da decisão que se quer superar e tão-somente após a sua invalidação é que poderá ser cogitado novo 'assertamento' em torno da relação jurídica de direito material, vez que, nesta hipótese, resulta desconstituída a proteção jurídica que lhe atribuía a qualidade de imutável' (Cidadania processual e relativização da coisa julgada. Rev. de Processo, v. 112,2003, p. 31).

Entretanto, no que interessa ao caso concreto, o ilustre processualista admite o uso da '*querela nullitatis*' para tal fim:

'As formas existentes e admitidas pelo sistema jurídico brasileiro ocorrem pelo viés das demandas de invalidade das decisões judiciais. Nesta linha, a ação rescisória, ordinariamente, deve ser usada para invalidação das sentenças de mérito e a ação anulatória, excepcionalmente, em hipóteses restritas, para a superação de decisões com vícios insanáveis, tal qual, por exemplo, a ausência de citação do réu revel, circunstância que enseja a tese da sobrevivência da '*querela nullitatis*' (op. cit., p. 31).

Seguindo na senda da flexibilização da coisa julgada, encontramos o depoimento de *Humberto Theodoro Júnior*, relativamente à coisa julgada inconstitucional:

'A coisa julgada não pode suplantar a lei, em tema de inconstitucionalidade, sob pena de transformá-la em um instituto mais elevado e importante que a lei e a própria Constituição. Se a lei não é imune, qualquer que seja o tempo decorrido desde a sua entrada em vigor, aos efeitos negativos da inconstitucionalidade, por que o seria a coisa julgada?' (apud 'Cidadania processual e relativização... p. 29).

Entretanto, o início da tendência relativizante deu-se com contundente artigo do Prof. *Cândido Rangel Dinamarco* ('Relativizar a coisa julgada material' - AJURIS 83,33/65)), proferido nos idos de 2001, onde afirmou:

'O objetivo do presente estudo é demonstrar que o valor da segurança das relações jurídicas não é absoluto no sistema, nem o é portanto a garantia da coisa julgada, porque ambos devem conviver com outro valor de primeiríssima grandeza, que é o da justiça das decisões judiciais (...) não é legítimo eternizar injustiças a pretexto de evitar eternização de

incertezas (...) conclui-se que é inconstitucional a leitura clássica da garantia da coisa julgada, com a crença de que ela fosse algo absoluto e, como era hábito dizer, capaz de fazer do preto branco e do quadrado, redondo' (apud 'Cidadania processual e relativização... p. 28).

No que concerne especificamente ao tópico da justa indenização em ações expropriatórias, afirma *Dinamarco*:

'Nesse quadro, não é justa uma indenização que vá extraordinariamente além do valor de mercado do bem, porque, ao contrariar a regra da moralidade administrativa, ela estará em choque com os próprios objetivos do Estado, traçados na Constituição. Justiça é, na lição sempre respeitada e Norberto Bobbio, a correspondência da norma 'com os valores últimos ou finais que inspiram um determinado ordenamento jurídico'. É lícito dizer, parafrazeando o grande pensador, que perguntar se uma indenização é justa ou injusta significa perguntar se ela é ou não apta a atuar equilibradamente o valor da garantia da propriedade e o da moralidade administrativa, plantados na Constituição Federal' *Ajuris* 83, p. 56/57).

Concluo este esboço com lição da lavra do Min. *José Augusto Delgado* ('Pontos polêmicos das ações de indenização de áreas naturais protegidas. Efeitos da coisa julgada e princípios constitucionais'), que sintetiza magistralmente o assunto, amoldando-se à perfeição ao caso concreto em exame, e que adoto como fundamento para decidir:

O Estado, em sua dimensão ética, não protege a sentença judicial, mesmo transita em julgado, que bate de frente com os princípios da moralidade e da legalidade (...). Estas entidades processuais só se afirmam como verdadeiras e os seus atos só têm capacidade de produção de efeitos quando suas posturas são desenvolvidas dentro do círculo da legalidade e da moralidade. Além destes limites, elas inexistem porque recebem configurações que ultrapassam as perspectivas democráticas perseguidas pela Constituição Federal. (...) Há, portanto, com influência dessas novas idéias, que se meditar sobre o alcance da coisa julgada quando atua em atrito com os princípios da moralidade, da legalidade e da realidade impostos pela natureza das coisas e das relações humanas e com os princípios postos na Constituição Federal. (...). A coisa julgada é uma entidade definida e regrada pelo direito formal, via instrumental, que não pode se sobrepor aos princípios da legalidade, da moralidade, da realidade dos fatos, das condições impostas pela natureza ao homem e às regras postas na Constituição. (...). Os valores absolutos da legalidade, moralidade e justiça estão acima do valor segurança jurídica. (...). Essa segurança jurídica cede quando princípios de maior hierarquia postos no

ordenamento jurídico são violados pela sentença (...). Não posso conceber o reconhecimento da força absoluta da coisa julgada quando ela atenta contra a moralidade, contra a legalidade, contra os princípios maiores da Constituição Federal e contra a realidade imposta pela natureza. Não posso aceitar, em sã consciência, que, em nome da segurança jurídica, a sentença viole a Constituição Federal, seja veículo de injustiça, desmorone ilegalmente patrimônios, obrigue o Estado a pagar indenizações indevidas, finalmente, que desconheça que o branco é branco e que a vida não pode ser considerada morte, nem vice-versa. (...). A carga imperativa da sentença pode ser revista, em qualquer tempo, quando eivada de vícios graves e produza conseqüências que alterem o estado natural das coisas, que estipule obrigações para o Estado ou para o cidadão ou para as pessoas jurídicas que não sejam amparadas pelo direito”.

Em outras palavras, o que quer o ilustre Ministro dizer é que a formação de uma pretensa coisa julgada baseada em uma verdade formal totalmente dissociada da verdade real compromete o princípio da segurança jurídica por contrapô-lo frontalmente ao ideal de justiça. Não deve ser esquecida a lição sempre presente de *John Rawls* de que ‘uma injustiça é tolerável somente quando é necessária para evitar uma injustiça ainda maior’ (‘Uma teoria da justiça. SP, Martins Fontes, 1997, p. 4) (fls. 6.605/6.608).

11. A atenta leitura desse apanhado doutrinário muito bem realizado pelo ilustre Desembargador Federal *Luís Alberto D’Azevedo Aurvalle*, relator p/ Acórdão, demonstra a variedade de opiniões e também a importância de tema tão sensível para o direito.

12. Do voto prevalente na egrégia Corte Regional, extrai-se ainda, a existência de Medida de Suspensão proferida pelo colendo STF, em relação ao levantamento de quantias decorrentes dos presentes autos:

Agravo Regimental em Suspensão de Liminar. Decisão agravada que constatou à época grave lesão à ordem e à economia públicas, diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos e da plausibilidade da tese de esse valor ser indevido. Pedido de reforma e de restauração dos efeitos da decisão do TRF da 4a. região, nos autos de agravo de instrumento em ação civil pública, que permitiu o levantamento de 50% dos valores de precatórios antes suspensos, decorrentes de condenação da União ao pagamento de indenização de 200.000 pinheiros adultos. *Processo principal que discute a possibilidade de relativização da coisa julgada*. Surgimento de fato novo. Superveniência de sentença em ação civil pública que mantém a condenação (coisa julgada) em todos seus termos, à exceção do *quantum debeatur*. Necessidade de nova perícia. Novo contexto fático-jurídico. Constatação da potencialidade de ocorrência

de dano inverso, em termos de economia pública e de segurança jurídica, caso não se pague qualquer valor devido aos agravantes. Reforma parcial da decisão agravada para estabelecer uma fórmula judicial provisória apta a proteger o Erário e a limitar o pagamento dos precatórios, em montante que assegure aos agravantes os efeitos da coisa julgada nos limites explicitados nos autos do processo originário. Autorização do levantamento parcial, via precatório, dos valores devidos aos agravantes, a título de parte incontroversa, a qual deverá ser fixada pelo juízo de primeiro grau, devendo o montante liberado (1) não ser superior ao percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor total do precatório antes suspenso (nos termos em que decidiu o TRF da 4a. Região) e (2) ser calculado com a inclusão dos valores já pagos. Determinação ao juízo de primeiro grau de imediata realização de perícia judicial, caso seja necessária ao cumprimento da autorização condicionada estabelecida nesta decisão. Extensão dos efeitos desta decisão às suspensões acolhidas pelo mesmo fundamento por anterior pedido de extensão.

Agravo Regimental parcialmente procedente (SL 172 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 12.3.2010).

13. Há nos autos, Apelos Raros dos Particulares (fls. 4.385/4.445) e, também, da *União* (fls. 4.492/4.535).

14. A *União* interpôs sua irresignação recursal especial *apenas por violação legal*, ocasião em que entendeu malferidos os arts. 535, II, 515, § 1o., 131, 460, parág. único do CPC/1973.

15. Por sua vez, os Particulares, em seu Apelo Raro, interposto não apenas por ofensa à legislação, *mas também por divergência jurisprudencial*, veicula, além do apontado dissídio, malferimento aos seguintes dispositivos, arts. 3o., 473, 433, parág. único, 467, 468, 485, 295, I e III, 301, § 1o., 467 e 263, I do CPC/1973 e 1o. da Lei 7.347/1985.

16. A leitura analítica da peça recursal especial dos Particulares, também demonstra que, anteriormente, a *União* veiculou a competente Ação Rescisória da condenação, tombada sob o número 92.04.22312-0 (fls. 4.414), onde foram veiculadas as seguintes arumentações: (a) *ausência de revisor no julgamento da Apelação da demanda condenatória*; (b) *ocorrência de erro de fato pela divergência entre o objeto do contrato e avaliação da perícia e seus respectivos critérios – divergências dendométricas*, e; (c) *existência de pagamento a respeito do contrato de compra e venda* (fls. 4.433).

17. Em que pese, a rescisória indicada ter sido julgada procedente pelo egrégio TRF da 4a. Região, *referido acórdão foi reformado por este STJ*, por ocasião do julgamento do Recurso Especial no. 142.991/PR, assim ementado:

Recurso Especial. Ação Rescisória. Ausência de Violação de Lei ou Erro de Fato. *Iudicium Rescindens. Iudicium Rescissorium*. Exame de Matéria Fática. Impossibilidade.

O Estado tem interesse em proteger a coisa julgada, em nome da paz social e da segurança jurídica dos cidadãos. Por esse motivo, as hipóteses de cabimento da ação rescisória são taxativas e devem ser comprovadas estreme de dúvidas.

Somente a questão da nulidade do acórdão, prejudicial às demais, fundamentou o acórdão atacado e, nesse sentido, o voto proferido nos embargos de declaração, longe de elucidar o conteúdo do julgado, conferiu outra natureza jurídica à decisão, por ter acrescentado ao *iudicium rescindens* um condicionamento típico de *iudicium rescissorium*.

“(...) No art. 90, § 1o., autorizou o Tribunal Federal de Recursos, em seu regimento interno, a dispensar a revisão noutros casos além dos previstos em lei, ‘desde que o recurso verse matéria predominantemente de direito’ (cf. José Carlos Barbosa Moreira, *in* “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V, Forense, 5a. edição, p. 629).

Com efeito, a caracterização da matéria como “predominantemente de direito” cabia ao Relator, critério que passou pelo crivo dos demais componentes da Turma julgadora, incluído aquele que deveria officiar como revisor. Para isso, obviamente, seria preciso análise dos elementos fático-probatórios dos autos, o que é proibido em ação rescisória, a menos que se trate de erro de fato sobre o qual não tenha havido pronunciamento pelo Tribunal, que não é a hipótese do caso presente.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu que “(...) a ação rescisória não se presta a novo exame dos fatos colhidos nos autos, a fim de reparar possível injustiça” (RTJ 125/928). Não é possível, ainda, em ação rescisória, sob o fundamento de violação a literal disposição de lei, oferecer nova interpretação a cláusulas contratuais.

*In casu*, realmente incorreu em erro, material, o nobre Relator, ao dizer que a dívida foi integralmente paga dois anos após a celebração do contrato, mas tal situação não tem o poder de modificar a solução do litígio, pois, de fato, o Banco do Brasil, por meio de escritura pública, ratificou a quitação plena à dívida, anteriormente dada por instrumento particular, em 14.4.1970, antes de ser interpelada a devedora, o que, por óbvio, e por ter entendido o relator ser um contrato sem prazo, empresta legitimidade à cobrança.

A questão da correção monetária do preço acertado, outrossim, não pode ser novamente discutida. A matéria foi amplamente debatida e conforme narrado, consta nos autos documento em que o Banco do Brasil confere quitação.

Deveras, quando é dada quitação integral, sem que se faça menção aos acréscimos acessórios, presume-se que estes estão incluídos, e assim fez o juiz de primeiro grau e o Tribunal Federal de Recursos. Se tal valoração não era devida, hoje ela é inaceitável, pois se encontra sob o manto da coisa julgada material.

A União teve ampla oportunidade de influir no julgamento da lide e deve sofrer os efeitos da condenação.

Recurso especial conhecido e provido pela letra “a”, do inciso III, do artigo 105, da Constituição Federal. Decisão por maioria (REsp. 142.991/PR, Rel. Min. *Paulo Gallotti*, Rel. p/Acórdão Min. *Franciulli Netto*, DJ 20.8.2001).

18. Interposto o Recurso Unificador, foi decretado, nesta Corte Superior, o seu desprovimento, com a rejeição dos EMBDIV:

Embargos de Divergência (RISTJ, art. 265) Confronto entre Voto Vencido e Acórdãos Paradigmas. Impossibilidade.

- A divergência que autoriza o manejo dos embargos previstos nos Art. 265 é aquela que se trava entre os dispositivos dos acórdãos em confronto. Vale dizer: entre as resultantes dos respectivos votos vitoriosos. Não é lícito aproveitar, para tanto, a conclusão de voto vencido (AgRg nos REsp. 142.991/PR, Rel. Min. *Humberto Gomes de Barros*, DJ 18.3.2002).

19. Ora, verifica-se, de antemão, que a única matéria acolhida pelo acórdão regional objeto dos presentes Recursos Especiais, já havia sido anteriormente veiculada (e rechaçada) nos autos da Ação Rescisória a que se fez referência. Por essa razão se poderia dizer *ser não apenas especulativa a presente demanda, mas também abusiva*, porquanto, além de ter sido utilizada a *excepcional via rescisória*, após o seu insucesso, a parte vencida (*União*) ajuizou esta ação declaratória, com pretensão de *querella nullitatis*, fundada em matérias *já repelidas por ocasião do julgamento da anterior ação rescisória*.

20. Passa-se agora à apreciação específica dos Recursos Especiais. Início pela análise do Apelo Raro da *União*, no tocante à alegação de ofensa ao art. 535, II do Código Buzaid, matéria em que *manifesto minha concordância* em relação ao voto do eminente Relator, para rejeitar a alegação.

21. De outra parte, *também manifesto concordância* com o voto do eminente Ministro Relator quanto às demais alegações contidas no Apelo Raro da *União*, aos quais a pretendida reforma do julgado demanda o necessário reexame fático-probatório, vedado, a princípio, nesta seara Recursal Especial.

22. Portanto, o Apelo Raro da *União* foi conhecido apenas em parte e rejeitado, nesta parte conhecida.

23. Por sua vez, no tocante ao Apelo Raro dos Particulares, *reitero minha discordância em relação à possibilidade de se veicular em pretensão de querella, matérias que já foram objeto de ação rescisória, julgada improcedente*. É certo

que conheço o entendimento consagrado na jurisprudência deste Tribunal Superior pelo qual esta pretensão anulatória é *imprescritível*, porém, entendo que ela somente pode veicular *matéria inédita*, caso contrário seria uma grande contrassenso à segurança jurídica, como verifico que está ocorrendo pelo ajuizamento da presente demanda.

24. Ora, num determinado momento deve ocorrer a estabilização da demanda, com a prevalência do caráter definitivo do pronunciamento judicial, para se alcançar, dentre outros objetivos, a pacificação social. No presente caso, ainda, deve-se lembrar que parte da doutrina chama de *coisa soberanamente julgada*, aquela decorrente da ação rescisória, ou quando esgotado seu prazo de ajuizamento, como ocorre na presente hipótese.

25. Caso este STJ chancela a reveiculação, em *querela nulitatis*, de matérias já repelidas em sede de rescisória, estar-se-á inviabilizando a segurança jurídica, porquanto nunca ocorrerá o final da celeuma, dada a natureza humana de não se conformar com as soluções adversas às suas pretensões.

26. Por outro lado, ainda que assim não fosse, apesar de também manifestar concordância com a quase totalidade dos fundamentos utilizados por Sua Excelência, o eminente Ministro *Gurgel de Faria*, *ousou, respeitosamente discordar*, na parte em que se entende possível, no presente caso, a chamada relativização da coisa julgada, *fundada em erro material do cálculo pericial, que teria elevado de maneira astronômica o débito do Ente Público*, conforme o trecho a seguir de seu brilhante voto, proferido na sessão de julgamentos onde fiz requerimento de vista:

No que concerne à possibilidade de desconstituição de coisa julgada, a presente ação civil pública foi proposta com dois objetivos, sendo que um deles – o que foi acolhido nas instâncias originárias – visava ao reconhecimento de erro material no *quantum debeat* de indenização fixada por perito em laudo técnico, mediante a retificação ou refazimento da liquidação da sentença,

conforme a situação e os parâmetros verdadeiramente existentes a tempo do laudo original (fevereiro de 1985) e sucessivamente, em não sendo declarados procedentes um, ou alguns dos pedidos, *requer a parte autora a relativização dos efeitos e do alcance da coisa julgada existente nos autos de no. 00.00.60174-8, para que seja fixada indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos ao tempo do laudo pericial (fevereiro de 1985)*, aproveitando-se dos dados obtidos mediante a pesquisa comprovadamente realizada pelo perito quanto ao valor dos pinheiros em pé. Em decorrência, pede, ainda, a declaração de nulidade dos autos processuais (nos autos de

nº 00.00.60174-8) posteriores àqueles que venham a ser declarados nulos, ineficazes ou inexistentes. (e-STJ fl. 4903). (Grifos acrescidos).

Ao apreciar o ponto, a Corte a quo admitiu a possibilidade da revisão da coisa julgada, para corrigir o erro material, na via da ação autônoma de impugnação (querela nullitatis insanabilis). Para tanto, valeu-se das seguintes razões (e-STJ fls. 4.896/4.903):

3.2.1. Muito é discutido na doutrina e na jurisprudência acerca da possibilidade de revisão da coisa julgada, em face de erro material.

A possibilidade de relativização da coisa julgada tem lugar quando o erro material que potencializa o valor da indenização não encontra correspondência no título judicial, ou seja, não está em consonância com o que foi decidido na ação de conhecimento.

Em casos tais, o erro é verificado somente na expressão do julgamento, e não em seu conteúdo principal, de maneira que a correção não retira a essência do julgado. Ou seja, não faz parte do título, mas apenas do seu resultado inválido, diga-se de passagem. Logo, a correção não traz alterações do critério jurídico tomado como fundamento na apreciação da causa pelo magistrado.

É importante dizer que a relativização da coisa julgada não teria, nesta hipótese, o condão de subtrair dos credores a natureza condenatória da decisão transitada em julgado, mas apenas o efeito de alterar a sua equivocada expressão monetária.

É bom que se diga que quando se está a falar de erro material, na verdade, quer se referir o erro exagerado, grosseiro, originário da atuação do perito, capaz de produzir um resultado final inapropriado.

Dessa sorte, descabido sustentar a manutenção de uma indenização que passa ao largo do princípio da justa indenização e apresenta nítido descompasso com a natureza do direito posto em causa, caso em que se admite a revisão do título.

(...).

3.2.6. Assim, *a relativização da coisa julgada no caso de erro material tem nítida função de corrigir a verdade acerca dos fatos que levaram à condenação da Fazenda Pública em valor bem superior ao devido.*

E registre-se, neste passo, que a casuística é bastante pertinente.

Se por um lado é correto dizer que a coisa julgada destina-se a garantir a segurança jurídica e a imutabilidade da decisão judicial, de outro, é inadmissível que a parte por ela beneficiada busque refúgio nesta mesma coisa julgada para perpetuar uma injustiça ou incorreção no que diz respeito ao *quantum debeat*, pois, por via indireta, estar-se-ia ferindo de morte a finalidade maior da própria jurisdição.

*Dessa forma, em se tratando de erro grosseiro, legítima é a pretensão excepcional de relativização da coisa julgada pela via da ação anulatória, de modo a reequilibrar a equação existente entre o direito reconhecido judicialmente e o quantum correspondente.*

Não se há de negar que a manifestação judicial do processo de origem partiu de premissa equivocada e viciada, consistente na incorreção no critério de valoração inicial e unitário do pinheiro em pé, à margem de aspectos técnicos e mercadológicos, premissa esta que afastada ou modificada certamente resultaria em provimento condenatório de montante diverso.

Pelo exposto, conclui-se pela possibilidade de revisão do valor da indenização pela via da ação anulatória, com fundamento na relativização da coisa julgada.

(...).

*5.1. Postulam os autores a revisão do julgado e realização de nova perícia com a finalidade de corrigi-la no tocante ao quantum indenizatório, conforme parâmetros existentes à época de sua realização original, para que seja fixada indenização segundo o valor real dos pinheiros adultos.*

*No caso em mesa, o erro reside na apuração da indenização, que, como já dito, não se encontra acobertado pela coisa julgada, sendo passível de relativização e correção.*

Em geral, isso não se aplica aos critérios adotados no cálculo de liquidação que exijam, para sua identificação, muito mais do que uma análise superficial.

*Porém, o caderno probatório é suficiente para que se conclua que o excesso do laudo decorre basicamente de dois fatores: (a) erro na descrição dendométrica do pinheiro adulto existente na região e, (b) incorreção na avaliação da referida vegetação.*

Tais vícios provocaram diferenças sensíveis, tendo convencionado o expert, em síntese, que todas as 200.000 árvores adultas possuíam exatamente 80 cm (oitenta centímetros) de diâmetro na altura do peito, o que é difícil de se imaginar, como inclusive destaca o estudo realizado por professores da Universidade Federal do Paraná.

O interesse público, neste caso, não decorre unicamente do valor exorbitante a que a União foi condenada a pagar. Estivesse correto, nenhum reparo mereceria o trabalho técnico realizado. No entanto, as conclusões do perito partem de premissa equivocada e à margem de conceituações técnicas, sem esclarecer a diferenciação entre 'pinheiro adulto' e 'pinheiro adulto para fins de exploração florestal', mesmo tendo sido questionado a respeito do ponto.

5.2. Além disso, teria sido desconsiderado que muitos dos exemplares encontrados na região - a esmagadora maioria, segundo tese dos autores - não apresentavam características de pinheiros adultos, pois estavam em mau estado de conservação e com defeitos diversos capazes de reduzir o seu valor útil para fins de apuração da indenização devida.

*O valor fixado para o pinheiro adulto parte de um método comparativo inaplicável e errôneo.* Apura o preço do pinheiro adulto a partir do resultado de sua produtividade comercial, traçando um paralelo com o seu resultado comercial e alegando que seria preferível, naquele momento (época do levantamento), deixar os pinheiros em pé a cortá-los.

Dessa percepção resulta que não seria razoável chegar-se a um preço de Cr\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta mil cruzeiros), pois a pesquisa mercadológica indicava que o preço do pinheiro adulto oscilava entre Cr\$ 50.000,00 (cinquenta mil cruzeiros) e Cr\$ 75.000,00 (setenta e cinco mil cruzeiros) (Grifos acrescidos).

A Corte de origem consignou ainda ser contrário ao bom senso autorizar o pagamento de quantia milionária pelos cofres públicos (mais de R\$ 300.000.000,00 – trezentos milhões de reais, em valores de outubro de 2002 – e-STJ fl. 4.909), em nome da coisa julgada, pois isso significaria “o enriquecimento ilícito dos autores em montante elevadíssimo” (e-STJ fls. 4.905/4.907):

Antes de mais nada, entendo necessário reafirmar que o instituto da coisa julgada, dado que previsto constitucionalmente, deve ser objeto de forte proteção judicial, sob pena de gerar um sistema dotado de pouca segurança jurídica. A sua relativização sem fundamentos sólidos pode gerar a banalização do instituto, o que implicará no enfraquecimento dos princípios constitucionais que visa proteger.

Isso significa dizer que para que seja relativizado não bastam meras divergências de ordem teórica ou de interpretação jurídica, ou mesmo que exista uma alegação de dano a uma das partes.

É indispensável a presença de lesão a princípio também de ordem constitucional, que implique na inversão de valores que a própria Constituição pretendeu resguardar.

É o caso dos autos (na hipótese de virem a ser confirmados os fatos trazidos na inicial).

Trata-se do pagamento de R\$ 300.000.000,00 (trezentos milhões de reais), oriundos dos cofres públicos, que os autores reputam infundados, ao argumento de que a execução encontra-se praticamente quitada e que as partes exequentes são ilegítimas.

Fere o bom senso imaginar que em nome da coisa julgada se permita o pagamento indevido de tal montante de dinheiro, e por duas razões:

A primeira delas porque significaria (e somente com a dilação probatória se poderá afirmar com certeza) o enriquecimento ilícito dos autores em montante elevadíssimo.

*Em segundo lugar, porque se trata de dinheiro público. E em relação aos bens públicos vige o princípio da indisponibilidade. O Poder Público não está autorizado a dispor dele ou renunciar à sua aplicação nos limites da legalidade. E a vedação também é de ordem constitucional.*

Mesmo que tenha havido equívoco da União Federal quando da não impugnação específica do laudo referido, o fato é que não pode ela dispor de tal quantia em dinheiro em favor daqueles que, supostamente, não têm direito a recebê-lo.

De se notar, portanto, que a coisa julgada deve ser interpretada como forma de garantir princípios constitucionais (segurança jurídica e justiça da decisão), e não o contrário, como mecanismo de lesão a tais princípios (no caso, a moralidade administrativa e o princípio da justa indenização).

Ao garantir valor absoluto ao instituto da coisa julgada, independentemente das injustiças que esta represente e da magnitude da lesão que venha a causar, estará o operador jurídico invertendo a lógica, interpretando a Constituição Federal e seus princípios como se estivessem eles a serviço da coisa julgada, e não o contrário.

(...).

Os elementos dos autos demonstram o excesso do laudo pericial, ao efetuar a valoração de 200.000 pinheiros adultos para indenizá-los pelo valor correspondente, que se deve em razão, basicamente, de dois fatores: a) erro na descrição dendométrica do pinheiro adulto existente na região a ser considerada, e b) erro na avaliação do preço do referido pinheiro em razão de fatores outros que não só a descrição dendométrica.

O interesse público em uma condenação de trezentos milhões de reais, quando cristalino o excesso do laudo, se sobrepõe a coisa julgada quanto ao 'quantum debeatur'.

Neste aspecto entendo que a coisa julgada deve ser relativizada, não para se afastar a condenação ou a justiça da decisão, mas para se fixar o real valor da indenização, a efetiva e justa indenização.

Salta aos olhos o excesso apontado pelo laudo pericial, conforme acima exposto, urgindo a atuação firme do Poder Judiciário para coibir os excessos.

Vale registrar que o verdadeiro absurdo do excesso do valor da condenação foi percebido pelo E. STF na medida de Suspensão Liminar (nº 172-8 Paraná) foi deferida pelo E. STF, em decisão proferida pela Exma. Min. Presidente Ellen Gracie, em 11/06/2007, onde consta o seguinte dispositivo: 'Ante o exposto, com fundamento nos arts. 4º da Lei 8.437/92 e 297 do RISTF, defiro o

pedido para suspender, até o trânsito em julgado da ação civil pública nº 2005.70.00.018228-0, a execução do acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região nos autos do agravo de instrumento nº 2005.04.01.033302-0, de modo a obstar o pagamento e/ou levantamento de quaisquer valores nos autos nº 00.00.60174-8.

(Grifos acrescidos).

No bojo do ofício encaminhado a esta Corte, há notícia de que, em memoriais ofertados nas instâncias ordinárias, o montante chegaria a um bilhão de reais (e-STJ fl. 6.689).

O desate da questão, como visto, implica saber se a apuração de erro no laudo pericial quanto ao valor unitário do pinheiro adulto, isto é, o fato de o experto ter utilizado “medida de pinheiro não condizente com a região geográfica objeto do contrato” e “extremamente exagerada” (e-STJ fl. 4904) justifica a relativização da coisa julgada ou manifesta vício transrescisório apto a acolher o pedido ora formulado.

Esta Corte já entendeu ser possível utilizar ação declaratória de nulidade – querela nullitatis – para rever o valor da indenização fixada em ação de desapropriação, *com o escopo de prestigiar o mandamento constitucional da justa indenização*, ou mesmo para afastar o pleito indenizatório pela constatação superveniente de que o imóvel pertencia ao próprio ente expropriante.

A propósito:

Processual Civil e Administrativo. Faixa de Fronteira. Ação de Desapropriação Transitada em Julgado. Ação Civil Pública. MPF. *Querela Nullitatis*. Viabilidade.

1. Hipótese em que se discute Ação Civil Pública movida pelo Ministério Público Federal para que se reconheça a nulidade de indenizações por desapropriação de imóveis localizados em faixa de fronteira, por impossibilidade jurídica da demanda, já que os imóveis pertencem à própria União.

2. “Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público, sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem supostamente já era titular do domínio da área desapropriada” (REsp 1.015.133/MT, Rel. p/ Acórdão Min. Castro Meira, Segunda Turma, j. 02/03/2010, DJe 23/04/2010).

3. Inviável análise de suposta ofensa ao art. 535 do CPC pelo Tribunal de origem, indicada no Agravo Regimental, pois a tese não foi suscitada nos Recursos Especiais que subiram ao STJ (o REsp do Estado não foi admitido, por intempestividade).

4. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1.244.474/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe 08/09/2011).

\* \* \*

Processual Civil e Administrativo. Faixa de Fronteira. Bem da União. Alienação de Terras por Estado não Titular do Domínio. Ação de Desapropriação. “Trânsito Em Julgado”. Ação Civil Pública. Declaração de Nulidade de Ato Judicial. Pretensão *Querela Nullitatis*. Cabimento. Adequação da Via Eleita. Retorno dos Autos à Corte Regional para Exame do Mérito das Apelações.

1. O INCRA ajuizou ação de desapropriação por interesse social para fins de reforma agrária contra Antônio Mascarenhas Junqueira e outros, objetivando a aquisição da posse e do domínio do imóvel denominado “Gleba Formosa”, com área de 14.000 ha (quatorze mil hectares), situado no Município Mato Grossense de Vila Bela da Santíssima Trindade. O processo transitou em julgado e, por ordem judicial, o INCRA emitiu diversas TDAs para indenização da terra nua e fez o pagamento de alguns precatórios, estando a dívida quitada apenas em parte. Nesse ínterim, a autarquia expropriante propôs a presente ação civil pública contra o Estado do Mato Grosso e diversos particulares nominados na petição inicial para evitar a ocorrência de dano grave ao patrimônio público federal, com o objetivo de obter: (a) a declaração de nulidade de registros imobiliários decorrentes de titulações feitas a non domino pelo Estado réu sobre terras devolutas situadas na faixa de fronteira do Brasil com a Bolívia, de plena titularidade federal desde a Constituição de 1891 até os dias atuais; (b) o reconhecimento judicial de que não é devida qualquer indenização decorrente de ação expropriatória anteriormente ajuizada pelo INCRA contra os particulares que figuram como réus nesta ação; e (c) a condenação ao ressarcimento de todos os valores que tenham sido pagos indevidamente com base no título judicial extraído da desapropriação.

2. O Juízo de 1º Grau julgou procedentes os pedidos formulados na ação. O TRF da 1ª Região reformou a sentença por entender que “a ação civil pública (...) não tem serventia para buscar a anulação de venda de terras devolutas por Estado-membro, posteriormente desapropriadas e com sentença passada em julgado, até mesmo porque não é sucedâneo serôdio da ação rescisória não proposta no biênio legal” (fl.1556).

3. A Sra. Ministra Eliana Calmon, relatora do caso, negou provimento aos dois recursos especiais, por entender que, “em respeito à coisa julgada e à segurança jurídica, incabível a ação civil pública, que, pela via transversa, busca declarar nulo o título de domínio, rescindir o julgado na ação de desapropriação e condenar os particulares a devolverem valores recebidos em cumprimento de uma ordem judicial”.

4. Do regime jurídico da faixa de fronteira e da natureza do vício decorrente de alienação por quem não detém o domínio.

4.1. O domínio público sobre a porção do território nacional localizada na zona de fronteira com Estados estrangeiros sempre foi objeto de especial atenção legislativa, sobretudo constitucional. As razões dessa preocupação modificaram-se com o tempo, principalmente quando da sucessão do regime imperial para o republicano, mas sempre estiveram focadas nos imperativos de segurança nacional e de desenvolvimento econômico.

4.2. A faixa de fronteira é bem de uso especial da União pertencente a seu domínio indisponível, somente autorizada a alienação em casos especiais desde que observados diversos requisitos constitucionais e legais.

4.3. Compete ao Conselho de Defesa Nacional, segundo o art. 91, § 1º, III, da CF/88, propor os critérios e condições de utilização da faixa de fronteira. Trata-se de competência firmada por norma constitucional, dada a importância que a CF/88, bem como as anteriores a partir da Carta de 1891, atribuiu a essa parcela do território nacional.

4.4. Nos termos da Lei 6.634/79, recepcionada pela CF/88, a concessão ou alienação de terras públicas situadas em faixa de fronteira dependerá, sempre, de autorização prévia do Conselho de Segurança Nacional, hoje Conselho de Defesa Nacional.

4.5. O ato de assentimento prévio consiste em uma autorização preliminar essencial para a prática de determinados atos, para o exercício de certas atividades, para a ocupação e a utilização de terras ao longo da faixa de fronteira, considerada fundamental para a defesa do território nacional e posta sob regime jurídico excepcional, a teor do disposto no § 2º do art. 20, da Constituição Federal. É por meio do assentimento prévio que o Estado brasileiro busca diagnosticar a forma de ocupação e exploração da faixa de fronteira, a fim de que se possam desenvolver atividades estratégicas específicas para o desenvolvimento do país, salvaguardando a segurança nacional.

4.6. A faixa de fronteira não é somente um bem imóvel da União, mas uma área de domínio sob constante vigilância e alvo de políticas governamentais específicas relacionadas, sobretudo, às questões de segurança pública e soberania nacional.

4.7. A importância da área deve-se, também, à relação estreita que mantém com diversas outras questões igualmente relevantes para o Governo Federal, entre elas: (a) questões indígenas, pois, segundo informações da Secretaria de Patrimônio da União, 30% da faixa de fronteira é ocupada por terras indígenas, já demarcadas ou não; (b) questões fundiárias relacionadas à grilagem e conflito de terras; (c) questões sociais da mais alta relevância, como a invasão de terras por movimentos sociais e

a exploração de trabalhadores em regime de semi-escravidão; (d) questões criminais referentes ao narcotráfico, tráfico de armas, descaminho, crimes ambientais - como a exploração ilegal de madeira e a venda ilícita de animais silvestres - assassinato de lideranças indígenas, de trabalhadores rurais, de posseiros, de sindicalistas e até de missionários religiosos; (e) questões de Direito Internacional relacionadas à necessidade de integração regional com os países membros do Mercosul e das demais organizações de que o Brasil seja parte.

4.8. Qualquer alienação ou oneração de terras situadas na faixa de fronteira, sem a observância dos requisitos legais e constitucionais, é “nula de pleno direito”, como diz a Lei 6.634/79, especialmente se o negócio imobiliário foi celebrado por entidades estaduais destituídas de domínio.

4.9. A alienação pelo Estado a particulares de terras supostamente situadas em faixa de fronteira não gera, apenas, prejuízo de ordem material ao patrimônio público da União, mas ofende, sobretudo, princípios maiores da Constituição Federal, relacionados à defesa do território e à soberania nacional.

4.10. O regime jurídico da faixa de fronteira praticamente não sofreu alterações ao longo dos anos desde a primeira Constituição Republicana de 1891, razão porque pouco importa a data em que for realizada a alienação de terras, devendo sempre ser observada a necessidade de proteção do território nacional e da soberania do País.

#### 5. Da nulidade absoluta e da pretensão *querela nullitatis insanabilis*.

5.1. O controle das nulidades processuais, em nosso sistema jurídico, comporta dois momentos distintos: o primeiro, de natureza incidental, é realizado no curso do processo, a requerimento das partes, ou de ofício, a depender do grau de nulidade. O segundo é feito após o trânsito em julgado, de modo excepcional, por meio de impugnações autônomas. As pretensões possíveis, visando ao reconhecimento de nulidades absolutas, são a ação *querela nullitatis* e a ação rescisória, cabíveis conforme o grau de nulidade no processo originário.

5.2. A nulidade absoluta insanável - por ausência dos pressupostos de existência - é vício que, por sua gravidade, pode ser reconhecido mesmo após o trânsito em julgado, mediante simples ação declaratória de inexistência de relação jurídica (o processo), não sujeita a prazo prescricional ou decadencial e fora das hipóteses taxativas do art. 485 do CPC (ação rescisória). A chamada *querela nullitatis insanabilis* é de competência do juízo monocrático, pois não se pretende a rescisão da coisa julgada, mas apenas o reconhecimento de que a relação processual e a sentença jamais existiram.

5.3. A doutrina e a jurisprudência são unânimes em afirmar que a ausência de citação ou a citação inválida configuram nulidade absoluta insanável por ausência de pressuposto de existência da relação processual, o que possibilita a declaração de sua inexistência por meio da ação *querela nullitatis*.

5.4. Na hipótese, pelo que alegam o INCRA e o Ministério Público Federal, as terras foram alienadas a particulares pelo Estado do Mato Grosso que não detinha o respectivo domínio, já que se trata de área supostamente situada na faixa de fronteira, bem pertencente à União desde a Carta Constitucional republicana de 1891. Ocorre que a ação de desapropriação foi proposta contra os particulares que receberam do Estado do Mato Grosso terras que não lhe pertenciam, jamais tendo participado do feito o legítimo titular do domínio - a União.

5.5. A União não participou do feito expropriatório e, ainda que tivesse participado, a simples alegação de que a área expropriada lhe pertence gera dúvida razoável quanto a uma das condições da ação, especificamente o interesse processual, pois, provado o domínio federal, desaparece a utilidade do processo, já que impossível desapropriar o que é próprio.

5.6. A pretensão *querela nullitatis* pode ser exercida e proclamada em qualquer tipo de processo e procedimento de cunho declaratório. A ação civil pública, por força do que dispõe o art. 25, IV, "b", da Lei n.º 8.625/93 (Lei Orgânica do Ministério Público), pode ser utilizada como instrumento para a anulação ou declaração de nulidade de ato lesivo ao patrimônio público.

5.7. A ação civil pública surge, assim, como instrumento processual adequado à declaração de nulidade da sentença, por falta de constituição válida e regular da relação processual.

5.8. A demanda de que ora se cuida, embora formulada com a roupagem de ação civil pública, veicula pretensão *querela nullitatis*, vale dizer, objetiva a declaração de nulidade da relação processual supostamente transitada em julgado por ausência de citação da União ou, mesmo, por inexistência da própria base fática que justificaria a ação desapropriatória, já que a terra desapropriada, segundo alega o autor, já pertencia ao Poder Público Federal.

6. Do conteúdo da ação de desapropriação e da ausência de trânsito em julgado quanto às questões relativas ao domínio das terras desapropriadas.

6.1. A ação de desapropriação não transitou em julgado quanto à questão do domínio das terras expropriadas - até porque jamais foi discutida nos autos do processo -, mas tão somente quanto ao valor da indenização paga. Não houve, portanto, trânsito em julgado da questão tratada na presente ação civil pública. Apenas os efeitos desta, se julgados procedentes os pedidos, poderão, por via indireta, afetar o comando

indenizatório contido na sentença da ação expropriatória já transitada em julgado.

6.2. A inexistência de coisa julgada material quanto à discussão sobre o domínio das terras desapropriadas afasta o fundamento de que se valeu o acórdão recorrido para extinguir o processo sem resolução de mérito por inadequação da via eleita. Com efeito, a ação civil pública é o instrumento processual adequado para se obter a declaração de nulidade de ato, ainda que judicial, lesivo ao patrimônio público, sobretudo quando consagra indenização milionária a ser suportada por quem já era titular do domínio da área desapropriada.

7. Da ausência de coisa julgada quando a sentença ofende abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” - A Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional.

7.1. O princípio da “justa indenização” serve de garantia não apenas ao particular - que somente será desaposado de seus bens mediante prévia e justa indenização, capaz de recompor adequadamente o acervo patrimonial expropriado -, mas também ao próprio Estado, que poderá invocá-lo sempre que necessário para evitar indenizações excessivas e descompassadas com a realidade.

7.2. Esta Corte, em diversas oportunidades, assentou que não há coisa julgada quando a sentença contraria abertamente o princípio constitucional da “justa indenização” ou decide em evidente descompasso com dados fáticos da causa (“Teoria da Coisa Julgada Inconstitucional”).

7.3. Se a orientação sedimentada nesta Corte é de afastar a coisa julgada quando a sentença fixa indenização em desconformidade com a base fática dos autos ou quando há desrespeito explícito ao princípio constitucional da “justa indenização”, com muito mais razão deve ser “flexibilizada” a regra, quando condenação milionária é imposta à União pela expropriação de terras já pertencentes ao seu domínio indisponível, como parece ser o caso dos autos.

8. A Primeira Seção, por ambas as Turmas, reconhece na ação civil pública o meio processual adequado para se formular pretensão declaratória de nulidade de ato judicial lesivo ao patrimônio público (*querela nullitatis*). Precedentes.

9. O provimento à tese recursal não implica julgamento sobre o mérito da causa, mas apenas o reconhecimento de que a ação civil pública é o instrumento processual adequado ao que foi postulado na demanda em razão de todo o substrato fático narrado na inicial. Assim, ultrapassada a preliminar de inadequação da via, caberá à Corte regional, com total liberdade, examinar o recurso de apelação interposto pelos ora recorridos.

10. Recursos especiais providos (REsp 1.015.133/MT, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Castro Meira*, Segunda Turma, julgado em 02/03/2010, DJe 23/04/2010).

Se o Superior Tribunal de Justiça compreende que a ação civil pública é instrumento válido para declarar a nulidade de ato judicial já passado em julgado e lesivo ao patrimônio público, que reconheceu indenização milionária “a ser suportada por quem supostamente já era titular do domínio da área desapropriada”, penso ser aplicável esse posicionamento, *mutatis mutandis*, à hipótese presente, na qual se busca relativizar a coisa julgada formada em ação indenizatória, em face de erro material na quantificação do valor devido aos demandantes.

Assim, entendo que manifesta vício transrescisório apto a acolher o pedido de relativização da coisa julgada a correção de “erro grosseiro” no laudo pericial que, produzido para definir o *quantum debeatur*, em ação indenizatória, apurou quantia de forma “não condizente com a região geográfica objeto do contrato” e “extremamente exagerada”, como verificado *in casu*.

Por último, convém consignar que, em sede de suspensão de liminar, o Plenário do Supremo Tribunal Federal – ao apreciar acórdão do TRF da 4ª Região, que determinou o levantamento de 50% dos valores de precatório antes suspenso, o qual já estava avaliado, em outubro de 2002, em R\$ 300.734.178,37 (trezentos milhões, setecentos e trinta e quatro mil, cento e setenta e oito reais e trinta e sete centavos) – manteve decisão que constatou existir grave lesão à ordem e à economia públicas, “diante da temeridade de levantamento de vultosa quantia dos cofres públicos e da plausibilidade da tese de esse valor ser indevido”, e autorizou o levantamento parcial, via precatório, de parte incontroversa, a ser quantificada em nova prova pericial a ser realizada no primeiro grau de jurisdição.

(...).

Conforme relatado, a nova prova técnica já foi realizada no primeiro grau de jurisdição, conforme determinação do Supremo Tribunal Federal, e definiu como montante remanescente da indenização, para fins de fixação do quantum do precatório a ser levantado pelos recorrentes, a quantia de R\$ 4.077.232,78 (quatro milhões, setenta e sete mil, duzentos e trinta e dois reais e setenta e oito centavos), para outubro de 2002 (e-STJ fls. 6.677/6.713).

27. Com efeito, a jurisprudência deste Tribunal Superior, neste particular, consagra a ocorrência excepcional de reconhecimento desta matéria que, por vezes, é chamada de *coisa julgada inconstitucional*, e em outras, de *relativização da coisa julgada*, não sendo demais recordar que a gênese desta excepcionalidade é atribuída ao Mestre Português, *Paulo Otero*, que a concebeu para a proteção da supremacia da constituição.

28. Apesar de existir muitos aspectos a serem considerados, pensados e fundamentados a respeito dessa temática, vou me ater apenas à motivação acolhida pelo eminente Ministro Relator, *Gurgel de Faria*, a saber, a possibilidade de, no presente caso, eventual *erro material do cálculo poder ser reconhecido como vício transrescisório para se declarar como inconstitucional a coisa julgada formada*.

29. Vejamos, porém o acervo de julgados deste STJ, ao acolher tal possibilidade, excepcionalmente, em determinados casos, *quando se tratar de ação expropriatória*, de se utilizar a via rescisória ou anulatória, quando houver comprovação do equívoco do valor da condenação, promover a sua adequação, em respeito da disposição constitucional da *justa indenização*, prevista nos arts. 182, § 3º. e 184 da Carta Magna:

Art. 182 - A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

(...).

§ 3º. - As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e *justa indenização* em dinheiro.

\* \* \*

Art. 184. - Compete à União desapropriar por interesse social, para fins de reforma agrária, o imóvel rural que não esteja cumprindo sua função social, mediante prévia e *justa indenização* em títulos da dívida agrária, com cláusula de preservação do valor real, resgatáveis no prazo de até vinte anos, a partir do segundo ano de sua emissão, e cuja utilização será definida em lei.

30. Nesse sentido, há vários julgados:

Recurso Especial - Execução de Honorários Sucumbenciais - Pedido de Suspensão do Feito em Razão de o Banco Executado Estar em Procedimento de Liquidação Extrajudicial - Indeferimento - Interposição de Agravo de Instrumento - Acórdão que Suspende a Execução e Reduz, de Ofício, o Valor do Título Judicial Exequendo, com Base na Teoria da Relativização da Coisa Julgada. Insurgência do Executado.

Hipótese em que o Tribunal estadual não apenas acolheu o pleito de suspensão do processo executivo, mas, indo além, decidiu de ofício reduzir o valor dos honorários sucumbenciais objeto da execução, a despeito de não haver requerimento nesse sentido e de o título exequendo estar acobertado pelo manto da coisa julgada material.

Para fundamentar essa decisão de redução do montante exequendo, o acórdão recorrido se valeu da tese da “relativização da coisa julgada”. Segundo o seu voto condutor, os honorários cobrados na execução foram fixados erroneamente com base no art. 20, § 3º, do CPC, quando deveriam ter sido arbitrados nos termos do § 4º do mesmo dispositivo legal. O mencionado erro teria gerado um crédito muito elevado, que, uma vez pago ao recorrente, comprometeria o ativo do recorrido e, conseqüentemente, prejudicaria seus demais credores concursais.

1. Quando há confrontos entre princípios jurídicos não se caracteriza uma antinomia verdadeira, de modo que não se deve resolvê-los à luz dos critérios formais de solução de conflitos entre regras jurídicas - *lex posterior derogat lex priori*, *lex superior derogat lex inferiori* e *lex specialis derogat lex generalis* -, mas por meio da técnica da “ponderação de interesses” (também chamada de “concordância prática” ou “harmonização”), a qual consiste, grosso modo, na realização de uma redução proporcional do âmbito de alcance de cada princípio, preponderando aquele de maior peso. Doutrina.

1.1. *A jurisprudência do STJ tem, de fato, aplicado a teoria da relativização da coisa julgada, mas o tem feito apenas em situações excepcionais, nas quais a segurança jurídica, que é o seu princípio informador, tiver que ceder em favor de outros princípios ou valores mais importantes, como a busca da verdade real (nas ações sobre filiação cujas decisões transitadas em julgado conflitem com resultados de exames de DNA posteriores), a força normativa da Constituição e a máxima eficácia das normas constitucionais (nas execuções de títulos judiciais fundados em norma declarada inconstitucional pelo STF) e a justa indenização (nas ações de desapropriação que estabelecem indenizações excessivas ou incompatíveis com a realidade dos fatos).*

1.2. *A mera alegação de que uma sentença acobertada pela coisa julgada material consagra um erro de julgamento, consistente na aplicação equivocada de um dispositivo legal, não é suficiente para que seja posta em prática a teoria da relativização. A correção de tais erros deve ser requerida oportunamente, por meio dos recursos cabíveis ou da ação rescisória.*

1.3. É temerário afirmar genericamente que sentenças erradas ou injustas não devem ser acobertadas pelo manto de imutabilidade da coisa julgada material, permitindo-se que, nesses casos, elas sejam revistas a qualquer tempo, independentemente da propositura de ação rescisória. O grau de incerteza e insegurança que se instauraria comprometeria o próprio exercício da jurisdição, em afronta ao Estado de Direito e aos seus princípios norteadores.

1.5. Considerando que no caso em questão o Tribunal estadual aplicou a teoria da relativização da coisa julgada com base no mero argumento de que houve erro de julgamento na ação em que ela se formou, erro este consistente na aplicação equivocada do art. 20, § 3º, do CPC para fixação de honorários em habilitação de crédito julgada improcedente, é forçoso reconhecer que a interpretação realizada pela Corte de origem afrontou a jurisprudência desta Corte Superior sobre o tema.

1.6. O fato de que no presente caso o Tribunal estadual aplicou a teoria da relativização da coisa julgada de ofício, em sede de agravo de instrumento no qual a parte recorrente pediu apenas a suspensão do feito, por estar em procedimento de liquidação extrajudicial, mas nada alegou acerca do valor do título judicial exequendo que acabou por ser reduzido sem que houvesse pedido para tanto, restando, assim, por relativizada a decisão trânsita em julgado que fixou o *quantum*, por si só reforça a necessidade de reforma do acórdão recorrido.

2. Nos termos do disposto no artigo 18, alínea “a”, da Lei nº 6.024/1974 - legislação específica aplicável ao caso, visto se tratar de instituição financeira - a decretação da liquidação extrajudicial produz, de imediato, “a suspensão das ações e execuções iniciadas sobre direitos e interesses relativos ao acervo da entidade liquidanda, não podendo ser intentadas quaisquer outras, enquanto durar a liquidação”.

2.1. Quaisquer execuções movidas contra instituição financeira em liquidação extrajudicial serão suspensas até que se encerre o procedimento liquidatório, sendo, ainda, desimportante a origem do crédito ou o momento em que se tenha iniciado a execução. Precedentes.

2.2. O escopo do art. 18, alínea “a”, da Lei nº 6.024/1974 reside na preservação da massa liquidanda, determinando o sobrestamento das demandas que tenham reflexo patrimonial direto para a instituição financeira, a fim de manter a par *conditio creditorum*, sendo apenas excepcionada em casos de créditos relativos a depósitos ou letras de câmbio de aceite da instituição financeira liquidanda (art. 22 da Lei nº 6.024/1974), bem assim em se tratando de execução fiscal (art. 29 da Lei 6.830/90).

2.3. O eventual reconhecimento do crédito exequendo como “encargo da massa”, além de caber ao respectivo “juízo universal”, significa apenas a sua caracterização como crédito extraconcursal, o qual deve ser pago com preferência sobre alguns outros créditos no âmbito do procedimento liquidatório, mas não permite que sua execução se dê em ação individual, até porque tais créditos extraconcursais também se submetem a uma ordem de classificação específica, cuja obediência se tornaria impossível caso os respectivos credores pudessem executá-los individualmente, fora do juízo universal. Precedente específico da Quarta Turma.

2.4. O art. 124 do Decreto-lei nº 7.661/1945 em nenhum momento se refere à possibilidade de execução individual dos créditos que elenca, tampouco faz qualquer referência à não sujeição desses créditos ao juízo universal ou à regra que determina a suspensão das execuções contra a massa.

2.5. Caso se admitisse a não suspensão das execuções individuais que cobram “encargos da massa”, estar-se-ia admitindo que a própria regra do art. 124 do Decreto-lei nº 7.661/1945 fosse desrespeitada, haja vista a possibilidade de o respectivo exequente individual, em clara afronta ao princípio da par *conditio creditorum*, receber antes de outros credores que, na ordem de classificação, ficam à sua frente.

3. Recurso especial parcialmente provido, *apenas para afastar a aplicação da teoria da relativização da coisa julgada ao caso* (REsp. 1.163.649/SP, Rel. Min. Marco Buzzi, DJe 27.2.2015).

\* \* \*

Recurso Especial. Ação Declaratória de Nulidade de Atos Jurídicos. Alienação de Imóvel pelo Estado a *Non Domino*. Área Pertencente a Terceiro. Procedência. Títulos de Domínio Declarados Nulos. Posterior Ação de Desapropriação que não Convalidou, Ratificou ou Retitulou os Títulos de Propriedade Viciados. Ação de Indenização por Desapropriação Indireta Transitada em Julgado. Ausência de Discussão a Respeito da Validade dos Títulos de Domínio. Coisa Julgada Material não Verificada. Título Judicial Prejudicado e sem Executividade por Falta de Eficácia. Relativização de Coisa Julgada. *Princípio Constitucional da Justa Indenização*. Aplicação em Favor do Estado.

1. Alienada pelo Estado, a *non domino*, área menor inserida em área muito superior pertencente a terceiro - esta objeto de posterior desapropriação direta -, o próprio ente público ajuizou "ação declaratória de nulidade de atos jurídicos", buscando anular o título passado a *non domino* e desconstituir condenação transitada em julgado imposta em ação de indenização de desapropriação indireta proposta pelo adquirente da terra encravada.

2. Enfrentadas no acórdão recorrido, o qual foi objeto também de embargos de declaração na origem, todas as questões jurídicas trazidas nos embargos infringentes, não se pode acolher a alegada violação do art. 535 do CPC, mesmo que o Tribunal *a quo* não tenha feito menção expressa a determinados dispositivos legais.

3. A alienação de imóvel feita pelo Estado a *non domino* é nula por falta de legitimidade negocial do alienante, não a convalidando, de forma automática, a posterior ação de desapropriação (utilidade pública por interesse social) ajuizada por órgão do mesmo ente federativo contra o verdadeiro proprietário do bem. Cabe ao desapropriante, com base no interesse social, decidir pela retitulação ou ratificação - ou nenhuma delas -, do título de domínio na pessoa em favor de quem a propriedade foi transferida ilegalmente. Prevalece, no caso, o interesse público sobre o privado, daí que não houve, neste feito, ratificação ou retitulação do imóvel respectivo.

4. Nas hipóteses em que a ação de indenização por desapropriação indireta esteja assentada no título de domínio - é esta a hipótese dos autos -, a declaração de nulidade do referido título contamina a propriedade e afasta o direito indenizatório na forma como postulado. Isso porque o autor da indenizatória, juridicamente, não teria sido prejudicado em relação a imóvel de sua propriedade e porque o título, aqui reconhecido como nulo, não serviria mais para definir o imóvel cuja avaliação seria a base da reparação.

5. Concretamente, a ação de indenização por desapropriação indireta já foi julgada procedente, com trânsito em julgado, estando, agora, em execução. Diante desse quadro fático-processual, não se pode, simplesmente, declarar a inexistência da ação ou anular por completo o respectivo processo, o qual tinha como base um título de domínio que, à época, encontrava-se hígido. Deve-se limitar o presente julgamento a afastar os efeitos da sentença exequenda, a sua executividade, por prejudicialidade e perda da eficácia.

6. O eventual direito à indenização no caso em debate, sabido que o título de domínio possui vícios não sanados com a desapropriação direta efetuada por entidade estatal, deve ser postulado em ação de indenização comum, por perdas e danos, não em “desapropriação indireta”, regido por normas extremamente mais benéficas em termos de apuração de valores, destinadas a legítimos proprietários. Impõe-se, assim, a relativização da coisa julgada diante do princípio constitucional da “justa indenização”, direcionado ao desapropriado e ao desapropriante.

7. Inexistência de coisa julgada material a respeito da validade do título, tema não discutido em outros processos.

8. Recurso especial conhecido e provido em parte (REsp. 1.279.932/AM, Rel. Min. Castro Meira, DJe 8.2.2013).

31. Pois bem. Analisando atentamente tais premissas jurisprudenciais fixadas por esta Corte Superior, verifica-se que a aplicação da teoria da *relativização da coisa julgada* somente tem cabimento *quando se está diante de infringência a princípio constitucional explícito*. Isso ocorre, por exemplo, nas desapropriações, em que deve ser atendido o preceito da *justa indenização*. Aliás, os escólios trazidos no voto do eminente Relator se referem a *casos de desapropriação*.

32. No entanto, a fundamentação do brilhante voto já proferido pelo Ministro *Gurgel de Faria* aponta para a aplicação ao presente caso, daquela excepcional teoria. É certo que a jurisprudência desta Corte Superior permite a excepcionalíssima utilização da ação de *querella nulitatis*, em face da ocorrência do valor excessivo reconhecido na Perícia Judicial, *mas nas ações de desapropriação, justamente por causa do preceito da justa indenização*. Pelo menos até agora.

33. Desse modo, por *não estar em causa questão expropriatória*, nem discussão sobre a observância da exigência constitucional da *justa indenização*, prevista na Carta Magna, ouso *respeitosamente, manifestar minha discordância* ao voto do eminente Ministro Relator, *por entender que não existe, neste caso, uma situação de conflito de normas constitucionais* a permitir o reavivamento da fase liquidatória, *porquanto se trata de mera execução contratual e não de pretensão expropriatória*.

34. Repito eu que isso decorre do simples fato de que a admissão excepcional da possibilidade de refazimento de cálculos após o trânsito em julgado, nas ações de desapropriação, derivam do confronto existente entre dois postulados constitucionais, a saber: a segurança jurídica (art. 5º, XXXVI) e a justa indenização (arts. 182, § 3º. e 184). Não há, portanto, hipótese de relativização da coisa julgada nos casos onde há ofensa à norma legal, mas sim apenas à norma constitucional.

35. Não se pode ainda olvidar que a presente demanda *não traz em si pretensão expropriatória*, porquanto a petição inicial veicula um pedido de cumprimento de obrigação contratual, hipótese que não enseja conflito de disposições constitucionais, *devendo, pois, prevalecer a segurança jurídica*, ainda que o julgamento esteja, eventualmente, equivocado.

36. Ora, é uma demanda que tramita há muito tempo, *que já foi objeto de ação rescisória* e, após todas as tentativas infrutíferas, o manejo irregular de pretensão anulatória (*querella nulitatis*) configura não apenas um extremo abuso de direito, mas, sim, um grande menoscabo à segurança jurídica e à própria jurisdição em si, porquanto sua função primária é a de resolver os conflitos, substituindo-se à vontade das partes, *com caráter definitivo*, característica frustrada com a presente pretensão.

37. Além dessa argumentação jurídica, o que penso já seria suficiente para rechaçar a pretensão anulatória manifestada, *dada a inexistência de conflito de normas constitucionais*, é importante tentar entender o cálculo que se aponta como *extremamente danoso ao patrimônio público*, dada a longínqua data contratual e do inadimplemento, conforme se verifica do conteúdo do Laudo Contábil impugnado:

#### Metodologia Aplicada:

Para obtenção do valor atual (outubro/2002), foi utilizada a metodologia descrita no “Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal” elaborado pela Comissão Permanente e Revisão e Atualização do Manual de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal”, disponível em [www.cjf.gov.br](http://www.cjf.gov.br), bem como a Tabela de Indicadores para Correção Monetária (UFIR - IPCA-e - com expurgos IPC's), disponível em [www.jfpr.gov.br](http://www.jfpr.gov.br).

Os valores dos precatórios anteriormente recebidos foram deduzidos pelos seus valores brutos nas datas dos respectivos recebimentos, do valor atualizado do débito até a mesma data, acrescidos dos juros equivalentes à taxa de 0,5% (meio ponto percentual) ao mês, decorrido desde a data da perícia judicial que atribuiu valor à causa, conforme fls. 360 dos Autos 112.604-PR.

Resultado Obtido:

Desenvolvidos os cálculos como acima descrito, obteve-se o valor de R\$ 300.734.178,37 (Trezentos e milhões, setecentos e trinta e quatro mil, cento e setenta e oito e trinta e sete centavos), assim distribuídos:

Valor Principal Atualizado R\$ 179.008.439,51

Juros Legais R\$ 107.405.063,71

Honorários Advocatícios R\$ 14.320.675,16 (fls. 1.148/1.149)

38. Será que, em algum dado momento, já se questionou o motivo pelo qual o referido cálculo conta *com mais de R\$ 100 milhões a título de juros de mora*? É razoável isso? Quem ocasionou tal incremento na conta? Foi por acaso o credor? E por causa disso, dessa espera de *mais de meio século*, que ensejou uma quantia absurda de juros moratórios, esta Corte vai referendar outro retrocesso na demanda, para serem refeitos os cálculos, entretanto, será estendido mais ainda o período de incremento dos mesmos juros, mesmo a despeito da inexistência do conflito de normas constitucionais?

39. Assim, entendo que a afirmação de que a dívida executada para outubro de 2002 seria de R\$ 300 milhões é argumentação claramente *ad terrorem* que não possui outra finalidade, senão postergar ainda mais o seu adimplemento, cujo montante se tornou astronômico, repito, face à conduta da própria parte executada, a *União*. Hoje, corrigindo-se monetariamente tal valor, conforme a Tabela de Cálculos do CJF, chega-se a mais de R\$ 830 milhões.

40. Frise-se, que mais de um terço do valor do crédito em execução, o qual, se reputa lesivo ao Erário, *se refere a juros moratórios*, situação criada única e exclusivamente pela conduta protelatória da parte devedora.

41. Ora, sendo prevalente o entendimento jurisprudencial que admite, *de maneira excepcional*, nas hipóteses de demanda expropriatórias, para o fim de resguardar o comando constitucional da *justa indenização*, permite a relativização da coisa julgada, pela existência de exorbitância no valor executado, entendo que referida aplicação não pode ser utilizada para outras hipóteses as quais não possuem o requisito constitucional existente nas desapropriações. Se assim fosse, este amargo remédio judicial seria banalizado, em desapego a um dos mais caros dogmas da jurisdição e do sistema processual, a saber, a definitividade das decisões judiciais, que gera a tão almejada segurança jurídica e, por conseguinte, a estabilização das relações sociais.

42. Diversa, porém, foi a compreensão manifestada pelo Parecer Ministerial, conforme consta da ementa assim redigida:

Administrativo. Processual Civil. Recurso Especial da União: Omissão no Acórdão Recorrido Configurada. *Impossibilidade de Realização de Nova Perícia nos Autos. Provimento do REsp*. Recurso Especial de César Ribas Ruas e Outros: Alegação Genérica de Ofensa à Legislação Federal. Súmula 284/STF. Ausência de Fundamento Quanto à Enterposição do REsp Pela Alínea “c” da CF. Legitimidade da União e do MPF para Ajuizamento da Ação Civil Pública. Prescrição. *Não Indicação do Dispositivo de Lei Violado*. Súmula 284/STF. *Coisa Julgada. Ausência de Impugnação Específica aos Fundamentos do Acórdão Recorrido*. Súmula 283/STF. Honorários Advocatícios. Revisão. Súmula 7/STJ.

1. Recurso especial da União:

a) A Companhia de Madeiras do Alto Paraná, por não ter sua liquidação ultimada, não poderia ter seu patrimônio partilhado entre os sócios, ou alienado, o que só poderia ocorrer após arrecadados os ativos e pagos os passivos da empresa. Logo, a dação em pagamento operada em favor de Alberto Dalcanale representa alienação a *non domino*, pois realizada por quem nunca adquirira a propriedade dos direitos decorrentes do contrato de compra e venda de árvores. O debate dessa questão é fundamental para o deslinde do feito, tendo em vista que a análise da documentação juntada aos autos só pode ser feita pelo TRF da 4a. Região, que poderá concluir que Alberto Dalcanale não se tomou proprietário dos direitos do contrato de compra e venda de árvores. Assim entendido, a sentença na ação 00.00.60174-8, que determinou a entrega de 200.000 pinheiros ao espólio de Alberto Dalcanale, Catharina Labourdette Dalcanale, Simão Leite Ruas e César Ribas Ruas, admitiu a validade de atos que violavam a soberania nacional e reconheceu direito de propriedade a quem não era dono do direito em testilha. O debate da questão pelo Tribunal “a quo” poderá levar à conclusão de que somente a Companhia de Madeiras do Alto Paraná S.A. - em liquidação, representada por seu liquidante, teria legitimidade para o ajuizamento daquela ação. E de crucial importância, ainda, que haja a devida análise do Decreto-lei 2.627/1940, que dispunha sobre as sociedades por ações, e determinava que qualquer alteração nos estatutos da Companhia de Madeiras do Alto Paraná S.A., para produzir efeitos no Brasil, dependia de autorização do governo, o que não ocorreu na espécie e não foi analisado pelo TRF da 4a. Região, em que pese opostos dois embargos de declaração. Flagrante, portanto, a ofensa ao art. 535, II, do CPC/73.

b) A Corte Regional concluiu pela necessidade de se proceder a nova perícia, mas desconsiderou o fato de que desde 1995 é vedada a extração de pinheiros no Brasil, o que impossibilita extrair-se deles qualquer valor econômico. Com isso o Tribunal “a quo” inviabilizou a liquidação do julgado, uma vez que o parâmetro a ser utilizado na perícia - valor do pinheiro plantado - não mais existe. Além disso desconsiderou todos os elementos existentes nos autos que permitem a pronta fixação da indenização. Ao fazê-lo, violou o Tribunal “a quo”, os artigos 131 e 460, parágrafo único, do CPC/73, já que não foi fixada sentença certa quando os elementos dos autos assim permitiam.

2. Recurso especial de César Ribas Ruas e outros:

a) Os recorrentes fazem alegações genéricas de ofensa a dispositivos legais, sem especificar o porquê da violação, deixando de expender argumentos capazes de infirmar os fundamentos da decisão impugnada, o que caracteriza deficiência da fundamentação, atraindo a incidência da Súmula no. 284/STF.

b) Também não merece conhecimento o recurso especial com fulcro na alínea “c” do permissivo constitucional, pois os recorrentes não fizeram qualquer menção quanto à norma infraconstitucional federal que teria sofrido interpretação discordante. A falta de indicação do dispositivo de lei federal que teria recebido interpretação desconforme impede a exata compreensão da controvérsia, razão pela qual há de incidir, mais uma vez, o óbice da Súmula 284/STF. Destaque-se, ainda, que os recorrentes não procederam ao cotejo analítico entre os casos paradigmas e o acórdão recorrido, a fim de evidenciar a alegada semelhança temática, limitando-se a transcrever ementas de julgados no corpo do recurso, não satisfazendo, portanto, o art. 541, parágrafo único, do CPC c/c o art. 255 do RJSTJ.

c) Quanto à legitimidade da União, o interesse direto na lide não descaracteriza o interesse coletivo subjacente, o qual está indiscutivelmente presente nesta demanda. Impossível, *in casu*, dissociar o interesse público/coletivo do próprio interesse da União, no intuito de se impossibilitar que esta atue no feito. A legitimidade ativa do Ministério Público para a interposição da ação civil pública, por sua vez, está prevista no artigo 5o. da Lei 7.347/85. Destaque-se que o art. 129, III, da Constituição Federal, prevê que compete ao Ministério Público promover a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos, o que possibilita o enquadramento do objeto da presente lide.

d) Ao sustentar a prescrição, os recorrentes não indicaram o(s) dispositivo(s) de lei federal supostamente violado(s). Por essa razão, o apelo não merece ser conhecido, por incidência da Súmula no. 284/STF.

e) Os recorrentes alegam que “a desconstituição da coisa julgada somente pode ocorrer através de ação rescisória, se verificadas as condições do artigo 485 do Código de Processo Civil - diga-se inócidentes na espécie -, ação essa que só tem possibilidade jurídica se pmposta no prazo de 02 (dois) anos após certificado o trânsito em julgado (artigo 495 do Código de Processo Civil)”. Todavia, mais uma vez, os recorrentes não atacaram os fundamentos do acórdão recorrido, devendo incidir a já citada Súmula 283/STF.

f) Rever o quantitativo em que as partes decaíram do pedido, para fins de aferição de sucumbência recíproca ou mínima, certamente demanda o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado pela Súmula 7/STJ. Precedente do STJ.

3. Parecer pelo *provimento do recurso especial da União*, para anular o acórdão proferido nos embargos de declaração e determinar o retorno dos autos, a

fim de que o Tribunal Regional Federal da 4a. Região renove o julgamento, ou pela reforma do julgado, caso não se entenda pela omissão; e pelo *parcial conhecimento do recurso especial dos réus e, na parte conhecida, pelo seu não provimento* (fls. 6.730/6.732).

43. Relembre-se, novamente, que *entendo não ser possível a reveiculação, em sede de ação declaratória de nulidade, de argumento já utilizado e repellido em sede de rescisória*, ocasião em que se verifica a *coisa soberanamente julgada*, ponto crucial da resolução da presente demanda, ao meu ver.

44. Ante o exposto, *concordo com o voto do eminente Relator* quanto ao Recurso Especial da *União*.

45. Todavia, quanto ao Apelo Raro dos Particulares, *manifesto respeitosa divergência*, para conhecê-lo em parte e, nessa parte, *dar-lhe provimento* para declarar a inviabilidade do manejo da pretensão anulatória, no presente caso, porquanto, sendo hipótese de inexecução contratual, *inexiste conflito aparente entre duas normas constitucionais, a possibilitar a excepcional relativização da coisa julgada, tal como ocorre nos casos de desapropriação*, fundamento utilizado no voto do Relator.

46. Julgo, pois, improcedente a presente Ação Civil Pública com pretensão de *querella nulitatis*, reformando o único fundamento que gerou o seu acolhimento na Corte Regional.

47. Em se tratando de Ação Civil Pública, sua improcedência somente acarreta a condenação em verbas sucumbenciais, *quando evidente a má-fé na sua proposição* (art. 18 da Lei 7.347/1985), requisito ausente nesta demanda. Precedentes: REsp. 764.278/SP, Rel. Min. *Teori Albino Zavascki*, DJe 28.5.2008; REsp. 896.679/RS, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 12.5.2008; REsp, 419.110/SP, Rel. Min. *Herman Benjamin*, DJ 27.11.2007; AgRg no Ag 542.821/MT, Rel. Min. *João Otávio de Noronha*, DJ 6.12.2006.

48. É como voto.



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.518.221 - RS (2015/0046810-9)**

---

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Recorrente: Universidade Federal do Rio Grande do Sul - UFRGS

Recorrido: Jair Ferreira Pinto

Advogado: Francis Campos Bordas e outro(s) - RS029219

---

### EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Recurso Especial. Servidor Público. Vantagem Pecuniária. Art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Base de Cálculo. Vencimento Básico do Padrão Ocupado. Inclusão da GTMS, Gemas e RT na Base de Cálculo. Inviabilidade. Precedentes.

1. Cinge-se a controvérsia em saber se a parte autora tem ou não direito ao recálculo da rubrica do art. 192, II, da Lei n. 8.112/1990, de forma a incluir a Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS), a Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) e a Retribuição por Titulação (RT) na base de cálculo dos seus rendimentos, a contar da alteração da estrutura remuneratória dos docentes promovida pela Medida Provisória n. 431/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.784/2008.

2. Rejeito as preliminares invocadas nas contrarrazões. Isso porque a análise das questões tratadas no recurso especial, quais sejam violação do art. 192 da Lei n. 8.112/1990 e art. 54 da Lei n. 9.784/1999, não dependem de reexame de matéria fático-probatória, além de estar devidamente prequestionada a tese recursal.

3. No que se refere à coisa julgada, suscitada da tribuna pelo advogado do recorrido, o inconformismo igualmente não merece êxito, porque na ação anterior (mandado de segurança coletivo) o que se discutia é se a gratificação GED integrava ou não a base de cálculo da vantagem do artigo 192, II, da Lei 8.112/1990. Agora, nesta ação, o que pretende o autor é discutir se as novas gratificações (GTMS, GEMAS e RT) devem ou não ser incluídas naquela base de cálculo, sendo, portanto, distintos os pedidos.

4. Acerca da decadência administrativa, a Corte Especial do STJ consagrou o entendimento no sentido de que, até a edição da Lei n. 9.784/1999, a Administração Pública poderia rever os seus atos a qualquer tempo quando eivados de vícios e ilegalidades, conforme os enunciados das Súmulas ns. 346 e 473 do STF e o disposto no art. 114 da Lei n. 8.112/1990.

5. Na espécie, a UFRGS, dando cumprimento à decisão do Tribunal de Contas da União – TCU, determinou a correção do cálculo da vantagem em julho de 2000. Assim, não se passaram mais de cinco anos desde a vigência da Lei 9.784/1999, devendo-se rejeitar a tese de decadência.

6. Por fim, cabe anotar que a matéria aqui posta, já bastante conhecida, está firmada no sentido de que *o acréscimo pecuniário a que tem direito o servidor público ao passar para a inatividade, nos termos do art. 192, II, da Lei 8.112/90, deve ser calculado com base na diferença entre o vencimento básico do padrão que o servidor ocupava e o do padrão imediatamente anterior, excluídos os acréscimos* (REsp. 267.568/RS, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJU 5/11/2001). No mesmo sentido: AgInt no REsp 1.745.479/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/5/2019; AgInt no AREsp 598.364/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 4/2/2019; REsp 1.712.134/SC, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 10/4/2018; AgRg no REsp 1.514.094/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015. Destaca-se também: REsp n. 1.472.533/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE: 25/5/2019; REsp n. 1.539.848/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE: 22/5/2019; REsp n. 1.521.558/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE: 22/5/2019; REsp n. 1.808.737/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJE: 16/5/2019; REsp n. 1.805.854/RS, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJE: 2/5/2019.

7. Recurso especial da Universidade Federal do Rio Grande do Sul provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça prosseguindo o julgamento, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais fixados na sentença, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria (Presidente) e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 19 de novembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

---

DJe: 25.11.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: O autor/recorrido é professor titular aposentado da UFRS e recebe em seus vencimentos a vantagem do artigo 192, II, da Lei n. 8.112/1990. *Questiona o valor pago a esse título a contar da alteração da estrutura remuneratória dos docentes promovida pela Medida Provisória n. 431/2008, posteriormente convertida na Lei n. 11.784/2008, sob o pretexto de que a UFRGS teria deixado de considerar o critério reconhecido judicialmente no Mandado de Segurança Coletivo n. 2000.71.00.019164-8 de que o pagamento aos professores titulares substituídos se desse conforme a diferença de remuneração entre as classes e não apenas considerando a diferença de vencimento básico.*

Com base nisso, ajuizou ação ordinária contra a Universidade Federal do Rio Grande do Sul – UFRGS, objetivando a condenação da ré ao recálculo da rubrica do artigo 192, II, da Lei n. 8.112/1990, de forma a incluir a Gratificação Temporária para o Magistério Superior (GTMS), a Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) e a Retribuição por Titulação (RT) na base de cálculo dos seus rendimentos, a partir de março de 2008.

O Juízo sentenciante julgou procedente a ação para declarar o direito do autor “ao recálculo da rubrica do art. 192, inciso II, da Lei n. 8.112/90, incluindo a GTMS, GEMAS e RT, em sua base de cálculo, a partir de março de 2008, enquanto perdurar a eficácia da decisão proferida no mandado de segurança coletivo n. 2000.71.00.019164-8” (fls. 452, dispositivo da sentença).

Por sua vez, às fls. 548-555, o TRF da 4ª Região negou provimento à apelação da Universidade e à remessa oficial, mantendo a sentença ao fundamento de que “o ato jurídico se consolidou pela decadência e não é mais passível de revisão quanto à forma de cálculo, ainda que a nova lei tivesse alterado as gratificações recebidas pela parte autora” (fl. 551).

O acórdão recorrido está assim ementado (fls. 548-555):

Administrativo e Processual Civil. Servidor Público. Vantagem do art. 192, II, Lei n. 8.112/90. Inclusão da GTMS, Gemas e RT na Base de Cálculo. Tramitação de Mandado de Segurança Coletivo.

- A Universidade Federal do Rio Grande do Sul é autarquia federal e goza de autonomia administrativa e financeira, que lhe permite responder sozinha pelo que está sendo postulado neste processo.

- O vínculo existente entre o servidor e a autarquia é o objeto da discussão neste processo, e para tanto é suficiente que a autarquia figure no pólo passivo da ação, não existindo motivos para que outros entes públicos integrem o pólo passivo. – A prescrição que incide no caso dos autos é a quinquenal, nos termos do que prevê o Decreto 20.910/32.

- Hipótese em que, antes do ajuizamento da ação, por força de decisão judicial ainda não transitada em julgado proferida em mandado de segurança coletivo (pendente de recurso especial), a vantagem do artigo 192-II da Lei 8.112/90 paga à parte autora era calculada computando-se em sua base de cálculo o valor recebido como GED (Gratificação de Estímulo à Docência), criada pela Lei 9.678/98, e não apenas o vencimento básico do cargo.

- A alteração legislativa que extinguiu a GED e instituiu a Gratificação Temporária para o Magistério Superior, a Gratificação Específica do Magistério Superior e a Retribuição por Titulação não tem o condão de afastar a base de cálculo implicitamente definida na ação coletiva.

- Os pedidos desta ação e do mandado de segurança coletivo são distintos e os fatos supervenientes não podem mais ser considerados na ação anterior, ainda que não transitada em julgado. Na ação anterior o que se discutia é se a gratificação GED integrava ou não a base de cálculo da vantagem do artigo 192-II da Lei 8.112/90 e, nesta ação, o que a parte autora pretende é discutir se essas novas gratificações devem ou não ser incluídas naquela base de cálculo, motivo por que não se cogita de ocorrência de coisa julgada ou litispendência.

- Não se discute qual seria a base de cálculo da vantagem do artigo 192-II da Lei 8.112/90, porque esta questão já foi resolvida no mandado de segurança coletivo, em que foi estabelecido que esta vantagem levasse em conta não apenas as diferenças do vencimento básico do cargo, mas também as demais parcelas que integrariam a remuneração.

- A pretensão da parte autora está sendo reconhecida em respeito a ato jurídico perfeito, que se consolidou no tempo pelo decurso do prazo de decadência de cinco anos desde o início dos pagamentos da vantagem do artigo 192-II da Lei 8.112/90. É que a decisão judicial anterior reconheceu o direito também porque teria se consumado a decadência quanto à revisão do ato administrativo que instituiu o pagamento e a forma de cálculo da vantagem. Se quando começou a ser paga a vantagem do artigo 192-II da Lei 8.112/90 foi adotada aquela forma de cálculo reconhecida pela decisão anterior como devida (remuneração como integrante da base de cálculo da vantagem, inclusive com inclusão nesta da gratificação GED), não é possível que posteriormente, passados cinco anos da concessão da vantagem à parte autora, a Administração alterasse a forma de cálculo daquela vantagem.

- A parte autora é substituída naquela ação coletiva e poderá se valer dos efeitos do respectivo título executivo que será formado e, portanto, pode deduzir pretensão de manutenção daqueles critérios - ainda que provisórios e não transitados em julgado - mesmo face à alteração legislativa havida.

- O disposto no artigo 104 da Lei 8.078/90 não impede que a parte autora se beneficie do título executivo formado na ação coletiva nem implica restrição ao direito individual discutido nesta ação individual. É que as duas ações têm pedidos distintos, que não se confundem nem se sobrepõem, e não induzem litispendência: em relação à parte autora, na ação coletiva estão discutidos os períodos anteriores à GTMS, GEMAS e RT, enquanto na sua ação individual estão discutidos os períodos posteriores.

Os embargos de declaração foram acolhidos parcialmente para fins de prequestionamento (fls. 585-592).

Assim, trata-se de recurso especial interposto pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul com fundamento no art. 105, III, a, da CF. No mérito, alega violação do art. 192 da Lei n. 8.112/1990. Para tanto, argumenta que, na espécie, a norma que disciplina a matéria refere-se, expressamente, à remuneração do padrão de classe, inexistindo qualquer menção à remuneração percebida pelo servidor. Requer, ao final, o provimento do recurso para que seja reformada a “decisão ora objurgada” (fl. 617).

Nas contrarrazões oferecidas às fls. 623-640, o recorrido defende o não conhecimento do recurso especial ao argumento de que incide, na espécie, o teor das Súmulas 7 e 211/STJ. No mérito, pugna pela manutenção do acórdão recorrido ao argumento de que “a rubrica da vantagem do artigo 192 está sendo mal calculada pela UFRGS, fazendo a parte autora jus à correção do critério e pagamento das diferenças em parcelas vencidas e vincendas” (fl. 637).

*Na sessão do dia 10/9/2019, após sustentação oral pelo recorrido, pedi vista regimental.*

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Como relatado, o autor/recorrido é professor titular aposentado da UFRS e recebe em seus vencimentos a vantagem do artigo 192, II, da Lei n. 8.112/1990. *Questiona o valor pago a esse título a contar da alteração da estrutura remuneratória dos docentes promovida pela Medida Provisória n. 431/2008, posteriormente convertida na Lei n.*

11.784/2008, sob o pretexto de que a UFRGS teria deixado de considerar o critério reconhecido judicialmente no Mandado de Segurança Coletivo n. 2000.71.00.019164-8 de que o pagamento aos professores titulares substituídos se desse conforme a diferença de remuneração entre as classes e não apenas considerando a diferença de vencimento básico.

*Das preliminares suscitadas nas contrarrazões* – Rejeito, de início, as preliminares invocadas nas contrarrazões. Isso porque a análise das questões tratadas no recurso especial, quais sejam violação do art. 192 da Lei n. 8.112/1990 e art. 54 da Lei n. 9.784/1999, não dependem de reexame de matéria fático-probatória, além de devidamente prequestionados.

No que se refere à coisa julgada, suscitada da tribuna pelo patrono do recorrido, o inconformismo igualmente não merece êxito, porque no presente feito questiona-se o valor pago a título da rubrica art. 192, II, da Lei n. 8.112/1990 a contar da alteração da estrutura remuneratória dos docentes promovida pela MP n. 431/2008, posteriormente convertida na Lei 11.784/2008, enquanto que no Mandado de Segurança Coletivo n. 2000.71.00.019164-8, nos dizeres do próprio autor, “não há discussão sobre a inclusão, ou não, de gratificações de caráter genérico no conceito de remuneração” (fl. 634). Como reforço de argumentação, cabe esclarecer também que com a presente ação o autor optou por ajuizar ação individual em detrimento da ação coletiva.

*Devidamente preenchidos os requisitos legais, passo ao exame da controvérsia.*

Da decadência administrativa – No ponto, o acórdão recorrido entendeu transcorrido o prazo de decadência para a revisão do ato administrativo ao fundamento de que “se a vantagem do artigo 192, II, da Lei n. 8.112/90 há muito tempo vinha sendo calculada e paga à parte autora a partir de determinado critério, não é possível que tal critério fosse posteriormente desconsiderado e a vantagem tivesse sua base de cálculo alterada, ainda que tivesse havido mudança no nome das gratificações” (fl. 553).

Todavia, a Corte Especial do STJ consagrou o entendimento no sentido de que, até a edição da Lei n. 9.784/1999, a Administração Pública poderia rever os seus atos a qualquer tempo quando eivados de vícios e ilegalidades, conforme os enunciados das Súmulas n. 346 e 473 do STF e o disposto no art. 114 da Lei n. 8.112/1990.

Dessa forma, a edição de lei que define prazo decadencial para a Administração Pública revogar os seus atos - a exemplo da Lei n. 9.784/1999

- tem incidência somente a partir de sua vigência, não podendo retroagir. A propósito:

Administrativo. Aposentadoria. Art. 192, II, da Lei Nº 8.112/90. Decisão do TCU Determinado Alteração no Pagamento da Vantagem. Decadência, não Configurada.

1. Este Tribunal Superior tem o entendimento de que caso o ato acoimado de ilegalidade tenha sido praticado antes da promulgação da Lei 9.784/1999, a Administração tem o prazo de cinco anos a contar da vigência da aludida norma para anulá-lo: se tiver sido executado após a edição da mencionada Lei, o prazo quinquenal da Administração contar-se-á da prática do ato tido por ilegal, sob pena de decadência, salvo comprovada má-fé.

2. Colhe-se dos autos que a decisão do TCU que a determinou a correção do cálculo da vantagem foi proferida em setembro de 2002 (Decisão 1.140/2002). Logo, não se passaram mais de cinco anos desde a vigência da Lei 9.784/1999. Assim, não há falar em decadência.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 202.983/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 19/12/2012)

Na espécie, a UFRGS, dando cumprimento à decisão do Tribunal de Contas da União – TCU, determinou a correção do cálculo da vantagem em julho de 2000 (*fls. 115-123*). Assim, não se passaram mais de cinco anos desde a vigência da Lei 9.784/1999, devendo-se rejeitar a tese de decadência.

Por fim, cabe anotar que a matéria aqui posta, já bastante conhecida, está firmada no sentido de que *o acréscimo pecuniário a que tem direito o servidor público ao passar para a inatividade, nos termos do art. 192, II, da Lei 8.112/90, deve ser calculado com base na diferença entre o vencimento básico do padrão que o servidor ocupava e o do padrão imediatamente anterior, excluídos os acréscimos* (EREsp. 267.568/RS, Rel. p/ acórdão Min. Felix Fischer, Terceira Seção, DJU 5/11/2001). No mesmo sentido:

Processual Civil e Administrativo. Agravo Interno no Recurso Especial. Servidor Público. Vantagem Pecuniária. Art. 192, I, da Lei 8.112/1990. Base de Cálculo. Vencimento Básico do Padrão Ocupado. Inclusão da GTMS, Gemas e RT na Base de Cálculo. Inviabilidade. Precedentes.

1. É firme o entendimento neste e.STJ, segundo o qual *as vantagens pecuniárias dos incisos I e II do art. 192 da Lei 8.112/1990 - já revogado, devem considerar o vencimento básico do padrão do cargo, excluídos do cálculo os demais acréscimos legais e vantagens pessoais, tais como a GEMAS e a RT.* Precedentes.

2. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.745.479/SC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 16/5/2019)

Administrativo. Agravo Interno no Recurso Especial. Servidor Público. Vantagem Prevista no Art. 192, II da Lei 8.112/1990. Base de Cálculo. Vencimento Básico do Padrão Ocupado. Agravo Interno da Servidora a que se Nega Provimento.

3. Quanto ao mais, esta Corte é firme na compreensão de que *a vantagem prevista no artigo 192, inciso II da Lei 8.112/1990, corresponde à diferença entre o valor básico atribuído ao padrão em que se encontra o servidor no ato da aposentação e o valor básico atribuído ao padrão imediatamente superior, ou, ainda, à diferença entre o valor básico referente ao último padrão e o valor básico do padrão imediatamente anterior, se o Servidor tiver alcançado o último estágio da carreira, excluídos do cálculo os demais acréscimos legais e vantagens pessoais. O cálculo recai sobre o vencimento básico, e não sobre a remuneração do Servidor* (AgRg no AREsp. 89.800/AL, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 4.12.2015).

4. Agravo Interno da Servidora a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 598.364/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 4/2/2019)

Processual Civil. Administrativo. Recurso Especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Servidor Público Aposentado. Art. 192, II, da Lei n. 8.112/90. Cálculo. Prescrição. Complementação de Aposentadoria. Trato Sucessivo. Súmula n. 85/STJ. Base de Cálculo. Diferença entre o Vencimento Básico do Padrão Ocupado na Atividade e o do Padrão Imediatamente Anterior.

III - *O incremento estipendiário, ao qual o servidor público faz jus ao passar para a inatividade, a teor do art. 192, II, da Lei n. 8.112/90, deve ser calculado com base na diferença entre o vencimento básico do padrão ocupado na atividade e o do padrão imediatamente anterior, excluídos acréscimos.* Precedentes.

IV- Recurso especial provido. (REsp 1.712.134/SC, Relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, DJe 10/4/2018)

Administrativo. Servidor Público. Vantagem Prevista no art. 192, II, da Lei 8.112/1990. Base de Cálculo. Vencimento Básico do Padrão Ocupado. Inclusão da GTMS, Gemas e RT na Base de Cálculo. Inviabilidade.

1. *A vantagem prevista no artigo 192 da Lei 8.112/1990 corresponde à diferença entre o valor básico atribuído ao padrão em que se encontra o servidor no ato da aposentação e o valor básico atribuído ao padrão imediatamente superior, ou à diferença entre o valor básico referente ao último padrão e o valor básico do padrão imediatamente anterior, se o servidor tiver alcançado o último estágio da carreira.*

2. A jurisprudência dos Tribunais Superiores também é uniforme no sentido de que o servidor público não possui direito adquirido a regime jurídico, tampouco a regime de vencimentos ou de proventos, sendo possível à Administração promover alterações na composição remuneratória e nos critérios de cálculo, como extinguir, reduzir ou criar vantagens ou gratificações, instituindo, inclusive, o subsídio, desde que não haja diminuição no valor nominal global percebido, em respeito ao princípio constitucional da irredutibilidade de vencimentos.

3. Ressalta-se que o STF firmou o entendimento de que não há direito adquirido a regime jurídico em se tratando de servidores públicos, devendo as alterações legais posteriores na forma de cálculo de remuneração se aplicar, inclusive, em casos em que a forma anterior de recebimento tenha origem em decisão judicial.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.514.094/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 5/8/2015)

Destaca-se também os seguintes julgados: REsp n. 1.472.533/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE: 25/5/2019; REsp n. 1.539.848/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE: 22/5/2019; REsp n. 1.521.558/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria, DJE: 22/5/2019; REsp n. 1.808.737/RS, Rel. Ministra Regina Helena Costa, DJE: 16/5/2019; REsp n. 1.805.854/RS, Relatora Ministra Regina Helena Costa, DJE: 2/5/2019.

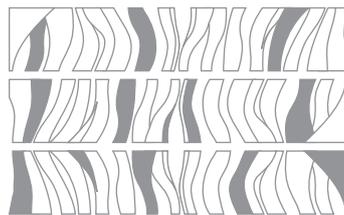
Com efeito, “a percepção da vantagem sem correspondente amparo legal não faz surgir o direito adquirido à continuidade do pagamento contrariamente ao que determina a lei. Além disso, não tendo sido demonstrada a redução dos proventos do autor, não há falar em direito adquirido” (AR 1.462/CE, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe 28/8/2009).

As preliminares de ilegitimidade passiva e a necessidade de inclusão da União no polo passivo do feito, na condição de litisconsorte passivo necessário, encontram-se prejudicadas, em face do provimento do recurso especial.

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar improcedente a ação, invertendo-se os ônus sucumbenciais fixados na sentença.

É o voto.





---

**Segunda Turma**



---

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL N. 1.470.017 - SP (2019/0076015-6)**

---

Relator: Ministro Francisco Falcão

Agravante : COSAN Lubrificantes e Especialidades S.A.

Advogados: Bruno Rodrigues Teixeira de Lima e outro(s) - DF031591

Vinicius Jucá Alves e outro(s) - SP206993

Christiane Alves Alvarenga - SP274437

Agravado: Fazenda do Estado de São Paulo

Procurador: Olavo Augusto Vianna Alves Ferreira e outro(s) - SP151976

---

**EMENTA**

Processual Civil. Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR. Requisito. Existência de Processo em Trâmite. Juízo de Admissibilidade do Incidente. Inviabilidade. Violação do art. 1.022 do CPC/2015. Inexistência.

I - Na origem, o Fisco ajuizou execução fiscal contra contribuinte, tendo sido determinada a suspensão do processo pelo Juízo de primeira instância, sob o fundamento, em suma, de que o débito tributário estava garantido por seguro-garantia. O Fisco Estadual interpôs agravo de instrumento, tendo o Tribunal de origem deferido a tutela provisória recursal, decidindo que a suspensão do registro no CADIN Estadual depende da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Opostos os declaratórios, a contribuinte requereu a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR para fazer prevalecer a tese jurídica de que a suspensão do registro no CADIN Estadual não requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando o débito estiver garantido por garantia idônea.

II - No caso, o Tribunal de origem inadmitiu a instauração do IRDR, sob o fundamento de que o caso (agravo de instrumento) não poderia ser mais considerado como apto à instauração do IRDR, considerando que não havia mais pendência do agravo para fins de admissibilidade do incidente. Isso porque o que pendia era apenas o julgamento dos embargos declaratórios, que possuem caráter meramente integrativo e cuja oposição nem sequer fora noticiada antes da realização do juízo de admissibilidade do IRDR.

III - No recurso especial, a contribuinte sustenta que o caso estava apto à fixação da tese jurídica no IRDR, considerando que, além de preenchidos os demais requisitos de admissibilidade, o agravo ainda estava pendente de julgamento, em razão da oposição dos declaratórios, antes do juízo de admissibilidade do IRDR.

IV - Impõe-se o afastamento da alegada violação do art. 1.022 do CPC/2015, quando a questão apontada como omitida pela recorrente – acerca da pendência de julgamento da causa em razão dos declaratórios distribuídos – foi examinada no acórdão recorrido, caracterizando o intuito revisional dos embargos de declaração.

V - O cerne da controvérsia consiste em decidir se seria admissível a instauração do IRDR pela escolha de um caso que já tenha sido objeto de julgamento, mas cujos embargos de declaração ainda não foram julgados. Ocorre que, após o julgamento do mérito do recurso do qual se extrairia a tese jurídica, não há que se falar em pendência do caso para fins de instauração do IRDR, diante do obstáculo à formação concentrada do precedente obrigatório.

VI - O cabimento do IRDR, condiciona-se à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente; mas não naquela que já foi julgada. Nesse sentido, o Enunciado n. 344 do Fórum Permanente de Processualistas Civis.

VII - Inserido no microsistema de formação concentrada de precedente obrigatório (arts. 489, § 1º, 984, § 2º, e 1.038, § 3º, CPC/2015), o IRDR extrai sua legitimidade jurídica não apenas de simples previsão legal. Afastando-se de um mero processo de partes (destinado à decisão de um conflito singular), ostenta natureza de processo objetivo, em que legitimados adequados previstos em lei requerem a instauração de incidente cuja função precípua é permitir um ambiente de pluralização do debate, em que sejam isonomicamente enfrentados todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida; bem como seja ampliado e qualificado o contraditório, com possibilidade de audiências públicas e participação de *amicus curiae* (arts. 138, 927, § 2º, 983, 1.038, I e II, todos do CPC/2015).

VIII - Tendo em vista a concepção dinâmica do contraditório como efetiva oportunidade de influenciar a decisão no procedimento (arts. 10 e 489, § 1º, do CPC/2015), o diferimento da análise da seleção da causa e admissibilidade do IRDR para o momento dos embargos de declaração importaria prejuízo à paridade argumentativa processual, considerando que esse desequilíbrio inicial certamente arriscaria a isonômica distribuição do ônus argumentativo a ser desenvolvido, mesmo que os argumentos fossem pretensamente esgotados durante o curso do incidente.

IX - Verifica-se que, de qualquer forma, o pedido de instauração do IRDR parece ter sido utilizado como via substitutiva – em uma causa multimilionária – para fins de reexame do mérito, quando já esgotadas todas as possibilidades recursais. Contudo, o IRDR não pode ser utilizado como sucedâneo recursal.

X - Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para conhecer em parte do recurso especial e, nessa parte, negar-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). *Bruno Rodrigues Teixeira de Lima*, pela parte Agravante: *COSAN Lubrificantes e Especialidades S.A.*

Brasília (DF), 15 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Francisco Falcão, Relator

DJe: 18.10.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Francisco Falcão: Trata-se de agravo interposto pela COSAN Lubrificantes e Especialidades S.A. contra a decisão que inadmitiu o recurso especial fundando no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal.

Na origem, o Fisco ajuizou execução fiscal, com valor da causa atualizado de R\$ 40.644.618,37 (quarenta milhões, seiscentos e quarenta e quatro mil, seiscentos e dezoito reais e trinta e sete centavos), em setembro de 2016 (fl. 70), contra COSAN Lubrificantes e Especialidades S.A., tendo sido determinada a suspensão do processo pelo Juízo de primeira instância, sob o fundamento, em suma, de que o débito tributário estava garantido por seguro-garantia.

O Fisco interpôs agravo de instrumento, tendo o Tribunal de origem deferido a tutela provisória recursal, decidindo que a suspensão do registro no CADIN Estadual depende da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Opostos os embargos de declaração, a contribuinte requereu a instauração do incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR a fim de fazer prevalecer a tese jurídica de que a suspensão do registro no CADIN Estadual não requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário quando o débito estiver garantido por garantia idônea.

O Tribunal de origem indeferiu o pedido de instauração do IRDR, apontando que o caso (agravo de instrumento) já havia sido julgado. Isso porque o pedido de instauração do IRDR foi distribuído em 23/9/2016 e o agravo foi julgado em 10/10/2016 (fls. 296/297). Em 25/10/2016, o relator proferiu despacho de remessa dos autos do pedido de IRDR à mesa e, assim, por ocasião da elaboração do voto no IRDR, não havia notícias de interposição dos referidos embargos, que somente foram opostos em 31/11/2016. E, nem no momento intimação acerca do julgamento do IRDR, a embargante informou que teria havido a oposição dos declaratórios. Confira-se a ementa do julgado:

Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas - IRDR.

Legitimidade para julgamento - Ocorrência - Turma Especial da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que detém legitimidade, a teor do artigo 978 do CPC c.c. o art. 32, inciso I, do Regimento Interno desta E. Corte.

Juízo de Admissibilidade em IRDR - Possibilidade de suspensão do registro no CADIN quando o débito tributário estiver garantido por qualquer outra garantia idônea que não o depósito judicial - Requisitos do Incidente não preenchidos - Artigo 978 do CPC/15 que indica a necessidade de processo ainda em trâmite, pendente de pronunciamento do órgão julgador - Circunstância não verificada in casu, vez que já houve julgamento do Agravo de Instrumento ensejador da instauração do presente

Incidente inadmitido

Contra o acórdão acima ementado, COSAN Lubrificantes e Especialidades S.A. interpôs recurso especial, apontando violação do art. 1.022 do CPC/2015, sustentando, em resumo, que, não obstante a oposição dos declaratórios, o Tribunal de origem não apreciou o fato de que o caso estava apto à fixação da tese jurídica no IRDR, considerando que o agravo ainda estava pendente de julgamento em razão dos declaratórios distribuídos em 31/10/2016, considerando o pedido de instauração do IRDR em 23/9/2016 e a análise de admissibilidade deste incidente realizada em 11/11/2016.

Indica, ademais, a ofensa aos arts. 976, I e II, bem como 978, parágrafo único, ambos do CPC/2015, aduzindo, em resumo, que o Tribunal de origem deveria ter admitido o processamento do incidente, considerando que esse dispositivo legal traduz regra de competência e não regra de admissibilidade. Como é regra de competência, basta que o processo esteja em trâmite na ocasião do pedido de instauração do IRDR, o que é permitido pela oposição dos declaratórios.

Apresentadas contrarrazões pela manutenção do acórdão recorrido.

Após decisão que inadmitiu o recurso especial, por ausência de violação dos dispositivos e de demonstração do dissídio jurisprudencial, foi interposto o presente agravo, tendo a recorrente apresentado argumentos visando rebater os fundamentos da decisão agravada.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Francisco Falcão (Relator): Considerando que a agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade deste agravo, logrou impugnar a fundamentação da decisão agravada, passo ao exame do recurso especial interposto.

No presente caso, não há que se falar em ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015.

A recorrente aduziu que o Tribunal de origem omitiu-se em apreciar o fato de que caso em análise estava apto à fixação da tese jurídica no IRDR, considerando que o agravo ainda estava pendente de julgamento em razão dos declaratórios distribuídos em 31/10/2016, considerando o pedido de instauração do IRDR em 23/9/2016 e a análise de admissibilidade deste incidente realizada em 11/11/2016.

Ocorre que, no presente caso, o Tribunal *a quo* dirimiu a controvérsia mediante fundamento suficiente, entendendo que o agravo de instrumento já havia sido julgado. Apontou que já havia sido proferido o despacho de remessa dos autos do pedido de IRDR à mesa e que, por ocasião da elaboração do voto no IRDR, não havia notícias de interposição dos referidos embargos, sendo que, nem no momento da intimação acerca do julgamento do IRDR, a embargante informou que teria havido a oposição dos declaratórios (fls. 342/343).

Conforme pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos invocados pelas partes quando, por outros meios que lhes sirvam de convicção, tenha encontrado motivação satisfatória para dirimir o litígio.

Assim, não há que se falar em afronta ao art. 1.022 do CPC/2015, no caso.

Sobre a alegada ofensa aos arts. 976, I e II, bem como 978, parágrafo único, ambos do CPC/2015, o recurso não comporta acolhimento.

O desenvolvimento judicial do Direito exige que os tribunais observem os postulados da coerência e da integridade (art. 926 do CPC/2015), mediante instrumentos jurídicos que uniformizem, formal e substancialmente, a criação e aplicação das normas jurídicas no caso concreto.

A concepção do microsistema de casos repetitivos, composto pelo incidente de resolução de demandas repetitivas – IRDR e pelos recursos especial e extraordinário repetitivos (art. 928 do CPC/2015), consistiu, nesse sentido, em inovação legislativa advinda com o CPC/2015 que visa à afirmação do valor segurança jurídica no ordenamento.

A instauração do IRDR, de que trata o presente caso, é cabível quando um dos legitimados do art. 977 do CPC/2015 demonstrar, simultaneamente, a efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito e o risco de ofensa à isonomia e ao referido valor segurança jurídica (art. 976, I e II, do CPC/2015). Ademais, o art. 978, parágrafo único, do mesmo Código dispõe que o órgão colegiado incumbido de analisar o mérito do incidente e de fixar a tese jurídica julgará igualmente o recurso que o originou.

Por essa razão, a doutrina afirma que o cabimento do IRDR condiciona-se à pendência de julgamento, no tribunal, de uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não caberá mais a instauração do IRDR, senão em outra causa pendente; mas não naquela que já foi julgada. A propósito o Fórum Permanente de Processualistas Civis editou Enunciado n. 344, que assim

dispõe: “A instauração do incidente pressupõe a existência de processo pendente no respectivo tribunal”. No mesmo sentido, a seguinte lição doutrinária:

Caberá o IRDR, se estiver pendente de julgamento no tribunal uma apelação, um agravo de instrumento, uma ação rescisória, um mandado de segurança, enfim, uma causa recursal ou originária. Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada (Fredie Didier Jr. e Leonardo Carneiro da Cunha. *Curso de Direito Processual Civil*. Vol 3, 13ª ed., Editora Juspodivm, pp. 625/628).

Na espécie, o Tribunal de origem inadmitiu a instauração do IRDR, sob o fundamento de que o caso (agravo de instrumento) não poderia mais ser considerado como apto à formação do IRDR, considerando que não havia mais pendência do agravo para fins de admissibilidade do incidente. Isso porque o que pendia era apenas o julgamento dos embargos declaratórios, que possuem caráter meramente integrativo e cuja oposição nem sequer fora noticiada antes da realização do juízo de admissibilidade do IRDR.

O cerne da controvérsia consiste, portanto, em decidir se seria admissível a instauração do IRDR pela escolha de um caso que já tenha sido objeto de julgamento, mas cujos embargos de declaração ainda não foram julgados.

Com efeito, a oposição dos embargos de declaração permite, em regra, apenas a integração do julgado. Mesmo que não se tenha pronunciamento definitivo o tribunal e ainda que haja a possibilidade de atribuição de efeitos infringentes, certo que os embargos de declaração não possuem efeito suspensivo e apenas interrompem o prazo para a interposição dos recursos cabíveis.

Contudo, o cerne do caso não reside nos possíveis efeitos dos embargos de declaração, mas sim na natureza e pressupostos para instauração do IRDR.

A pendência do julgamento dos embargos de declaração contra o acórdão do agravo de instrumento revela um momento processual em que já houve quase que o esgotamento da apreciação do mérito. Como se verá, trata-se de momento inicial inadequado para a formação do precedente do jaez do IRDR.

Conforme aponta a doutrina, o IRDR, além de compor o microssistema de casos repetitivos (que se dedica ao julgamento da multiplicidade de casos similares), integra o chamado microssistema de formação concentrada de precedentes obrigatórios, considerando que, conforme dispõe o art. 927, III, do CPC/2015, os juízes e tribunais deverão observar “os acórdãos em incidente

de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos”.

Inserido no microsistema de formação concentrada de precedente brigatório (arts. 489, § 1º, 984, § 2º, e 1.038, § 3º, CPC/2015), o IRDR extrai sua legitimidade jurídica não apenas de simples previsão legal. Afastando-se de um mero processo de partes (destinado à decisão de um conflito singular), ostenta natureza de processo objetivo, em que legitimados adequados previstos em lei requerem a instauração de incidente cuja função precípua é permitir um ambiente de pluralização do debate, em que sejam isonomicamente enfrentados todos os argumentos contrários e favoráveis à tese jurídica discutida; bem como seja ampliado e qualificado o contraditório, com possibilidade de audiências públicas e participação de *amicus curiae* (arts. 138, 927, § 2º, 983, 1.038, I e II, todos do CPC/2015). Esse processo de formação qualificada do precedente obrigatório atrai uniformidade e eficiência à prestação jurisdicional, de modo que, na interpretação e aplicação do precedente a casos futuros, basta que o órgão julgador verifique se é ou não caso de distinção ou superação (arts. 489, § 1º, V e VI, 927, § 1º, CPC/2015).

A questão, no caso, é identificar se o momento processual do julgamento dos embargos de declaração seria adequado à instauração do IRDR, tendo em conta todas essas finalidades a que o incidente se destina.

Ocorre que, após o julgamento do mérito do recurso do qual se extrairia a tese jurídica, não há que se falar em pendência do caso para fins de instauração do IRDR, diante do obstáculo à formação concentrada do precedente obrigatório.

Caso contrário, haveria nítido prejuízo ao enfrentamento paritário da gama de argumentos – contrários e favoráveis à tese jurídica discutida –, bem como prejuízo à qualificação do contraditório, podendo afetar eventuais audiências públicas e participação de *amicus curiae*.

Tendo em vista a concepção dinâmica do contraditório como efetiva oportunidade de influenciar a decisão no procedimento (arts. 10 e 489, § 1º, do CPC/2015), convém ressaltar que é bastante improvável que o tribunal, na apreciação da causa, não tenha abordado o cerne da controvérsia e demonstrado predisposição em um determinado sentido da solução para a questão jurídica, aderindo a um dos entendimentos possíveis, o que certamente enviesaria a discussão, prejudicando a necessária abertura ao exercício do “pensamento do possível” (Peter Häberle), ou seja, o pensamento indagativo sobre as diversas alternativas viáveis.

Assim, o diferimento da análise da seleção da causa e admissibilidade do IRDR para o momento dos embargos de declaração importaria prejuízo à paridade argumentativa processual, considerando que esse desequilíbrio inicial certamente arriscaria a isonômica distribuição do ônus argumentativo a ser desenvolvido, mesmo que os argumentos fossem pretensamente esgotados durante o curso do incidente.

Verifica-se que, de qualquer forma, o pedido de instauração do IRDR parece ter sido utilizado como via substitutiva – em uma causa multimilionária – para fins de reexame do mérito, quando já esgotadas todas as possibilidades recursais. Contudo, o IRDR não pode ser utilizado como sucedâneo recursal.

Ante o exposto, afasta-se a alegada ofensa aos arts. 976, I e II, bem como 978, parágrafo único, ambos do CPC/2015.

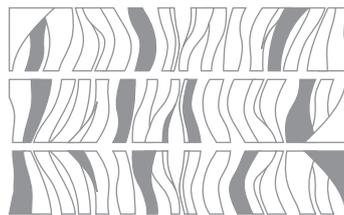
Por fim, no tocante ao dissídio jurisprudencial, verifica-se que, conforme a previsão do art. 255, § 1º, do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração.

Da análise do recurso especial, observa-se que os acórdãos confrontados não possuem a mesma similitude fática e jurídica, uma vez que, enquanto o acórdão recorrido trata do requisito de admissibilidade do IRDR, o acórdão paradigma cuida apenas dos efeitos dos embargos declaratórios. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante do Enunciado Sumular n. 284 do STF.

Ante o exposto, conheço do agravo para conhecer parcialmente do recurso e, nessa parte, negar-lhe provimento.

É o voto.





---

## Segunda Seção



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.610.728 - RS (2016/0171099-9)**

---

Relatora: Ministra Nancy Andrighi

Recorrente: Sindicato Rural de Sertão

Recorrente: Sindicato Rural de Santiago

Recorrente: Sindicato Rural de Passo Fundo

Recorrente: Federação dos Trabalhadores na Agricultura no Rio Grande do Sul

Advogados: Denis Borges Barbosa e outro(s) - RJ023865

Neri Perin e outro(s) - RS025883

Jane Lúcia Wilhelm Berwanger - RS046917

Raul Murad Ribeiro de Castro - RJ162384

Livia Barboza Maia e outro(s) - RJ182505

Fernanda Fernandes da Silva - RJ195640

Recorrido: Monsanto CO

Advogados: Gomercindo Lins Coitinho e outro(s) - RS002743

Roberto Ferreira Rosas e outro(s) - DF000848

Marcos Velasco Figueiredo e outro(s) - RJ061424

Luiz Henrique Oliveira do Amaral - RJ052759

Recorrido: Monsanto do Brasil Ltda

Advogados: Roberto Ferreira Rosas e outro(s) - DF000848

Marcos Velasco Figueiredo e outro(s) - RJ061424

Luiz Henrique Oliveira do Amaral - RJ052759

Carine Pigatto Termignoni - RS048110

Ivo Gabriel Corrêa da Cunha e outro(s) - RS003999

Ramiro Corrêa da Cunha - RS062264

Bibiana da Silva Oliveira Bottin Caye - RS078887

Interes.: Sindicato Rural de Giruá

Advogado: Neri Perin - RS025883

Interes.: Sindicato Rural de Arvorezinha

Advogado: Neri Perin - RS025883

Interes.: Sindicato Rural de Jataí

Advogado: João Rafael Dal Molim e outro(s) - RS050489

Interes.: Associação dos Agricultores de Dom Pedrito

Advogado: Anderson Ricardo Levandowski Belloli - RS081110

Interes.: Associação Brasileira de Sementes e Mudanças - ABRASEM

Advogados: Daniel Ustárroze e outro(s) - RS051548

Antonio Janyr Dall Agnol Junior e outro(s) - RS005693

Marcos Velasco Figueiredo e outro(s) - DF022224

Interes.: AGROBIO - Associação de Emp Biotecnologia Agricultura Agroindústria

Advogados: Adma Pedro Diamenti - SP329928

Patricia Fukuma Jannini e outro(s) - SP107635

Flavia Daniela Toledo Antonanzas - SP273821

Interes.: Associação Brasileira de Mutuários e Consumidores - ABMC

Advogado: Roberto Soligo - MS002464

Interes.: Instituto Brasileiro de Propriedade Intelectual

Advogados: Newton Silveira e outro(s) - SP015842

Wilson Silveira e outro(s) - SP024798

Interes.: ABPI Associação Brasileira da Propriedade Intelectual - "Amicus Curiae"

Advogados: Luiz Edgard Montauray Pimenta - RJ046214

Rodrigo Affonso de Ouro Preto Santos - RJ079659

Interes.: Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul

---

### EMENTA

Incidente de Assunção de Competência. Recurso Especial. Propriedade Intelectual. Ação Coletiva. Soja *Roundup Ready*. Transgenia. Lei de Propriedade Industrial. Lei de Proteção de Cultivares. Art. 10. Inoponibilidade ao Titular de Proteção Patentária. Dupla Proteção. Inocorrência. Sistemas Protetivos Distintos. Princípio da Exaustão. Circunstância Específica que Foge à Regra Geral. Previsão Legal Expressa.

1. O propósito recursal é definir se produtores de soja podem, sem que haja violação dos direitos de propriedade intelectual das recorridas, reservar livremente o produto da soja transgênica *Roundup Ready* (soja RR) para replantio em seus campos de cultivo, vender a produção desse cultivo como alimento ou matéria-prima e, com relação apenas a pequenos produtores, doar a outros pequenos produtores rurais ou com eles trocar as sementes reservadas.

2. A Lei de Propriedade Industrial – em consonância com as diretrizes traçadas no plano internacional e na esteira do dever imposto pela norma do art. 5º, XXIX, da Constituição de 1988 – autoriza o patenteamento de micro-organismos transgênicos, a fim de garantir, ao autor do invento, privilégio temporário para sua utilização.

3. Patentes e proteção de cultivares são diferentes espécies de direitos de propriedade intelectual, que objetivam proteger bens intangíveis distintos. Não há incompatibilidade entre os estatutos legais que os disciplinam, tampouco prevalência de um sobre o outro, pois se trata de regimes jurídicos diversos e complementares, em cujos sistemas normativos inexistem proposições contraditórias a qualificar uma mesma conduta.

4. A marcante distinção existente entre o regime da LPI e o da LPC compreende, dentre outros, o objeto protegido, o alcance da proteção, as exceções e limitações oponíveis aos titulares dos respectivos direitos, os requisitos necessários à outorga da tutela jurídica, o órgão responsável pela análise e emissão do título protetivo e o prazo de duração do privilégio.

5. O âmbito de proteção a que está submetida a tecnologia desenvolvida pelas recorridas não se confunde com o objeto da proteção prevista na Lei de Cultivares: as patentes não protegem a variedade vegetal, mas o processo de inserção e o próprio gene por elas inoculado nas sementes de soja RR. A proteção da propriedade intelectual na forma de cultivares abrange o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira, enquanto o sistema de patentes protege, especificamente, o processo inventivo ou o material geneticamente modificado.

6. Ainda que a LPI veicule o princípio da exaustão como norma geral aplicável a produtos patenteados, há de se destacar que seu art. 43, VI, parte final, prevê expressamente que não haverá exaustão na hipótese de tais produtos serem utilizados para “multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa”.

7. A toda evidência, a opção legislativa foi a de deixar claro que a exaustão, quando se cuida de patentes relacionadas à matéria viva, atinge apenas a circulação daqueles produtos que possam ser enquadrados na categoria de matéria viva não reprodutível, circunstância que não coincide com o objeto da pretensão dos recorrentes.

8. Diante disso, a tese firmada, para efeito do art. 947 do CPC/15, é a seguinte: *as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 – aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares – não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo de variedades vegetais.*

*Recurso Especial Não Provido.*

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas constantes dos autos, prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Marco Buzzi acompanhando a Sra. Ministra Relatora, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Para os efeitos do art. 947 do CPC/15, foi firmada a seguinte tese: as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 – aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares – não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo de variedades vegetais. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (voto-vista), Luis Felipe Salomão, Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira, Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze e Moura Ribeiro votaram com a Sra. Ministra Relatora. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 09 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministra Nancy Andrichi, Relatora

---

DJe: 14.10.2019

### RELATÓRIO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi: Cuida-se de recurso especial interposto por Sindicato Rural de Passo Fundo e *outros*, com fundamento na alínea “a” do permissivo constitucional.

**Ação:** coletiva, ajuizada pelos sindicatos recorrentes em face de MONSANTO DO BRASIL LTDA e MONSANTO TECHNOLOGY LLC, com o objetivo de ver reconhecidos os direitos dos sojicultores brasileiros, sem pagamento de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização, de reservar sementes transgênicas da soja *Roundup Ready* (soja RR) para replantio, de vender a produção como alimento ou como matéria-prima e, quanto aos pequenos produtores rurais, de doar ou trocar as sementes reservadas.

**Sentença:** julgou parcialmente procedentes os pedidos, para declarar o direito dos sojicultores brasileiros de: (i) “reservar o produto cultivares de soja transgênica, para replantio em seus campos de cultivo e o direito de vender essa produção como alimento ou matéria-prima, sem nada mais pagar a título de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização, nos termos do art. 10, incisos I e II, da Lei n. 9.456/97, a contar do dia 01.09.2010”; (ii) “doar ou trocar sementes reservadas a outros pequenos produtores rurais, nos termos do art. 10, inciso IV, § 3º e incisos, da Lei n. 9.456/97, a contar do dia 01.09.2010”. Condenou as recorridas a: (i) se absterem “de cobrar *royalties*, taxa tecnológica ou indenização, sobre a comercialização da produção da soja transgênica produzida no Brasil, a contar da safra 2003/2004”; (ii) devolverem “os valores cobrados sobre a produção da soja transgênica a partir da safra 2003/2004, corrigida pelo IGPM e acrescida de juros de 1% ao mês, a contar da safra 2003/2004, tudo a ser apurado em liquidação de sentença”. Concedeu, ainda, medida liminar de ofício para “determinar a imediata suspensão na cobrança de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização, sobre a comercialização da produção da soja transgênica produzida no Brasil, sob pena de multa diária no valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais)”. (e-STJ 3.367/3.416).

**Embargos de declaração:** opostos pelos recorrentes, foram acolhidos apenas para corrigir erro material relativo à safra mencionada no dispositivo (safra 2003/2004 e não safra 2003/2004) e para alterar o valor devido a título de honorários advocatícios.

**Acórdão:** desacolheu os agravos retidos, afastou as preliminares e, por maioria, deu provimento à apelação interposta pelas recorridas, para julgar improcedentes os pedidos deduzidos na inicial.

**Embargos de declaração:** opostos pelos recorrentes, foram rejeitados.

**Embargos infringentes:** opostos pelos recorrentes, foram rejeitados, nos termos da seguinte ementa:

Embargos Infringentes. Ação Coletiva. Direito à Propriedade Intelectual. Soja Transgênica. Lei de Patentes e Lei de Proteção de Cultivares. Preliminares Afastadas.

1. Ainda que a Lei de Patentes não permita a proteção decorrente de patentes para o todo ou partes de seres vivos, houve expressa exclusão desta proibição em relação aos microorganismos transgênicos (art. 18, inc. III, da Lei de Patentes), justamente porque resultantes de um produto de intervenção cultural, por meio do invento. Possível a extensão dos efeitos da propriedade intelectual sobre microorganismos transgênicos desde que atendam os critérios próprios à situação jurídica de patenteabilidade - no caso, a novidade, a atividade inventiva e a aplicabilidade à atividade industrial. Circunstância expressamente reconhecida, por certificados próprios, em relação ao produto ora discutido em juízo.

2. Não há como excluir dos efeitos de proteção desta o produto do objeto de patente, por força da proteção conferida pelo art. 42 da Lei n. 9.279/96. A doutrina, na interpretação mais correta da Lei de Patentes, acerca de casos de propriedade intelectual, esclarece que o art. 42 da Lei 9.279/96, por meio de seus incisos, protege tanto o produto que é objeto direto da patente, como o processo ou o produto obtido diretamente pelo processo, caso seja este patenteado.

3. Descabe excluir-se o direito de patentes sobre o produto de uma intervenção humana por técnica de transgenia - e que abranja todas as características próprias à proteção -, inclusive quando isto ocorra sobre uma cultivar. E isto, porque ambas as Leis mencionadas são omissas na hipótese de sobreposição de situações. Quando uma variedade é desenvolvida pela técnica da transgenia - podendo, portanto, receber a proteção da Lei de Patentes - e sofre, posteriormente, uma melhora por via biológica, recebendo o certificado de cultivares, em tese, tem-se situação de duplicidade de proteção, algo que estaria vedado pelas disposições da UPOV referente à Convenção de 1978. Tal conflito, para a doutrina mais recente, enquanto inexistente uma definição legal específica, poderia sofrer solução suficiente por meio do instituto da "patente dependente", previsto na disciplina da Lei de Patentes.

4. Não se trata, portanto, de hipótese de aplicação de lei mais específica para a resolução do conflito de regras. Aqui, tem-se leis que disciplinam objetos de tutela diversos. A própria Exposição de Motivos da cartilha elaborada à Lei n. 9.456/97 deixa clara tal situação quando justifica a criação da Lei de Proteção de Cultivares como 'mecanismo distinto de proteção à propriedade intelectual.'

5. Não há como fazer subsistir o argumento de que o licenciamento concedido para a pesquisa sobre o produto e para o desenvolvimento de técnica de aperfeiçoamento afaste o direito originário sobre patentes. O que pode é o titular de patente celebrar contrato de licença para exploração e investir o licenciado nos poderes para agir em defesa da patente (art. 61 da Lei de Patentes). Tal não afasta os direitos de exercício desta titularidade, seja pelo proprietário do invento, seja pelo licenciado, ressalvada apenas a hipótese de análise do aperfeiçoamento introduzido em patente licenciada (art. 63 da Lei de Patentes).

6. O debate proposto é referente ao produto da soja transgênica, para a qual é identificada a situação de proteção específica e comprovada - ao menos até 31.08.2010 - por meio de carta de patente. Não há, portanto, como se pretender a aplicação de disposições normativas da Lei de Proteção de Cultivares para o caso em comento, na medida em que diversa é a proteção jurídica identificada.

7. Reconhece-se causa legítima à cobrança - a descaracterizar hipótese de ilicitude para os fins do art. 187 do CC brasileiro -, por força de aplicação da Lei de Patentes na hipótese, não afastada a cobrança por situação diversa de proteção do produto pela Lei de Cultivares, como na hipótese das exceções do art. 10 da Lei referida.

8. Com relação ao percentual de royalties estabelecido, a desproporção é apontada ainda na inicial, por meio de pedido alternativo no sentido de que “seja judicialmente estabelecido percentual não abusivo para adequadamente indenizar as demandadas, em índices que variam entre 0,06% a 0,10% sobre o valor da soja transgênica comercializada, preferindo o menor índice pelas razões anotadas” (fl. 31 dos autos). Nesse ponto, há que se observar os limites estabelecidos em Lei e mesmo a partir de acordos mais amplos, realizados entre os envolvidos, por meio de suas entidades representativas. Não há que se falar em abusividade quando negociados entre entidades representantes de ambas as partes royalties em percentual (2%) proporcional à prática de mercado internacional, sem que demonstrada efetiva abusividade de cobrança.

Rejeitadas as preliminares, à unanimidade.

*Embargos Desacolhidos por Maioria.*

**Embargos de declaração:** opostos pelos recorrentes, foram acolhidos em parte, apenas para afastar a condenação em honorários, ante a ausência de má-fé dos autores no ajuizamento da ação coletiva.

**Recurso especial:** aponta, além de divergência jurisprudencial, violação dos arts. 2º, 7º e 10 da Lei 9.456/97 (Lei de Proteção de Cultivares); do art. 2.1 da UPOV/78 (União para a Proteção das Obtenções Vegetais), promulgado pelo Decreto 3.109/99; e dos arts. 18, III, parágrafo único, e 42 da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial). Entende que as recorridas não podem cobrar *royalties* por condutas que são explicitamente qualificadas pelo ordenamento jurídico como de uso livre, ressaltando que a única forma de obstar tal liberdade de utilização seria mediante eventual autorização contida na Lei de Proteção de Cultivares, uma vez que há vedação legal à dupla proteção. Defende que a existência de patentes produziria efeitos apenas num primeiro momento, para impedir que terceiros reproduzam o processo de transgenia e para fundamentar a cobrança de *royalties* para a venda da primeira semente. Posteriormente, seria aplicado o regime da LPC. Argumenta que a Lei de Propriedade Industrial,

sendo lei anterior e geral, não pode suplantar a Lei de Proteção de Cultivares, lei posterior e especial. Aponta que há barreiras que impedem a aplicação do artigo 42, II, da LPI, como a vedação para o patenteamento de produtos vivos, estabelecida no art. 18, III, da mesma lei. Ressalta que, de acordo com as Diretrizes de Exame de Patente do INPI, nem a semente transgênica e nem o gene se qualificam juridicamente como microrganismo. Alega que as recorridas buscam a reiteração da cobrança de *royalties* para produtos em relação aos quais já ocorreu a exaustão dos direitos de propriedade industrial. Cita julgado de Corte argentina que também reconhece a impossibilidade de cumulação das tutelas de patente com cultivar, enfatizando o caráter internacionalizado do direito da propriedade intelectual, que tem por resultado uma aproximação das legislações nacionais quanto ao tema.

**Juízo de admissibilidade:** O Tribunal de origem admitiu o recurso especial.

**Redistribuição:** os autos foram inicialmente distribuídos ao eminente Min. Marco Buzzi, que declinou da competência, determinando a redistribuição a um dos Ministros integrantes da Terceira Turma.

Os recorrentes interpuseram agravoregimental quanto à determinação de livre distribuição na Terceira Turma, o qual não foi conhecido.

**Incidente de assunção de competência:** a Segunda Seção admitiu o incidente de assunção de competência, destacando o seguinte tema: “definir se é possível conferir proteção simultânea - pelos institutos da patente de invenção (Lei 9.279/96) e da proteção de cultivares (Lei 9.456/97) - a sementes de soja *Roundup Ready*, obtidas mediante a técnica da transgenia, e, como corolário, se é ou não facultado aos produtores rurais o direito de reservar o produto de seu cultivo para replantio e comercialização como alimento ou matéria prima, bem como o direito de pequenos agricultores de doar ou trocar sementes reservadas no contexto de programas oficiais específicos” (e-STJ 5.900/5.918).

**Parecer do Ministério Público Federal:** pelo provimento do recurso especial (e-STJ fls. 6005/6016).

**Pareceres:** foram apresentados pareceres elaborados por Paulo Brossard de Souza Pinto (e-STJ fls. 1213/1232), Célio Borja (e-STJ fls. 1234/1254), Ruy Rosado de Aguiar Júnior (e-STJ fls. 3136/3180), Denis Borges Barbosa (e-STJ fls. 4646/4685), Charlene de Ávila (e-STJ fls. 4744/4846), Patricia Carvalho da Rocha Porto (e-STJ fls. 4846/4936), Maria Margarida Rodrigues Mittlebach (e-STJ fls. 5025/5057).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Nancy Andrichi (Relatora): O propósito recursal é definir se produtores de soja podem, sem que haja violação dos direitos de propriedade intelectual das recorridas, reservar livremente o produto da soja transgênica *Roundup Ready* (soja RR) para replantio em seus campos de cultivo, vender a produção desse cultivo como alimento ou matéria-prima e, com relação apenas a pequenos produtores, doar a outros pequenos produtores rurais ou com eles trocar as sementes reservadas.

### 1. Delimitação da Controvérsia.

Os recorrentes alegam que a Lei de Proteção de Cultivares autoriza os agricultores por eles representados a reservar o produto da soja transgênica *Roundup Ready* para replantio em seus campos de cultivo, a vender a produção desse cultivo como alimento ou matéria-prima e, com relação a pequenos produtores, a doar a outros pequenos produtores rurais, ou com eles trocar, sementes reservadas para tal finalidade.

Entendem que a prática dessas condutas independe do pagamento de qualquer valor a título de *royalties*, taxas tecnológicas ou indenização, à vista da incidência do chamado “privilégio do agricultor”.

Assim, os direitos de propriedade intelectual das recorridas, segundo argumentam, não teriam o alcance pretendido, pois o ordenamento jurídico confere liberdade à prática das atividades retro mencionadas.

As recorridas, por sua vez, alegam que a cobrança desses valores não se fundamenta no direito de proteção de cultivares, mas, sim, no sistema de patentes, uma vez que são titulares, devidamente reconhecidas pelo Estado, dos direitos sobre as invenções inseridas na soja *Roundup Ready*.

As patentes concedidas lhes garantiriam o direito exclusivo de exploração dessas tecnologias, não havendo que se cogitar da aplicação do “privilégio do agricultor”, porquanto as limitações aos direitos de patente, exclusivamente previstas na Lei de Propriedade Industrial, não abrangeriam as atividades cuja prática é reivindicada pelos recorrentes.

Para o Tribunal de origem, todavia, não há como se pretender a aplicação de disposições normativas contidas na Lei de Proteção de Cultivares (Lei 9.456/97) à hipótese concreta, pois o produto da soja RR está protegido, específica e comprovadamente, por meio de patentes devidamente expedidas

pelo INPI, devendo, assim, ser respeitados os direitos de seus titulares previstos na lei de regência.

Neste momento, é oportuno consignar que o prazo de vigência da proteção legal das recorridas (especificamente da patente n. PI1100008-2) constitui objeto do Recurso Extraordinário 797.449/RJ, cuja tramitação foi sobrestada pelo e. Relator em razão da controvérsia instaurada por ocasião do ajuizamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 4.234/DF.

Não se pode, portanto, sustentar a ocorrência de eventual perda do objeto deste recurso.

A corroborar tal conclusão, constata-se que os recorrentes deduziram, na inicial, pedidos de declaração de nulidade de valores cobrados a título de *royalties* e de repetição de indébito de montante já pago, a revelar que o julgamento da presente irresignação não está prejudicado.

Todavia, ainda que assim não fosse, os relevantes efeitos nas esferas jurídica e econômica decorrentes do resultado do presente julgamento, a revelar o interesse público subjacente, justificam o enfrentamento das questões de direito que ora se examina.

## **2. Tutela Jurídica da Propriedade Intelectual. Patentes e Cultivares: Linhas Gerais.**

O atual sistema brasileiro de proteção à propriedade intelectual deriva, em grande parte, de compromissos assumidos pelo país no plano internacional, sobretudo junto à Organização Mundial do Comércio (OMC) – mediante a assinatura do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs) –, à União de Paris para Proteção da Propriedade Industrial (CUP, revisão de 1967) e à União Internacional para Proteção das Obtenções Vegetais (Convenção UPOV, revisão de 1978).

De se destacar que, tratando especificamente de patentes, o Brasil se obrigou a proteger os respectivos titulares conferindo-lhes “os seguintes direitos exclusivos” (Acordo TRIPs, art. 28, 1):

- a) quando o objeto da patente for um produto, o de evitar que terceiros sem seu consentimento produzam, usem, coloquem a venda, vendam, ou importem com esses propósitos aqueles bens;
- b) quando o objeto da patente for um processo, o de evitar que terceiros sem seu consentimento usem o processo, usem, coloquem a venda, vendam, ou

importem com esses propósitos pelo menos o produto obtido diretamente por aquele processo.

No plano interno, a Constituição de 1988 estabelece, no título destinado à proteção dos direitos e garantias fundamentais, que a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do país (art. 5º, XXIX).

O estímulo à formação e ao fortalecimento da inovação e de ambientes que a promovam, bem como à criação, à absorção, à difusão e à transferência de tecnologia também constitui dever imposto ao Estado pela Carta Constitucional (arts. 218 a 219-B).

No que concerne a patentes relacionadas com matéria viva e à proteção de cultivares, a tutela jurídica conferida pelo ordenamento pátrio está esquematizada, respectivamente, nas Leis 9.279/96 (Lei da Propriedade Industrial – LPI) e 9.456/97 (Lei de Proteção aos Cultivares – LPC), editadas com base nas premissas delineadas a partir das diretrizes internacionais contidas nos diplomas antes referidos.

Quanto ao ponto, o art. 27, 1, do Acordo TRIPs dispõe que “qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial”, não sendo admitida, quanto à disponibilidade e à fruição dos direitos patentários, “discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente”.

Mais adiante, no item 3, ‘b’, do mesmo artigo, o Acordo impõe aos membros da OMC que concedam “proteção a variedades vegetais, seja por meio de patentes, seja por meio de um sistema *sui generis* eficaz, seja por uma combinação de ambos”.

A forma escolhida pelo Brasil para proteção de novas variedades vegetais resultou de intenso debate travado nas casas legislativas, envolvendo os mais diversos atores sociais.

Como corolário desse debate, ficou positivada na LPI (art. 18, III) a patenteabilidade de microrganismos transgênicos, o que permitiu que processos e produtos alimentícios, farmacêuticos e químicos passassem a ser tutelados

por esse diploma legal. Frise-se que o patenteamento de microrganismos encontrados na natureza e de outros seres vivos (plantas e animais, no todo ou em parte) é expressamente vedado pelo próprio dispositivo em questão.

Por outro lado, a proteção da propriedade intelectual sobre variedades vegetais (cultivares) passou a ser regulada por lei específica (Lei 9.456/97), que veio a complementar, nesse aspecto, a LPI, como forma de atender ao compromisso firmado pelo país quando da assinatura do Acordo TRIPs (art. 27, 3, 'b').

A LPC, vale ressaltar, estabeleceu o que o Acordo retro citado denominou de sistema protetivo *sui generis*, mediante o qual a tutela do obtentor de novas variedades vegetais é levada a efeito de forma distinta daquela prevista no sistema de patentes.

### **3. Do Sistema Jurídico de Proteção de Variedades Vegetais e do Privilégio do Agricultor.**

A questão central a ser examinada neste julgamento consiste em definir se aos recorrentes deve ser assegurado o que usualmente se denomina de “privilégio do agricultor”.

Trata-se de verdadeira limitação aos direitos de propriedade intelectual relacionados a variedades vegetais, estes definidos, como já visto, na Lei de Proteção de Cultivares.

De se gizar que o estabelecimento de um sistema de proteção aos direitos daqueles que contribuem para a obtenção e o melhoramento de plantas (obtentor/melhorista) constituiu condição a ser obedecida para adesão do Brasil à UPOV (União para a Proteção das Obtenções Vegetais), organização internacional da qual o país se tornou membro em 1999, tendo se comprometido com a internalização das diretrizes estabelecidas na Ata da respectiva convenção revisada em 1978 (promulgada pelo Decreto 3.109/99).

Em linhas gerais, segundo a LPC, cumpridos determinados pressupostos relativos sobretudo à distinguibilidade, à homogeneidade e à estabilidade da variedade vegetal, o órgão competente está autorizado a outorgar ao requerente Certificado de Proteção de Cultivar, que garante ao titular os direitos sobre o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta, em prazo que pode se estender por até 18 anos.

Durante esse prazo, a produção com finalidade comercial, o oferecimento à venda ou a comercialização do material de propagação da cultivar (tais como

sementes, mudas, tubérculos, estacas, brotos) dependem de autorização prévia do titular do certificado.

Além dos requisitos retro mencionados, necessários para concessão da proteção a novas variedades vegetais, a Lei em questão estabelece todo um procedimento especial a ser seguido para obtenção da tutela legal junto ao Serviço Nacional de Proteção de Cultivares – SNPC, órgão integrante do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento, criado pela Lei 9.456/97 com a incumbência de ser o responsável pela análise dos requerimentos formulados pelo respectivo obtentor ou cessionário do direito sobre a cultivar.

Após o cumprimento de todas as etapas do procedimento administrativo, o SNPC emite, finalmente, o Certificado de Proteção de Cultivar, que confere a seu titular o direito à exclusividade de reprodução comercial da variedade vegetal protegida.

Por outro lado, a Lei em questão também prevê situações em que, como forma de conferir equilíbrio à exclusividade outorgada pelo Certificado de Proteção de Cultivar, são impostas certas limitações à proteção dos direitos do melhorista. É o caso do chamado “privilegio do agricultor”.

Trata-se de exceção que confere aos agricultores o direito de livre acesso, em determinadas circunstâncias que não configurem exploração comercial, à variedade vegetal protegida.

Isso decorre do fato de que, no que concerne ao “privilegio do agricultor”, as disposições da Ata UPOV de 1978 – à qual o Brasil aderiu – conferem proteção apenas quanto ao aspecto comercial da variedade vegetal, autorizando, assim, a conclusão de que usos de natureza diversa, tais como a troca ou o uso de sementes para replantio, não exigem autorização do titular do direito tutelado.

Quanto ao ponto, esclarece a doutrina especializada:

A ata de 1978 deixa um espaço aberto, de maneira tácita, para que se permita, em nível nacional, proteger os direitos e privilégios do agricultor sobre o uso de sementes e material de propagação em suas próprias colheitas. A ata menciona que a proteção conferida aos obtentores se refere à obrigação de terceiros solicitar o consentimento do titular para produzir com fins comerciais, colocar a venda ou comercializar material de reprodução ou de multiplicação vegetal da variedade protegida. Ou seja, os agricultores podem, a princípio, guardar o material de reprodução ou multiplicação vegetativa de uma variedade protegida e utilizá-la em suas colheitas posteriores em sua propriedade, desde que o resultado não seja a venda ou comercialização deste material.

(GARCIA, Selemara B. F. *A Proteção jurídica das cultivares no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2004, p. 59)

Vale ressaltar que o aprimoramento das discussões travadas no âmbito da UPOV, como se observa das mudanças havidas a partir da assinatura da Ata de 1991, denotam que o sistema protetivo internacional de variedades vegetais vem limitando as hipóteses de exceção aos direitos do melhorista, sinalizando, cada vez mais, sua aproximação ao sistema de patentes.

Todavia, o compromisso firmado pelo Brasil, como já visto, cingiu-se a respeitar os termos específicos da Ata UPOV de 1978, de modo que a opção legislativa positivada foi a de garantir aos agricultores os privilégios listados no art. 10 da Lei 9.456/97. Assim, não fere o direito de propriedade sobre a nova variedade vegetal aquele que:

I - reserva e planta sementes para uso próprio, em seu estabelecimento ou em estabelecimento de terceiros cuja posse detenha;

II - usa ou vende como alimento ou matéria-prima o produto obtido do seu plantio, exceto para fins reprodutivos;

III - utiliza a cultivar como fonte de variação no melhoramento genético ou na pesquisa científica;

IV - sendo pequeno produtor rural, multiplica sementes, para doação ou troca, exclusivamente para outros pequenos produtores rurais, no âmbito de programas de financiamento ou de apoio a pequenos produtores rurais, conduzidos por órgãos públicos ou organizações não-governamentais, autorizados pelo Poder Público.

V - multiplica, distribui, troca ou comercializa sementes, mudas e outros materiais propagativos no âmbito do disposto no art. 19 da Lei nº 10.696, de 2 de julho de 2003, na qualidade de agricultores familiares ou por empreendimentos familiares que se enquadrem nos critérios da Lei nº 11.326, de 24 de julho de 2006.

É, pois, com base nessa limitação aos direitos do titular de Certificado de Proteção de Cultivar que os recorrentes postulam, nas situações listadas na inicial, o não pagamento de *royalties*, taxa tecnológica ou indenização às empresas recorridas.

#### **4. Do Sistema Jurídico de Patentes: Proteção à Atividade Inventiva.**

No particular, todavia, verifica-se que, para além de se discutir o âmbito de proteção – e suas respectivas exceções – conferido pelo ordenamento às

variedades vegetais, é necessário não perder de vista que as recorridas ostentam a condição de titulares dos direitos decorrentes do patenteamento de um *processo* específico de transgenia e do *produto* respectivo (relativo ao gene CP4 EPSPS), o qual, inserido em certas espécies vegetais, lhes confere resistência ao herbicida glifosato.

De se destacar que os *royalties* cujo pagamento os recorrentes pretendem ver afastados com o ajuizamento da presente ação referem-se ao uso reprodutivo de sementes que contém a tecnologia patenteada, de modo que, para solução da controvérsia, afigura-se imprescindível analisar não somente os ditames da Lei de Proteção de Cultivares, mas também as disposições da Lei de Propriedade Industrial, bem como eventuais interconexões entre elas.

É importante lembrar que a higidez dos atos administrativos que concederam as patentes às recorridas não constitui objeto deste recurso, de modo que não se pode desviar da premissa de que os registros patentários por elas titulados são válidos, circunstância que exige a observância dos efeitos que deles decorrem.

O art. 8º da LPI veicula regra geral do sistema de patentes, que considera patenteável toda invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Já o art. 10 desse mesmo diploma legal estabelece o que, para seus fins, não é considerado invenção. Dentre seus incisos, merece destaque, por pertinente à espécie, o seguinte:

Art. 10. Não se considera invenção nem modelo de utilidade:

[...]

IX - o todo ou parte de seres vivos naturais e materiais biológicos encontrados na natureza ou ainda que dela isolados, inclusive o genoma ou germoplasma de qualquer ser vivo natural e os processos biológicos naturais.

O art. 18 da LPI, por sua vez, elenca as situações que, ainda que se trate de inventos, não poderão ser objeto de patente. No que importa à hipótese, dispõe seu inciso III:

Art. 18. Não são patenteáveis:

[...]

III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os microorganismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade – novidade, atividade

inventiva e aplicação industrial – previstos no art. 8º e que não sejam mera descoberta.

[...]

Os direitos titulados pelas recorridas, portanto, decorrem desse permissivo legal.

Os pedidos de patente, é cediço, seguem um procedimento específico junto ao Instituto Nacional de Propriedade Industrial – INPI, autarquia federal vinculada ao Ministério da Economia responsável pela análise e concessão dos requerimentos a ela dirigidos.

Como é sabido, as patentes conferem aos seus titulares o direito de impedir que terceiros produzam, usem, coloquem à venda, vendam ou importem os produtos objeto de patente, bem como o processo ou produtos obtidos diretamente por processo patentado (art. 42, I e II, da LPI). É também assegurado ao proprietário o direito de obstar que terceiros contribuam para que outros pratiquem tais atos (§ 1º do artigo precitado).

Assim é que, sob a perspectiva das recorridas, a utilização de sementes de soja contendo a tecnologia protegida pelas patentes, sem sua autorização, configura infração a seus direitos de propriedade intelectual.

### **5. Da Dupla Proteção. Regimes Jurídicos Distintos.**

Um dos argumentos defendidos pelos recorrentes é o de que a Lei 9.456/97 veda, em seu art. 2º, a dupla proteção. As variedades vegetais, segundo argumentam, apenas podem ser protegidas pelas diretrizes nela contidas, excluída a incidência de qualquer outro instrumento legal.

Asseveram, nesse passo, que a aplicação desse diploma deve prevalecer sobre os ditames da Lei de Propriedade Industrial, o que garantiria aos sojicultores brasileiros, segundo o art. 10 da LPC, o direito de reservar sementes para replantio e comercialização como alimentos ou matéria-prima, ao mesmo tempo em que aos pequenos produtores rurais também seria permitido doar e trocar sementes dentro de programas oficiais específicos.

Importante consignar que as situações previstas no precitado artigo não têm correspondência no atual regime de proteção patentária instituído pela Lei 9.279/96.

É dizer, tais limitações, impostas ao direito do titular do Certificado de Proteção de Cultivar, por não estarem elencadas na LPI, não podem,

automaticamente, ser aplicadas ao detentor de patentes, sob pena de restringir indevidamente os direitos que a lei lhe confere.

Deve-se notar que, tratando-se de controvérsia acerca do alcance de direitos de propriedade intelectual, é essencial haver, de fato, um direito devidamente reconhecido como tal pela autoridade competente, a fim de que se possa determinar o alcance de sua proteção.

No que concerne a variedades vegetais, conforme assentado linhas atrás, os direitos de proteção se efetivam mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, expedido pelo Serviço Nacional de Proteção de Cultivares.

Assim, a primeira conclusão a que se poderia chegar é que, ausente notícia acerca da existência de tal certificado em favor das recorridas, não haveria sequer viabilidade jurídica de se analisar a questão sob a ótica da tutela de cultivares, uma vez que não cabe ao Poder Judiciário decidir, em abstrato, pela aplicação de um ou de outro diploma legal.

Consequentemente, as exceções previstas na lei específica, incluindo aquelas alegadas pelos recorrentes e conhecidas como “privilégio do agricultor”, não haveriam de irradiar seus efeitos na hipótese.

De todo modo, ainda que se reconhecesse a existência de direitos de propriedade intelectual sobre a soja *Roundup Ready* derivados também da Lei 9.456/97 (LPC), os argumentos dos recorrentes acerca da incidência exclusiva desse diploma legal à espécie não devem prosperar.

*Patentes e proteção de cultivares, como visto, são diferentes espécies de direitos de propriedade intelectual, que objetivam proteger bens intangíveis distintos. Não há, por isso, incompatibilidade entre os estatutos legais que os disciplinam, tampouco prevalência de um sobre o outro, pois se trata de regimes jurídicos diversos e complementares, em cujos sistemas normativos inexistem proposições contraditórias a qualificar uma mesma conduta.*

A marcante distinção existente entre um regime e outro compreende desde o objeto protegido – novas cultivares, pela LPC; processos e produtos biotecnológicos (microrganismos transgênicos), pela LPI – passando pelo alcance da proteção, pelas exceções oponíveis aos titulares dos direitos, pelos requisitos necessários à outorga da tutela jurídica, pelo órgão responsável pela análise e emissão do título protetivo, pelo prazo de duração do privilégio, dentre outros.

Não se pode negar, entretanto, que o art. 2º da LPC impede o que se convencionou chamar de dupla proteção. Segundo esse dispositivo, “a proteção

dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País”.

A existência dessa norma, como já delineado anteriormente, decorre diretamente da obrigação internacional assumida pelo Brasil ao ratificar a Ata de 1978 da União para a Proteção das Obtenções Vegetais, que proíbe os países membros de lhes conferir dupla proteção.

Isso quer dizer que uma mesma variedade vegetal não pode ser protegida simultaneamente por uma patente e por um direito *sui generis*, tal qual o direito de proteção de cultivares. De acordo com o art. 2, 1, da Convenção UPOV 1978, cada Estado da União pode reconhecer o direito do obtentor mediante a outorga de um título especial de proteção ou de uma patente. Porém, caso a legislação nacional admita a proteção em ambas as formas, deverá aplicar apenas uma delas a um mesmo gênero ou a uma mesma espécie botânica.

É exatamente esse o escopo da norma do art. 2º da LPC. Conforme explica *Denis Borges Barbosa*, “a proteção de uma variedade de planta por cultivar exclui a proteção do mesmo objeto por patente” (*Tratado de Propriedade Industrial*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, vol. IV, p. 234, sem destaque no original).

A lei proíbe, portanto, que a variedade vegetal – ou seja, “o mesmo objeto” – seja protegido também pela concessão de carta-patente.

*Ocorre que, ao contrário do que defendem os recorrentes, o âmbito de proteção a que está submetida a tecnologia desenvolvida pelas recorridas não se confunde com o objeto da proteção prevista na Lei de Cultivares: as patentes não protegem a variedade vegetal, mas o processo de inserção e o próprio gene por elas inoculado na semente de soja.*

*Denis Barbosa* elucida o ponto:

Veja-se que a tecnologia em questão não afeta a semente em si (salvo o aspecto de resistência ao glifosato), e muito menos a colheita. A patente não cobre a semente como um todo. Não existe [...] nenhuma patente de semente da Monsanto no tocante à tecnologia RR1. Salvo pelo produto (elemento transgênico) patenteado pela Monsanto, toda semente está em domínio público. (*Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia*

*Roundup Ready no Brasil*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição 7/2014, Out/2014, p. 437).

Ou, em outros termos, a proteção da propriedade intelectual na forma de cultivares (LPC) abrange o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira, enquanto o sistema da LPI protege, especificamente, o processo inventivo ou o material geneticamente modificado, sendo certo que “processos de produção de plantas geneticamente modificadas são considerados patenteáveis, uma vez que não há restrição na LPI” (PLAZA, Charlene Maria C. De Ávila. *Exclusões de patentes do material genético – análises entre as Leis Nacional/Regional de Propriedade Intelectual*. Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul (RS), v. 1, n. 2, p. 35-62, maio/ago. 2012).

Quanto ao ponto, parece oportuno esclarecer os conceitos de cultivar e de microrganismo transgênico, cada qual protegido por um estatuto jurídico distinto:

### **Cultivares**

O Glossário de biotecnologia vegetal do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento define cultivar como uma “variedade cultivada de planta, a qual se distingue por características fenotípica e que, quando multiplicada por via sexual ou assexual, mantém suas características distintas” (Torres, Antonio Carlos *et al.* Brasília: Embrapa Hortaliças, 2000).

De acordo com o conceito trazido pela Lei 9.456/97, cultivares podem ser consideradas espécies de plantas sobre as quais foi realizada alguma melhoria, por meio da ação humana, que tenha resultado da alteração de alguma de suas características ou da introdução de características novas capazes de torná-las distintas de outras variedades da mesma espécie. Além de distintividade, devem apresentar homogeneidade e estabilidade.

O conceito técnico está previsto no art. 3º, IV, da LPC:

Art. 3º Considera-se, para os efeitos desta Lei:

[...]

IV - cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso pelo complexo agroflorestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos;

### **Microorganismos transgênicos**

A LPI os conceitua como organismos (à exceção do todo ou parte de plantas e animais) que, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, expressem características normalmente não alcançáveis pela espécie em condições naturais. Eis a definição legal:

Art. 18. [...]

[...]

Parágrafo único. Para os fins desta Lei, microorganismos transgênicos são organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.

Na medida em que a lei veda o patenteamento do “todo ou parte de seres vivos” (art. 18, III, parte inicial, da LPI), tem-se que microorganismos transgênicos constituem os “únicos elementos constitutivos de seres vivos que, pela lei brasileira, serão objeto de patente contendo reivindicação de produto” (BARBOSA, Pedro M. N. e BARBOSA, Denis Borges. *O Código da Propriedade Industrial conforme os Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, vol. I, p. 259).

Ou, nos termos informados em material publicado pelo próprio INPI, “a Lei 9.279, pelos comandos citados, estabelece um marco divisório nítido: nem plantas nem animais superiores são patenteáveis no Brasil; as tecnologias, porém, relacionadas à manipulação genética envolvendo microorganismos tornaram-se inequivocamente passíveis de patenteamento” (e-STJ fl. 2699).

Definido, portanto, o objeto da proteção contida em cada diploma normativo, passa-se ao exame da pretensão dos recorrentes – não pagamento de *royalties* às recorridas nas hipóteses de reserva de sementes para replantio e comercialização como alimento ou matéria-prima e possibilidade de, tratando-se de pequenos agricultores, doar ou trocar sementes entre si – a partir das limitações legais previstas no art. 18, III, 42, II, e 43, VI, da LPI.

#### **6. Princípio da Exaustão. Reprodução de Sementes que Contêm Gene e/ou Processo Patenteado.**

Uma vez concedida a patente, a LPI, em seu art. 42, garante ao titular o direito de impedir que terceiros façam uso do produto (inc. I) ou do “processo ou produto obtido diretamente por processo patenteado” (inc. II).

Quanto à proteção conferida ao *processo* patenteado, Denis Borges Barbosa enfatiza que, “como em todos demais sistemas nacionais sob a regra de TRIPs, a patente de processo protege o produto resultante do processo; e *não há qualquer vedação de patentes de processo de plantas ou animais*” (in *Proposta para regular a intercessão patente/cultivar*. Sem destaque no original).

Disponível em [www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/patente\\_cultivar.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/patente_cultivar.pdf)).

A lição de Charlene Plaza merece destaque:

A violação da patente depende da natureza dos bens jurídicos. Se, de fato, a propriedade legal do titular das sementes é a transgenia, ou, no máximo, apenas a composição do genoma da planta e da transgenia, então logo que a semente germina, a patente é violada. Isso porque cada célula da planta terá uma cópia do objeto da propriedade legal de que o titular poderá impedir terceiros de fabricar e utilizar sem o seu consentimento.

(PLAZA, Charlene Maria C. De Ávila. *Exclusões de patentes do material genético – análises entre as Leis Nacional/Regional de Propriedade Intelectual*. Revista Internacional de Direito Ambiental, Caxias do Sul (RS), v. 1, n. 2, p. 35-62, maio/ago. 2012)

Por outro lado, o art. 43 do mesmo diploma normativo estabelece diversos limites ao exercício dos direitos do titular. As limitações listadas em seus incisos consistem em verdadeira autorização para que terceiros utilizem o objeto da patente, independentemente de autorização, sem que se possa impedi-lo ou dele exigir qualquer contraprestação pecuniária.

No que interessa à hipótese, verifica-se que o inciso VI desse dispositivo afasta do espectro protetivo da lei, quando se tratar de “patentes relacionadas com matéria viva” – hipótese dos autos –, o uso de produto patenteado “que haja sido introduzido licitamente no comércio” por seu próprio detentor ou por seu licenciado.

É a positivação do que se convencionou chamar de “princípio da exaustão”:

É a doutrina segundo a qual uma vez que o titular tenha auferido o benefício econômico da exclusividade (“posto no comércio”), através, por exemplo, da venda do produto patenteado, cessam os direitos do titular da patente sobre ele. Resta-lhe, apenas, a exclusividade de reprodução. (BARBOSA, Pedro M. N. e BARBOSA, Denis Borges. *O Código da Propriedade Industrial conforme os Tribunais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017, vol. I, p. 598).

Assim, em regra, uma vez que o adquirente tenha obtido o produto colocado licitamente no mercado, com o consentimento do titular, esgota-se o direito de patente sobre aquele produto específico e, via de consequência, não mais poderão ser opostas, dali em diante, a quem quer que seja, as vedações do art. 42 da LPI na futura exploração comercial do bem.

*Todavia, e aqui reside ponto fundamental da presente controvérsia, a parte final do inc. VI do art. 43 da LPI expressamente prevê que não haverá exaustão na hipótese de o produto patenteado ser “utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa”.*

*A toda evidência, a opção legislativa foi a de deixar claro que a exaustão, quando se cuida de patentes relacionadas à matéria viva, atinge apenas a circulação daqueles produtos que possam ser enquadrados na categoria de matéria viva não reprodutível, circunstância que não coincide com o objeto da pretensão dos recorrentes.*

O exemplo utilizado por *Barbosa e Barbosa* é esclarecedor:

Quem compra a espiga de milho, protegida por processo de reprodução, pode comer, vender, fazer pipoca ou enfeite de sala de jantar. Pode até mesmo plantar o milho num potinho na varanda. Mas não pode tornar-se competidor do titular da patente, reproduzindo milho para fins comerciais. (*op. cit.*, p. 611).

*Nuno Pires de Carvalho* ilustra a situação comentando julgado da Suprema Corte dos Estados Unidos:

O Tribunal entendeu que o agricultor não era protegido pela exaustão no caso de guardar sementes de uma colheita e replantá-las em seguida, posto que a exaustão não serve de argumento para permitir que o comprador produza os bens protegidos a partir daqueles que adquiriu. Na verdade, ao “replantar”, o agricultor não está plantando os artigos que comprou, mas sim plantando – pela primeira (e única) vez – os artigos que ele produziu a partir dos artigos que comprou. A exaustão só se dá quanto aos artigos que ele comprou, e não quanto aos que ele produziu. Assim, por meio de contrato, o titular (no caso, de uma patente) pode negar ao agricultor a exceção da UPOV, e este não pode alegar a exaustão em seu favor. (*Acordo TRIPS Comentado*. 2ª edição. Versão para Kindle, p. 603).

Acerca do tema, vale também a leitura da exposição detalhada por *Charlene Plaza*:

No Brasil não há aplicação da exaustão de direitos quando o produto patenteado seja utilizado para multiplicação ou propagação da matéria viva em causa.

Tal norma possibilita que terceiros, no caso de patentes relacionadas com matéria viva, utilizem, ponham em circulação ou comercializem um produto patenteado que haja sido introduzido licitamente no comércio (interno ou externo) pelo detentor da patente ou por detentor de licença, desde que o produto patenteado não seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa.

(PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila. *Das patentes aos royalties – o caso da soja transgênica da Monsanto*. In Revista de propriedade intelectual: direito contemporâneo e constituição. Aracaju, 2012, n. 1, p. 9)

*Denis Barbosa* é categórico ao afirmar que “a exaustão não se aplica, no Brasil, quando o produto patenteado seja utilizado para multiplicação ou propagação comercial da matéria viva em causa” (Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia Roundup Ready no Brasil. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição 7/2014, Out/2014, p. 425).

Nessa linha intelectual, entender que os agricultores representados pelos recorrentes possuem o direito de reservar o produto da soja RR (que contém tecnologia patenteada pelas recorridas) para replantio e posterior comercialização, bem como o de doar ou trocar essas sementes, equivale a esvaziar o conteúdo normativo do dispositivo em questão, tornando-o letra morta, o que se revela inadmissível do ponto de vista técnico-jurídico.

### **7. Conclusões: Proteção dos Direitos do Inventor em Função do Desenvolvimento de Processo ou Produto Relacionado à Transgenia.**

De tudo o que foi até aqui exposto, é possível extrair-se algumas conclusões.

Como as patentes em questão foram concedidas em razão da inserção de um gene que conferiu à planta uma função distinta da que naturalmente possuía, os direitos do titular do privilégio vão incidir sobre o atributo inoculado (que confere resistência ao glifosato) e, via de consequência, tendo a planta sido reproduzida e a nova geração conservado tal atributo, sobre ele também devem se projetar os direitos de exclusiva.

Os possíveis desdobramentos do alcance da proteção são esmiuçados por *Bruch, Vieira e Dewes*:

Se o inventor inserir um novo atributo em uma planta existente, tal como um novo gene com nova função, seu direito de propriedade industrial se restringe ao atributo inserido nesta e não se expande para toda a planta modificada. As outras plantas da mesma espécie que não receberam este novo atributo também continuarão não pertencentes a ele. Deste direito surgem três situações [...]:

1) Se esta planta com o novo atributo se replica, conservando nas plantas-filhas o atributo inserido originalmente, sobre este atributo tem o titular do DPI sua titularidade. Se esta planta replicada for utilizada por causa do atributo protegido, é lógico que este atributo dá ao seu titular o direito de cobrar pelo seu uso.

2) Contudo, se esta planta com o novo atributo for cultivada e o atributo inserido nela não permanecer na planta ou não for utilizado pelo usuário da planta, pode-se concluir que não cabe ao inventor do atributo reivindicar a cobrança de royalties pelo uso do novo atributo protegido.

3) Ademais, se esta planta com o novo atributo ou os produtos derivados dela forem utilizados, sendo que neste uso é irrelevante o novo atributo, não cabe ao inventor do atributo direito de cobrar sobre o seu uso.

[...]

Contudo, deve-se deixar claro que, em existindo o atributo protegido em uma planta, mesmo que esta planta em si seja protegida por terceiro, a existência desse atributo confere ao seu titular o direito de cobrar *royalties* pelo seu uso, bem como ao titular da proteção da cultivar.

(BRUCH, Kelly Lissandra; VIEIRA, Adriana Carvalho Pinto e DEWES, Homero. *A propriedade industrial: dupla proteção ou proteções coexistentes sobre uma mesma planta*. In *Propriedade intelectual e inovações na agricultura*. Org.: Antônio Márcio Buainain, Maria Beatriz Machado Bonacelli, Cássia Isabel Costa Mendes. Brasília: Rio de Janeiro: CNPq, FAPERJ, INCT/PPED, IdeiaD; 2015, p. 314).

Ou, na lição de *Plaza e Carraro*, “pela regra do art. 42, inciso II, da Lei n. 9.279/96, tem-se que um titular de patente de invenção, cuja proteção abarca novo atributo de uma planta, tal como um gene com nova função, tem o direito de explorar com exclusividade essa planta no Brasil ou vedar que terceiros a utilizem comercialmente, sem sua autorização” (PLAZA, Charlene Maria C. de Ávila e CARRARO, Fábio. *Propriedade Intelectual – patentes e cultivares*. In *Propriedade intelectual na agricultura*. Coord.: Plaza, Del Nero, Tarrega e Santos. Belo Horizonte: Fórum, 2012, p. 131).

Sobreleva consignar que o afastamento dos direitos conferidos aos titulares de patentes devidamente concedidas – como objetivam os recorrentes – teria aptidão para, além de malferir as disposições de direito interno consubstanciadas na LPI, frustrar compromissos assumidos pelo Brasil no âmbito da Organização Mundial do Comércio, pois resultaria em descumprimento do quanto estabelecido no art. 28, 1, do Acordo TRIPs, que estipula as garantias asseguradas ao inventor.

O “*privilégio do agricultor*” previsto na LPC, portanto, não é oponível ao titular de patentes de produto e/ou processo na hipótese de ser utilizada a matéria viva a elas relacionada para fins de multiplicação ou propagação comercial, pois não se trata de limitação estabelecida aos direitos tutelados pelo regime jurídico sobre o qual está assentado o sistema de patentes adotado pelo Brasil.

A tese defendida pelos recorrentes parte de um pressuposto manifestamente equivocado: o de querer fazer incidir às recorridas, titulares de direitos garantidos por cartas-patentes, as limitações previstas, exclusivamente, a detentores de certificados de proteção de cultivares.

De se referir, outrossim – o que corrobora a ausência de previsão no ordenamento jurídico vigente acerca das limitações postuladas pelas recorrentes sobre os direitos de propriedade intelectual das recorridas –, a existência de estudos, elaborados por doutrinadores especialistas na área, por meio dos quais se propõe, justamente, que a LPI seja modificada para que se faça nela constar normas restritivas que deem suporte a reivindicações como as aqui deduzidas.

É o caso dos seguintes artigos, de lavra, respectivamente, do Professor Denis Borges Barbosa e da Professora Carla Eugenia Calda Barros: *Proposta para regular a intercessão patente/cultivar* (disponível em [www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/patente\\_cultivar.pdf](http://www.denisbarbosa.addr.com/arquivos/200/economia/patente_cultivar.pdf)) e *A sobreposição dos direitos de propriedade intelectual em biotecnologia: patentes e cultivares. Modificações dos artigos 43 e 70 da Lei 9.279, de 14 de maio de 1996 (In Proteção Jurídica para as Ciências da Vida: Propriedade Intelectual e Biotecnologia. IBPI, 2012, pp. 81/172).*

A pretensão dos recorrentes, portanto, exigiria inovações normativas *de lege ferenda*.

A título de consideração final, impõe-se assentar que, muito embora a adoção em larga escala do cultivo de plantas modificadas por meio de transgenia venha acompanhada de uma série de questionamentos de natureza econômica, social, ambiental, alimentar e político-ideológica, o Poder Judiciário – sobretudo em sede de recurso de fundamentação vinculada, versando sobre questões restritas ao âmbito de sistemas protetivos de direitos de propriedade intelectual – não constitui a arena adequada para o enfrentamento dessas questões, não podendo elas servirem como condicionantes das razões de decidir do julgador.

No que concerne à alegação usualmente feita de que os direitos de propriedade intelectual criam monopólios, ainda que temporários, é importante lembrar que existem sensíveis diferenças entre seus efeitos e o funcionamento

da proteção à propriedade intelectual (quanto à matéria, confira-se o estudo conduzido por *Robert M. Sherwood*, in *Propriedade intelectual e desenvolvimento econômico*. São Paulo: *Edusp*, 1992).

Segundo *Sherwood* (*op. cit.*, pp. 60/62), a propriedade intelectual, como explanado no decorrer deste voto em relação às patentes, cria, tão somente, o direito de impedir/excluir terceiros do uso de um *produto* ou *processo* específico. O monopólio, por outro lado, se relaciona à capacidade de excluir qualquer produto ou processo de um determinado *mercado*, sendo notório que, no caso dos autos, a soja com a tecnologia patenteada pelas recorridas não se trata de produto que equivalha à totalidade do mercado brasileiro desse grão. De um lado, o Registro Nacional de Cultivares do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento (RNC) aponta, em 11/4/2019, mais de duas mil ocorrências para cultivares de soja; de outro, *Denis Barbosa* informa que “haveria pelo menos 75 cultivares com características de serem resistentes ao glifosato, mas este número compreende variedades que não são da Monsanto” (*Dois estudos sobre os aspectos jurídicos do patenteamento da tecnologia Roundup Ready no Brasil*. PIDCC, Aracaju, Ano III, Edição 7/2014, Out/2014, p. 431).

Ainda que se assuma como premissa que um novo mercado possa surgir como mera consequência de um único invento protegido, o que sucede é que o acesso a ele não estaria vedado senão em razão de deficiências técnicas, atribuíveis aos próprios potenciais competidores, em desenvolver produtos dotados de capacidade concorrencial. As barreiras à entrada nesse mercado não decorreriam, substancialmente, da proteção à propriedade intelectual.

Caso se tratasse, ao contrário, de um verdadeiro monopólio, mesmo que fossem envidados esforços de pesquisa e desenvolvimento que resultassem na criação de um produto ou processo competitivo, seria, por definição, impossível inseri-los no mercado, independentemente da proteção a direitos de propriedade intelectual.

Novamente, a doutrina de *Sherwood* é esclarecedora:

A propriedade intelectual pode oferecer uma vantagem importante, mas não é um monopólio. Num monopólio, especialmente quando for criado por iniciativa governamental, como é frequente em muitos países comunistas e em desenvolvimento, a empresa, na verdade, não fracassa porque ela é protegida. A propriedade intelectual protege a idéia, a invenção, a expressão criativa, mas não a empresa. No caso da propriedade intelectual, o produto da mente pode fracassar ou ser suplantado no mercado. No caso de um monopólio, é a própria empresa o objeto de proteção. (SHERWOOD, 1992, p. 61)

Não se pode, outrossim, cogitar da utilização, pelo Judiciário, do regime legal de proteção à propriedade intelectual para, por via indireta, corrigir eventuais imperfeições concernentes ao funcionamento do mercado. Resultados nesse sentido devem ser buscados na esfera própria destinada à defesa da concorrência e da ordem econômica, sob pena de se impor ao sistema de patentes uma função que não lhe cabe.

De se consignar, pode derradeiro, que, conforme destacado no acórdão recorrido, nada impedia que os agricultores representados pelos recorrentes empregassem a soja convencional em seus plantios, sem o custo relacionado a *royalties* ou taxa tecnológica; mas, a partir do momento em que optaram pelo cultivo de sementes modificadas por meio de invenção patenteada, inafastável o dever de contraprestação pela tecnologia utilizada. Se escolheram fazer uso desta variedade específica, é porque lhes pareceu economicamente vantajoso, devendo arcar com as consequências dessa opção.

#### **8. Tese Firmada para Efeito do art. 947 do CPC/15**

A tese a ser firmada, portanto, para efeito do art. 947 do CPC/15, é a seguinte: *as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 – aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares – não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo de variedades vegetais.*

#### **9. Conclusão da Hipótese Concreta**

Forte nessas razões, *nego provimento* ao recurso especial.

#### **VOTO-VISTA**

O Sr. Ministro Marco Buzzi: O presente apelo nobre descortina controvérsia acerca da possibilidade de produtores rurais de soja - sem discussão acerca de violação de direitos de propriedade intelectual das recorridas - reservarem de maneira livre o produto da soja transgênica denominada *Roundup Ready* (soja RR) para fins de replantio e/ou venda da produção desse cultivo como alimento ou matéria-prima.

Verifica-se que o pedido inicial, movido em sede de ação coletiva (fls. 1/31), foi parcialmente acolhido em primeiro grau de jurisdição. O dispositivo

ficou assim redigido, no que interessa: “(...) a) declarar o direito dos **pequenos, médios e grandes sogicultores brasileiros**, de reservar o produto cultivares de soja transgênica, para replantio em seus campos de cultivo e o direito de vender essa produção como alimento ou matéria-prima, **sem nada mais pagar a título de royalties, taxa tecnológica ou indenização**, nos termos do art. 10, incisos I e II da Lei n.º 9.456/97, a contar do dia 01.09.2010; b) declarar o direito dos **pequenos, médios e grandes sogicultores brasileiros** que cultivam soja transgênica, de doar ou trocar sementes reservadas a outros pequenos produtores rurais, nos termos do art. 10, inciso IV, §3º e incisos, da Lei n.º 9.456/97, a contar do dia 01.09.2010; c) determinar que as requeridas se abstenham de cobrar royalties, taxa tecnológica ou indenização, sobre a comercialização da produção da soja transgênica produzida no Brasil, a contar da safra 2003/2004; d) condenar as requeridas devolvam (sic) os valores cobrados sobre a produção da soja transgênica a partir da safra 2003/2004, corrigida pelo IGPM e acrescida de juros de 1% ao mês, a contar da safra 2003/2004, tudo a ser apurado em liquidação de sentença; e) conceder de ofício, a liminar para determinar a imediata suspensão na cobrança de royalties, taxa tecnológica ou indenização, sobre a comercialização da produção da soja transgênica produzida no Brasil, sob pena de multa diária no valor de 1.000.000,00 (um milhão de reais); f) condenar as requeridas ao pagamento integral das custas e honorários advocatícios que fixo em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), corrigido pelo IGPM a contar desta data (art. 21, § único, do CPC)” (fls. 3367/3416)

Portanto, o r. juízo a quo acolheu em parte o pedido inicial e garantiu aos pequenos, médios e grandes sogicultores brasileiros a possibilidade de reservar, replantar e/ou trocar sem recolhimento de royalties em favor das ora recorridas, titulares das patentes objeto da presente controvérsia, ao argumento de que, em resumo “(...) as requeridas podem cobrar royalties, taxa tecnológica ou indenização, por ocasião do licenciamento da tecnologia Roundup Ready para que terceiros desenvolvam cultivares de soja com a tecnologia, e até em relação às sementes geneticamente modificadas (RR), conforme art. 10 da Lei de Cultivares, mas jamais sobre o produto vivo (soja).” (fl. 3391)

Em sede de apelação (fls. 3449/3535), por maioria de votos, o eg. Tribunal de origem reformou a sentença de modo a julgar *improcedentes* os pedidos, invertendo os ônus sucumbenciais. (fls. 4554/4568) Opostos embargos infringentes (fls.4598/4645), esses foram rejeitados, por maioria de votos. (fls. 5150/5282) Embargos de declaração foram acolhidos apenas para afastar a condenação em honorários advocatícios.

Daí a interposição de *recurso especial*, apresentado pelo *Sindicato Rural de Passo Fundo/RS* e *Outros*, que, além de dissídio jurisprudencial, alegam violação dos artigos 2º, 7º e 10 da Lei 9.456/97 (Lei Proteção de Cultivares); do art. 2.1 da UPOV/78 (União para a Proteção das Obtenções Vegetais), promulgado pelo Decreto 3.109/99; dos arts. 18, III, parágrafo único, e 42 da Lei 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial). Aduzem, em resumo, que: i) “(...) o acórdão dos Embargos Infringentes teve por entender que a cobrança de royalties, de condutas perfeitamente excepcionadas pelo ordenamento, seria admitida, uma vez que as Recorridas seriam titulares de uma patente, afeita ao processo de inserção de um gene (transgenia) na semente, então, protegível (e protegida) por cultivar.” **Dizem, outrossim, que** “(...) Embora o acórdão reconhecesse a existência da Lei de Proteção de Cultivares e de toda a sua sistemática, entendeu-se que haveria eventual omissão inexistente entre os Sistemas *Patentário e de Cultivares*, tendo sido, desse modo, desconsiderada regra expressa da Lei de Proteção de Cultivares (artigo 2º), comando normativo obrigatório de Tratado Internacional ratificado (...) e também toda a ratio pertinente à construção deste arcabouço jurídico.” **Citam**, nesse contexto, que “(...) o TJRS a quo (reformando a sentença de primeiro grau) – na crença de que o direito à propriedade industrial seria absoluto e na assunção de uma (inexistente) omissão regulatória entre os sistemas – entendeu, como ressaltado, pela prevalência da patente e de todas as regras que lhe são pertinentes – violando, assim, a sistemática expressa e cogente relativa à LPC.” **Argumentam**, finalmente, que “(...) Apesar de ser permitido patenteamento de um processo de criação de um ser vivo transgênico, a Lei de Propriedade Industrial apresenta expressa vedação para patenteamento de produtos vivos, em seu artigo 18, III. Na hipótese, todo ou parte de seres vivos não são patenteáveis. A esta regra fogem apenas os ‘microorganismos transgênicos’, os quais a própria Lei conceitua como ‘organismos, exceto o todo ou parte de plantas ou de animais, que expressem, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.’” Indicam, em favor de sua tese recursal, dissídio jurisprudencial com julgados do TJ/MT e TJ/BA, corroborado com decisão da Corte Argentina. (fls. 5308/5335)

Admitido o processamento do apelo nobre (fls. 5503/5515), os autos ascenderam ao STJ sendo distribuídos à Relatoria deste signatário que, consoante a regra do art. 71, §1º, do RISTJ, determinou a redistribuição do feito a um dos integrantes da eg. Terceira Turma.

Após redistribuição, a Segunda Seção, em voto conduzido pela e. Relatora, Min. Nancy Andrighi, por unanimidade, afetou o julgamento do presente

recurso especial como incidente de assunção de competência, destacando o seguinte tema a ser objeto de deliberação: “(...) *definir se é possível conferir proteção simultânea – pelos institutos da patente de invenção (Lei 9.279/96) e da proteção de cultivares (Lei 9.456/97) – a sementes de soja Roundup Ready, obtidas mediante a técnica da transgenia, e, como corolário, se é ou não facultado aos produtores rurais o direito de reservar o produto de seu cultivo para replantio e comercialização como alimento ou matéria prima, bem como o direito de pequenos agricultores de doar ou trocar sementes reservadas no contexto de programas oficiais*” (fls. 5900/5918).

O Ministério Público Federal ofertou parecer opinando pelo provimento do recurso especial. (fls. 6.005/6016)

Apregoado o feito na assentada do dia 12/06/2019, a e. Relatora, Min. Nancy Andrighi votou no sentido de *negar provimento ao apelo recursal* e, para efeito do art. 947 do CPC/15, formulou a tese repetitiva.

#### **Dentre seus fundamentos, é possível destacar, em resumo:**

i) “(...) *Patentes e proteção de cultivares são diferentes espécies de direitos de propriedade intelectual, que objetivam proteger bens intangíveis distintos. Não há incompatibilidade entre os estatutos legais que os disciplinam, tampouco prevalência de um sobre o outro, pois se trata de regimes jurídicos diversos e complementares, em cujos sistemas normativos inexistem proposições contraditórias a qualificar uma mesma conduta*”;

ii) “(...) *A marcante distinção existente entre o regime da LPI e o da LPC compreende, dentre outros, o objeto protegido, o alcance da proteção, as exceções e limitações oponíveis aos titulares dos respectivos direitos, os requisitos necessários à outorga da tutela jurídica, o órgão responsável pela análise e emissão do título protetivo e o prazo de duração do privilégio.*”;

iii) “(...) *O âmbito de proteção a que está submetida a tecnologia desenvolvida pelas recorridas não se confunde com o objeto da proteção prevista na Lei de Cultivares: as patentes não protegem a variedade vegetal, mas o processo de inserção e o próprio gene por elas inoculado nas sementes de soja RR. A proteção da propriedade intelectual na forma de cultivares abrange o material de reprodução ou multiplicação vegetativa da planta inteira, enquanto o sistema de patentes protege, especificamente, o processo inventivo ou o material geneticamente modificado.*”;

**Ao final, para efeito do art. 947 do CPC/15, sua Excelência propôs a seguinte tese:**

*“as limitações ao direito de propriedade intelectual constantes do art. 10 da Lei 9.456/97 - aplicáveis tão somente aos titulares de Certificados de Proteção de Cultivares - não são oponíveis aos detentores de patentes de produto e/ou processo relacionados à transgenia cuja tecnologia esteja presente no material reprodutivo de variedades vegetais.”*

Iniciado o debate, este signatário solicitou vista dos autos para melhor exame.

**É o relatório.**

**Acompanha-se a e. Relatora.**

**1 - Os métodos mais adequados de solução de conflitos e a alta capacidade litigiosa das partes. Direitos disponíveis.**

Inicialmente, a fim de dar cumprimento à ideia de que compete a todos que participam da relação processual estimular a realização das práticas voltadas à resolução de conflitos por métodos alternativos à jurisdição tradicional, expediente que se tornou impositivo no novel Código de Processo Civil, a teor do art. 3º, § 3º, do CPC/2015, calha registrar e lamentar que, perante as instâncias ordinárias, foram tímidas as tentativas de utilização de tais instrumentos jurídicos vocacionados a conferir pacificação social, mormente considerando-se que, apesar de controvertida e complexa, a contenda ora em liça versa sobre direito disponível, passível, dessa forma, de acordo entre os ora litigantes.

É necessária, portanto, a mudança de mentalidade quanto aos métodos de solução de conflitos, tanto por parte dos jurisdicionados, quanto dos operadores do Direito.

**2 - Agronegócio Brasileiro - Breve Panorama. Relevante Importância Econômica e Social.**

Antes de adentrar no mérito da controvérsia, reputa-se relevante destacar o panorama econômico e social da atividade do agronegócio brasileiro. Conquanto divulgada sua importância para composição do PIB (Produto Interno Bruto), quando há querelas de repercussão econômica, como esta ora em debate, impõe-se examinar determinados e específicos dados estatísticos acerca do agronegócio, sejam eles oficiais - oriundos do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - ou de entidades que representam o setor - Confederação

Nacional da Agricultura - os quais confirmam, de maneira objetiva e escoreita, a representatividade e relevância social do agronegócio na economia do país, porquanto os números, de fato, são superlativos.

Segundo referenciais fornecidos pela Confederação Nacional da Agricultura e Pecuária, no ano de 2016, a soma de bens e serviços gerados pelo agronegócio chegou a R\$ 1,3 trilhão, equivalente a 23,6% do PIB brasileiro, valendo frisar, por oportuno, a participação, cada vez maior em tais números, da produção e exportação de grãos de soja, cujo valor bruto de produção (VBP) alcançou o importe, em 2018, de R\$ 127,7 bilhões de reais. Confira-se: “cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro.” (acesso em 24/09/2019)

Além disso, informações publicadas na página oficial do Ministério da Agricultura e Abastecimento indicam que, na safra de 2017/2018, a área total de plantações no Brasil alcançou o patamar de 61,7 milhões de hectares, resultando em colheita de grãos de 227,8 milhões de toneladas. Para o ano de 2019, espera-se o aumento da produtividade, de modo a resultar em 234,1 milhões de toneladas colhidas, em espaço territorial plantado de 62,6 milhões de hectares. “agricultura.gov.br/assuntos/politica-agricola/agropecuaria-brasileira-em-numeros.”

Ou seja, *é previsto* o aumento na colheita de grãos, com pequeno incremento da área plantada, demonstrando-se, uma vez mais, a altíssima capacidade produtiva do agronegócio, resultado, sem dúvida, da excelente qualidade dos agricultores brasileiros, *aliada* às inovações tecnológicas existentes nos insumos por estes utilizados (máquinas, implementos agrícolas), bem como, destacadamente, a eficiência produtiva das *sementes* que, na *hipótese dos autos*, foram, de maneira incontroversa (fls. 2170/2216), desenvolvidas pelas ora recorridas e são capazes de resistir, com maior eficácia, aos efeitos dos defensivos agrícolas, em especial, o glifosato, propiciando, assim, melhor produtividade da lavoura sem, contudo, aumentar o espaço territorial cultivado.

*É importante* ressaltar essa perspectiva: a *parceria* existente entre o homem do campo, com sua *expertise*, seu labor e dedicação e o acesso a insumos agrícolas de alta capacidade produtiva releva-se absolutamente *exitosa, sustentando*, em grande parte, a composição do PIB Nacional, especialmente nos últimos anos em que, cediço, a economia do país enfrentou e ainda enfrenta dificuldades de recuperação. (cf. *Lenta recuperacao da economia brasileira reflete problemas estruturais*. Disponível em: <https://www.poder360.com.br>; *PIB do Brasil só recuperou 30% do que foi perdido na crise econômica*. Disponível em: <https://exame>.

abril.com.br/economia/pib-do-brasil-so-recuperou-30-do-que-foi-perdi-do-na-crise-economica. Acesso em 25/09/2019; *Ipea prevê recuperação econômica gradativa a partir de 2020*. Disponível em: <https://g1.globo.com/economia/noticia/2019/06/27/ipea-preve-recuperacao-economica-gradativa-a-partir-de-2020.ghtml>. Acesso em 25/09/2019; *Economia brasileira mostra ritmo fraco de crescimento neste 3º trimestre*. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/09/economia-brasileira-mostra-ritmo-fraco-de-crescimento-neste-3o-trimestre.shtml>. Acesso em 25/09/2019).

Nesse contexto, vale destacar que, atualmente, o agronegócio emprega 1 em cada 3 trabalhadores brasileiros, segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios - PNAD, elaborado pelo IBGE - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Vide: “<https://www.cnabrazil.org.br/cna/panorama-do-agro>” (Acesso em 25/09/2019).

*Evidentemente*, aliada à questão econômica - e sua representatividade na composição do PIB Nacional -, e social - fundamentada na existência de postos de trabalhos -, encontra-se a necessidade de se observar a sustentabilidade ambiental, esta traduzida na exigência, prevista nos artigos 3º, II, e 12, ambos do Novo Código Florestal (Lei n. 12.561/12), os quais, respectivamente, contêm previsão de manutenção, tanto de áreas de preservação permanentes, bem como de reservas legais, de modo a reafirmar a importância da função estratégica do agronegócio, aliado ao necessário respeito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, a teor da exigência constitucional (art. 225, da CF).

Essas circunstâncias, *vistas em conjunto*, traduzem, inegavelmente, o sucesso da parceria entre os produtores rurais (pequenos, médios e grandes) e o desenvolvimento tecnológico, aqui demonstrado, pela soja transgênica denominada *Roundup Ready* (soja RR), criada e patenteada pelas ora recorridas e disponibilizada aos agricultores por meio do pagamento de royalties, cuja observância é medida que se impõe, nos termos do voto proferido pela e. Relatora.

### **3. Do mérito recursal - delimitação normativa:**

No que concerne à questão de mérito alçada neste recurso, observa-se que a discussão cinge-se, basicamente, em saber se a utilização de biotecnologia pelos produtores rurais, consubstanciada no cultivo de soja geneticamente modificada por intermédio da tecnologia conhecida como soja RR, submete-se à disciplina

da Lei n. 9.279/96, que trata da proteção industrial, ou à Lei n. 9.456/97, que estabelece as diretrizes sobre a proteção de cultivares.

Definir a conformação legal sobre o tema implicará no exame acerca da necessidade, ou não, de os produtores terem que pagar uma denominada “taxa tecnológica”, consubstanciada em *royalties*, tanto sobre as sementes que reservam para si após a colheita, quanto sobre aquelas destinadas ao pós-plantio.

Daí o cerne da controvérsia porquanto, de um lado, aos recorrentes parece correto sustentar que os referidos *royalties* foram pagos quando da aquisição das sementes, nada mais sendo devido pelos produtores, seja quando reservam grãos, seja quando os utilizam para replantio, nos termos preconizados na Lei de Proteção de Cultivares. De outro lado, a recorrida expressa fundamento no sentido de que a utilização da Soja RR, pelos produtores rurais, enseja o pagamento de *royalties*, tanto na aquisição dos grãos, quanto na sua eventual reserva e no pós-plantio, nos termos da Lei de Proteção Industrial.

Nesse contexto, é incontroverso que a recorrida - MONSANTO - detém a patente de invenção (registrada no INPI sob n. PI 110008-82), cuja inovação biotecnológica introduz modificações genéticas nas sementes de soja, tornando-a resistente a defensivos agrícolas, em especial, o glifosato, aumentando, por conseguinte, a produtividade por hectare plantado com esse insumo. Ou seja: introduziu-se, por técnica inovadora, melhoramento na estrutura íntima da soja, cujo resultado foi o aparecimento de uma variedade desse vegetal com melhor desenvolvimento, sobretudo em relação ao enfrentamento de determinados agentes biológicos artificiais (glifosato) e/ou naturais (pragas orgânicas).

Com efeito, cumpre gizar que o art. 18, da Lei de Patentes estabelece *in verbis*: *Art. 18. Não são patenteáveis: (...) III - o todo ou parte dos seres vivos, exceto os micro-organismos transgênicos que atendam aos três requisitos de patenteabilidade - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, previsto no art. 8º e que não sejam mera descoberta.*” (grifos nossos) O parágrafo único do referido dispositivo, complementa essa disposição ao definir que microorganismos transgênicos são aqueles “**organismos que expressam, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais.**” (grifos nossos)

Daí a consequência lógica e inexorável no sentido de que, se o processo inventivo biotecnológico subjacente às sementes RR é patenteável - tanto que o próprio INPI concedeu o registro n. 110008-82 - em razão da expressa exceção contida no dispositivo supramencionado, não há como excluir dessa

possibilidade os efeitos decorrentes da proteção industrial, atinentes à defesa da patente, consoante dispõem os artigos 209 e 210, da Lei n. 9.279/1996, quais sejam, a autorização de uso, bem como o pagamento de *royalties*.

A corroborar essa conclusão, a doutrina especializa sustenta “(...) *Se uma patente é concedida, o titular do produto ou processo patenteado goza de ampla gama de direitos exclusivos conferindo ao seu titular o direito de impedir terceiro, sem o seu consentimento, de produzir, usar, colocar à venda, vender ou importar seu produto.*” (ut. **OLIVEIRA NETO, Geraldo Honório**. *Manual de direito das patentes*. São Paulo: Pilares, 2017, p. 171-173). Com outras palavras, mantendo-se, contudo, a ideia central, veja-se: “(...) *O registro torna certa a data da apropriação da patente e fixa os seus elementos, além de fazer público o ato da apropriação. Mas o seu efeito principal, como declara a lei, é assegurar ao seu titular o direito ao uso exclusivo da patente e, como consequência, o direito de impedir que outros a empreguem para o mesmo fim. [...] Assegurando ao proprietário da patente o direito ao seu uso exclusivo, o registro fixa, ao mesmo tempo, a extensão desse direito. A lei protege tudo o que se acha compreendido no registro no que respeita à composição da patente como no que se refere às suas aplicações.*” (ut. **CERQUEIRA, João da Gama**. *Tratado da Propriedade Industrial*. Vol. 2. Tomo 2. Parte 3. Rio de Janeiro: Revista Forense, 1956, p. 76-77)

Na mesma linha, vale conferir os estudos de: MANARA, Cecília. ADOLFO, Luiz Gonzaga Silva; MORAES, Rodrigo (Coords.). *Propriedade intelectual em perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 10-11; BARBOSA, Denis Borges. *Tratado da propriedade intelectual*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 516-518; BARBOSA, Denis Borges. *Sinais distintivos e tutela judicial e administrativa: o direito constitucional dos signos distintivos*. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 10-11.

A propósito, precedentes da Casa perfilham conclusões semelhantes, exaradas em casos análogos, consoante as seguintes ementas:

Recurso Especial. Propriedade Intelectual. Medicamentos. Patente Mailbox. Sistema Transitório. Acordo Trips. Prazo de Vigência. Regra Específica. 20 anos Contados da Data do Depósito. INPI. Desrespeito ao Prazo Legal de Análise. Consequências Jurídicas. Ausência de Previsão Legal. Imposição dos Ônus Decorrentes da Demora à Sociedade. Ausência de Razoabilidade. Violação da Boa-Fé e da Segurança Jurídica. Não Ocorrência. Interpretação Passível de Gerar Tratamento Discriminatório a Setores Tecnológicos Específicos. Tratado Internacional e Lei Interna. Paridade Hierárquica. Precedente do STF.

(...)

*O autor do invento possui tutela legal que lhe garante impedir o uso, por terceiros, do produto ou processo referente ao requerimento depositado, além de indenização por exploração indevida de seu objeto, a partir da data da publicação do pedido (e não apenas a partir do momento em que a patente é concedida).*

Dessa forma, apesar da expedição tardia da carta-patente pelo INPI, a invenção do recorrente não esteve, em absoluto, desprovida de amparo jurídico durante esse lapso temporal.

Recurso especial não provido.

REsp 1721711 / RJ, Rel. Min. *Nancy Andrighi*, DJe de 20/04/2018. (grifos nossos)

Agravo Interno no Recurso Especial. Civil e Empresarial. Propriedade Industrial. Marca. Uso Indevido. Violação do art. 535 do CPC/73. Inexistência. Danos Morais. Presunção. Agravo Interno não Provido.

[...] 3. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento de que, na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais e morais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação.

4. No caso dos autos, a Corte de origem, analisando o acervo fático-probatório dos autos, reconheceu o uso indevido de marca pela agravante, que adotou a expressão de uso exclusivo da agravada, não especificando que se tratava de película escurecedora, porém não produzida pela empresa autora, o que impõe o dever de indenizar.

5. Agravo interno a que se nega provimento.

AgInt no REsp 1444464/SP, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 28/11/2017, DJe 15/12/2017.

*Comercial e Processual Civil. Agravo Regimental. Recurso Especial. Patente. Contrafação. Indenização Devida. Desprovimento.* I. "Na hipótese de contrafação de marca, a procedência do pedido de condenação do falsificador em danos materiais deriva diretamente da prova que revele a existência de contrafação, independentemente de ter sido, o produto falsificado, efetivamente comercializado ou não." (3ª Turma, REsp n. 466.761/RJ, Relatora Ministra *Nancy Andrighi*, unânime, DJU de 04.08.2003). II. Agravo regimental desprovido.

AgRg no REsp 1097702/RS, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, *Quarta Turma*, julgado em 03/08/2010, DJe 30/08/2010

*E ainda:* REsp 1327773/MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 28/11/2017, DJe 15/02/2018; AgRg no REsp 1396962/BA, Rel. Ministro *João Otávio De Noronha*, *Terceira Turma*, julgado em 21/08/2014, DJe 01/09/2014; REsp 1281448/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, *Terceira Turma*, julgado em 05/06/2014, DJe 08/09/2014.

**Por sua vez**, a variedade vegetal denominada cultivar é assim definida pelo art. 3º, IV, da Lei de Cultivares: “(...) *Art. 3º. Considera-se, para os efeitos desta lei: (...) IV – cultivar: a variedade de qualquer gênero ou espécie vegetal superior que seja claramente distinguível de outras cultivares conhecidas por margem mínima de descritores, por sua denominação própria, que seja homogênea e estável quanto aos descritores através de gerações sucessivas e seja de espécie passível de uso complexo agro-florestal, descrita em publicação especializada disponível e acessível ao público, bem como a linhagem componente de híbridos.*” (grifos nossos) **Ademais, o art. 2º, da referida lei estabelece que** “(...) *A proteção dos direitos relativos à propriedade intelectual referente a cultivar se efetua mediante a concessão de Certificado de Proteção de Cultivar, considerado bem móvel para todos os efeitos legais e a única forma de proteção de cultivares e de direito que poderá obstar a livre utilização de plantas ou de suas partes de reprodução ou de multiplicação vegetativa, no País.*” **Finalmente, a redação do art. 8º, da Lei de Cultivares preconiza que** “(...) *A proteção da cultivar recairá sobre o material de reprodução ou de multiplicação vegetativa da planta inteira.*” (grifos nossos)

Desse modo, é importante registrar, em síntese, que a Lei n. 9.456/97 objetiva *amparar* - por meio da concessão do Certificado de Proteção de Cultivar - e *estimular* o agricultor no desenvolvimento e melhoramento genético de plantas (cultivares) quando da realização, por exemplo, do cruzamento de espécies distintas e/ou inserção de elementos orgânicos novos, com o desiderato de melhor adaptá-las às variadas condições de solo, clima e regiões do país, de modo a possibilitar o incremento na produtividade da lavoura.

Nesse sentido, confirmam-se estudos da doutrina especializada: Vasconcelos Neto, Orlando. *Lei de Proteção de Cultivares. Melhoramento de Espécies Cultivadas*. Revista da Universidade Federal de Viçosa/MG, 2009, p. 769-777; Galvão, Paulo André Martins. *Direitos de Propriedade intelectual em inovações vegetais arbóreas para plantios florestais no Brasil*. Ed. Colombo. Embrapa Florestas, 2001, p. 41.

Assim, é possível inferir que a lei de cultivares busca *proteger/fomentar o desenvolvimento da planta por meio da atuação do agricultor melhorista, consistente no aprimoramento de elementos vegetais de plantas já existentes na natureza*, levando-se em conta seus atributos, propriedades e qualidades originárias para fins de “multiplicação vegetativa da planta inteira”, consoante dispõe a parte final do art. 8º da referida lei de regência da matéria.

A seu turno, conforme já destacado, o art. 18, III, parágrafo único, da Lei de Propriedade Industrial *confere* àquele que demonstrar, perante o INPI, a

criação biotecnológica - consubstanciada no desenvolvimento de “*organismos que expressam, mediante intervenção humana direta em sua composição genética, uma característica normalmente não alcançável pela espécie em condições naturais*” - a concessão do registro de patente e, por conseguinte, de seus consectários legais.

*Em outras palavras*, por um lado, enquanto a Lei n. 9.456/97 aplica-se àquele que possui o Certificado de Proteção Cultivar, obtido perante o Ministério da Agricultura, com prazo de validade de 10 (dez) anos, a fim de fomentar a reprodução e/ou desenvolvimento vegetativo da planta inteira e, por imperativo lógico, *já existentes na natureza*. Por outro lado, na lei de propriedade industrial exige-se que a obtenção do registro deve ser realizada pelo Instituto Nacional de Propriedade Industrial - INPI, após demonstração de seus correlatos requisitos - novidade, atividade inventiva e aplicação industrial - cuja validade varia de 10 a 20 anos, a teor do art. 40, do referido normativo, e tem como objeto a proteção de microorganismos *geneticamente modificados pela atuação/intervenção humana* “(...) *não alcançável pela espécie em condições naturais*.” Assim, os objetos de proteção dos referidos instrumentos normativos - lei de cultivares e a lei de propriedade industrial - de fato, são distintos.

*Contudo*, quando da aplicação dos regramentos ora em tela, o intérprete deverá observar o caráter *complementar* existente entre os referidos comandos normativos, conforme indicou o próprio Relator da matéria no âmbito do Senado Federal - Senador Jonas Pinheiro - ao apresentar, perante a Comissão de Assuntos Econômicos, material legislativo com a exposição dos objetivos da Lei de Cultivares - juntado às fls. 246/248 dos presentes autos - preconizando orientação segundo a qual “(...) *A Lei de Proteção de Cultivares se complementa à Lei de Propriedade Industrial (Lei de Patentes), recentemente aprovada*” (grifos nossos).

De rigor, portanto, que na hipótese de atuação dos agricultores (melhoristas) no desenvolvimento de cultivares, seu replantio, a reserva de sementes para utilização e/ou comercialização futura, impõe-se, em tais condutas, seja observada e respeitada a existência de patentes - como identificada na hipótese dos autos - e os consectários daí decorrentes, como a autorização de uso de seu titular, bem como o recolhimento de *royalties* e eventual indenização por utilização indevida, consoante dispõe a Lei de Patentes, em seus artigos 2º, 41, 42, 43 e 44.

*Assim*, sem deixar de estimular o agricultor no desenvolvimento e melhoramento genético de plantas (cultivares), com o objeto de melhor adaptá-

las às variadas condições de solo, clima e regiões do país, de modo a possibilitar o incremento na produtividade da lavoura, de rigor a observância da eventual existência de patente de invenção, devidamente registrada no INPI, a incidir sobre sementes utilizadas na atividade do melhorista.

**Portanto**, demonstrada perante o INPI o exercício de uma atividade inventiva, esta compreendida no conceito segundo o qual trata-se “(...) *de uma criação da inteligência humana, que se utiliza das forças naturais para a solução efetiva de um problema novo e que visa à satisfação das necessidades práticas ou de ordem técnica da humanidade.*” (ut. LOUREIRO, Luiz Guilherme. Patente e biotecnologia. Revista de Direito Mercantil, São Paulo. n. 216, p. 209), exige-se o respeito à Lei de Patentes, especialmente, no caso dos autos em que, de **maneira incontroversa**, a patente das ora recorridas foi concedida pelo INPI porque ficou demonstrado que as mesmas comprovaram o desenvolvimento inventivo consistente em “*um conjunto de elementos genéticos organizados estruturalmente e ligados para codificar uma proteína com ação enzimática que confira tolerância ao herbicida glifosato.*”, consoante a carta de patentes juntadas às fls. 2170/2216.

*Sendo assim*, na hipótese de se constatar que, no exercício da atividade laboral do melhorista/agricultor, no desenvolvimento de cultivares a fim de obter a multiplicação vegetativa da planta inteira, a teor do art. 8º da Lei de Cultivares, houve a utilização de elementos decorrentes de processo inventivo, obtidos mediante o exercício de atividade inovadora, com aplicação industrial - tal como na hipótese dos autos em relação à soja *Roundup Ready (RR)* - e devidamente patenteados pelo INPI, há que se respeitar de maneira rigorosa e estrita a Lei de Propriedade Industrial e seus consectários, impondo-se, por conseguinte, a concessão de autorização de uso de seus respectivos titulares, bem como o pagamento de *royalties*, de modo a demonstrar, segundo escólio doutrinário, o “(...) *balanceamento equitativo de direitos e obrigações, entre produtores e usuários de tecnologia, numa forma que conduza ao bem estar econômico e social.*” (ut. BARBOSA, Denis Borges. Propriedade Intelectual: a aplicação do acordo TRIPs. 2ª Edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 58/59.).

Na mesma linha, confira-se: LOUREIRO, Luiz Guilherme. Patente e biotecnologia. Revista de Direito Mercantil, São Paulo. n. 216, p. 23-24; FIGUEIREDO, Luciana. Patentes em biotecnologia. Revista de Biotecnologia, Ciência e Desenvolvimento. n. 36, p. 34, 2016.

*Sendo assim*, exigindo-se do interessado ao registro de patente a efetiva demonstração de um resultado criativo - e não simples descoberta de algo

já existente na natureza - que traga consigo a possibilidade de exploração industrial, é necessário, portanto, superado esse procedimento administrativo, a devida proteção ao inventor.

Com esse norte hermenêutico, é *incontroverso*, na hipótese dos autos (fls. 3/5, 451/518, 5308/5335), a *utilização* pelos ora recorrentes, no exercício da atividade de melhoramento de sementes (cultivares), em suas varias formas (plantio, replantio, reserva, cruzamento, etc), de elementos genéticos decorrentes de processo inventivo, obtidos em favor das ora recorridas, mediante o exercício de atividade inovadora e devidamente patenteadado pelo INPI, sendo de rigor, consoante destacado alhures, observância à Lei de Propriedade Industrial (Lei n. 9.279/96), exigindo-se, por conseguinte, a autorização de uso de seus respectivos titulares, bem como o pagamento de *royalties*.

4. Do exposto, acompanha-se o voto proferido pela e. Relatora, Min. Nancy Andrichi.

É o voto.

---

#### **RECURSO ESPECIAL N. 1.723.519 - SP (2018/0023436-5)**

---

Relatora: Ministra Maria Isabel Gallotti

Recorrente: Esser Alaska Empreendimentos Imobiliarios Ltda

Advogado: Mauricio Ozi e outro(s) - SP129931

Recorrido: Maria Jose Danieli Leite

Recorrido: Paulo Sergio Danieli Leite

Advogado: João Lucio Niedzielski Leite e outro(s) - SP306038

---

#### **EMENTA**

Recurso Especial. Ação de Rescisão de Contrato de Promessa de Compra e Venda de Imóvel. Contrato Anterior à Lei 13.786/2018. Incorporação Imobiliária. Desistência Imotivada do Promissário

Comprador. Restituição Parcial. Devolução ao Promissário Comprador dos Valores Pagos com a Retenção de 25% por Parte da Vendedora. Juros de Mora. Termo Inicial. Trânsito em Julgado. Precedente Firmado em Julgamento de Recurso Repetitivo.

1. A despeito do caráter originalmente irretratável da compra e venda no âmbito da incorporação imobiliária (Lei 4.591/1964, art. 32, § 2º), a jurisprudência do STJ, anterior à Lei 13.786/2018, de há muito já reconhecia, à luz do Código de Defesa do Consumidor, o direito potestativo do consumidor de promover ação a fim de rescindir o contrato e receber, de forma imediata e em pagamento único, a restituição dos valores pagos, assegurado ao vendedor sem culpa pelo distrato, de outro lado, o direito de reter parcela do montante (Súmula 543/STJ).

2. Hipótese em que, ausente qualquer peculiaridade, na apreciação da razoabilidade da cláusula penal estabelecida em contrato anterior à Lei 13.786/2018, deve prevalecer o parâmetro estabelecido pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE, DJe 4.10.2012, sob a relatoria para o acórdão do Ministro Sidnei Beneti, a saber o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, reiteradamente afirmado por esta Corte como adequado para indenizar o construtor das despesas gerais e desestimular o rompimento unilateral do contrato. Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento.

3. Nos termos da jurisprudência desta Corte, firmada pela Segunda Seção em julgamento submetido ao rito dos recursos repetitivos, “nos compromissos de compra e venda de unidades imobiliárias anteriores à Lei n. 13.786/2018, em que é pleiteada a resolução do contrato por iniciativa do promitente comprador de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros de mora incidem a partir do trânsito em julgado da decisão” (REsp 1.740.911/DF, DJe 22.8.2019).

4. Recurso especial parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Prosseguindo o julgamento, após o voto-vista antecipado do Sr. Ministro Moura Ribeiro com parcial ressalva de entendimento, no que foi acompanhado pelos Srs. Ministros Nancy Andrichi e Marco Aurélio Bellizze, a Segunda Seção, por maioria, deu parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora. Os Srs. Ministros Antonio Carlos Ferreira, Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Buzzi, Luis Felipe Salomão e Raul Araújo votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Nancy Andrichi e Marco Aurélio Bellizze acompanharam o Sr. Ministro Moura Ribeiro por parcial ressalva de ponto de vista.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 28 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministra Maria Isabel Gallotti, Relatora

---

DJe: 2.10.2019

## RELATÓRIO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti: Trata-se de recurso especial interposto por *Esser Alaska Empreendimentos Imobiliários Ltda*, com fundamento na alínea “a” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Sétima Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 315):

*Apelação.* Ação de rescisão contratual cumulada com devolução de valores. Contrato de compromisso de compra e venda. Sentença de procedência. Inconformismo da requerida. Contrato regido pelo CDC. É direito potestativo do contratante rescindir unilateralmente a promessa de compra e venda, assumido o ônus da rescisão, porquanto, ainda que o contrato faça lei entre as partes, não se pode impor a ninguém ficar eternamente vinculado. Retenção de 10% do valor pago pelos autores. Quantia que se mostra suficiente para compensar os custos operacionais oriundos do desfazimento do negócio jurídico. Precedentes jurisprudenciais. Acerto da incidência dos juros de mora a contar da citação por se tratar de relação contratual. Correção monetária, todavia, que deve incidir a partir dos desembolsos dos valores pelos autores. Recurso que se nega provimento, com observação.

A recorrente aponta ofensa aos artigos 389, 394 e 402 do Código Civil, alegando que o percentual estabelecido no acórdão não representa indenização dos prejuízos suportados, uma vez que sequer cobre os gastos, inclusive tributos, e as despesas, as quais não podem ser individualizadas por unidade habitacional, devendo ser respeitada a cláusula penal, que fixa a retenção em 40% (quarenta por cento) das prestações quitadas.

Adiciona que sofrerá prejuízo, pois a crise econômica impõe a revenda incerta, por valor inferior, ante a desvalorização do bem imóvel. Ressalta que o imóvel foi vendido em setembro de 2013, quando a demanda imobiliária era farta, e o distrato unilateral ocorreu em abril de 2016, em meio à notória crise financeira que se prolonga até os dias atuais, sendo gigantesco o seu passivo imobiliário, uma vez que há grande número de ações de distrato por iniciativa dos então compradores.

Aduz que o Judiciário não pode anular as disposições contratuais, considerando que os recorridos adimpliram meramente 14,95% (quatorze inteiros e noventa e cinco centésimos) do bem, sob pena de incentivo, por influência do Judiciário, ao distrato. Aduz que a devolução de apenas 10% (dez por cento) do que foi pago acarretará obrigação de desembolsar valor superior ao recebido da autora, responsável pelo distrato. Isso porque o valor atualizado das prestações pagas (R\$ 79.083,43) é inferior ao total que deverá restituir, considerado o acréscimo de juros, custas e honorários de sucumbência, nos termos determinados pelo acórdão recorrido (R\$ 92.132,18). Transcreve ementas de julgados estaduais que estabelecem o percentual na metade do montante pago em prestações.

Sustenta que os juros de mora são devidos apenas a partir do trânsito em julgado em decorrência de que a rescisão foi de iniciativa dos adquirentes. Requer o provimento do recurso, com a manutenção da cláusula penal na forma pactuada com a redistribuição dos ônus da sucumbência.

Em contrarrazões (fls. 346/350), os recorridos invocam a incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ, a ausência de demonstração da negativa de vigência dos dispositivos legais e pedem a majoração da verba honorária.

O recurso especial foi admitido na origem (fls. 352/353).

É o relatório.

## VOTO

A Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti (Relatora): Depreende-se dos autos que os autores desistiram da compra do imóvel e, discordando da cláusula penal convencional, ajuizaram a presente ação postulando a rescisão do contrato com a restituição de 90% (noventa por cento) dos valores pagos e acréscimo de juros legais desde a citação e correção monetária de cada desembolso.

A sentença julgou procedentes os pedidos na forma requerida, condenando a incorporadora ré ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa (fls. 264/268), o que foi mantido pelo acórdão recorrido pelos seguintes fundamentos (fls. 316/320):

Cediço que os autores têm direito a rescindir o contrato. A jurisprudência tem reiteradamente decidido, ainda que o negócio seja desfeito por culpa do comprador, que as partes devem ser restituídas à situação em que se encontravam antes da sua celebração, autorizada a retenção de uma porcentagem pelo fornecedor, a título de cláusula penal, nos termos da Súmula nº 1, editada por este E. Tribunal de Justiça:

“o compromissário comprador de imóvel, mesmo inadimplente, pode pedir a rescisão do contrato e reaver as quantias pagas, admitida a compensação com gastos próprios de administração e propaganda feitos pelo compromissário vendedor, assim como com o valor que se arbitrar pelo tempo de ocupação do bem”.

Consequentemente, o contratante deve assumir o ônus da rescisão, suportando as penalidades rescisórias.

Em casos análogos, esta Colenda 7ª Câmara de Direito Privado vem decidindo que é adequado autorizar que a vendedora retenha entre 10 a 20% daquilo que foi efetivamente pago pelo comprador:

(...)

*No presente caso, a retenção do percentual de 10% mostra-se suficiente para compensar custos operacionais oriundos do desfazimento do negócio jurídico celebrado entre as partes, incluindo as alegadas despesas com tributos.*

Acrescente-se que com a entrada em vigor do Código de Defesa do Consumidor, a estrita aplicação do princípio da pacta sunt servanda foi mitigado. As partes se enquadram nas definições dos artigos 2º e 3º, da Lei nº 8.078/1990, cuja aplicação tem cunho protetivo.

Desta forma, é cristalino o direito de o comprador obter a devolução do que despendeu. Todavia, o vendedor tem a prerrogativa de reter parte desse numerário para ressarcimento das despesas administrativas.

Nesse sentido o C. Superior Tribunal de Justiça já decidiu que :

“Reconhecido que o promitente-comprador tem direito à devolução do que foi pago, posto que negado o pleito do autor, no sentido da perda das importâncias correspondentes, as partes deverão de ser repostas no estado anterior. Possibilidade de determinar-se a devolução, sem necessidade de reconvenção.”

(REsp nº 50.608-5-SP, STJ, 3ª Turma, Rel. Min. *Eduardo Ribeiro*, DJU 20.11.95).

(...)

Ressalte-se, também, como correto o entendimento do juiz singular ao determinar a incidência dos juros de mora a partir da citação, por tratar-se de relação contratual (artigo 405 do Código Civil vigente).

Todavia, tem-se que a correção monetária não deve incidir a contar da data da citação, até o efetivo reembolso pelas rés, como sentenciado, tampouco após o trânsito em julgado como pretende a apelante, razão pela qual corrige-se de ofício, por ser matéria de ordem pública, para que os valores sejam corrigidos a partir do desembolso pelos autores, por ser mera atualização da moeda, adotada a tabela prática deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Por fim, diante da reforma mínima da r. sentença, a verba sucumbencial deve ser mantida.

Posto isto, nega-se provimento ao recurso, com observação. Tendo em conta o disposto no artigo 85, §11, do Código de Processo Civil, os honorários sucumbenciais recursais devidos ao patrono da parte autora ficam majorados para o importe de 15% sobre o valor atualizado da causa.

O recurso especial, conforme relatado, questiona o percentual devido pela rescisão de compromisso de compra e venda de imóvel, por iniciativa dos compradores, e o termo inicial da fluência dos juros de mora sobre a quantia a ser restituída.

Assim posta a controvérsia, recorro que os contratos de compra e venda, promessa de venda ou cessão de unidades autônomas foram concebidos, pelo art. 32 § 2º da Lei 4.591/64, como irrevocabéis, o que deveria conferir segurança tanto ao empreendedor quanto ao adquirente da futura unidade.

A propósito da irrevocabibilidade de tais contratos, como característica essencial à regência das incorporações imobiliárias, e do prejuízo causado à coletividade quando há a quebra do sistema, com a desistência unilateral por parte de um dos adquirentes, é elucidativa a doutrina de *Melhim Chalhub* :

*“(…) Dados o nexu funcional que liga os contratos de alienação das unidades e a dependência da incorporação de suas próprias forças, o direito positivo protege seu patrimônio no interesse comum da coletividade dos contratantes por meio de mecanismos econômicos, financeiros e, até mesmo, processuais destinados a garantir a preservação do fluxo financeiro direcionado à obra e à liquidação do passivo da incorporação, dentre os quais se destacam: (I) blindagem patrimonial mediante constituição de um patrimônio separado, de afetação, para cada incorporação imobiliária (arts. 31-A e ss. da Lei 4.591/1964), (ii) irretratabilidade das promessas de venda (§ 2º do art. 32 da Lei 4591/1964), (iii) blindagem do produto das vendas mediante impenhorabilidade dos créditos oriundos da alienação dos imóveis (art. 833, XII, do novo Código de Processo Civil, Lei 13.105/2015), (iv) procedimento extrajudicial de cobrança e leilão para recomposição do capital da incorporação, em caso de inadimplemento da obrigação dos adquirentes (art. 63 da Lei 4.591/1964), dentre outras normas que vinculam os créditos oriundos das promessas prioritariamente à execução da obra e liquidação do seu passivo.*

(…)

É em conformidade com a caracterização da incorporação imobiliária como unidade econômica autônoma que a Lei 4.591/1964 institui requisitos para a celebração de contratos de alienação das unidades imobiliárias a construir e define elementos de sua peculiar caracterização, visando preservar os recursos destinados ao pagamento das obrigações correntes do negócio.

O contrato empregado com mais frequência para a comercialização desses imóveis é o de promessa de compra e venda, que, no contexto da incorporação imobiliária, é dotada de requisitos específicos, que a distinguem da caracterização genérica do art. 1.417 do CC/2002.

*Em primeiro lugar, na incorporação imobiliária esse contrato cumpre duplo papel, de transmissão de direito aquisitivo e de formação do capital da incorporação.*

*Assim, sua formação, execução e extinção deve atender não somente ao art. 1.417 do CC/2002, mas também aos arts. 28 e ss. da Lei 4.591/1964, naquilo que as normas sobre a incorporação têm de específico.*

*De fato, o tipo contratual definido pelo art. 1417 do CC/2002 não atende à estrutura e função do modelo de operação econômica de produção e venda de imóveis integrantes de conjuntos imobiliários em construção, e para suprir essa necessidade o legislador criou um tipo peculiar de promessa de venda, que se amolda à funcionalidade econômica e social da incorporação imobiliária, e para esse fim, entre outras especificidades, vincula o produto das alienações ao pagamento do passivo da incorporação.*

*A essa peculiaridade articula-se a irretratabilidade, que, de uma parte, obriga o incorporador a outorgar o contrato definitivo ao adquirente e lhe assegura o direito à adjudicação compulsória e, de outra parte, sujeita o adquirente que não cumprir o contrato à perda das arras e à indenização das perdas e danos decorrentes da ruptura contrato (art. 419 do CC/2002).*

A necessidade de firmeza dos vínculos obrigacionais no contexto da incorporação é de tal relevância que até mesmo o recibo de sinal e o ajuste preliminar para venda são equiparados a negócios de transmissão imobiliária irrevocabéis, passíveis de registro no Registro de Imóveis, que confere direito real de aquisição ao adquirente (§ 4º do art. 35).

*A irrevocabilidade é inerente à natureza peculiar das promessas nesse contexto não somente por conferir proteção patrimonial a cada adquirente, individualmente, mas, também, por constituírem esses contratos, no seu conjunto, fonte de alimentação financeira indispensável para realização da função econômica da incorporação.*

*É a perspectiva de estabilidade do fluxo financeiro, sinalizada pela irrevocabilidade, que infunde no mercado financeiro a confiança na firmeza e na liquidez dos contratos de promessa, encorajando a concessão de financiamento para a construção, garantido pelos créditos nelas constituídos, mediante cessão fiduciária, além de hipoteca ou propriedade fiduciária sobre o terreno e acessões.*

*A terceira peculiaridade, que distingue a promessa de venda de que trata o art. 1.417 do CC/2002 daquela tipificada nos arts 28 e ss. da Lei 4.591/1964, é o interesse coletivo que vincula os adquirentes, na medida em que, de uma parte, a execução do programa de cada contrato de alienação depende da atuação coordenada dos adquirentes e do incorporador e, de outra parte, as questões de natureza individual são condicionadas pelo interesse comum da coletividade dos adquirentes, dada a função de aporte de capital exercida pela promessa.*

Na incorporação imobiliária o conjunto dos adquirentes forma uma coletividade que se vincula por meio de *contratos comunitários* nos quais, como observa Judith Martins-Costa, a noção de comunidade e de coligação subjaz na própria racionalidade econômica-social dessa espécie de atividade empresarial:

“Uma vez que num dos polos não está meramente o interesse de uma soma aritmética de ‘individualidades’, mas interesses supra-individuais ou coletivos (..), razão pela qual na apreciação desses contratos, os direitos subjetivos de cada um dos contratantes não podem ser vistos de modo atomístico, como se cada um fosse uma entidade isolada, envolvida na hobbesiana luta de todos contra todos. Dessa compreensão resulta a afirmação da transindividualidade ou comunitariedade que está no fulcro da operação jurídica e econômica de tais contratos”.

É em razão dessa conexão, justificada pelos “interesses transindividuais ou coletivos”, que os direitos subjetivos de cada um dos promitentes compradores devem ser sopesados em face do interesse comum que vincula a coletividade dos promitentes compradores, pois a realização da função econômica e social dessa espécie de contrato, nesse contexto, mesmo visto sob a perspectiva de um só adquirente, só é concretizada com a participação pecuniária da totalidade dos adquirentes, mediante aporte regular das parcelas do preço conforme a programação do contrato.

(...)

*São também relevantes as questões relativas à mora e ao inadimplemento da obrigação de pagamento pelos adquirentes, seja porque o retardamento de aportes de recursos importa em diminuição do ritmo da obra, em razão da redução do fluxo financeiro a ela direcionado, seja porque a restituição de quantias pagas pelo adquirente inadimplente depende de levantamento de recursos extraorçamentários, que são obtidos mediante revenda da unidade objeto da resolução do contrato.*

A existência de regime jurídico especial para a promessa de compra e venda de imóveis integrantes de incorporação imobiliária, dotado de mecanismos destinados à preservação do equilíbrio econômico do contrato, realização da sua função social nesse contexto e proteção do adquirente, justifica atenção especial à singularidade desse negócio jurídico, de modo a evitar que a aplicação arbitrária de normas do CDC, com desprezo do regime instituído pela lei especial, leve a distorções que acabem por prejudicar ou frustrar a realização do objeto da incorporação, em prejuízo da coletividade.

*Exemplo típico é o arrependimento, assegurado ao consumidor em relação à compra de coisa móvel, sobretudo por via de telefone ou internet, mas inaplicável à promessa de compra e venda.*

*O arrependimento não é compatível com a incorporação imobiliária não só porque se contrapõe à irretratabilidade expressamente prevista no art. 32, § 2.º, da Lei 4.591/1964, como, também, porque se opõe à ideologia do próprio CDC, que não admite o desfazimento do contrato senão nos casos nele previstos; é, ainda, inadmissível o arrependimento porque o princípio da conservação dos contratos “é uma das características do CDC, de forma a realizar as expectativas legítimas do consumidor quanto ao ideal de equilíbrio (justiça) contratual” (...) (Revista de Direito Civil Contemporâneo, vol. 7, abril-junho 2016).*

Como é sabido, todavia, nos anos que precederam a edição do Código do Consumidor e também nos subsequentes, até a implantação do Plano Real, o surto inflacionário impactou fortemente o crédito imobiliário, com consequências deletérias para o fornecedor e para o consumidor.

Os financiamentos obtidos na fase da obra perante as próprias construtoras tiveram seu cumprimento dificultado pela hiperinflação, pela imprevisibilidade da evolução das prestações e pelos preços dos insumos das obras.

Diante da insuportabilidade do pagamento das prestações, dada a conjuntura econômica superveniente à data da contratação, era comum a rescisão do contrato, impondo, para tanto, o incorporador a perda total das prestações pagas.

Nesse cenário, o art. 53 do Código do Consumidor veio a afirmar a nulidade das cláusulas que estabeleçam a perda total das prestações pagas em

benefício do credor que, em razão do inadimplemento, pleitear a resolução do contrato e a retomada do produto alienado.

Foi, contudo, vetado o §1º do mesmo artigo, que assegurava ao comprador o direito de requerer o desfazimento do contrato e a devolução das prestações pagas.

Diante da controvérsia a respeito da possibilidade de o comprador desistir do contrato – por lei, irrevogável – e requerer a devolução dos valores pagos, o Superior Tribunal de Justiça consolidou o entendimento da prevalência do princípio imanente ao art. 53 do CDC, coibindo a cláusula padrão inserida nas promessas de compra e venda, que previa a perda das parcelas pagas pelo promissário inadimplente.

Foi reconhecido, inclusive, o direito do consumidor inadimplente de promover ação a fim de receber, de forma imediata e em pagamento único, a restituição dos valores pagos, assegurado ao vendedor, de outro lado, o direito de reter parcela do montante. Nesse sentido: REsp. 132.903-SP, Rel. Ministro *Ruy Rosado de Aguiar*, DJ 19.12.97; EREsp 59.870/SP, Rel. Ministro *Barros Monteiro*, Segunda Seção, DJ 9.12.2002.

Esse direito, a princípio, foi afirmado com base em teorias como imprevisão, modificação do contrato por onerosidade excessiva, alteração da base do negócio. Em precedentes posteriores ao Código do Consumidor, foi considerada a ilegalidade de cláusulas que imponham manifesta desvantagem ao devedor (art. 51, IV e §1º, III), sendo enfatizado que o incorporador e o construtor devem devolver imediatamente o valor pago pelo consumidor, uma vez que podem revender a unidade, eventualmente com lucro.

Assentou a Segunda Seção, com efeito de tese repetitiva, que “em contratos submetidos ao Código de Defesa do Consumidor, é abusiva a cláusula contratual que determina a restituição dos valores devidos somente ao término da obra ou de forma parcelada, na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel, por culpa de quaisquer contratantes. Em tais avenças, deve ocorrer a imediata restituição das parcelas pagas pelo promitente comprador – integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.” (REsp. 1.300.418/SC, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, DJe 10.12.2013).

Em seguida, a jurisprudência foi consolidada na Súmula 543: “Na hipótese de resolução de contrato de promessa de compra e venda de imóvel submetido ao Código de Defesa do Consumidor, deve ocorrer a imediata restituição das

parcelas pagas pelo promitente comprador - integralmente, em caso de culpa exclusiva do promitente vendedor/construtor, ou parcialmente, caso tenha sido o comprador quem deu causa ao desfazimento.”

Nos casos em que a iniciativa da rescisão do contrato partiu do consumidor, sem culpa do fornecedor, ante a ausência de disciplina legal - até a recentíssima edição da Lei 13.786 de 27.12.2018, a qual irá reger futuros contratos - remanesce ainda acesa controvérsia sobre o percentual a ser retido pelo fornecedor.

Anoto que a Segunda Seção, no já citado EREsp 59.870/SP, afirmou o direito do consumidor desistente do contrato a receber 75% dos valores pagos, retendo a construtora, portanto, 25%. Nos debates, o Ministro *Ari Pargendler* enfatizou que a devolução das prestações pagas deve ser feita após a retenção, não apenas das despesas incorridas pelo empreendedor, lembradas pelo Ministro *Cesar Asfor Rocha*, como custos com corretagem, publicidade, ocupação, manutenção, segurança, vigilância, mas também de “uma indenização adicional pelo rompimento do vínculo, porque, se assim não for, estaremos dizendo que a pessoa pode contratar sem se estar obrigando. Quem se obriga e rompe essa obrigação, sofre uma pena”.

Igualmente no REsp. 331.923-RJ, relator o Ministro *Aldir Passarinho Junior*, a Quarta Turma, invocando o decidido no EREsp 59.870/SP, decidiu que o desfazimento do contrato dá ao comprador direito à restituição das parcelas pagas, com retenção pelo vendedor de 25% sobre o valor pago, havendo, ainda, no caso específico, em que os compradores usaram o imóvel por considerável tempo, o dever de ressarcimento a título de aluguéis.

Posteriormente, a Segunda Seção, no julgamento de embargos de divergência, interpretando o decidido no EREsp 59.870/SP, repeliu a tese de que o percentual de 25%, adotado predominantemente na jurisprudência do STJ, já levaria em conta o ressarcimento pela ocupação/utilização da unidade por algum período e desgaste do imóvel, de forma que, quando ainda não entregue a unidade imobiliária, deveria ser reduzido o percentual de retenção. Prevaleceu o entendimento de que “o percentual de retenção tem caráter indenizatório e cominatório. E não há diferenciação entre a utilização ou não do bem ante o descumprimento contratual e também não influi nas despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento”. Concluiu, então, a Segunda Seção pela “continuidade da adoção do percentual de 25% para o caso de rescisão unilateral por insuportabilidade do comprador no pagamento das

parcelas, independentemente da entrega/ocupação da unidade imobiliária, que cumpre bem o papel indenizatório e cominatório.” Trata-se do EAg 1.138.183/PE, relator Ministro *Sidnei Beneti*, que recebeu a seguinte ementa:

Promessa de Venda e Compra. Resilição. Denúncia pelo Comprissário Comprador em Face da Insuportabilidade no Pagamento das Prestações. Retenção pela Vendedora de 25% na Devolução do que foi Pago ao Comprador. Imóvel não Ocupado pelo Comprador.

1.- A tese sustentada pela Embargante é a de que o percentual de 25% previsto na jurisprudência da Corte, já leva em conta ressarcimento pela “ocupação/ utilização da unidade por algum período e desgaste do imóvel”. Desse modo, quando ainda não entregue a unidade imobiliária, deve ser reduzido o percentual de retenção.

2.- O percentual de retenção tem caráter indenizatório e cominatório. E não há diferenciação entre a utilização ou não do bem ante o descumprimento contratual e também não influi nas “despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento” (REsp 59.870/SP, Rel. Min. *Barros Monteiro*, DJ 9.12.2002).

3.- Continuidade da adoção do percentual de 25% para o caso de resilição unilateral por insuportabilidade do comprador no pagamento das parcelas, independentemente da entrega/ocupação da unidade imobiliária, que cumpre bem o papel indenizatório e cominatório.

4.- Embargos de divergência improvidos.

(EAg 1138183/PE, Rel. Ministro *Sidnei Beneti*, *Segunda Seção*, DJe 4.10.2012).

A despeito de uniformizada a matéria pela Seção competente do STJ, e rejeitada a tese de que o percentual de 25% de retenção deve ser diminuído em caso de imóvel que não chegou a ser entregue ao consumidor desistente, há nos dias de hoje enorme dispersão na jurisprudência dos Tribunais Estaduais, havendo alguns deles fixado, como base, o percentual de retenção em apenas 10%, em atenção precisamente à circunstância – repelida para tal fim pela Segunda Seção – de que o imóvel não chegou a ser ocupado pelo desistente. Na maioria dos casos, o percentual de retenção é fixado pelo tribunal de origem de forma aleatória, em 10% 15% ou 20%, desprezando os termos do contrato, com base apenas na jurisprudência (na prática, tabelamento) de cada câmara, em atenção a supostas “circunstâncias da causa” não descritas, e sequer referidas, no acórdão.

Os recursos especiais sobre a questão não têm obtido acesso ao STJ, no mais das vezes enfrentando o óbice da Súmula 7, sob o argumento de que é compatível com a jurisprudência deste Tribunal o percentual de retenção

entre 10 e 25%, e de que as circunstâncias de fato avaliadas na origem seriam insusceptíveis de reexame na via extraordinária.

Nesse sentido, cito: AgInt no AREsp 1393461/GO, Rel. Ministro *Marco Aurélio Bellizze*, *Terceira Turma*, DJe 6.5.2019; AgInt no AREsp 1247150/SP, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, DJe 10.9.2018; AgInt no REsp 1395252/SP, Rel. Ministro *Moura Ribeiro*, *Terceira Turma*, DJe 15.6.2018; AgRg no Ag no REsp 1349644/MG, Rel. Ministro *Paulo De Tarso Sanseverino*, *Terceira Turma*, DJe 31.3.2014; AgInt no AREsp 1313870/DF, Rel. Ministra *Nancy Andrigli*, *Terceira Turma*, DJe 3.4.2019; AgInt nos EDcl no REsp 1388755/SC, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, *Quarta Turma*, DJe 7.5.2019; AgInt no AREsp 1384313/PE, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, DJe 29.3.2019; AgInt no AREsp 1263262/SP, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, DJe 13.3.2019; AgInt no AREsp 1200273/DF, Rel. Ministro *Marco Buzzi*, *Quarta Turma*, DJe 26.6.2018; AgInt no AREsp 940.397/SP, Rel. Ministra *Maria Isabel Gallotti*, *Quarta Turma*, DJe 7.12.2016; entre muitos outros.

Tendo votado vencida no EAg 1138183/PE, hoje penso ter sido mais adequado o entendimento da maioria formada à época.

Com efeito, é salutar que haja um padrão-base aceitável de cláusula penal de retenção de valores em caso de desistência de um dos contratantes, na hipótese de ausência de peculiaridade relevante segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. Hoje, aliado à disciplina do CDC, o art. 413 do Código Civil não somente permite, mas determina que as cláusulas penais sejam reduzidas pelo juiz, se consideradas excessivas, de acordo com a natureza e a finalidade social e econômica do negócio. Por outro lado, deve haver um mínimo de previsibilidade, pelos contratantes, das consequências de sua iniciativa de não dar prosseguimento ao contrato. A dosimetria da cláusula penal, em casos tais, tem papel importante para a continuidade do empreendimento, na medida em que, de um lado, não se pode incentivar a desistência do adquirente e, por outro, igualmente não deve ser permitido o enriquecimento ilícito do fornecedor. A incorporação imobiliária, como qualquer ramo da atividade econômica, sobretudo aqueles que demandam investimentos e contratos de longa duração, necessita de segurança jurídica para desenvolvimento equilibrado e sustentável da cadeia produtiva.

A circunstância de o imóvel ter ou não sido usufruído pelo comprador desistente não deve, como acertamente decidiu a maioria da Segunda Seção, ser

relevante para a definição do percentual justo de retenção a título de cláusula penal. O tempo de uso deve ser indenizado tendo por base o valor locatício de imóvel semelhante multiplicado pelo número de meses em que durou a ocupação. Este é o entendimento mais atual do STJ, valendo lembrar o precedente relatado pelo Ministro Luís Felipe Salomão, no qual a Quarta Turma estabeleceu que, em caso de rescisão do contrato de compra e venda, independentemente da causa - culpa do fornecedor ou do consumidor - deve haver o pagamento de indenização pela ocupação do imóvel, desde a imissão na posse do comprador, com base no princípio que veda o enriquecimento ilícito (REsp. 955.134/SC, DJe 29.8.2012).

Assim, a garantia ao promitente vendedor do recebimento de indenização pelo tempo em que o promissário comprador desistente ocupou o bem, a fim de evitar enriquecimento ilícito, não deve ser confundida e englobada no percentual da cláusula penal de retenção em favor do construtor, destinada esta a desestimular e indenizar a rescisão unilateral do contrato. Trata-se de institutos jurídicos distintos, com propósitos e bases econômicas próprias. Leia-se, entre outros, também os acórdãos da 4ª Turma no AgInt no AREsp 191.430/DF, DJe 4.3.2017, o Ag Int. no REsp. 1.167.766-ES e o AgInt no REsp. 1.216.477-RS, de minha relatoria.

À luz do cenário atual - não mais de hiperinflação, mas de grave retração econômica - *Melhim Chalhub*, prossegue, comentando a evolução da jurisprudência do STJ, que, como visto, passou a permitir que o consumidor desista do contrato (irretratável segundo a Lei 4.591/64) e receba imediatamente, em parcela única, os valores pagos:

“É, sem dúvida, abusiva a cláusula que possibilita a revenda da unidade e não obrigue o incorporador a destinar parte do produto aí obtido ao promitente comprador retirante.

Entretanto, não tem sido considerada a necessidade de adequação da liquidação do crédito do inadimplente à conformação peculiar da incorporação - notadamente a exigência legal de controle orçamentário -, e esse é aspecto de relevante importância na ponderação dos interesses em jogo - em atenção aos princípios do equilíbrio e da função social do contrato -, que justifica um esforço de construção jurisprudencial, visando “o melhor resultado coletivo e não apenas o interesse isolado de um demandante específico, como observa o Desembargador Werson Rego, do TJRJ:

“Estimular o julgador a entender que a decisão dele tem repercussão nas atividades econômicas e levando-o à reflexão sobre a importância dos

juulgamentos levarem segurança jurídica, estabilidade e paz aos mercados. As decisões têm que buscar, tanto o quanto possível, o melhor resultado coletivo e não apenas o interesse isolado de um demandante específico. O julgador tem que saber como o mercado interpreta uma decisão judicial. Se julgarmos contra a regra aumentamos os riscos nos mercados, que vão se proteger. E como? Embutindo o risco nos preços dos serviços e produtos. No final, quem pagará a fatura é o consumidor. Quando se pensa estar protegendo um consumidor ao dar a ele uma proteção jurídica sem um efetivo direito, esta conta será dividida com todos os consumidores daquele mercado. Então, surge a pergunta: será que os outros consumidores, sabendo disso, vão querer pagar esta conta ou vão preferir que o juiz seja rigoroso na análise de quem tem ou não razão?

Com efeito, a questão do desfazimento das promessas de venda de imóveis integrantes de incorporações imobiliárias não se esgota na apreciação das questões de fato e de direito contidas no limitado campo da relação jurídica constituída pelo incorporador e pelo adquirente demandante.

*A decretação do desfazimento e a definição de critério de liquidação do eventual crédito do inadimplente são apenas parte do problema e não o solucionam por inteiro, porque os efeitos da ruptura do contrato de promessa extrapolam os limites da relação jurídica individual e atingem o interesse comum da coletividade dos contratantes da incorporação. Esses efeitos, contudo, não têm sido considerados na construção da jurisprudência dominante, apesar de prejudicarem o interesse da coletividade dos contratantes, pois, na medida em que o inadimplemento importa em diminuição do capital da incorporação imobiliária, o cumprimento do seu objeto dependerá de recomposição do seu fluxo financeiro, que, por sua vez, depende da revenda da unidade objeto da resolução, pois o lastro para formação do capital da incorporação limita-se ao número de unidades do empreendimento.*

Além desse aspecto específico, há outras questões relacionadas ao desfazimento de promessas na incorporação imobiliária, que compõem o problema como um todo, e não chegaram a ser considerados nos precedentes da Súmula 543.

*Merece também atenção o desfazimento imotivado de promessa de compra e venda com fundamento em simples manifestação de arrependimento do promitente comprador, com desprezo à irretratabilidade definida pela Lei 4.591/1964. Situação igualmente merecedora de atenção é a do promitente comprador-investidor, que adquire o imóvel "na planta" com o propósito de revendê-lo com lucro por ocasião do "habite-se" ou de auferir renda de locação; sucede que em situações de crise (como a que ocorre nos anos 2014/2015), ao ver frustrada sua expectativa de lucro, seja pela não valorização em conjuntura desfavorável ou por falta de liquidez no mercado, o promitente comprador-investidor simplesmente desiste do investimento e busca o desfazimento imotivado do contrato.*

*Há também situações em que se dá a resolução da promessa por não reunir o adquirente as condições de renda ou de cadastro de crédito para obtenção de financiamento para pagamento do saldo do preço.*

Essas e outras situações envolvendo o contrato de promessa de compra e venda não foram objeto dos precedentes da Súmula 543, mas merecem atenção.

(...)

*Pode ocorrer que alguns adiram à incorporação e, se o mercado não for favorável para a atividade imobiliária, exijam a restituição do que pagaram, com juros e correção monetária, tal como se a aplicação tivesse sido feita em caderneta de poupança.” (grifos não constantes do original).*

Com efeito, nos anos mais recentes, debelada a inflação, a crise é causada pela estagnação da economia. Vivemos, como é notório, época de seríssima crise econômica. O mercado imobiliário, dada a necessidade de segurança nos investimentos de grande vulto e longo prazo, é particularmente sensível.

A retração do mercado imobiliário é revelada no estoque de imóveis vazios, em busca de interessados na compra ou aluguel. A revenda do imóvel, nos dias atuais, em caso de desistência imotivada do comprador pode não ser lucrativa como já foi no passado. Não é difícil imaginar a dificuldade do empreendedor em, no curso da obra, não apenas não mais contar com o fluxo de recursos do comprador desistente, mas ainda ter que devolver todo o valor pago – já presumivelmente investido na obra – imediatamente, com juros e correção.

A retenção apenas de 10% dos valores pagos pelo comprador, com a devolução do restante imediatamente, antes da revenda da unidade em construção, se não é um problema em época de mercado aquecido, podendo até mesmo gerar lucros para o fornecedor, se houve valorização, pode conduzir à inviabilidade do empreendimento, em época de crise.

A rescisão unilateral do contrato não deve ser vista como direito potestativo, infenso a qualquer consequência significativa para desistente, e muito menos como investimento financeiro para o adquirente. O desfazimento do contrato não deve se tornar, artificialmente - mercê de mal aplicadas interpretações jurisprudenciais, surgidas em contexto que as justificavam e para finalidades diversas - mais interessante do que o cumprimento do contrato com a finalidade social a que se destinava: aquisição da unidade imobiliária.

A proteção do interesse dos consumidores, portanto, deve ser exercida de forma equilibrada, sem descurar da coletividade, o que ensejará a sustentabilidade e a estabilidade entre os interesses envolvidos na incorporação imobiliária.

Assim, tenho que a retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelo promissário comprador - percentual consolidado pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE - é adequada e suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e do rompimento unilateral do contrato, independentemente da ocupação da unidade imobiliária.

Tal percentual tem caráter indenizatório e cominatório, não havendo diferença, para tal fim, entre a utilização ou não do bem, prescindindo também da demonstração individualizada das despesas gerais tidas pela incorporadora com o empreendimento.

Enfatizo que o referido percentual, sob a perspectiva da segurança jurídica, representa uma sinalização aos contratantes, a orientação de padrão-base aceitável de cláusula penal de retenção de valores em caso de desistência imotivada pelo comprador, cujo limite deve ser observado, sob pena de intervenção na autonomia da vontade das partes. A estipulação dentro do limite proposto, vale dizer, de no máximo 25%, a *contrario sensu*, deve ensejar respeito à vontade dos contratantes, caso não seja efetivamente demonstrada a existência de abusividade, por qualquer circunstância específica, particular, a qual deve ser mencionada pelo tribunal de origem para fugir ao percentual estabelecido no contrato e ao parâmetro da jurisprudência consolidada deste Tribunal (Segunda Seção, EAg 1.138.183/PE).

Observe que a Lei 13.786/2018, suprimindo a lacuna do direito positivo, e incorporando ao direito positivo diversos entendimentos e parâmetros já consagrados pelo STJ, adotou o percentual 25% da quantia paga como limite para a pena convencional em caso de distrato, podendo chegar a 50% quando a incorporação estiver sujeita ao regime de patrimônio de afetação (arts. 67-A, inciso I e § 5º).

A aplicação de tais lineamentos nos julgamentos efetuados por esta Corte, mormente em razão da fixação de percentuais de maneira padronizada pelas instâncias ordinárias, sem apoio de circunstâncias do caso concreto, não demanda reexame probatório.

No presente hipótese, conforme se extrai dos autos, esse limite foi ultrapassado, pois o contrato celebrado entre as partes prevê a devolução de apenas 40% (quarenta por cento) dos valores pagos.

O acórdão recorrido reduziu o percentual pactuado para 10% (dez por cento) sem mencionar circunstância alguma peculiar que justifique fugir ao parâmetro traçado pela Segunda Seção no julgamento dos EAg 1.138.183/PE.

Com efeito, nada disse o acórdão a respeito do valor dos custos incorridos pela empresa ré e nem os contrapôs às quantias efetivamente pagas pelos autores e nem ao valor do contrato. Nada mencionou a respeito das circunstâncias do mercado. Nenhuma justificativa, baseada no específico contrato dos autos ou em fatos da causa, foi dada pelo padronizado acórdão recorrido para glosar a cláusula contratual e, além disso, estabelecer o percentual de 10%, inferior ao parâmetro consolidado no EAg 1.138.183/PE.

Entendo, portanto, deva prevalecer o percentual de retenção de 25% (vinte e cinco por cento) dos valores pagos pelos adquirentes, afirmado por esta 2ª Seção Corte como parâmetro suficiente para indenizar o construtor das despesas gerais e compensá-lo do rompimento unilateral do contrato.

O pleito reformatório procede também quanto ao termo inicial dos juros de mora.

É firme o entendimento desta Corte no sentido de que “na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão” (Quarta Turma, REsp 1.211.323/MS, Rel. Ministro Luís Felipe Salomão, DJe de 20.10.2015).

Ainda nesse sentido:

Agravo Regimental nos Embargo de Declaração no Recurso Especial. Ação de Rescisão de Compromisso de Compra e Venda. Violação do art.396 do CC. Termo Inicial dos Juros. Trânsito em Julgado da Decisão. Precedentes.

1. A Segunda Seção deste Tribunal Superior sufragou o entendimento de que, “na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão” (REsp 1.008.610/RJ, Rel. Min. *Aldir Passarinho Junior*, DJe 03.09.2008)

2. Não apresentação pela parte agravante de argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

3. Agravo Regimental Desprovido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1.354.293/SP, *Terceira Turma*, Rel. Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, DJe 15.9.2014);

Agravo Regimental. Agravo em Recurso Especial. Promessa. Compra e Venda. Desistência pelo Promitente Comprador. Restituição dos Valores Pagos. Juros de Mora. Termo Inicial. Decisão Judicial. Súmula 83/STJ.

1. A jurisprudência desta Corte se firmou no sentido de que o termo inicial dos juros de mora na hipótese de devolução de valores decorrente de resolução de compromisso de compra e venda por iniciativa do promitente comprador é a data do trânsito em julgado da decisão.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 474.503/MG, *Quarta Turma*, de minha relatoria, DJe 17.9.2014);

Civil e Processual. Contrato de Promessa de Compra e Venda. Resolução Unilateral pelo Promitente- Comprador Injustificadamente. Parcela a ser Restituída. Juros Moratórios. Termo de Fluição. Trânsito em Julgado.

I. Na hipótese de resolução contratual do compromisso de compra e venda por simples desistência dos adquirentes, em que postulada, pelos autores, a restituição das parcelas pagas de forma diversa da cláusula penal convencionada, os juros moratórios sobre as mesmas serão computados a partir do trânsito em julgado da decisão.

II. Inexistência de mora anterior da ré.

III. Recurso especial conhecido e provido.

(REsp 1.008.610/RJ, *Segunda Seção*, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, DJe 3.9.2008).

Somente a partir do trânsito em julgado da decisão, portanto, é que poderiam incidir os juros de mora. Antes disso, não há que se falar em mora da vendedora se a rescisão do contrato se deu por culpa dos compradores com restituição de valores em desconformidade do que foi pactuado.

Em face do exposto, conheço do recurso e a ele dou parcial provimento, para fixar em 25% (vinte e cinco por cento) a retenção sobre os valores pagos pelos autores, que deverão ser restituídos com a incidência de juros de mora a partir do trânsito em julgado.

Em razão da sucumbência recíproca, arcarão os autores com 40% (quarenta por cento) e a ré com 60% (sessenta por cento) do pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios fixados na sentença.

É como voto.

## VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Discutem-se no presente recurso especial duas questões, essencialmente: o percentual de retenção a que o promitente vendedor faz jus na hipótese de desistência do negócio pelo promitente comprador e o termo inicial dos juros moratórios incidentes sobre valor a ser restituído.

A eminente Relatora, Ministra *Maria Isabel Gallotti*, em seu voto, propõe a adoção de um padrão único equivalente a retenção de 25% dos valores pagos pelo promitente vendedor, pois salutar que haja uma cláusula penal uniforme e aplicável a todas as hipóteses, que assegure maior previsibilidade aos contratantes.

Além disso, não seria possível autorizar uma retenção maior ou menor de valores como forma de indenizar o promitente vendedor pelo tempo que, eventualmente, tenha o promitente comprador ocupado o imóvel. Segundo assinalado, o enriquecimento ilícito que poderia advir desse tipo de situação, deve ser evitado pelo arbitramento de indenização específica, com natureza distinta da cláusula penal.

Com relação ao termo inicial dos juros moratórios, Sua Excelência adotou a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, no sentido de que referido encargo deve fluir apenas a partir do trânsito em julgado da decisão que condenou o promitente vendedor à restituição de valores em percentual distinto daquele previsto no contrato.

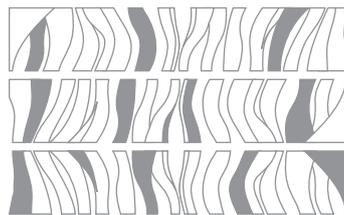
Pedi vista dos autos porque a questão relativa ao termo inicial dos juros de mora era debatida no REsp n. 1.740.911/DF, afetado como repetitivo e que estava sob minha relatoria, mostrando-se oportuno aguardar a formação daquele precedente qualificado, antes de julgar, neste processo, a mesma questão.

O julgamento do REsp n. 1.740.911/DF encerrou-se na sessão do dia 14/8/2019 com a adoção do mesmo entendimento ora proposto pela eminente Ministra *Maria Isabel Gallotti*, no sentido de que os juros de mora devem fluir apenas a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória.

Assim, considerando o efeito vinculante do entendimento lá fixado com relação ao tema e a conveniência de se adotar um padrão-base para a cláusula penal no contrato de promessa de compra e venda, equivalente a 25% dos valores pagos pelo promitente comprador, acompanho o bem lançado voto

proferido pela eminente Relatora, Ministra *Maria Isabel Gallotti* no sentido de *dar parcial provimento* ao recurso especial.

Ressalvo, no entanto, que o entendimento adotado somente tem aplicação aos contratos firmados antes do início de vigência da Lei n. 13.786/2018.



---

**Terceira Turma**



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.598.220-RN (2016/0115824-0)**

---

Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino

Recorrente: Sonangol Hidrocarbonetos Brasil Ltda

Advogados: Gustavo Fernandes de Andrade e outro(s) - RJ087989

Roberto de Albuquerque Tolentino - RN004096

Roberto Castro de Figueiredo - RJ121315

Recorrido: TPG Industria e Comercio Ltda - ME

Advogado: Jailton Magalhães da Costa - RN008848

---

**EMENTA**

Recurso especial. Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Cláusula Compromissória. Competência do juízo arbitral. Princípio kompetenz-kompetenz. Precedentes. Dissídio notório.

1. Contrato celebrado entre as partes com cláusula compromissória expressa, estabelecendo a arbitragem como instrumento para solução das controvérsias resultantes de qualquer disputa ou reivindicação dele decorrente, e impossibilitando que as partes recorram ao Poder Judiciário para solucionar contenda relativa ao seu cumprimento.

2. O princípio Kompetenz-Kompetenz, positivado no art. 8º, § único, da Lei n. 9.307/96, determina que a controvérsia acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal.

3. Incumbe, assim, ao juízo arbitral a decisão acerca de todas questões nascidas do contrato, inclusive a própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.

4. A hipossuficiência reconhecida na origem não é causa suficiente para caracterização das hipóteses de exceção à cláusula Kompetenz-Kompetenz.

5. Dissídio notório do acórdão recorrido com a linha jurisprudencial do STJ acerca da questão.

6. *Recurso especial provido.*

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ricardo Villas Bôas Cueva, Marco Aurélio Bellizze, Moura Ribeiro (Presidente) e Nancy Andrighi votaram com o Sr. Ministro Relator.

*Dr. Mauro Pedroso Gonçalves*, pela parte recorrente: *Sonangol Hidrocarbonetos Brasil Ltda*

*Dr. Alexandre Rodrigo Veloso*, pela parte recorrida: *TPG Industria e Comercio Ltda - ME*

*Dr. Igor Cesar Rodrigues dos Anjos*, pela parte recorrida: *TPG Industria e Comercio Ltda - ME*

Brasília (DF), 25 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, Relator

---

DJe 1º.7.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino: Trata-se de *recurso especial* interposto por *Sonangol Hidrocarbonetos Brasil Ltda* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Norte, ementado nos seguintes termos:

*Civil e Processual Civil. Apelação cível. Ação declaratória de manutenção de contrato e modificações de cláusulas c/c rescisão contratual e perdas e danos. Cautelar inominada. Sentença na ação principal que julgou procedente, em parte, a ação e determinou a resilição do contrato celebrado entre as partes sem culpa da parte apelada e condenou a parte ré, ora apelante, a ressarcir a empresa autora do que esta tiver gasto para a efetivação do contrato, a ser apurado na fase de liquidação da sentença. Preliminares de: I) Nulidade do processo. Alegada existência de cláusula de arbitragem. Ponto já superado no julgamento do agravo interno em Agravo de Instrumento n. 2012.011867-2/001-00.*

*Empresa autora considerada hipossuficiente diante da ré. Rejeição. II) Nulidade do processo por cerceamento de defesa. Julgamento antecipado da lide. Alegação de necessidade de ampliação das provas. Situação não configurada. Matéria fática. Farto contingente probatório juntado nos autos por ambas as partes. Inteligência*

*do artigo 330 do Código de Processo Civil. Magistrado destinatário das provas que é livre para decidir sobre a atividade probatória. Art. 130 do Código de Processo Civil. Ausência de audiência de conciliação que não caracteriza cerceamento de defesa. Precedentes. Rejeição. III) Nulidade da sentença por ser ilíquida. Inocorrência. Resilição do contrato com indenização, a ser apurada na fase de liquidação. Possibilidade. Inteligência do art. 475-A do Código de Processo Civil. IV) Nulidade da sentença por ter sido proferida antes do julgamento de exceção de incompetência anteriormente ajuizada. Matéria também analisada nos autos do Agravo Interno em Agravo de Instrumento n. 2012.011867-2/0001-00. Decisão colegiada pela competência da 14ª Vara Cível da Comarca de Natal. Mérito. Contrato de prestação de serviços. Necessidade de interpretação da avença em conformidade com os princípios da função social do contrato de da boa-fé. Artigos 421 e 422 do Código Civil de 2012. Parte hipossuficiente e contrato de adesão configurados. Artigos 423 e 424 do mesmo Codex. Alegando descumprimento do prazo contido na cláusula 10ª do contrato. Inocorrência. Contrato definitivo assinado em momento posterior ao afirmado no recurso. Alegadas pendências para a conclusão da obra. Prazo entre a notificação extrajudicial e a data limite estabelecido pela Agência Nacional do Petróleo - ANP para a realização do teste de longa duração de mais de 06 (seis) meses, tempo suficiente para sanar as pendências na execução da prestação do serviço. Descumprimento contratual não configurado. Provas contidas nos autos que apontam para vontade de resilição unilateral do contrato por parte da apelante. Possibilidade, porém sem culpa da parte aderente. Necessidade de indenização das despesas realizadas. Conhecimento e desprovimento do recurso.*

Foram opostos de declaração, que vieram de ser rejeitados.

Na origem, TPG do Brasil Ltda. ajuizou ação declaratória com pedido subsidiário de perdas e danos contra *Sonangol Starfish Oil & Gás S.A.*, em razão de ter sido notificada extrajudicialmente da rescisão de seu contrato de prestação de serviço com a ré, para medição, compressão e transporte de gás natural. Alegou abusiva a rescisão unilateral. Destacou ter feito diversos investimentos para realização do serviço contratado. Requereu, primeiramente, a manutenção do contrato, ou, ao final, a indenização pelos prejuízos sofridos com a rescisão unilateral.

Citada, a empresa ré suscitou preliminar de convenção de arbitragem. No mérito, afirmou efetivamente cabível a rescisão, via notificação, em razão do descumprimento contratual por parte da autora. Postulou a extinção do feito, diante da impossibilidade de conhecimento do mérito, ou, em o conhecendo, na improcedência dos pedidos.

Pela sentença, foi afastada a preliminar, sob o fundamento de que a cláusula de arbitragem se encontrava prevista em contrato de adesão, no que, diante da

disparidade econômica das empresas, prejudicava a possibilidade da autora de estabelecer condições contratuais favoráveis, logo, o consentimento da autora não poderia ser presumido.

No mérito, reconheceu a inexistência de direito da ré rescindir unilateralmente o contrato litigioso, declarando-o resilido por exclusiva e de iniciativa da ré, afastada, assim, a culpa da autora. Ainda, condenou a ré a indenizar a autora pelos gastos para a efetivação do contrato, a ser apurado em sede de liquidação. Assim, a sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos da autora.

Contrariada, a parte ré apelou ao Tribunal de origem. Sustentou, em suas razões, a incompetência absoluta diante da cláusula de arbitragem, reiterando, assim, seu pleito de extinção do feito. No mérito, defendeu a resolução contratual por inadimplência da autora, face o descumprimento de diversas obrigações assumidas.

O Tribunal de origem, por sua vez, negou provimento ao recurso de apelação da ré, mantendo a sentença na íntegra. Afastou a preliminar de nulidade do processo por incompetência do julgador, em razão da existência de cláusula arbitragem, sob o fundamento de que, *reconhecida a hipossuficiência da parte autora da ação, com a equiparação ao Código de Defesa do Consumidor, com a manutenção da competência para conhecimento e julgamento da causa do domicílio da postulante*. Assim, com fundamento no Código de Defesa do Consumidor, afastou a possibilidade de prevalência da sentença arbitral, diante do princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário.

Mantendo-se contrariada, a parte ré interpôs o presente recurso especial. Em suas razões, a parte recorrente sustentou que o acórdão recorrido violou o disposto nos artigos 113, 267, V, 467, 468 e 535 do Código de Processo Civil de 1973, 1º, *caput*, e 8º, parágrafo único, da Lei n. 9.307/1996. Superior Tribunal de Justiça Alegou que a penhora de quase 10 milhões de reais nas contas de uma empresa do porte da *Sonangol* é fator determinante e prejudicial à continuidade das suas atividades empresariais, havendo, ainda, o risco de nunca mais reaver esta quantia, pois a recorrida passa assumidamente por dificuldades financeiras, tanto que não dispõe de patrimônio a oferecer como caução, além de sequer possuir domicílio fixo para receber citações. Aduziu que o Tribunal *a quo*, ao confirmar a sentença em que declarada a invalidade da cláusula compromissória firmada entre as partes, ignorou a pacífica orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, que considera, pelo princípio da *Kompetenz-Kompetenz*, ser do Juízo Arbitral a competência exclusiva para decidir primeiramente acerca

da cláusula compromissória, violando, assim, o parágrafo único do art. 8<sup>a</sup> da Lei de Arbitragem e, também, diante da incompetência absoluta, o art. 113 do CPC/1973. Sustentou, ainda, que houve violação aos artigos 267, V, 467 e 468, do CPC/1973, pois desconsiderada a existência de coisa julgada material, uma vez que já havia sentença arbitral transitada em julgado, datada de dezembro de 2013 e, portanto, proferida mais de um ano e meio antes do julgamento da apelação - e contra qual não fora ajuizada ação anulatória, em que se decidiu a mesma controvérsia destes autos, bem como não demonstrada a existência de qualquer vício de vontade que pudesse invalidar ou afastar a eficácia da cláusula compromissória, violando, assim, o art. 1<sup>o</sup>, *caput*, da Lei de Arbitragem, e o art. 267, VII, do CPC/1973.

Presentes as contrarrazões, o recurso especial foi admitido.

Diante do perigo na demora do presente julgamento, foi deferido pedido de agregação de efeito suspensivo ao presente recurso especial para impedir o levantamento dos valores penhorados por determinação do juízo de primeiro grau e a realização de novas constrições.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Paulo de Tarso Sanseverino (Relator): Eminentes Colegas. O caso dos autos devolve questionamento acerca da possibilidade de afastamento de cláusula compromissória de arbitragem, com fundamento, por analogia, no Código de Defesa do Consumidor, em face da alegada hipossuficiência da empresa demandante, ora recorrida, aderente de contrato padrão previamente estabelecido pela empresa demandada, ora recorrente.

Adianto que o recurso especial merece ser provido, em face da *impossibilidade* de afastamento pelo juízo estatal da efeitos da cláusula compromissória de arbitragem em respeito ao princípio *Kompetenz-Kompetenz*.

Relembro que o princípio *kompetenz-kompetenz* significa que a discussão acerca da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida, com primazia, pelo juízo arbitral, não sendo possível antecipar essa discussão perante a jurisdição estatal.

Tendo as partes acordado que a resolução de seus conflitos será feita mediante arbitragem, inserindo cláusula compromissória em um negócio jurídico, a autonomia de vontade dos contratantes deve ser respeitada.

A primeira forma de se respeitar a manifestação de vontade das partes é o reconhecimento da autonomia da cláusula compromissória em face do negócio jurídico no qual foi pactuada (princípio da autonomia da cláusula compromissória).

Assim, mesmo que se possa discutir a existência, validade ou eficácia do próprio negócio jurídico em que inserida a cláusula compromissória, reconhece-se a autonomia dessa cláusula.

Como consectário lógico, consagra-se também a *cláusula kompetenz-kompetenz* de modo que qualquer discussão a respeito da existência, validade e eficácia da cláusula compromissória deve ser resolvida pelo próprio juízo arbitral.

Nesse ponto, a Lei n. 9.307/96 positivou claramente tanto o princípio da autonomia da cláusula compromissória, como a *cláusula kompetenz-kompetenz* em seu art. 8º, § único, da LA, *verbis*:

*Art. 8º* A cláusula compromissória é autônoma em relação ao contrato em que estiver inserta, de tal sorte que a nulidade deste não implica, necessariamente, a nulidade da cláusula compromissória.

*Parágrafo único.* Caberá ao árbitro decidir de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória.

Naturalmente, o procedimento arbitral poderá ser objeto de controle posterior pela jurisdição estatal, consoante previsto pela Lei de Arbitragem como a ação anulatória de decisão arbitral (arts. 32 e 33).

As questões anteriores, porém, especialmente a existência, a validade e a eficácia da própria cláusula de compromisso arbitral, devem ser solvidas pelo juízo arbitral.

Na jurisprudência do STJ, merecem lembrança alguns precedentes acerca da *cláusula kompetenz-kompetenz*, que serão enunciados por ordem cronológica.

Em 2008, a Primeira Seção, tendo por relator o Ministro Luiz Fux, em julgamento de mandado de segurança em que se discutia a validade e eficácia de cláusula compromissória prevista em permissão de área portuária, envolvendo sociedade de economia mista, decidiu o seguinte:

*Administrativo. Mandado de Segurança. Permissão de Área Portuária. Celebração de Cláusula Compromissória. Juízo Arbitral. Sociedade de Economia Mista.*

*Possibilidade. Atentado.* 1. A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93. 2. A decisão judicial que confere eficácia à cláusula compromissória e julga extinto o processo pelo “compromisso arbitral”, se desrespeitada pela edição de Portaria que eclipsa a medida afastada pelo ato jurisdicional, caracteriza a figura do “atentado” (art. 880 do CPC). 3. O atentado, como manifestação consistente na alteração do estado fático da lide influente para o desate da causa, pode ocorrer em qualquer processo. Impõe-se, contudo, esclarecer que, quando a ação é proposta, as partes não se imobilizam em relação ao bem sobre o qual gravita a lide. Nesse sentido, não se vislumbra na fruição normal da coisa ou na continuação de atos anteriores à lide (*qui continuat non attentat*). Assim, *v.g.*, em ação de usucapião, como posse justificada, o usucapiente pode construir no imóvel; ao revés, há inovação no estado de fato e portanto comete atentado o réu que em ação reivindicatória procura valorizar o imóvel erigindo benfeitorias úteis no bem, ou o demandado que violando liminar deferida aumenta em extensão a sua infringência à posse alheia. De toda sorte, é imperioso assentar-se que só há atentado quando a inovação é prejudicial à apuração da verdade. O atentado pode ocorrer a qualquer tempo, inclusive, após a condenação e na relação de execução. (Luiz Fux, in, Curso de Direito Processual Civil, 3ª edição, Editora Forense, páginas 1.637/1.638). 4. Mandado de segurança impetrado contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia, ante a publicação da Portaria Ministerial n. 782, publicada no dia 07 de dezembro de 2005, que ratificou os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, Ato Administrativo n. 01/2005, de 05 de setembro de 2005, do contrato administrativo de arrendamento C-291/AB-001, celebrado em 16 de dezembro de 1997, com a empresa TMC, terminal Multimodal de Coroa Grande S/A e autorizou tanto a assunção imediata pela NUCLEP, do objeto do contrato de arrendamento C-291/AB 001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. I da Lei 8.666/93, como a ocupação e utilização do local, instalações, necessárias à continuidade do objeto do contrato de arrendamento C-291-001, conforme permissivo legal expresso no art. 80, inc. II e § 3º, da Lei n. 8.666/93, em afronta às cláusulas 21.1 e 21.2, do Contrato de Arrendamento para Administração, Exploração e Operação do Terminal Portuário e de Área Retroportuária (Complexo Portuário), lavrado em 16/12/1997 (fls. 31/42), de seguinte teor: “Cláusula 21.1 - Para dirimir as controvérsias resultantes deste Contrato e que não tenham podido ser resolvidas por negociações amigáveis, fica eleito o foro da Comarca do Rio de Janeiro, RJ, em detrimento de outro qualquer, por mais privilegiado que seja. Cláusula 21.2 - Antes de ingressar em juízo, as partes recorrerão ao processo de arbitragem previsto na Lei 9.307, de 23.09.06. 5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis. 6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, *in litteris*: “Esse fenômeno, até certo

ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações, e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração." Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada pena do Min, Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, , Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

7. Deveras, não é qualquer direito público sindicável na via arbitral, mas somente aqueles cognominados como "disponíveis", porquanto de natureza contratual ou privada.

8. A escorreita exegese da dicção legal impõe a distinção jus-filosófica entre o interesse público primário e o interesse da administração, cognominado "interesse público secundário". Lições de Carnelutti, Renato Alessi, Celso Antônio Bandeira de Mello e Min. Eros Roberto Grau.

9. O Estado, quando atestada a sua responsabilidade, revela-se tendente ao adimplemento da correspectiva indenização, coloca-se na posição de atendimento ao "interesse público". Ao revés, quando visa a evadir-se de sua responsabilidade no afã de minimizar os seus prejuízos patrimoniais, persegue nítido interesse secundário, subjetivamente pertinente ao aparelho estatal em subtrair-se de despesas, engendrando locupletamento à custa do dano alheio.

10. Destarte, é assente na doutrina e na jurisprudência que indisponível é o interesse público, e não o interesse da administração.

11. Sob esse enfoque, saliente-se que dentre os diversos atos praticados pela Administração, para a realização do interesse público primário, destacam-se aqueles em que se dispõe de determinados direitos patrimoniais, pragmáticos, cuja disponibilidade, em nome do bem coletivo, justifica a convenção da cláusula de arbitragem em sede de contrato administrativo.

12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da

arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, *verbis*: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos, Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, O interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça.” (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Athos Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado “Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista”, publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, n. 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418). 14. A aplicabilidade do juízo arbitral em litígios administrativos, quando presentes direitos patrimoniais disponíveis do Estado é fomentada pela lei específica, porquanto mais célere, consoante se colhe do artigo 23 da Lei 8.987/95, que dispõe acerca de concessões e permissões de serviços e obras públicas, e prevê em seu inciso XV, dentre as cláusulas essenciais do contrato de concessão de serviço público, as relativas ao “foro e ao modo amigável de solução de divergências contratuais”. (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: SE 5.206 AgR/EP, de relatoria do Min. Sepúlveda Pertence, publicado no DJ de 30-04-2004 e AI 52.191, Pleno, Rel. Min. Bilac Pinto. in RTJ 68/382 - “Caso Lage”. Cite-se ainda MS 199800200366-9, Conselho Especial, TJDF, J. 18.05.1999, Relatora Desembargadora Nancy Andrigli, DJ 18.08.1999.). 15. A aplicação da Lei 9.307/96 e do artigo 267, inc. VII do CPC à matéria *sub judice*, afasta a jurisdição estatal, *in casu* em obediência ao princípio do juiz natural (artigo 5º, LII da Constituição Federal de 1988). 16. *É cediço que o juízo arbitral não subtrai a garantia constitucional do juiz natural, ao contrário, implica realizá-la, porquanto somente cabível por mútua concessão entre as partes, inaplicável, por isso, de forma coercitiva, tendo em vista que ambas as partes assumem o “risco” de serem derrotadas na arbitragem. (Precedente: REsp n. 450.881 de relatoria do Ministro Castro Filho, publicado no DJ 26.05.2003).* 17. *Destarte, uma vez convenionado pelas partes cláusula arbitral, o árbitro vira juiz de fato e de direito da causa, e a decisão que então proferir não ficará sujeita a recurso ou à homologação judicial, segundo dispõe o artigo 18 da Lei 9.307/96, o que significa categorizá-lo como equivalente jurisdicional, porquanto terá os mesmos poderes do juiz togado, não sofrendo restrições na sua competência.* 18. *Outrossim, vige na jurisdição privada, tal como sucede naquela pública, o princípio do Kompetenz-Kompetenz, que estabelece ser o próprio juiz quem decide a respeito de sua competência.* 19. Consequentemente, o *fumus boni iuris* assenta-se não apenas na cláusula compromissória, como também em decisão judicial que não pode ser infirmada por Portaria ulterior, porquanto a isso corresponderia verdadeiro “atentado” (art. 879 e ss. do CPC) em face da sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro. 20. A título de argumento *obiter dictum* pretendesse a parte afastar a

cláusula compromissória, cumprir-lhe-ia anular o contrato ao invés de sobrejulgá-lo por portaria ilegal. 21. Por fim, conclui com acerto Ministério Público, *verbis*: “*In casu*, por se tratar tão somente de contrato administrativo versando cláusulas pelas quais a Administração está submetida a uma contraprestação financeira, indubitável o cabimento da arbitragem. Não faria sentido ampliar o conceito de indisponibilidade à obrigação de pagar vinculada à obra ou serviço executado a benefício auferido pela Administração em virtude da prestação regular do outro contratante. A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: “as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis.” (fls. 472/473). 22. *Ex positis*, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do *statu quo ante*, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes. (MS 11.308/DF, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09/04/2008, DJe 19/05/2008)

Em 2012, a Terceira Turma, tendo por relator o Ministro Sidnei Beneti, que, aliás, possui uma sequência de acórdãos afirmando o princípio *Kompetenz-Kompetenz*, apreciou um caso em que as partes optaram, mediante acordo judicial, em solver o seu litígio mediante arbitragem, tendo sido decidido o seguinte:

Direito Civil e Processual Civil. Arbitragem. Acordo Optando pela Arbitragem Homologado em Juízo. Pretensão Anulatória. Competência do Juízo Arbitral. Inadmissibilidade da Judicialização Prematura.

1.- Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral instituída em Acordo Judicial homologado e, bem assim, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, inadmissível a judicialização prematura pela via oblíqua do retorno ao Juízo.

2.- Mesmo no caso de o acordo de vontades no qual estabelecida a cláusula arbitral no caso de haver sido homologado judicialmente, não se admite prematura ação anulatória diretamente perante o Poder Judiciário, devendo ser preservada a solução arbitral, sob pena de se abrir caminho para a frustração do instrumento alternativo de solução da controvérsia.

3.- Extingue-se, sem julgamento do mérito (CPC, art. 267, VII), ação que visa anular acordo de solução de controvérsias via arbitragem, preservando-se a jurisdição arbitral consensual para o julgamento das controvérsias entre as partes, ante a opção das partes pela forma alternativa de jurisdição.

4.- Recurso Especial provido e sentença que julgou extinto o processo judicial restabelecida. (REsp 1.302.900/MG, Rel. *Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma*, julgado em 09/10/2012, DJe 16/10/2012)

Em 2013, a Terceira Turma, também relatoria do Ministro Beneti, em um caso em que uma empresa, após firmar contrato com cláusula compromissória, optou por ingressar diretamente no juízo estatal, consignou o seguinte acerca da cláusula *Kompetenz-Kompetenz*:

Direito Processual Civil. Recurso Especial Prematuro. Reabertura de Prazo Recursal. Ratificação. Parte sem Poderes para a Prática desse Ato Processual. Aditamento de Recurso Especial. Impossibilidade. Direito Civil. Arbitragem. Pretensão de invalidação do Compromisso Arbitral. Inadmissibilidade de Judicialização Prematura do Tema.

1.- Nos termos da Súmula 418/STJ: É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação.

2.- Inadmissível a uma das partes a ratificação das razões de recurso especial apresentadas por outra.

3.- Não se admite, em sede de recurso especial, a alegação de ofensa a dispositivo da Constituição Federal.

4.- *Nos termos do artigo 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão arbitral, sendo inviável a pretensão da parte de ver declarada a nulidade da convenção de arbitragem antes de sua instituição, vindo ao Poder Judicial sustentar defeitos de cláusula livremente pactuada pela qual, se comprometeu a aceitar a via arbitral, de modo que inadmissível a prematura judicialização estatal da questão.*

5.- Recurso especiais improvidos. (REsp 1.355.831/SP, Rel. *Ministro Sidnei Beneti, Terceira Turma*, julgado em 19/03/2013, DJe 22/04/2013)

Também em 2013, a Corte Especial do STJ, em caso de homologação de sentença estrangeira, também relatoria do Ministro Sidnei Beneti, seguiu na mesma linha:

Homologação de Sentença Estrangeira. Cláusula Arbitral Constante de Contrato Celebrado no Exterior, sob Expressa Regência da Lei Estrangeira. Pedido de Arbitragem Formulado no Exterior. Ações de Nulidade da Cláusula Arbitral, Movidas pela Requerida no Exterior e no Brasil. Precedente Trânsito em Julgado da Sentença Estrangeira Homologada que Afastou Nulidade da Cláusula Arbitral, Determinou a Submissão à Arbitragem e Ordenou, sob Sanção Penal,

a Desistência do Processo Brasileiro. Posterior Trânsito em Julgado da Sentença Nacional, Declarando a Nulidade da Cláusula Arbitral. Jurisdições Concorrentes. Prevalência da Sentença que Primeiro Transitou em Julgado, no Caso a Sentença Estrangeira. Conclusão que Preserva a Cláusula Arbitral, Celebrada sob a Expressa Regência da Legislação Estrangeira. Preservação do Princípio da “Kompetenz Kompetenz”. Deferimento, em Parte, da Homologação, Excluída Apenas a Ordem de Desistência do Processo Nacional e a Sanção Penal, Ante a Ofensa à Ordem Pública Pela Parte Excluída.

1.- Tratando-se de jurisdições concorrentes, a estrangeira e a nacional, em que discutida a mesma matéria, isto é, a validade de cláusula arbitral constante de contrato celebrado no exterior sob expressa regência da legislação estrangeira, prevalece a sentença que primeiro transitou em julgado, no caso a sentença estrangeira.

2.- Conclusão, ademais, que preserva a opção pela solução arbitral, expressamente avençada pelas partes.

3.- *Ante a cláusula arbitral, de rigor a submissão da alegação de nulidade primeiramente ante o próprio tribunal arbitral, como resulta de sentença estrangeira homologanda, que atende ao princípio “Kompetenz Kompetenz”, sob pena de abrir-se larga porta à judicialização nacional estatal prematura, à só manifestação unilateral de vontade de uma das partes, que, em consequência, teria o poder de, tão somente “ad proprium nutum”, frustrar a arbitragem avençada.*

4.- Impossibilidade de homologação de parte da sentença estrangeira que determina a desistência, sob sanção, de ação anulatória movida no Brasil, dada a preservação da concorrência de jurisdição.

5.- Sentença estrangeira parcialmente homologada, para a submissão das partes ao procedimento arbitral, afastada, contudo, a determinação de desistência, sob pena de multa, da ação movida no Brasil. (SEC 854/EX, Rel. Ministro *Massami Uyeda*, Rel. p/ Acórdão Ministro *Sidnei Beneti*, Corte Especial, julgado em 16/10/2013, DJe 07/11/2013)

Ainda em 2013, a Quarta Turma, relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, também se manifestou acerca do tema:

*Processo Civil. Convenção Arbitral. Violação ao art. 535 do CPC não Configurada. Análise da Validade de Cláusula Compromissória “Cheia”. Competência Exclusiva do Juízo Convencional na Fase Inicial do Procedimento Arbitral. Possibilidade de Exame Pelo Judiciário Somente Após a Sentença Arbitral.* 1. Não ocorre violação ao artigo 535 do Código de Processo Civil quando o Juízo, embora de forma sucinta, aprecia fundamentadamente todas as questões relevantes ao deslinde do feito, apenas adotando fundamentos divergentes da pretensão do recorrente. Precedentes. 2. A cláusula compromissória “cheia”, ou seja, aquela que contém, como elemento mínimo a eleição do órgão convencional de solução de conflitos, tem o condão

de afastar a competência estatal para apreciar a questão relativa à validade da cláusula arbitral na fase inicial do procedimento (parágrafo único do art. 8º, c/c o art. 20 da LArb). 3. De fato, é certa a coexistência das competências dos juízos arbitral e togado relativamente às questões inerentes à existência, validade, extensão e eficácia da convenção de arbitragem. Em verdade - excluindo-se a hipótese de cláusula compromissória patológica ("em branco") -, o que se nota é uma alternância de competência entre os referidos órgãos, porquanto a ostentam em momentos procedimentais distintos, ou seja, a possibilidade de atuação do Poder Judiciário é possível tão somente após a prolação da sentença arbitral, nos termos dos arts. 32, I e 33 da Lei de Arbitragem. 4. No caso dos autos, desponta incontestemente a eleição da Câmara de Arbitragem Empresarial Brasil (CAMARB) como tribunal arbitral para dirimir as questões oriundas do acordo celebrado, o que aponta forçosamente para a competência exclusiva desse órgão relativamente à análise da validade da cláusula arbitral, impondo-se ao Poder Judiciário a extinção do processo sem resolução de mérito, consoante implementado de forma escoreita pelo magistrado de piso. Precedentes da Terceira Turma do STJ. 5. Recurso especial provido. (REsp 1.278.852/MG, Rel. Ministro *Luis Felipe Salomão*, *Quarta Turma*, julgado em 21/05/2013, DJe 19/06/2013)

Em 2015, a Terceira Turma, relatoria do Min. Marco Aurélio Bellizze, voltou a se manifestar acerca da questão:

Agravo regimental. Agravo em recurso especial interposto em contrariedade à decisão que, em observância ao artigo 542, § 3º, do Código de Processo Civil, Determina a Retenção do Recurso Especial. 1. Discussão Afeta à Constatação de Previsão de Convenção Arbitral pelas Partes. Deslinde que Guarda a Potencialidade de Derrogar a Jurisdição Estatal e, por Consequente, Tornar Inútil Toda a Atividade a ser Desenvolvida no Processo. Afastamento da Retenção do Recurso Especial. Necessidade. 2. Agravo Regimental Provido.

1. A controvérsia instaurada no recurso especial, retido na origem, consiste justamente em saber se há cláusula de convenção de arbitragem, circunstância que, caso reconhecida, tem o condão de derrogar, a princípio, a própria jurisdição estatal, de modo a tonar inócua toda a atividade que venha a ser desenvolvida no processo.

*1.1. A simples constatação de previsão de convenção de arbitragem - objeto de discussão no recurso especial - enseja o reconhecimento da competência do Juízo arbitral, que, com precedência ao Poder Judiciário, deve decidir, nos termos do parágrafo único da Lei de Arbitragem (Lei n. 9.307/96), de ofício, ou por provocação das partes, as questões acerca da existência, validade e eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória. Precedentes.*

1.2. Guardadas as particularidades de cada caso, não se pode deixar de considerar, inclusive, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça,

estribada na preservação e utilidade dos atos processuais, reputa igualmente descabida a retenção do recurso especial, na hipótese em que a questão interlocutória nele encerrada refere-se à própria competência para conhecer e julgar a ação proposta.

*1.3. Ressai evidenciado, assim, a necessidade de se exaurir, com precedência de qualquer outra questão, a discussão acerca da existência de convenção de arbitragem, a considerar que a verificação desta, como assinalado, tem o condão de tornar inútil, a princípio, a atuação jurisdicional do Estado.*

2. Agravo Regimental Provido, assim como o agravo a ele subjacente, para afastar a retenção do recurso especial determinada na origem, impondo-se à Corte local que proceda ao processamento da insurgência recursal, e, posteriormente, ao juízo de admissibilidade, como entender de direito. (AgRg no AREsp 371.993/RJ, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Rel. p/ Acórdão Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 14/10/2014, DJe 06/11/2014)

Mais recentemente, esta Terceira Turma teve oportunidade de reafirmar a jurisprudência consolidada em diferentes oportunidades:

Civil e Processual Civil. Recurso Especial. Resilição de Contrato de Distribuição e Revenda de Bebidas. Recurso Manejado sob a Égide do CPC/73. Alegação de Ofensa aos art. 131, 165, 458 e, 535 do CPC/73. Omissão ou Contradição Inexistentes. Acórdão Devidamente Fundamentado. Arbitragem. Inexistência de Ofensa ao Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição. (...)

*4. As questões relacionadas à existência de cláusula compromissória válida para fundamentar a instauração do Juízo arbitral deve ser resolvido, com primazia, por ele, e não pelo Poder Judiciário.*

*5. O STJ tem orientação no sentido de que nos termos do art. 8º, parágrafo único, da Lei de Arbitragem a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como, do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do próprio árbitro, sendo prematura a apreciação pelo Poder Judiciário. Precedentes. (...)*

7. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.602.696/PI, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 09/08/2016).

Direito Processual Civil. Recurso Especial. Ação de Obrigação de Fazer com Pedido Sucessivo de Conversão em Perdas e Danos. Convenção de Arbitragem. Cláusula Compromissória. Incompetência do Juízo Estatal.

1. Ação ajuizada em 19/07/2013. Recurso especial concluso ao gabinete em 03/07/2017. Julgamento: CPC/73.

2. O propósito recursal é definir se a presente ação de obrigação de fazer pode ser processada e julgada perante a justiça estatal, a despeito de cláusula compromissória arbitral firmada contratualmente entre as partes.

3. A pactuação válida de cláusula compromissória possui força vinculante, obrigando as partes da relação contratual a respeitar, para a resolução dos conflitos daí decorrentes, a competência atribuída ao árbitro.

4. Como regra, diz-se, então, que a celebração de cláusula compromissória implica a derrogação da jurisdição estatal, impondo ao árbitro o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato e, inclusive, decidir acerca da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória (**princípio da Kompetenz-Kompetenz**).

5. O juízo arbitral prevalece até mesmo para análise de medidas cautelares ou urgentes, sendo instado o Judiciário apenas em situações excepcionais que possam representar o próprio esvaimento do direito ou mesmo prejuízo às partes, a exemplo da ausência de instauração do juízo arbitral, que se sabe não ser procedimento imediato.

6. Ainda que se admita o ajuizamento - frisa-se, excepcional - de medida cautelar de sustação de protesto na Justiça Comum, os recorrentes não poderiam ter promovido o ajuizamento da presente ação de obrigação de fazer nesta sede, em desobediência à cláusula compromissória firmada contratualmente entre as partes.

7. Pela cláusula compromissória entabulada, as partes expressamente elegeram Juízo Arbitral para dirimir qualquer pendência decorrente do instrumento contratual, motivo pela qual inviável que o presente processo prossiga sob a jurisdição estatal.

8. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.694.826/GO, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 07/11/2017, DJe 13/11/2017)

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Processo Civil. Arbitragem. Execução. Título Executivo Extrajudicial. Contrato. Cláusula Compromissória. Embargos à Execução. Mérito. Competência do Juízo Arbitral.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A cláusula arbitral contratada pelas partes goza de força vinculante e caráter obrigatório, derrogando-se a jurisdição estatal.

3. O princípio basilar do Kompetenz-Kompetenz, consagrado nos artigos 8º e 20 da Lei de Arbitragem, estabelece ser o próprio árbitro quem decide, com prioridade em relação ao juiz togado, a respeito de sua competência para avaliar a existência, a validade ou a eficácia do contrato que contém cláusula compromissória.

4. A discussão dos autos trata do descumprimento do contrato em virtude da não observância da cláusula compromissória em si, bem como da revisão contratual, ante a onerosidade excessiva, decorrente da cobrança de

juros compensatórios, remuneratórios e moratórios, de multa contratual, da capitalização de juros e da forma escolhida para a realização dos cálculos.

5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 425.931/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/10/2018, DJe 17/10/2018)

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Processual Civil. Arbitragem. Execução. Título Executivo Extrajudicial. Confissão de Dívida. Inexistência. Cláusula Compromissória. Embargos do Devedor. Mérito. Competência do Juízo Arbitral. Observância. Princípio do *Kompetenz-Kompetenz*.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 1973 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. A hipótese dos autos não se amolda aos precedentes que versam acerca de confissão de dívida por meio de contrato e título executivo extrajudicial líquido, certo e exigível.

3. *Contrato com expressa cláusula compromissória, atraindo a arbitragem para a solução das controvérsias resultantes de qualquer disputa ou reivindicação decorrente do contrato, o que impossibilita que as partes recorram ao Poder Judiciário para solucionar contenda relativa ao seu cumprimento.*

4. *Ao árbitro incumbe o poder-dever de decidir as questões decorrentes do contrato, além da própria existência, validade e eficácia da cláusula compromissória.*

5. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp 425.955/MG, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 25/02/2019, DJe 01/03/2019)

Na mesma toada, a Primeira Seção do STJ decidiu o seguinte em sede de Conflito de Competência:

Conflito Positivo de Competência. Juízo Arbitral e Órgão Jurisdicional Estatal. Conhecimento. Arbitragem. Natureza Jurisdicional. Meios Alternativos de Solução de Conflito. Dever do Estado. Princípio da Competência-Competência. Precedência do Juízo Arbitral em Relação à Jurisdição Estatal. Controle Judicial *a Posteriori*. Convivência Harmônica entre o Direito Patrimonial Disponível da Administração Pública e o Interesse Público. Conflito de Competência Julgado Procedente.

I - Conflito de competência entre o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional e o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, suscitado pela Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. Reconhecida a natureza jurisdicional da arbitragem, compete a esta Corte Superior dirimir o conflito.

II - *Definição da competência para decidir acerca da existência, validade e eficácia da Cláusula Compromissória de Contrato de Concessão firmado para exploração, desenvolvimento e produção de petróleo e gás natural, cujas condições para execução foram alteradas unilateralmente pela agência reguladora por meio da Resolução da Diretoria (RD) n. 69/2014.*

(...)

VIII - A jurisdição estatal decorre do monopólio do Estado de impor regras aos particulares, por meio de sua autoridade, consoante princípio da inafastabilidade do controle judicial (art. 5º, XXXV, da Constituição da República), enquanto a jurisdição arbitral emana da vontade dos contratantes. IX - A jurisdição arbitral precede a jurisdição estatal, incumbindo àquela deliberar sobre os limites de suas atribuições, previamente a qualquer outro órgão julgador (princípio da competência-competência), bem como sobre as questões relativas à existência, à validade e à eficácia da convenção de arbitragem e do contrato que contenha a cláusula compromissória (arts. 8º e 20, da Lei n. 9.307/96, com a redação dada pela Lei n. 13.129/15). X - Convivência harmônica do direito patrimonial disponível da Administração Pública com o princípio da indisponibilidade do interesse público. A Administração Pública, ao recorrer à arbitragem para solucionar litígios que tenham por objeto direitos patrimoniais disponíveis, atende ao interesse público, preservando a boa-fé dos atos praticados pela Administração Pública, em homenagem ao princípio da segurança jurídica.

XI - A arbitragem não impossibilita o acesso à jurisdição arbitral por Estado-Membro, possibilitando sua intervenção como terceiro interessado. Previsões legal e contratual.

XIII - Prematura abertura da instância judicial em descompasso com o disposto no art. 3º, § 2º, do CPC/2015 e os termos da Convenção Arbitral.

XIV - *Conflito de competência conhecido e julgado procedente, para declarar competente o Tribunal Arbitral da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional. Agravos regimentais da Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis e do Estado do Espírito Santo prejudicados.* (CC 139.519/RJ, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Rel. p/ Acórdão Ministra Regina Helena Costa, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 10/11/2017)

A jurisprudência do STJ, portanto, está consolidada no sentido da plena aplicação do princípio do *Kompetenz-Kompetenz*, positivado no art. 8º da Lei de Arbitragem.

No caso em julgamento, o Tribunal de origem, rejeitando a preliminar de extinção do feito, sem resolução do mérito, diante da existência de cláusula arbitral, manteve a sentença que julgara parcialmente procedentes os pedidos da parte autora para condenar a parte ré ao pagamento de indenização pelos prejuízos sofridos decorrentes da rescisão do contrato entre elas pactuado.

Especificamente acerca do ponto recursal, o Tribunal assim se manifestou:

Entretanto, o tema foi enfrentado pela Segunda Câmara Cível no julgamento do Agravo Interno no Agravo de Instrumento n. 2012.011867-2, já transitado em

julgado, onde restou reconhecida a hipossuficiência da parte autora da ação, com a equiparação ao Código de Defesa do Consumidor, com a manutenção da competência para julgamento da Comarca do domicílio da ora apelada.

(...)

Naquela oportunidade, restou consignado que:

De outra banda, observa-se dos documentos contidos nos autos que, diante da empresa-agravante, a pessoa jurídica-agravada é hipossuficiente. Afinal, a Sonangol Starfish Oil & Gas S/A é uma companhia multinacional, tendo como atividade econômica principal a extração de petróleo e gás natural, contando com um capital social de mais de 220.000.000,00 (duzentos e vinte milhões de reais). É operadora, de acordo com o contrato firmado entre as partes, de Consórcio autorizado pela Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustíveis - ANP, para desenvolver atividades de exploração e produção de petróleo e gás natural no Estado do Rio Grande do Norte.

Enquanto isso, a TPG Indústria e Comércio Ltda. é uma sociedade empresária limitada, prestadora de serviços de medição de consumo de energia elétrica, gás e água, tendo sido contratada para realizar a medição, compressão e transporte do gás natural produzido pelo referido consórcio em um poço específico, 1-STAR-8-RN ("Macambira").

Desse modo, diante do acima exposto, aliado à decisão que decretou a abusividade de cláusula contratual, resta caracterizada a hipossuficiência da empresa-agravada - com sede em Natal/RN, registre-se -, não havendo razão à fixação da competência no lugar da sede da pessoa jurídica-ré - no Rio de Janeiro/RJ, distante mais de dois mil quilômetros da capital natalense -, como pretende a agravante. Afinal, atos que possam gerar prejuízos processuais e de acesso à justiça devem ser coibidos."

Note-se, pelo teor do citado acórdão, que o reconhecimento da condição de hipossuficiência da parte apelada, aliado à declaração de abusividade da própria cláusula compromissória, como se pode observar no corpo do voto do Agravo Interno no Agravo de Instrumento n. 2012.011867-2, com fundamento legítimo no Código de Defesa do Consumidor, afasta por completo qualquer possibilidade de prevalência da sentença arbitral sobre a competente decisão judicial, sendo forçoso - mesmo na hipótese de cláusula arbitral válida - respeito ao princípio da inafastabilidade do controle do Poder Judiciário.

Dessa forma, extrai-se do acórdão recorrido que, com base na hipossuficiência da parte, bem como na declaração judicial de abusividade da cláusula, fundada na aplicação analógica do Código de Defesa do Consumidor, o Tribunal de origem afastou a prevalência da cláusula arbitral estabelecida pelas partes.

Essa decisão apresenta-se frontalmente contrária à linha jurisprudencial desta Corte Superior, que, conforme já aludido, interpreta a norma extraída do parágrafo único do artigo 8º da Lei de Arbitragem, como de caráter obrigatório e vinculante, derrogando-se a jurisdição estatal.

Ou seja, a alegação de nulidade da cláusula arbitral, bem como do contrato que a contém, deve ser submetida, em primeiro lugar, à decisão do juízo arbitral.

A hipossuficiência da recorrida, em face da recorrente, reconhecida na origem, somada ao contrato padrão a que ela aderiu, não são suficientes para afastar os efeitos de cláusula de arbitragem existente, válida e eficaz.

Ressalte-se que o contrato, mesmo padronizado, foi pactuado entre duas empresas que atuam no complexo ramo de atividades de exploração energética de gás, não sendo possível o reconhecimento da hipossuficiência de qualquer delas para efeito de aplicação analógica do CDC, embora possa existir uma assimetria entre elas.

Portanto, divergindo o acórdão recorrido da orientação jurisprudencial sedimentada nesta Corte Superior e não se enquadrando o caso dos autos às hipóteses de exceção ao princípio *Kompetenz-Kompetenz* mesmo na situação de hipossuficiência reconhecida na origem, merece provimento o recurso especial.

*Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso especial, para extinguir o feito, sem resolução do mérito.*

Honorários sucumbenciais pela parte autora, que arbitro em 10% sobre o valor atribuído à causa.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.749.812-PR (2018/0152682-6)**

---

Relator: Ministro Marco Aurélio Bellizze

Recorrente: Anuar Abdul Tarabai

Advogados: Tiago Costa Alfredo - PR054494

Guilherme Perussolo - PR055227

Eduardo Luiz Cunico - PR054587

Recorrido: Condomínio Residencial Villa Mirafiori  
Advogada: Vanessa das Neves Picouto - PR034728

---

### EMENTA

Recurso Especial. Ação Rescisória, com Base em Violação Literal de Lei, contra Sentença Transitada em Julgado em Ação de Cobrança de Débitos Condominiais. Tese de que o § 5º do art. 219 do CPC/1973 Impunha ao Juiz o Reconhecimento, de Ofício, da Prescrição. Improcedência. Prescrição é Matéria Circunscrita ao Direito Material das Partes, Restrita à Esfera de sua Disponibilidade. Reconhecimento. Exceção Substancial não Suscitada pela Parte Beneficiária. Renúncia ao Direito de Defesa. Preclusão e Coisa Julgada. Verificação. Manejo de Ação Rescisória, Fundada em Violação Literal de Lei, sem que a Questão Afeta à Prescrição Tenha Sido Objeto de Deliberação na Ação Originária. Descabimento. Recurso Especial Improvido.

1. A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em definir se é cabível o ajuizamento de ação rescisória, fundada na alegação de violação literal de lei — especificamente dos arts. 206, § 5º, I do CC e 219, § 5º, do CPC/1973, que cuidam, respectivamente, da prescrição quinquenal da pretensão de cobrança de dívidas líquidas e da possibilidade de reconhecimento, de ofício, pelo juiz da prescrição —, a despeito de a sentença rescidenda não ter esposado nenhum juízo de valor sobre a questão afeta à prescrição, sendo incontroverso que a parte que aproveitaria de seu reconhecimento (o ora insurgente) em momento algum dela cogitou.

2. A prescrição, compreendida como a perda da pretensão de exigir de alguém a realização de uma prestação, em virtude da fluência de prazo fixado em lei, tangencia, diretamente, como se pode perceber de sua definição, interesses adstritos exclusivamente às partes envolvidas. Isso porque a prescrição, refere-se a direitos subjetivos patrimoniais e relativos, na medida em que a correlata ação condenatória tem por finalidade obter, por meio da realização de uma prestação do demandado, a reparação dos prejuízos suportados em razão da violação do direito do autor. Não é por outra razão, aliás, que a prescrição, desde que consumada, comporta, à parte que a favoreça,

sua renúncia, expressa ou tácita (ao contrário do que se dá com a decadência, que, diretamente, guarda em si, um interesse público).

2.1. Evidenciada a adstrição da prescrição aos interesses das partes e considerada a natureza dos direitos a que se refere, a possibilidade de o juiz dela conhecer, de ofício, tal como dispõe a lei adjetiva civil (de 1973, assim como a atual), refoge, em princípio, da lógica, e somente se justifica em nome da celeridade, efetividade e economia processual.

3. O fato de o magistrado não reconhecer, de ofício, a prescrição — incumbência que competia, necessariamente, à parte a que beneficiaria, caso quisesse valer-se da exceção substancial —, não redundaria na ofensa à literalidade do § 5º do art. 219 do CPC/1973, a subsidiar ação rescisória, com fulcro no art. 485, V, CPC/1973 (art. 966, V, CPC/2015), pois a norma processual não encerra ao juiz o dever de deliberar sobre a matéria de livre disposição das partes litigantes.

4. Se ao magistrado não se impõe o dever de se manifestar sobre a prescrição, embora seja a ele possível, sob o signo da celeridade processual, à parte que se beneficiaria com a sua declaração, ao contrário, caso seja sua intenção valer-se da exceção substancial em comento, não é dado furtar-se de suscitá-la no processo, sob pena de sua inércia configurar verdadeira renúncia a esse direito (de defesa à pretensão).

4.1. Com a superveniência da sentença transitada em julgado, opera-se, por conseguinte, a preclusão máxima, mediante a conformação da coisa julgada, reputando-se *“deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido”* (art. 474 do CPC/1973; art. 508 do CPC/2015, com redação similar).

5. A violação literal de lei, como fundamento da ação rescisória, pressupõe que o órgão julgador delibere sobre a questão posta, conferindo indevida aplicação a determinado dispositivo legal ou deixando de aplicar preceito legal que, supostamente, segundo a compreensão do autor da rescisória, melhor resolve a matéria. Em uma ou outra situação, é indispensável que a questão aduzida na ação rescisória tenha sido objeto de deliberação na ação rescindenda, o que não se confunde com exigência de prequestionamento do dispositivo legal apontado.

5.1. No particular, a questão relacionada à prescrição, embora fosse possível, não foi tratada, de ofício, pelo juiz, tampouco foi suscitada, como seria de rigor, pela parte a que beneficiaria com o seu reconhecimento, caso fosse de seu interesse, não havendo, assim, nenhuma deliberação sobre a matéria no bojo da ação rescisória. De todo inconcebível, assim, o manejo de ação rescisória, sob a tese de violação literal de lei, se a questão — a qual o preceito legal apontado na ação rescisória deveria supostamente regular — não foi objeto de nenhuma deliberação na ação originária.

6. Recurso especial improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Brasília (DF), 17 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Marco Aurélio Bellizze, Relator

---

DJe 19.9.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze: Anuar Abdul Tarabai interpõe recurso especial, fundado nas alíneas *a* e *c* do permissivo constitucional, contra acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Subjaz ao presente recurso especial ação rescisória, fundada no art. 966, V, do CPC/2015, promovida por Anuar Abdul Tarabai contra Condomínio Residencial Villa Mirafiori, tendo por propósito desconstituir a sentença transitada em julgado, proferida na ação de cobrança de despesas condominiais que, verificada a revelia e demonstrada a inadimplência, condenou o então

requerido, Anuar Abdul Tarabai, ao pagamento da importância de R\$ 46.448,31 (quarenta e seis mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e um centavos, corrigidos pelo INPC/IGPM e juros moratórios de 1% ao mês, contados da data da citação, referente ao período de dezembro de 2004 a março de 2015 (e-STJ, fl. 149-153).

Para tanto, argumentou que “a sentença proferida nos autos n. 0013091-27.2015.8.16.0030, ao condenar o Sr. Anuar ao pagamento de débitos condominiais relativos ao período de dez/2004 a abr/2010, ou seja, passados mais de cinco anos do vencimento da dívida (quando do ajuizamento da ação em abr/2015), deixou de aplicar o prazo prescricional previsto expressamente na legislação civil, afinal, prescreve em cinco anos, contados do vencimento de cada parcela, a pretensão, nascida sob a vigência do CC/2002, de cobrança de cotas condominiais” (e-STJ, fl. 6).

Sustentou que, “segundo o entendimento do STJ, a pretensão, tratando-se de dívida líquida desde sua definição em assembleia geral de condomínios e lastreada em documentos físicos, adequa-se à previsão do art. 206, § 5º, I, do CC/2002, segundo o qual prescreve em cinco anos ‘a pretensão de cobrança de dívidas líquidas constantes de instrumento público ou particular’” (e-STJ, fl. 7).

Esclareceu, ainda, que, quando da prolação da sentença (em 1º/8/2015) já não mais remanesce nenhuma controvérsia no âmbito do STJ quanto à aplicação do prazo quinquenal à pretensão de cobrança das taxas condominiais, o que afasta a incidência do enunciado n. 343 da Súmula do STF.

Defendeu, ainda, que, independentemente da revelia havida nos autos originais, o art. 219, § 5º, do CPC/1973, vigente à época, era claro em estatuir a obrigatoriedade do juiz pronunciar, de ofício, a prescrição, já que se trata de matéria de ordem pública. Concluiu, no ponto, ter o acórdão rescindendo, ao assim não proceder, incorrido, também, na violação literal do referido dispositivo legal.

Requeru, ao final, “a rescisão da r. sentença proferida nos autos n. 0013091-27.2015.8.16.0030, pela violação literal dos arts. 206, § 5º, I do CC e 219 do CPC/73, conforme determina o art. 966, V do CPC/15, com o consequente novo julgamento do processo, dessa vez reconhecendo-se a prescrição dos débitos condominiais referentes ao período de (com vencimento em) dez/2004 a abr/2010 e a decorrente redistribuição dos ônus sucumbenciais” (e-STJ, fl. 12).

Citado, o Condomínio Villa Mirafiori infirmou, *in totum*, a pretensão posta na exordial (e-STJ, fls. 688-698).

Aduziu que a violação de norma jurídica pressupõe manifestação expressa sobre a norma violada no julgamento que se pretende rescindir, não sendo cabível a ação rescisória quando a norma supostamente violada nem sequer foi invocada pela parte interessada. Afirmou, assim, que a questão referente à prescrição não foi alegada no momento apropriado.

Alegou, ainda, que a presente ação rescisória estaria sendo utilizada pelo requerente como sucedâneo recursal, com o objetivo de obter a reforma do julgamento.

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, ao final, julgou improcedente a ação rescisória, nos termos da seguinte ementa (e-STJ, fl. 726):

Ação Rescisória. Cobrança de Cotas Condominiais em Fase de Cumprimento de Sentença. Violação de Norma Jurídica. Prescrição. Ausência de Manifestação Sobre o Preceito Apontado como Violado. Ausência de Alegação de Prescrição no Curso da Ação Originária que Impossibilita a Arguição da Matéria em Sede de Ação Rescisória. Precedentes do STJ. Ação Rescisória Julgada Improcedente.

Em seu apelo especial, fundado nas alíneas a e c do permissivo constitucional, Anuar Abdul Tarabai aponta violação dos arts. 114 e 191 do Código Civil; 219, § 5º, e 474 do CPC/1973; e 966, V, do CPC/2015, além de dissenso jurisprudencial.

Afirma que o acórdão estadual, ao compreender que a ausência de alegação de prescrição no processo originário redundaria em renúncia tácita, viola os arts. 114 e 191 do Código Civil. Argumenta, no ponto, que, de acordo com tais dispositivos legais, a renúncia tácita somente ocorre quando o interessado pratica atos incompatíveis com a prescrição, o que não se dá quando a parte a quem aproveita deixa de alegar, já que, em sua compreensão, o juízo pode reconhecê-la de ofício ou ser arguida em grau de jurisdição posterior. Suscita, ainda, dissídio jurisprudencial.

Alega, também, que o Tribunal de origem incorreu na afronta dos arts. 219, § 5º, e 474 do CPC/1973 e 966, V, do CPC/2015, ao compreender que não ocorre violação literal de lei quando a decisão rescindenda não aborda o dispositivo legal tido por violado, ainda que se trate de matéria de ordem pública cognoscível de ofício, no caso, a prescrição.

Defende que “o simples fato de um juiz quedar silente quanto à ocorrência de uma prescrição que deveria ter sido observada é suficiente para ferir a literalidade do art. 219, § 5º, do CPC/73, afinal trata-se de um dever do magistrado, e não de uma faculdade” (e-STJ, fl. 819). Corrobora esta assertiva

com o argumento de que “em sede recursal, o Tribunal *ad quem* poderia reformar de ofício tal sentença, decretando ele mesmo a prescrição (ainda que ela não tenha sido abordada pelo Juízo *a quo* ou alegada pelas partes, sem que com isso se configure supressão de instância, julgamento *extra petita* etc)” — (e-STJ, fl. 819).

Aduz que, “se a prescrição era uma das defesas que a parte poderia invocar para a rejeição do pedido e se a sentença nada falou sobre ela, presume-se que a prescrição tenha sido rejeitada”, sendo certo que o “prequestionamento’ exigido pelo v. acórdão rescindendo dá-se de forma implícita, ou melhor, de forma legalmente presumida” (e-STJ, fls. 820).

A parte adversa apresentou contrarrazões às fls. 868-878 (e-STJ).

O Tribunal de origem deu seguimento à insurgência (e-STJ, fls. 879-881), razão pela qual o recurso especial ascendeu a esta Corte de Justiça.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze (Relator): *A controvérsia posta no presente recurso especial centra-se em definir se é cabível o ajuizamento de ação rescisória, fundada na alegação de violação literal de lei — especificamente dos arts. 206, § 5º, I do CC e 219, § 5º, do CPC/1973, que cuidam, respectivamente, da prescrição quinquenal da pretensão de cobrança de dívidas líquidas e da possibilidade de reconhecimento, de ofício, pelo juiz da prescrição —, a despeito de a sentença rescidenda não ter esposado nenhum juízo de valor sobre a questão afeta à prescrição, sendo incontroverso que a parte que aproveitaria de seu reconhecimento (o ora insurgente) em momento algum dela cogitou.*

Nos termos relatados, o recorrente defende o cabimento da ação rescisória, independentemente da revelia havida nos autos originais, sob o argumento, em síntese, de que o art. 219, § 5º, do CPC/1973, vigente à época, impunha ao juiz a obrigatoriedade de pronunciar, de ofício, a prescrição, já que se trata de matéria de ordem pública. Logo, em sua compreensão, a sentença rescidenda, ao não declarar, de ofício, a ocorrência de prescrição da pretensão de cobrar débitos condominiais em período superior aos 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento da ação, teria incorrido em violação literal do aludido preceito legal, em conjunto com o art. 206, § 5º, I, do Código Civil.

O argumento, todavia, afigura-se meramente retórico, e, como tal, não procede, conforme se passa a demonstrar a seguir.

Na sistemática do Código de Processo Civil de 1973, vigente à época em que tramitava a ação rescindenda em comento, a Lei n. 11.280/2006 alterou a redação do § 5º do art. 219 — que preceituava, nestes termos: *não se tratando de direitos patrimoniais, o juiz poderá, de ofício, conhecer da prescrição e decretá-la de imediato* —, para dispor que o “*juiz pronunciará, de ofício, a prescrição*”.

A alteração da lei adjetiva civil, de viés unicamente instrumental, com o exclusivo propósito de imprimir maior celeridade ao processo, não possui o condão de modificar a natureza do instituto da prescrição, atrelado, intrinsecamente, ao direito material das partes. Trata-se, pois, de uma exceção substancial (defesa de direito material).

O instituto da prescrição, considerado o fim a que se destina — conferir segurança jurídica advinda da estabilização das relações sociais —, guarda, em si, ainda que reflexamente, um interesse público. Seu tratamento legal, delineado no âmbito do direito substancial, tem por escopo extirpar a intranquilidade social, no bojo das relações jurídicas, gerada pelo potencial e indefinido exercício de uma ação destinada à realização de prestação, fundada na lesão ou ameaça a um direito do autor, no que reside o aludido interesse público.

Todavia, não se deve perder de vista que a prescrição, compreendida como a perda da pretensão de exigir de alguém a realização de uma prestação, em virtude da fluência de prazo fixado em lei, tangencia, diretamente, como se pode perceber de sua definição, *interesses adstritos exclusivamente às partes envolvidas*. Isso porque a prescrição refere-se a direitos subjetivos patrimoniais e relativos, na medida em que a correlata ação ressarcitória tem por finalidade obter, por meio da realização de uma prestação do demandado, a reparação dos prejuízos suportados em razão da violação do direito do autor. Não é por outra razão, aliás, que a prescrição, desde que consumada, comporta, à parte que a favoreça, sua renúncia, expressa ou tácita (ao contrário do que se dá com a decadência, que, diretamente, guarda em si, um interesse público).

Evidenciada, assim, a adstrição da prescrição aos interesses das partes e considerada a natureza dos direitos a que se refere, a possibilidade de o juiz dela conhecer, de ofício, tal como dispõe a lei adjetiva civil (de 1973, assim como a atual), refoge, em princípio, da lógica, e somente se justifica em nome da celeridade, efetividade e economia processual. Ainda que presentes essas motivações, a decretação da prescrição, de ofício, *sem a oitiva da outra parte*,

*conquanto com ela se beneficie*, por si, encerra óbices insanáveis, em absoluta inadequação com a natureza do instituto.

Não se afigura possível ao juiz, assim, em substituição à parte que com a prescrição venha a se beneficiar, supor que esta não se valeria do direito de renunciar à prescrição consumada ou, de outro modo, a ela não se objetaria quando tiver, por exemplo, o interesse que se reconheça a cobrança indevida de dívida, decorrente de pagamento já realizado, a gerar a repetição em dobro do indébito, nos termos do art. 940 do Código Civil.

Veja-se, portanto, que a possibilidade de o juiz conhecer, de ofício, da prescrição, tal como previsto no diploma processual de 1973 e mantida no atual, não encerra uma imposição ao magistrado, que, ainda que possa assim proceder, não retira das partes interessadas, titulares que são do respectivo direito (seja o da pretensão, seja o da exceção a ela referente), o dever de se manifestar sobre a questão afeta à prescrição.

Nessa linha de entendimento, destaca-se o escólio de Humberto Theodoro Júnior, que, em comentário à possibilidade de o juiz conhecer, de ofício, da prescrição, prevista no diploma processual de 1973, com a alteração conferida pela Lei n. 11.280/2006, bem esclarece o alcance da norma adjetiva:

A prescrição, porém, pode ser livremente renunciável pelo devedor (Cód. Civil, art. 194), nunca pôde (segundo a tradição do direito material) ser decretada de ofício pelo juiz (Cód. Civil de 2002, art. 194). Abria-se no direito material exceção apenas para os devedores absolutamente incapazes, cujos interesses em torno da prescrição eram tratados como indisponíveis e, por isso mesmo, tuteláveis pelo juiz, independentemente da provação dos respectivos representantes legais (Cód. Civil de 2002, art. 194, *in fine*). A pretexto de imprimir maior celeridade ao processo, a Lei n. 11.280, de 16.02.2006, alterou o texto do § 5º do art. 219 do CPC de 1973, para dispor, contra todas as tradições do direito ocidental, que, em qualquer caso, “o juiz pronunciará, de ofício, a prescrição”.

A nosso sentir, essa revolucionária regra processual não teve o alcance que o afoito legislador pretendeu, pois a sistemática da prescrição é própria do direito material, e na sede que lhe é específica não há, em regra, como fazer a vontade do juiz passar por cima da autonomia da vontade das partes, quando o que está em questão é um direito potestativo da livre disposição do respectivo titular (in *Curso de Direito Processual Civil - Teoria Geral do Direito Processual Civil, Processo de Conhecimento e Procedimento Comum* - Vol. I. 58ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2017. p. 1.057).

Saliente-se, a propósito, que, à vista de tal incongruência, o Código de Processo Civil de 2015 teve o mérito de, a par da possibilidade de

reconhecimento, de ofício, da prescrição pelo magistrado, impor a este, antes, a viabilização do indispensável contraditório. Assim, o art. 10 é claro ao dispor que: “o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”.

Especificamente sobre a prescrição (e a decadência), o art. 487 do Código de Processo Civil preceitua que “haverá resolução de mérito quando o juiz: (...) II – decidir de ofício ou a requerimento, sobre a ocorrência de decadência ou prescrição”. E, em seu parágrafo único, assentou-se que: “ressalvada a hipótese do § 1º do art. 332 [improcedência liminar do pedido], a prescrição e a decadência não serão reconhecidas sem que antes seja dada às partes oportunidade de se manifestar-se.

Em que pese o avanço da disposição legal sob comento (que, como visto, viabiliza o imprescindível contraditório), a ressalva contida no preceito legal não se compatibiliza com a natureza do instituto. Assim, mesmo em se tratando de reconhecimento liminar da improcedência do pedido com base na prescrição consumada, imprescindível que se confira às partes, inclusive, à que, com ela, venha a se beneficiar, a oportunidade de sobre ela se manifestar, necessariamente.

A exceção legal, como se constata, parte da errônea presunção de que a improcedência liminar do pedido com base na prescrição — decisão de mérito que é — somente prejudicaria ou diria respeito ao demandante, ao qual, para se opor a tal decisão, seria conferido a via recursal. Mais uma vez, não caberia (agora) à lei supor que a parte demandada (a quem, em tese, o reconhecimento da prescrição beneficiaria) não se valeria do direito de renunciá-la ou de objetá-la, para, no curso do próprio processo, por exemplo, buscar a repetição em dobro do indébito, em razão de anterior pagamento, com esteio no art. 940 do Código Civil.

Tem-se, por conseguinte, que, mesmo na hipótese de improcedência liminar do pedido, com fulcro no reconhecimento da prescrição da pretensão, há que se conferir às partes, antes, oportunidade de se manifestarem sobre a matéria, com fulcro no art. 10 do Código de Processo Civil, consentâneo com o instituto em questão, a despeito da expressa ressalva contida no parágrafo único do art. 487 do referido diploma legal.

Nessa linha de entendimento e coerente com a natureza do instituto da prescrição, agora na sistemática do CPC/2015, o ilustre processualista mineiro, já citado, obtempera:

O legislador, ao tratar da sentença de mérito (art. 487), estabeleceu que, no caso de prescrição ou decadência, o juiz, embora possa atuar de ofício, não as reconhecerá “sem que antes seja dada às partes oportunidade de manifestar-se” (art. 487, parágrafo único). Contudo, ressaltou que, no caso da improcedência liminar do pedido (art. 332, § 1º), a oitiva das partes não será exigível.

Malgrado o Código dispense a manifestação prévia dos litigantes na hipótese em análise, nenhum juiz tem, na prática, condições de, pela simples leitura da inicial, reconhecer ou rejeitar uma prescrição. Não se trata de uma questão apenas de direito, como é a decadência, que se afere por meio de um simples cálculo do tempo ocorrido após o nascimento do direito potestativo de duração predeterminada. A prescrição não opera *ipso iure*; envolve necessariamente fatos verificáveis no exterior da relação jurídica, cuja presença ou ausência são decisivas para a configuração da causa extintiva da pretensão do credor insatisfeito. Sem dúvida, as questões de fato e de direito se entrelaçam profundamente, de sorte que não se pode tratar a prescrição como uma simples questão de direito que o juiz possa, *ex officio*, levantar e resolver liminarmente, sem o contraditório entre os litigantes. A prescrição envolve, sobretudo, questões de fato, que, por versar sobre eventos não conhecidos do juiz, o inibem de pronunciamentos prematuros e alheios às alegações e conveniências dos titulares dos interesses em confronto (ob. cit.; p. 785)

*Feitas tais digressões afetas à prescrição, e, retornando ao caso dos autos, pode-se concluir que a norma processual que possibilita sua declaração, de ofício, pelo juiz, estabelecida no Código de Processo Civil de 1973, em seu art. 219, § 5º, (inclusive com a redação conferida pela Lei n. 11.280/2006), não encerra um dever do magistrado, como quer fazer crer a parte ora insurgente.*

Trata-se, pois, de matéria circunscrita à disposição das partes, sobre a qual o juiz não pode se sobrepor, ainda que motivado pela propugnada celeridade/efetividade processual, sob pena de incorrer em manifesto desvirtuamento do instituto, o qual se relaciona, como visto, intrinsecamente ao direito material das partes interessadas.

Se ao magistrado não se impõe o dever de se manifestar sobre a prescrição, embora seja a ele possível, sob o signo da celeridade processual, à parte que se beneficiaria com a sua declaração, ao contrário, caso seja sua intenção valer-se da exceção substancial em discussão, não é dado furtrar-se de suscitá-la no processo, sob pena de sua inércia configurar verdadeira renúncia a esse direito (de defesa à pretensão).

Aliás, a matéria afeta à prescrição, caso não reconhecida de ofício pelo juiz, há de ser suscitada pela parte a que beneficia —, caso queira valer-se dessa exceção substancial —, necessariamente, até o exaurimento das instâncias

ordinárias, não sendo mais possível o conhecimento da matéria na instância especial.

Veja-se, portanto, que, a despeito de a prescrição ser passível de ser reconhecida de ofício, pode precluir no bojo do processo em que a pretensão de exigir a realização de uma prestação é exercida pela parte lesada. Com mais razão, ante a superveniência da sentença transitada em julgado, opera-se, por conseguinte, a preclusão máxima, mediante a conformação da coisa julgada, reputando-se “*deduzidas e repelidas todas as alegações e defesas, que a parte poderia opor assim ao acolhimento como à rejeição do pedido*” (art. 474 do CPC/1973; art. 508 do CPC/2015, com redação similar).

Desse modo, o fato de o magistrado não reconhecer, de ofício, a prescrição — incumbência que competia, necessariamente, à parte que a beneficiária, caso quisesse valer-se da exceção substancial —, não redundava na ofensa à literalidade do § 5º, do art. 219 do CPC/1973, a subsidiar ação rescisória, com fulcro no art. 485, V, CPC/1973 (art. 966, V, CPC/2015), pois, como assentado, ao juiz não se impõe o dever de deliberar sobre a matéria de livre disposição das partes litigantes.

Por fim, não se pode deixar de reconhecer que a violação literal de lei, como fundamento da ação rescisória, pressupõe que o órgão julgador, *ao deliberar sobre a questão posta*, confira má aplicação a determinado dispositivo legal ou deixe de aplicar dispositivo legal que, supostamente, segundo a compreensão do autor da rescisória, melhor resolveria a controvérsia. Em uma ou outra situação, é indispensável que a questão aduzida na ação rescisória tenha sido objeto de deliberação na ação rescindenda.

*Não se está a exigir, para efeito de ação rescisória, o prequestionamento do artigo cuja literalidade se repute violado.* Impõe-se, para efeito de cabimento de ação rescisória, fundada na alegação de ofensa à literalidade de dispositivo legal, que a questão tenha sido objeto de decisão na ação rescindenda, seja conferindo incorreta aplicação a determinado dispositivo legal, seja deixando de aplicar preceito legal, que, segundo a convicção do autor da ação rescisória, melhor regularia a matéria.

Nesse sentido, posiciona-se a jurisprudência mais recente do Superior Tribunal de Justiça:

Processual Civil. Recurso Especial. Ação Rescisória. Violação Literal a Dispositivo de Lei. Questão Estranha ao Conteúdo da Decisão Transitada em Julgado. Inviabilidade.

1. Trata-se, na origem, de Ação Rescisória ajuizada pelo INSS com a finalidade de desconstituir parcialmente o trânsito em julgado de sentença que condenou a autarquia ao pagamento de benefício previdenciário.

2. A demanda foi ajuizada com base no art. 485, V, do CPC/1973, tendo sido apontado como violado o art. 219, § 5º, daquele diploma legislativo.

3. *O Tribunal local corretamente julgou improcedente o pedido, adotando como fundamento a inviabilidade desta demanda para discutir matéria estranha ao conteúdo do acórdão cuja rescisão era almejada.*

4. *“Ainda que não se exija que a lei tenha sido invocada no processo originário, tendo em vista que o requisito do prequestionamento não se aplica em sede de ação rescisória, mostra-se inviável o pedido de rescisão, com base no art. 485, V, do CPC, fundado em suposta violação a disposição de lei, quando a questão aduzida na ação rescisória não foi tratada em nenhum momento em tal processo” (AgRg na AR 4.741/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 6/11/2013).*

5. Recurso Especial não provido.

(REsp 1.648.617/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 04/05/2017, DJe 17/05/2017) - sem grifo no original.

Processual Civil. Ação Rescisória. Servidor Público. Violação Literal de Dispositivo Legal (art. 485, V, CPC/1973). Ação Rescisória como Sucedâneo Recursal. Impossibilidade. Ação Rescisória não Provida.

1. *Pela disposição normativa prevista tanto no art. 485, V, do CPC/1973 quanto no art. 966, V, do CPC/2015, observa-se que a concretização do vício rescisório está na manifesta divergência entre o julgado e o legislado. Ou seja, a não observação de preceito legal deve ser clara e inequívoca.*

2. No caso dos autos, os dispositivos indicados como expressamente violados são: I) arts. 3º, VI, e 267, ambos do CPC/1973 e art. 1º do Dec.-Lei n. 1.110/1970, porque a ilegitimidade da União não foi declarada; II) do art. 1º do Dec.-Lei n. 20.910/1932 e dos arts. 219, § 5º, e 618, ambos do CPC/1973, porquanto não houve a extinção da execução, apesar da ocorrência da prescrição da pretensão executória.

3. *Não se vincula a existência de vício rescisório a uma prévia indicação precisa do dispositivo na fundamentação do julgado rescindendo. Contudo, a inexistência de prequestionamento como requisito de ação rescisória não significa que essa possa ser utilizada como sucedâneo recursal, em face de seu caráter excepcional consequente da proteção à coisa julgada e à segurança jurídica. Assim, a deliberação contrária a disposição legal deve se apresentar no julgado rescindendo, mesmo quando não apresentada expressamente, de forma relevante.*

4. A decisão rescindenda limitou-se a examinar questão relacionada ao excesso de execução. Tanto que deu provimento aos embargos à execução para abater R\$ 15.568,69 do requerido inicialmente na execução do título firmado em

mandado de segurança. *Não houve análise de teses relacionadas à ilegitimidade ou à prescrição, até mesmo porque essas questões sequer foram elencadas na petição de embargos à execução. Portanto, verifica-se que esta ação rescisória foi manejada com o fim de substituir recurso e de discutir questões novas, que poderiam ter sido analisadas antes do trânsito do julgado rescindendo.*

5. Ação rescisória não provida.

(AR 5.581/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 14/11/2018, DJe 12/12/2018)

Na hipótese dos autos, a questão relacionada à prescrição, embora fosse possível, não foi tratada, de ofício, pelo juiz, tampouco foi suscitada, como seria de rigor, pela parte a que beneficiaria com o seu reconhecimento, caso fosse de seu interesse, não havendo, assim, nenhuma deliberação sobre a matéria no bojo da ação rescisória.

De todo inconcebível, assim, o manejo de ação rescisória, sob a tese de violação literal de lei, se a questão — a qual o preceito legal apontado na ação rescisória deveria supostamente regular — não foi objeto de nenhuma deliberação na ação originária.

Em arremate, na esteira dos fundamentos acima delineados, nego provimento ao presente recurso especial.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.793.840-RJ (2019/0020309-1)**

---

Relator: Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva

Recorrente: Associação Congregação Desanta Catarina

Advogados: Flávia Sant Anna e outro(s) - RJ065122

Maria Regina Martins Alves de Menezes - RJ079098

Recorrido: Edileusa de Vasconcelos Mafra - espólio

Recorrido: Marinoel Mafra de Siqueira - espólio

Repr. por: Fabiana Vasconcelos Mafra de Siqueira - inventariante

Advogado: Silvia Mendes da Silva Pavan e outro(s) - RJ077734

Recorrido: Vision Med Assistência Médica Ltda

Outro Nome: Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.  
Advogados: Daniela Batista Abraços e outro(s) - RJ139351  
Marina Beatriz Alecrim de Lacerda - RJ189175

---

### EMENTA

Recurso Especial. Civil. Ação de Cobrança. Despesas de Acompanhante. Paciente Idoso. Custeio. Responsabilidade. Plano de Saúde. Estatuto do Idoso. Norma de Aplicação Imediata. Resolução Normativa. Agência Nacional de Saúde Suplementar. Embargos de Declaração. Caráter Protelatório. Não Demonstração. Multa. Afastamento.

1. Recurso especial interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

2. Cinge-se a controvérsia a discutir a quem compete o custeio das despesas do acompanhante de paciente idoso no caso de internação hospitalar.

3. O artigo 16 do Estatuto do Idoso - Lei n. 10.741/2003 - estabelece que ao paciente idoso que estiver internado ou em observação é assegurado o direito a um acompanhante, em tempo integral, a critério do médico.

4. A Lei dos Planos - Lei n. 9.656/1998 - é anterior ao Estatuto do Idoso e obriga os planos de saúde a custear as despesas de acompanhante para pacientes menores de 18 (dezoito) anos.

5. Diante da obrigação criada pelo Estatuto do Idoso e da inexistência de regra acerca do custeio das despesas de acompanhante de paciente idoso usuário de plano de saúde, a Agência Nacional de Saúde Suplementar definiu, por meio de resoluções normativas, que cabe aos planos de saúde o custeio das despesas referentes ao acompanhante do paciente idoso.

6. O Estatuto do Idoso é norma de ordem pública e de aplicação imediata, devendo incidir inclusive sobre contratos firmados antes de sua vigência. Precedente.

7. Na hipótese em que os embargos de declaração objetivam prequestionar a tese para a interposição do recurso especial, deve ser

afastada a multa do art. 1.026 do CPC/2015, com base na aplicação da Súmula n. 98/STJ.

8. Recurso especial conhecido e provido.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma, por maioria, conhecer e dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Vencido parcialmente o Sr. Ministro Marco Aurélio Bellizze que conhecia em menor extensão apenas para afastar a multa. Votaram com o Sr. Ministro Relator os Srs. Ministros Moura Ribeiro, Nancy Andrichi e Paulo de Tarso Sanseverino.

Brasília (DF), 05 de novembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Relator

---

DJe 8.11.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva: Trata-se de recurso especial interposto por *Associação Congregação de Santa Catarina*, com fundamento no art. 105, III, “a” e “c”, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado:

Apelação Cível. Relação de Consumo. Ação de Cobrança. Hospital que Pleiteia Crédito Decorrente de Despesas Médico-Hospitalares Durante Internação. Sentença de Parcial Procedência em Relação aos Réus, Condenando-os ao Pagamento das Despesas com Telefonia. Parcial Procedência em Relação ao Plano de Saúde, Denunciado, Condenando-o Diretamente ao Pagamento de Despesas com Material Utilizado em Procedimento Cirúrgico. Recursos Interpostos pelo Autor e pelo Denunciado, com Fundamento no CPC/73. Recusa de Cobertura por Parte do Denunciado, ao Argumento de que o Contrato de Plano de Saúde da Paciente Teria Sido Celebrado em Data Anterior à Vigência da Lei N. 9.656/98. Aplicação da Lei n. 9.656/98 aos Contratos Anteriores à sua Vigência, em Razão de sua Natureza Continuativa, sem Termo Final. Possibilidade de Controle das Cláusulas dos Contratos de Planos de Saúde Celebrados antes da Vigência da Lei 9.656/98, à Luz do Código de Defesa do Consumidor. Precedentes. É Considerada Abusiva a Cláusula que Exclui a Cobertura de Material Essencial à Realização de Determinados Procedimentos Imprescindíveis para o Êxito do Tratamento para Doença Segurada. Dever do Denunciado de Arcar com os Custos

do Material Afeto à Consequência do Ato Cirúrgico. Alegação do Autor de Equívoco no Dispositivo da Sentença, Ante a Disparidade entre o Valor da Condenação e o da Inicial. Inexistência de Erro. Sentença que não Acolheu Integralmente os Pedidos Lançados na Inicial. Improcedência Quanto às Despesas com Diárias de Acompanhante. Ausência de Impugnação Específica à Inteligência do Decisório de Primeiro Grau Nesse Ponto. Pretensão do Autor de Condenação dos Réus no que Toca ao Material Cirúrgico. Dever Imposto ao Plano de Saúde. A Denúnciação da Lide Possibilita, pela Aplicação do Princípio da Celeridade, Impor ao Denunciado o Dever de Efetuar o Pagamento Diretamente ao Autor da Ação Principal. Ônus Sucumbenciais Corretamente Distribuídos. Recursos a que se Nega Provimento (Fls. 405/406 E-STJ).

Os embargos de declaração foram rejeitados, com a aplicação de multa de 0,5% (meio por cento) sobre o valor atualizado da causa em virtude do seu caráter manifestamente protelatório (fls. 428/438 e-STJ).

Nas presentes razões (fls. 531/557 e-STJ), a recorrente alega violação dos artigos 131, 371 e 1.026 do Código de Processo Civil de 2015 e 16 da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), além de dissídio jurisprudencial.

Sustenta ter cumprido seu dever legal de assegurar direito ao acompanhante ao paciente idoso durante sua internação, mas que a lei não obriga a prestação de tal serviço de forma gratuita.

Argumenta ter o direito de cobrar pelos serviços que foram efetivamente prestados - as diárias do acompanhante - e que, no caso em que o paciente possui plano de saúde, cabe ao plano arcar com tais despesas, conforme estabelecido na Resolução n. 211 da Agência Nacional de Saúde Suplementar - ANS.

Defende a inaplicabilidade da multa prevista no art. 1.026 do CPC/2015 ante a inexistência de caráter protelatório dos embargos de declaração opostos.

Os recorridos foram intimados para apresentar contrarrazões ao recurso especial (fls. 460 e 483 e-STJ).

Sem as contrarrazões (fls. 462 e 494 e-STJ), o recurso especial foi admitido no Tribunal de origem (fls. 464/466 e-STJ).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva (Relator): O acórdão impugnado pelo recurso especial foi publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015 (Enunciados Administrativos n. 2 e 3/STJ).

A irresignação merece prosperar.

*Na hipótese dos autos, cinge-se a controvérsia a discutir a quem compete o custeio das despesas do acompanhante do paciente idoso no caso de internação hospitalar.*

### 1. Do histórico

Na origem, a *Associação Congregação de Santa Catarina* (ora recorrente) ajuizou ação contra *Edileusa de Vasconcelos Mafra* - espólio - e *Marinoel Mafra de Siqueira* - espólio - para cobrar despesas referentes ao atendimento hospitalar prestado aos réus e que não foram cobertas pelo plano de saúde.

Narram os autos que a primeira ré - Edileusa de Vasconcelos Mafra - permaneceu internada no estabelecimento da autora no período de 14/5/2008 a 16/8/2008, na qualidade de segurada da Golden Cross. As despesas não cobertas pelo plano de saúde referem-se aos materiais utilizados no procedimento cirúrgico, aos custos de ligações telefônicas e às diárias de acompanhante.

Os réus denunciaram à lide o plano de saúde - Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. (fl. 207 e-STJ).

O juízo de primeiro grau condenou os réus ao pagamento das despesas de telefonia, equivalente a R\$ 257,10 (duzentos e cinquenta e sete reais e dez centavos), e julgou procedente o pedido de denúncia da lide para condenar o plano de saúde denunciado ao pagamento dos valores correspondentes aos medicamentos e materiais cirúrgicos. As despesas de acompanhante, por sua vez, foram atribuídas ao hospital autor, haja vista o pedido de cobrança ter sido julgado improcedente neste aspecto.

A Corte de origem negou provimento às apelações interpostas pela Associação Congregação de Santa Catarina e pela Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda. (fls. 402/416 e-STJ), mantendo, portanto, a improcedência do pedido de cobrança no tocante às despesas de acompanhante ao argumento de que a sua presença decorre de uma obrigação legal imposta ao hospital prevista no Estatuto do Idoso.

A propósito, destaca-se o seguinte trecho do acórdão proferido nos embargos de declaração:

(...) Não há falar, destarte, em retificação do dispositivo quanto ao valor da condenação, mas sim em improcedência do pedido referente às diárias de acompanhante. Transcreva-se, por oportuno, a fundamentação respectiva ao tema:

Com relação aos valores cobrados a título de diárias de acompanhantes (doc. de fls. 13), no total de R\$ 5.625,00 (cinco mil seiscentos e vinte e cinco reais), cumpre destacar o disposto no Estatuto do Idoso;

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Frise-se que *a própria lei estabelece a possibilidade de acompanhante como um direito*, não podendo ser limitado de nenhuma forma.

*A imposição de cobranças por tal direito provocaria a limitação, ainda que transversa, de um direito previsto em lei e deve ser rechaçada de pronto.*

Outrossim, *a presença de acompanhante favorece o próprio nosocômio*, uma vez que dispenderá menor número de funcionários para realizar acompanhamento do paciente, além de prestar melhor serviço de natureza médica e assistencial.

Nesse diapasão, verifica-se que o apelo interposto pela parte autora não direcionou sua impugnação aos fundamentos lançados na sentença, que levaram o juízo *a quo* ao reconhecimento da improcedência do pedido em relação às diárias de acompanhante, limitando-se o apelante em pugnar pela retificação do valor da condenação, para se adequar ao pedido inicial, como se houvesse erro material no dispositivo (fl. 413 e-STJ - grifou-se).

O recurso especial interposto por *Associação Congregação de Santa Catarina*, autora da ação de cobrança, limita-se a impugnar a sua responsabilidade pelo custeio das despesas referentes ao acompanhante do idoso.

Alega, em síntese, que a obrigação estabelecida no artigo 16 do Estatuto do Idoso foi devidamente cumprida, mas que tal dispositivo não implica a gratuidade do serviço prestado, pois as despesas de acompanhante devem ser custeadas pelo plano de saúde, que foi denunciado à lide no presente caso.

Feitos esses esclarecimentos, passa-se à análise do presente recurso.

## *2. Da responsabilidade pelo pagamento das diárias do acompanhante de paciente idoso*

A figura do acompanhante foi reconhecida pela legislação como fundamental para a recuperação do paciente idoso, uma verdadeira garantia do direito à saúde e mais um passo para a efetivação da proteção do idoso assegurada na Constituição Federal.

O Ministério da Saúde, no âmbito da saúde pública, e amparado pela Lei n. 8.842/1994, que estabeleceu a Política Nacional do Idoso, antes mesmo do advento da Lei n. 10.741/2003, editou a Portaria MS/GM n. 280/1999 determinando que os hospitais contratados ou conveniados ao Sistema Único de Saúde permitam a presença de acompanhante para os pacientes internados maiores de 60 (sessenta) anos e autorizando ao prestador do serviço a cobrança das despesas previstas com o acompanhante de acordo com as tabelas do SUS, nas quais estão incluídas a acomodação adequada e o fornecimento das principais refeições.

No âmbito da saúde suplementar, contudo, a Lei n. 9.656/1998 previu que, na hipótese em que o contrato de plano de saúde incluir internação hospitalar, a operadora é responsável pelas despesas de acompanhante.

A propósito:

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

(...)

II - quanto incluir internação hospitalar:

(...)

f) cobertura de despesas de acompanhante, no caso de pacientes menores de dezoito anos;

Posteriormente, a Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso) estabeleceu que o paciente idoso que estiver internado terá direito a um acompanhante, nos seguintes termos:

Art. 16. Ao idoso internado ou em observação é assegurado o direito a acompanhante, devendo o órgão de saúde proporcionar as condições adequadas para a sua permanência em tempo integral, segundo o critério médico.

Parágrafo único. Caberá ao profissional de saúde responsável pelo tratamento conceder autorização para o acompanhamento do idoso ou, no caso de impossibilidade, justificá-la por escrito.

Cumpra-se observar que, embora a Lei dos Planos inclua a obrigação de cobertura de despesas de acompanhante apenas para pacientes menores de 18

(dezoito) anos, a redação desse dispositivo é de 1998, portanto, anterior, ao Estatuto do Idoso, de 2003.

Assim, diante da obrigação criada pelo Estatuto e da inexistência de regra acerca do custeio das despesas de acompanhante de paciente idoso usuário de plano de saúde, a ANS definiu que cabe aos planos de saúde o custeio das despesas referentes ao acompanhante desse paciente, as quais devem incluir a totalidade dos serviços oferecidos pelo prestador de serviço e relacionadas com a permanência do acompanhante na unidade de internação.

Por meio da edição das Resoluções Normativas n. 211/2010, n. 387/2015 e n. 428/2017, a ANS determinou que os planos hospitalares incluam as despesas com acompanhante para pacientes a partir de 60 (sessenta) anos de idade.

A propósito, eis a redação da Resolução Normativa n. 428, de 7 de novembro de 2017:

Art. 22. O Plano Hospitalar compreende os atendimentos realizados em todas as modalidades de internação hospitalar e os atendimentos caracterizados como de urgência e emergência, conforme Resolução específica vigente, não incluindo atendimentos ambulatoriais para fins de diagnóstico, terapia ou recuperação, ressalvado o disposto no inciso X deste artigo, observadas as seguintes exigências:

(...)

VII - cobertura das despesas, incluindo alimentação e acomodação, relativas ao acompanhante, salvo contraindicação justificada do médico ou do cirurgião-dentista assistente, nos seguintes casos:

(...)

b) idosos a partir dos 60 anos de idade.

Conforme informações retiradas do seu sítio eletrônico, a ANS também esclarece as despesas que devem ser cobertas pelo plano de saúde sob a rubrica de despesas de acompanhante:

Quais despesas com acompanhante devem ser cobertas pelo plano de saúde?

*A cobertura das despesas relacionadas a um acompanhante será o total daquilo que for oferecido pelo prestador de serviço (hospital), incluindo refeições e taxas básicas (indispensáveis) relacionadas à permanência do mesmo na unidade de internação.*

Por exemplo, no que se refere ao fornecimento de refeições: se o hospital A, credenciado da operadora X, oferece aos acompanhantes de seus clientes três refeições por dia, a operadora X deverá custear as despesas dessas três

refeições. Se o hospital B, também credenciado da Operadora X, oferece aos acompanhantes de seus clientes apenas uma refeição por dia, a operadora X deverá custear as despesas referentes a esta refeição. Ou seja, *quem define o que é ofertado ao acompanhante é o prestador de serviços, de acordo com o que a instituição disponibiliza aos seus clientes em geral, cabendo à operadora apenas custear tais despesas.*

*Os acompanhantes são para: crianças e adolescentes menores de 18 anos, idosos a partir do 60 anos de idade, portadores de necessidades especiais e gestantes no trabalho de parto, parto e pós-parto. ([http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com\\_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=482&historico=19905148](http://www.ans.gov.br/aans/index.php?option=com_centraldeatendimento&view=pergunta&resposta=482&historico=19905148) - grifou-se)*

Ademais, não há falar que o contrato objeto da presente lide foi firmado anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso, de modo a afastar da operadora do plano de saúde a obrigação de custear as despesas do acompanhante, pois a Lei n. 10.741/2003 é norma de ordem pública, de aplicação imediata. Além disso, tal argumento resultaria na absurda conclusão de que a lei estaria postergando a validade do direito às próximas gerações.

Nesse sentido:

Civil e Processo Civil. Recurso Especial. Ação Declaratória e de Obrigação de Fazer c/c Perdas e Danos. Seguro Saúde. Reajuste de Mensalidades em Razão de Mudança de Faixa Etária. Contrato Celebrado Anteriormente à Vigência da Lei 9.656/98 e do Estatuto do Idoso. Reexame de Matéria Fática e Interpretação de Cláusulas Contratuais.

1. O surgimento de norma cogente (impositiva e de ordem pública), posterior à celebração do contrato de trato sucessivo, como acontece com o Estatuto do Idoso, impõe-lhe aplicação imediata, devendo incidir sobre todas as relações que, em execução contratual, realizarem-se a partir da sua vigência, abarcando os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso.

2. O consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades dos planos de saúde com base exclusivamente na mudança de faixa etária.

3. Em relação ao reajuste efetivado pela recorrida em período anterior à vigência da norma protetiva do idoso, a análise deve-se dar sob a ótica do Código de Defesa do Consumidor. Contudo, não cabe a esta Corte, em sede de recurso especial, rever a conclusão do Tribunal de origem no que tange à ausência de abusividade ou desproporcionalidade do reajuste, em prejuízo do consumidor, a

partir da análise pontual e individualizada de cada um dos percentuais previstos no contrato antes da entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Incidência das Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, provido (REsp 1.228.904/SP, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 5/3/2013, DJe 8/3/2013).

Assim, conclui-se que a obrigação legal criada pelo artigo 16 do Estatuto do Idoso deve ser observada pela unidade hospitalar, pois cabe a ela criar as condições materiais adequadas para a permanência do acompanhante do paciente idoso em suas dependências.

Contudo, o custeio dessas despesas é de responsabilidade da operadora do plano de saúde, conforme determinado pela Agência Nacional de Saúde Suplementar, órgão responsável pela regulação, normatização, controle e fiscalização das atividades que garantam a assistência suplementar à saúde.

### *3. Da multa prevista no art. 1.026, § 2º, do CPC/2015*

Ao analisar os embargos de declaração opostos pela *Associação Congregação de Santa Catarina*, a Corte de origem condenou a embargante ao pagamento de multa de 0,5% (meio por cento) por considerá-los manifestamente protelatórios conforme se observa do seguinte excerto:

(...) Na verdade, o embargante pretende obter, por via oblíqua, a reversão da decisão na parte que lhe foi desfavorável, cuja fundamentação foi suficiente, sendo, inclusive, desnecessária a oferta dos aclaratórios unicamente para fins de prequestionamento.

O recorrente insiste em distorcer a realidade dos autos, com a pretensão de reanalisar interesse reiteradamente enjeitado, em obstinada invectiva que já tangencia o intolerável em matéria de uso das faculdades processuais.

Comportamentos dessa natureza, além de usurparem o tempo tão precioso para o fazimento de justiça, configuram verdadeiro desrespeito ao Poder Judiciário, que vem lutando para manter ritmo aceitável para entregar a prestação jurisdicional. Sobre o tema, vale conferir o seguinte julgado:

(...)

Acresce que eventual *error in iudicando* deve ser impugnado pela via própria. O STF já se manifestou no sentido de que os embargos de declaração não se prestam a corrigir possíveis erros de julgamento. (STF. Plenário. RE 194.662 Ediv-ED-ED/BA, rel. orig. Min. Sepúlveda Pertence, red. p/ o acórdão Min. Marco Aurélio, julgado em 14/5/2015) (Info 785).

Mostra-se, ainda, desnecessária a oferta dos aclaratórios unicamente para fins de prequestionamento. Conforme entendimento sedimentado do Superior Tribunal de Justiça, admite-se o prequestionamento implícito para fins de conhecimento do recurso em instâncias superiores, desde que a matéria tenha sido devidamente enfrentada na decisão, ainda que não mencionados expressamente os dispositivos legal e/ou constitucional supostamente violados, refira-se:

(...) (fls. 436/437 e-STJ).

Contudo, verifica-se que o referido recurso objetivava prequestionar a tese acerca da responsabilidade pelo custeio das despesas de acompanhante do paciente idoso, sobretudo no que se refere ao artigo 16 do Estatuto do Idoso e das Resoluções Normativas da Agência Nacional de Saúde Complementar para a interposição do recurso especial.

Nesse contexto, deve ser afastada a multa do art. 1.026 do CPC/2015, com base na aplicação da Súmula n. 98/STJ: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório.”

Nesse mesmo sentido:

Administrativo. Processual Civil. Agravo em Recurso Especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Intervenção do Estado na Propriedade. Desapropriação Indireta. Estabelecimento Empresarial. Contrato de Locação. Estacionamento. Acolhimento da Perícia. Violação Normativos Federais. Divergência Jurisprudencial. Prestação Jurisdicional Incompleta. Descaracterização. Julgamento Contrário aos Interesses da Parte. Intuito Protelatório. Inexistência. Súmula 98/STJ. Impossibilidade de Revisão do Acervo Probatório. Súmula 07/STJ.

(...)

2. Os embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não tem caráter protelatório, daí a afastar a cominação da sanção. Inteligência da Súmula 98/STJ.

(...)

4. Agravo conhecido para conhecer parcialmente do recurso especial e, nessa extensão, dar-lhe parcial provimento (AREsp n. 1.235.015/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 7/3/2018).

#### 4. Do dispositivo

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial interposto para o fim de *a)* condenar a *Golden Cross Assistência Internacional de Saúde Ltda.* ao

pagamento das despesas referentes ao acompanhante do paciente idoso e b) afastar da condenação a multa aplicada em virtude da oposição de embargos de declaração tidos como manifestamente protelatórios.

É o voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.826.273-SP (2019/0203695-7)**

---

Relator: Ministro Moura Ribeiro

Recorrente: Tenda Negócios Imobiliários S/A

Advogados: Fábio Yunes Elias Fraiha - SP180407

Filippi Dias Maria - SP297010

Rodrigo Robles - SP297668

Recorrido: Djalma Jose Herrera de Barros

Recorrido: Wanderley Samuel Pereira

Recorrido: Publicum Gestao em Alienacoes Eletronicas e Publicidade Ltda

Advogados: Pérsio Thomaz Ferreira Rosa e outro(s) - SP183463

Raquel Garcia Martins Conde de Oliveira - SP286721

Interes.: Banco Safra S A

Advogados: Renato Alves Romano - SP036154

Wanderley Honorato e outro(s) - SP125610

Interes.: Jacques Wajss

Interes.: Rachel Bulka Wajss

Advogados: Sonia Maria da Conceicao Shigaki - SP097604

Wanderley Honorato e outro(s) - SP125610

Ana Paula Haipek - SP146951

---

**EMENTA**

Processual Civil. Recurso Especial. Recurso Manejado sob a Égide do NCPC. Alegação de Ofensa ao art.1.022 do NCPC. Contradição

Inexistente. Acórdão Devidamente Fundamentado. Execução de Título Extrajudicial. Leilão. Desistência da Vencedora do Certame. Segundo Proponente que Manifestou Desinteresse na Arrematação do Bem. Comissão do Leiloeiro. Cobrança. Impossibilidade. Recurso Parcialmente Provido.

1. Aplica-se o NCPC a este julgamento ante os termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

2. A contradição que autoriza a oposição de embargos de declaração é a interna, ou seja, aquela entre proposições do próprio julgado. O descontentamento com as conclusões do julgado não enseja a contradição prevista no art. 1.022, I, do NCPC.

3. O arrematante do bem é o responsável pelo pagamento da comissão do leiloeiro, não podendo essa obrigação ser imputada àquele que ofertou a segunda melhor proposta, porque o vencedor desistiu da arrematação.

4. Recurso especial provido em parte.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Senhores Ministros da Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, em dar parcial provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

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

Dr(a). *Pérsio Thomaz Ferreira Rosa*, pela parte recorrida: *Djalma Jose Herrera de Barros*

Brasília (DF), 10 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Moura Ribeiro, Relator

---

DJe 12.9.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro: Os autos noticiam que o Banco Safra S.A. (*exequente*) propôs execução de título extrajudicial contra Jacques Wajss e Rachel Bulka Wajss (*executados*).

Levado a leilão imóvel de propriedade dos *executados*, foram oferecidos lances pela ASSOCIAPOL, TENDA e EMCCAMP.

De comum acordo, *exequente* e *executados* descartaram a primeira proposta por estar sujeita a evento futuro e incerto e também a segunda, em razão do desinteresse em realizar a venda para a TENDA, optando por aceitar a terceira, da EMCCAMP, por melhor refletir seus interesses.

Diante do parecer ambiental apontando contaminação no solo do imóvel, a EMCCAMP, fazendo uso da cláusula resolutiva constante da sua oferta, desistiu o lance.

A *Agência Publicum de Publicidade Ltda (leiloeiro)*, nomeada para realizar a alienação do bem, postulou o pagamento da sua comissão da *Tenda*, segunda ofertante, por ter sido a única remanescente com lance válido no leilão, já que aquela oferecida pela ASSOCIAPOL foi rejeitada pelos *exequente* e *executados*.

O pedido foi indeferido, sob o fundamento de que *a manifestação de Tenda ratificando o interesse na aquisição do bem não transfere a ela a obrigação pelo pagamento da comissão do leiloeiro* (e-STJ, fl. 1.536).

Contra essa decisão o *leiloeiro* interpôs agravo de instrumento, argumentando que a TENDA não apresentou motivo para o arrependimento do lance, além de inexistir qualquer empecilho para a utilização do imóvel, ressaltando que a oferta não possuía condicionante e que os reparos necessários no terreno não nulifica a arrematação.

Ao recurso foi dado provimento, *carreando à parte agravada as despesas relativas ao leilão, assim como a comissão do leiloeiro* (e-STJ, fl. 1.613), cujo acórdão encontra-se assim ementado:

*Execução por Título Extrajudicial. Leilão. Arrematação de bem imóvel. Hipótese em que a agravante, empresa responsável pela organização do certame, alega lhe ser devida a comissão de 5% (cinco por cento) do leiloeiro. Hipótese em que a agravada foi declarada vencedora do leilão após a desistência de outra concorrente, em virtude de resultado de laudo ambiental. Recorrida que não possuía tal condicionante em sua proposta, razão pela qual alegou em*

recurso anterior que sua proposta era melhor que a da concorrente. Desistência injustificada que obriga a agravada, plenamente conhecedora dos riscos associados com a oferta realizada, a arcar com a comissão do leiloeiro, nos termos do edital. Art. 427 do Código Civil. Recurso provido (e-STJ, fl. 1.605).

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

Contra esses julgados a TENDA manejou recurso especial, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, alegando (1) ofensa ao art. 1.022, I, do NCPC, diante da contradição no julgado ao declarar que foi a vencedora do leilão, assim como quanto aos precedentes colacionados que não guardam similitude com o caso concreto; e, (2) violação dos arts. 884 do NCPC, 24 e 40 do Decreto-Lei n. 21.981/32, porque não foi o arrematante do objeto do leilão, logo não lhe deve ser cobrada a comissão do leiloeiro. Ao final, postulou a concessão de efeito suspensivo nos termos do art. 1.029, § 5º, do NCPC.

Foram apresentadas contrarrazões.

Admitido o apelo nobre pelo juízo prévio de admissibilidade, os autos subiram para esta Corte Superior.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Moura Ribeiro (Relator): O recurso comporta parcial acolhimento.

De plano, vale pontuar que o recurso ora em análise foi interposto na vigência do NCPC, razão pela qual devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista, nos termos do Enunciado Administrativo n. 3, aprovado pelo Plenário do STJ na sessão de 9/3/2016: *Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC.*

A pretensão recursal está em reconhecer (1) a ocorrência de contradição no julgado; e, (2) a impossibilidade da cobrança da comissão do leiloeiro por aquele que não foi o arrematante da coisa.

(1) *Contradição não verificada.*

Este Col. Superior Tribunal de Justiça firmou orientação de que a contradição que autoriza a oposição de embargos de declaração é a interna, ou seja, aquela entre proposições do próprio julgado.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes:

Processo Civil. Embargos de Declaração no Recurso Especial. [...]. Obscuridade, Omissão, Contradição ou Erro Material. Não Ocorrência. Reforma do Julgado. Impossibilidade.

[...]

3. O vício que autoriza a oposição dos embargos de declaração é a contradição interna do julgado, não a contradição entre este e o entendimento da parte, ou o que ficara decidido na origem, ou, ainda, quaisquer outras decisões do STJ ou do STF.

4. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no REsp 1.741.681/RJ, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, Terceira Turma, DJe 22/03/2019)

Processual Civil. Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. [...]. Violação do art. 535, I, do CPC/1973. Contradição. Não Caracterização. [...]. Decisão Mantida.

[...]

3. A contradição prevista no art. 535, I, do CPC/1973 é a interna, isto é, entre proposições do próprio julgado embargado, o que não se observa. [...] 7. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp 545.959/SP, Rel. Ministro *Antonio Carlos Ferreira*, Quarta Turma, DJe 25/03/2019)

Ao ser apreciada a obrigação pela comissão do leiloeiro, o Tribunal de origem entendeu que a *Tenda* seria a responsável pelo pagamento, reconhecendo a sua qualidade de arrematante, colacionando precedentes eleitos como pertinentes ao caso para corroborar sua conclusão.

Veja-se:

No mérito, verifica-se que a parte agravada foi uma das proponentes de oferta no leilão judicial que teve como objeto o imóvel registrado com a matrícula n. 15.170 no 18º CRI desta cidade.

As propostas foram:

(i) ASSOCIAPOL, que ofertou o valor de R\$12.850.000,00 com pagamento em 250 dias por meio da CEF (fl. 1.124);

(ii) TENDA, que ofertou a quantia de R\$11.350.000,00 com o pagamento de 25% do valor no prazo de 24 horas após a publicação da decisão e o restante em 30 meses (fls. 1.122/1.123);

(iii) EMCCAMP, que ofertou o valor de R\$11.081.000,00 com o pagamento de 25% do preço em 120 dias, desde que superada a condição resolutive de

realização do laudo ambiental de contaminação do imóvel, e o restante em 24 meses (fls. 1.126/1.128).

A primeira proposta, ainda que de maior valor, foi sumariamente descartada, tendo em vista estar sujeita a financiamento incerto da Caixa Econômica Federal, o que a tornava de difícil execução.

Desta forma, duas propostas foram efetivamente apreciadas, sendo que as partes, em comum acordo, haviam considerado a oferta da ENCCAMP como a que melhor atendiam suas necessidades.

Todavia, após tomar conhecimento do laudo ambiental, a empresa ENCCAMP fez uso da condicionante e desistiu de sua oferta.

Desta forma, evidente que a empresa agravada se tornou vencedora da praça, sendo responsável, por conseguinte, pela comissão do leiloeiro.

Insta ressaltar que sua oferta não possuía qualquer condição resolutive que possibilitasse sua desistência sem arcar com as despesas do leilão.

[...]

Desta forma, é absolutamente contraditória e inconsequente a posição da agravada ao não admitir que sua proposta foi, ao final, a vencedora do certame, pois cristalina a inexistência de condição resolutive e, no caso de falha do leilão por culpa de terceiro, a parte que lhe deu causa deve arcar com as custas do leiloeiro, nos termos do edital:

[...]

Não seria distinta sua responsabilidade se reconhecida vencedora e não realizasse o depósito referente ao lance dado:

[...]

[...]

Desnecessário, outrossim, o aperfeiçoamento da arrematação do imóvel para imputar seu encargo, pois evidente que, ao se tornar a única proposta viável apresentada, a empresa recorrida era a vencedora do certame, sendo certa sua responsabilidade.

Nesta mesma órbita, o prazo concedido pelo MM. Juiz "a quo" não implicou em novação da proposta, pois para que isto ocorresse, seria necessário que houvesse novo certame, sob pena de conceder vantagem indevida à proponente vencedora, consistente em reestruturar unilateralmente sua proposta após vislumbrar ser a única concorrente viável.

No mesmo sentido vem decidindo este Sodalício em casos em que o arrematante tinha conhecimento do risco envolvido com o lance e, mesmo assim, prosseguiu com sua oferta:

[...]

De rigor, portanto, a reforma da r. decisão agravada, carreando à parte agravada as despesas relativas ao leilão, assim como a comissão do leiloeiro (e-STJ, fls. 1.606/1.613).

Desse modo, não se verifica a alegada contradição.

Portanto, é de se afastar a alegada violação dos arts. 489 e 1.022, ambos do NCPC.

(2) *Comissão do leiloeiro indevida.*

A TENDA assevera não ser a responsável pelo pagamento da comissão do leiloeiro, porque não foi a arrematante do imóvel.

Do excerto do acórdão recorrido transcrito anteriormente colhe-se que no leilão judicial do imóvel dos *executados* foram ofertados três lances: da ASSOCIAPOL, da TENDA e da EMCCAMP, respectivamente pelo maior valor apresentado.

De comum acordo, *exequente* e *executados* não admitiram a proposta do primeiro, por vislumbrarem a sua inexequibilidade, e afastaram a segunda de livre e espontânea vontade. Assim, apesar de ser a que apresentou o menor preço, a oferta da EMCCAMP foi aceita, sob condição, qual seja, não haver contaminação ambiental no terreno que pudesse inviabilizar o investimento.

O laudo ambiental realizado constatou a presença acima dos parâmetros permitidos para Boro e Chumbo, de elevada toxicidade, razão pela qual a EMCCAMP desistiu do lance.

Diante disso, e por terem *exequente* e *executados* rejeitado a proposta da ASSOCIAPOL, o *leiloeiro* considerou a TENDA como arrematante, vencedora do leilão e, por conseguinte, foi acionada para o pagamento da comissão.

Nos termos do art. 879 do NCPC, a alienação do bem penhorado far-se-á por iniciativa particular ou em leilão judicial.

Na espécie, foi realizado o leilão judicial, e nele foram oferecidos três lances, inaugurando a fase de licitação entre eles, nos termos do § 2º do art. 892 do NCPC, *verbis*:

Art. 892. Salvo pronunciamento judicial em sentido diverso, o pagamento deverá ser realizado de imediato pelo arrematante, por depósito judicial ou por meio eletrônico.

[...]

§ 2º Se houver mais de um pretendente, proceder-se-á entre eles à licitação, e, no caso de igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, o companheiro, o descendente ou o ascendente do executado, nessa ordem.

Desse dispositivo legal pode-se extrair que será considerado arrematante aquele que ofertar o maior lance.

O *caput* se refere ao tempo e modo de pagamento a ser realizado por aquele que arrematar o bem levado a leilão.

O § 2º, por sua vez, define a licitação como critérios de desempate caso haja mais de um ofertante. O dispositivo não elenca a modalidade de licitação, mas considerando que se está a buscar o melhor preço na alienação do bem penhorado para satisfação do crédito exequendo e, em se tratando de leilão, será considerado vencedor aquele que ofertar o maior lance.

Além disso, referido dispositivo esclarece que, mesmo após a *licitação*, *no caso de igualdade de oferta* o critério de desempate será o grau de parentesco com o executado, circunstância que corrobora o raciocínio segundo o qual, se houver oferta maior pelo bem, aquele que o fizer será considerado o arrematante.

A doutrina de *Fredie Didier Jr.*, *Leonardo Carneiro da Cunha*, *Paula Sarno Braga* e *Rafael Alexandria de Oliveira* esclarece:

Não havendo nenhum pretendente com direito de preferência ou se, havendo, esse pretendente não ofereceu proposta equivalente ao maior preço ofertado, o concurso será resolvido por licitação entre os pretendentes (art. 892, § 2º, CPC): vence quem oferecer o maior valor. No caso de igualdade de oferta, terá preferência o cônjuge, o companheiro (o que inclui a relação homoafetiva), o descendente ou o ascendente do executado, nessa ordem (*Curso de Direito Processual Civil*, vol. 5, ed. JusPodivm: 2019, p. 965)

Comungam do mesmo entendimento *Luiz Guilherme Marinoni*, *Sérgio Cruz Arenhart* e *Daniel Mitidiero*, no *Curso de Processo Civil*, vol. 2, 2ª edição, ed. Revista dos Tribunais, p. 1.044 e *Araken de Assis*, no *Manual da Execução*, 19ª edição, ed. Revista dos Tribunais, p. 1.201.

A desistência da EMCCAMP, cuja oferta foi aceita pelos *exequente* e *executados*, não torna a TENDA, segunda proponente, arrematante de forma automática. Não há previsão no Código de Processo Civil para a sucessão dos participantes.

O fato da TENDA ter solicitado vistoria no imóvel e a realização de perícia ambiental depois que a EMCCAMP desistiu da arrematação, não deve ser interpretado como interesse na continuidade no leilão, uma vez que o procedimento se encerra com a escolha da proposta desistente (EMCCAMP). Essa iniciativa poderia ser considerada, quando muito, como uma tentativa de aquisição por iniciativa particular, que não se aperfeiçoou.

O que se observa do leilão realizado foi que *exequente* e *executados* escolheram a proposta que lhes foi a mais conveniente, excluindo expressamente a oferta da TENDA (e-STJ, fls. 1.242/1.246 e 1.263/1.266), o que foi homologado pelo juízo da execução (e-STJ, fls. 1.271).

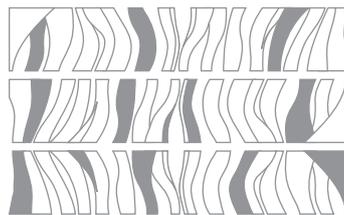
Dessa forma, a TENDA não pode ser considerada arrematante, seja por não ter ofertado o maior valor no leilão e por ter sido expressamente excluída do certame pelos *exequente* e *executados*, razão pela qual não lhe pode ser imputada a obrigação pelo pagamento da comissão do leiloeiro.

Nessas condições, *dou parcial provimento* ao recurso especial, para (1) reconhecer a inexistência de contradição no julgado e (2) afastar a obrigação da TENDA pelo pagamento da comissão do *leiloeiro*, restabelecendo a decisão de e-STJ, fls. 1.535/1.536.

Fica prejudicado o pedido de efeito suspensivo.

É como voto.





---

**Quarta Turma**



---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.221.372 - RS (2010/0199295-7)**

---

Relator: Ministro Marco Buzzi

Recorrente: Jorge Luiz Weber e outro

Advogado: Jairo Luiz Brandelero Marques e outro(s) - RS024252

Recorrido: Mattiazzi Construções e Empreendimentos Ltda - empresa de pequeno porte

Advogado: Fernanda Serrer e outro(s) - RS057508

---

**EMENTA**

Recurso Especial - Execução de Duplicatas Referentes a Empreitada de Construção Parcial da Edificação - Penhora do Próprio Imóvel Objeto do Contrato de Empreita - Incidente de Impenhorabilidade do Bem de Família Rejeitado - Irresignação dos Executados - Recurso Desprovido.

Hipótese: Averiguar se o crédito oriundo de contrato de empreitada para a construção, ainda que parcial, de imóvel residencial, encontra-se salvaguardado nas exceções legais de impenhorabilidade do bem de família.

1. No caso, as instâncias ordinárias entenderam que a obrigação/dívida oriunda de financiamento de material e mão-de-obra destinados à construção de moradia, decorrente de contrato de empreitada, enquadra-se na hipótese prevista pelo inciso II do artigo 3º da Lei n. 8.009/90, não sendo oponível ao credor a impenhorabilidade resguardada ao bem de família.

2. Para os efeitos estabelecidos no dispositivo legal (inciso II do art. 3º da Lei n. 8.009/90), o *financiamento referido pelo legislador abarca operações de crédito destinadas à aquisição ou construção do imóvel residencial*, podendo essas serem *stricto sensu* - decorrente de uma operação na qual a financiadora, mediante mútuo/empréstimo, fornece recursos para outra a fim de que essa possa executar benfeitorias ou aquisições específicas, segundo o previamente acordado - como aquelas em *sentido amplo*, nas quais se inclui o *contrato de compra e venda em prestações*, o *consórcio* ou a *empreitada com pagamento parcelado durante*

*ou após a entrega da obra*, pois todas essas modalidades viabilizam a aquisição/construção do bem pelo tomador que não pode ou não deseja pagar o preço à vista.

3. Não há falar esteja sendo realizada uma interpretação extensiva das exceções legais descritas na norma, vez que há subsunção da hipótese à exceção legal, considerando-se os limites e o conteúdo do instituto do financiamento, esse que, diferentemente do alegado pelos ora insurgentes, uma vez incontroversa a origem e a finalidade voltada à edificação ou aquisição do bem, não fica adstrito a mútuos realizados por agente financeiro do SFH.

4. Entendimento em outro sentido premiaria o comportamento contraditório do devedor e ensejaria o seu inegável enriquecimento indevido, causando insuperável prejuízo/dano ao prestador que, mediante prévio e regular ajuste, bancou com seus aportes a obra ou aquisição somente concretizada pelo tomador valendo-se de recursos do primeiro.

5. Recurso Especial desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Antonio Carlos Ferreira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, a Sra. Ministra Maria Isabel Gallotti.

Brasília (DF), 15 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Marco Buzzi, Relator

---

DJe: 21.10.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Marco Buzzi: Cuida-se de recurso especial interposto por *Jorge Luiz Weber e outro*, com fundamento no artigo 105, inciso III, alíneas “a”

e “c” da Constituição Federal, em desafio a acórdão proferido em agravo de instrumento pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

Depreende-se dos autos que, na origem, a ora recorrida *Mattiazzi Construções e Empreendimentos Ltda - Empresa de Pequeno Porte* ajuizou execução em face dos insurgentes afirmando ser credora da quantia original de R\$ 10.702,25 (dez mil, setecentos e dois reais e vinte e cinco centavos) representada por três duplicatas vinculadas a contrato particular de construção por empreitada parcial de imóvel.

Em fevereiro de 1998, foi penhorado o bem consistente no “lote urbano n. 21, da Quadra n. 22 da cidade de Porto Mauá, com área de 730,49 m<sup>2</sup>, sem benfeitorias”, conforme auto de penhora às fls. 33 dos presentes autos.

Realizada a avaliação do imóvel (fl. 34), constatou-se que, “sobre o terreno foi iniciada uma construção, em alvenaria, composta de uma base e um piso superior, com apenas as paredes erguidas, com uma área de soalho em madeira”, referindo, o aludido laudo, que ao tempo da diligência a obra estaria inacabada e abandonada.

Os executados manejaram incidente de impenhorabilidade (fls. 31-41) aduzindo, em síntese, que o bem é o único do casal e, apesar de estar em construção, é destinado à residência do conjunto familiar.

O magistrado *a quo* rejeitou o incidente e manteve a penhora, nos termos da deliberação de fls 82-86.

Os executados interpuseram agravo de instrumento, ao qual foi negado provimento pelo acórdão de fls. 113-121, assim ementado:

Agravo de Instrumento. Penhora de Imóvel Residencial. Execução de Duplicatas Referentes a Empreitada de Construção Parcial da Edificação.

O crédito decorrente da construção de parte do imóvel residencial (material e mão-de-obra) configura a hipótese do art. 3º, inc. II, da Lei 8.009/90, exceção à regra da impenhorabilidade.

Na situação concreta, a credora, empresa de construção civil responsável pela compra dos materiais de construção e pela execução da obra de empreitada, dispõe do benefício da penhora, ainda que sobre imóvel residencial.

Construção do imóvel mantida.

Agravo desprovido, por maioria.

Nas razões do recurso especial (fls. 126-137), alegam os insurgentes/executados, além de dissídio jurisprudencial, violação aos artigos 1º e 3º, inciso II da Lei n. 8.009/90.

Sustentam, em síntese: a) a inviabilidade de conferir interpretação extensiva à norma do artigo 3º, inciso II da Lei n. 8.009/90, pois a exceção lá estabelecida é destinada, apenas, para os casos de financiamento de imóvel residencial, parcial ou total, desde que efetuado por agente financeiro do Sistema Financeiro Habitacional; b) o crédito resultante de aquisição de material de construção e mão-de-obra (empreitada) não é privilegiado, motivo pelo qual deve ser afastada a penhora sobre o único imóvel do casal, vez que considerado bem de família.

Contrarrazões às fls. 178-188.

Inadmitido o reclamo na origem (fls. 210-214), os autos ascenderam a esta Corte Superior por força do provimento dado ao AG n. 1.264.578/RS (fl. 219)

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Marco Buzzi (Relator): O reclamo não merece prosperar.

Inicialmente, é imprescindível mencionar que, consoante informações colhidas do sítio eletrônico do Tribunal gaúcho, os autos da execução na origem encontravam-se suspensos desde 11/05/2011 aguardando o julgamento do presente reclamo. Porém, recentemente, em 20/03/2019, o magistrado *a quo* deferiu o prosseguimento do feito, tendo, no entanto, inviabilizado, por ora, a reavaliação do bem penhorado até o julgamento definitivo da insurgência nessa instância superior.

1. A controvérsia trazida ao exame desta Corte Superior consiste em averiguar se o crédito oriundo de contrato de empreitada para a construção, ainda que parcial, de imóvel residencial, encontra-se salvaguardado nas exceções legais à impenhorabilidade do bem de família.

No caso, as instâncias precedentes entenderam que a obrigação/dívida oriunda de financiamento de material e mão-de-obra destinados à construção de moradia, decorrente de contrato de empreitada, enquadra-se na hipótese prevista pelo inciso II do artigo 3º da Lei 8009/90, não sendo oponível ao credor a impenhorabilidade resguardada ao bem de família.

Inegavelmente, o bem de família legal/obrigatório está disciplinado na Lei n. 8.009, de 29 de março de 1990 que dispõe, em seu artigo 1º:

*O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.*

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

A referida legislação arrola taxativamente as hipóteses autorizadas da penhorabilidade do bem de família, consoante se depreende dos artigos 2º, 3º, 4º e 5º, sendo que, para o caso, é oportuno transcrever o normativo apontado como malferido, qual seja, o artigo 3º, inciso II:

Art. 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

(...)

*II - pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;*

(...)

No caso *sub judice* sobressai peculiaridade que justifica o tratamento diferenciado à questão, uma vez que não se trata de contrato de mútuo/financiamento entabulado com agente financeiro ou construtora/incorporadora, nos moldes usualmente analisados por esta Corte Superior. Aqui, a dívida decorreu da inadimplência de valores relativos a contrato de empreitada para construção, ainda que parcial, de uma casa de alvenaria, com fornecimento de material e mão-de-obra.

Apesar da instância originária ter afirmado tratar-se de crédito/financiamento advindo de venda de material de construção, aduziu existir contrato de construção por empreitada global, o que foi corroborado pela Corte local ao asseverar que *a construtora/exequente assumiu o encargo de fornecer o material e executar a obra.*

Confira-se o trecho:

Com efeito, o credor do financiamento dispõe da possibilidade de penhora, ainda que sobre imóvel residencial.

Conforme se extrai dos autos, a residência dos agravantes estava sendo erigida pela empresa agravada, por força de contrato particular de empreitada global firmado entre os litigantes, mediante o qual a construtora assumiu o encargo de fornecer o material e executar a obra. Dessa forma, as duplicatas executadas estão vinculadas a esse contrato, de sorte que os valores para construção do imóvel foram financiados pela exequente.

Dito isso, para o correto deslinde à controvérsia, afigura-se imprescindível tecer breves considerações sobre o instituto jurídico da empreitada, considerado como o contrato por meio do qual uma das partes (empreiteiro) se obriga, pessoalmente ou por meio de terceiros, sem subordinação ou dependência, porém mediante instruções, a realizar/executar certa obra para a outra (proprietário, comitente, dono da obra), com material próprio ou por este fornecido, percebendo remuneração global ou proporcional ao trabalho executado. Nesse sentido confira-se o escólio de *DINIZ, Maria Helena*. Código Civil Anotado. 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 465; *RODRIGUES, Silvio*. Direito Civil, volume 3: Dos contratos e das declarações unilaterais da vontade. 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 246 e *GONÇALVES, Carlos Roberto*. Direito Civil Brasileiro: volume III – Contratos e Atos Unilaterais. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 344.

Nos termos da legislação civil (art. 610 do Código Civil de 2002) a empreitada pode ser de duas modalidades, a de mão de obra ou a mista. Na primeira espécie (empreitada de mão de obra), também denominada de empreitada de labor ou simples, o empreiteiro contribui somente com o seu trabalho, isso é, com a mão de obra, ficando os materiais sob responsabilidade do proprietário da edificação.

Nessa hipótese, em regra, consoante previsto no artigo 612 do Código Civil, os riscos inerentes à execução da obra são assumidos pelo dono.

A empreitada mista, por sua vez, compreende a mão de obra e o fornecimento de materiais pelo próprio empreiteiro. Os riscos da execução, neste caso, recaem sobre esse último até a entrega efetiva da obra (artigo 611).

Não se confunde a empreitada com o contrato de trabalho, tampouco com o de prestação civil de serviços (artigos 593 a 609 do Código Civil). Não obstante o ponto de aproximação, que é a efetivação da atividade, a empreitada caracteriza-se nitidamente pela circunstância de considerar o resultado final, e

não a operação em si, como objeto de relação contratual. Enquanto no contrato de serviços se cogita da atividade como prestação imediata, na empreitada tem-se em vista a obra executada, figurando o trabalho que a realiza como prestação mediata ou meio de consecução.

Aproxima-se, também, da compra e venda a empreitada com fornecimento de materiais por parte do empreiteiro, que os afeiçoa ou transforma, e entrega ao outro contraente a obra encomendada. Essencialmente, difere da venda porque não visa a uma obrigação de dar, mas sim a uma obrigação de fazer, essa atinente a executar a obra.

Dado esse panorama sobre o instituto da empreitada, é oportuno destacar precedentes desta Corte Superior que, em hipóteses peculiares, gravitam em torno da controvérsia em exame.

O STJ já afirmou inviável a penhora do bem de família ante a inadimplência decorrente de *compras de materiais de construção, ainda que utilizados pelo devedor para a construção do imóvel onde reside*.

Nesse sentido:

Processual Civil. Agravo Regimental. Impenhorabilidade do Bem de Família. Decisão Mantida por seus Próprios Fundamentos. Agravo Regimental Improvido.

I. A inadimplência dos réus em relação a compras de materiais de construção do imóvel onde residem não autoriza afastar a impenhorabilidade de bem de família, dado que a hipótese excepcional em contrário, prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, é taxativa, não permitindo elasticidade de modo a abrandar a regra protetiva conferida pelo referenciado diploma legal.

II. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 888.313/RS, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, julgado em 24/06/2008, DJe 08/09/2008)

Inegavelmente, esse entendimento não é aplicável ao caso como almejam fazer crer os insurgentes, pois a hipótese ora em foco não retrata simples dívida decorrente de aquisição de materiais de construção, para a qual, ainda que sejam utilizados pelo devedor para erguer a própria moradia, não encontra lastro nas exceções legais estabelecidas pelo legislador, notadamente quando esse, nos termos do inciso II do artigo 3º, vincula o limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.

Afasta-se, assim, o alegado dissenso interpretativo referido pelos recorrentes, pois o precedente invocado não possui similitude fática com o

caso retratado nos autos, vez que este diz respeito a contrato de empreitada global/mista, com fornecimento de material de construção e mão de obra pelo empreiteiro, vinculando as partes por contrato específico e mediante pagamento parcelado do débito contraído.

Outrossim, esta Corte Superior admite a penhora do bem de família, quando o resultado da dívida exequenda é decorrente de *contrato de promessa ou compra e venda do próprio imóvel*. Nessa hipótese, a constrição é admissível com base na interpretação conferida ao artigo 3º, inciso II, da Lei n. 8.009/90, a qual decorre da compatibilização da proteção legal conferida ao bem de família com a livre manifestação de vontade do proprietário que, ao expor o imóvel em banco de negociação, adota conduta incompatível com a manutenção da impenhorabilidade legal conferida ao bem.

Nesse sentido:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Contrato de Promessa de Compra e Venda. Penhora. Bem de Família. Exceção. Possibilidade.

Agravo Desprovido.

1. Nos termos da jurisprudência aplicada pelo Superior Tribunal de Justiça, existe possibilidade de penhora do bem de família para saldar débito decorrente de contrato de promessa de compra e venda para aquisição do imóvel. 2. A constrição é admissível com base na interpretação conferida ao art. 3º, II, da Lei 8.009/1990, a qual decorre da compatibilização da proteção legal conferida ao bem de família com a livre manifestação de vontade do proprietário que, in casu, ao expor o imóvel em banco de negociação, adotou conduta incompatível com a manutenção da impenhorabilidade legal conferida ao bem.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1420192/SP, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 01/07/2019, DJe 06/08/2019)

Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Violação do art. 535 do CPC. Não Ocorrência. Impenhorabilidade do Bem de Família. Exceção. (...)

2. É admitida a penhora do bem de família, quando o resultado da dívida exequenda é decorrente do contrato de compra e venda do próprio imóvel, conforme exceção prevista no art. 3º da Lei n. 8.009/1990.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 652.420/SP, Rel. Ministro Ricardo Villas Bôas Cueva, Terceira Turma, julgado em 15/12/2015, DJe 04/02/2016)

Processual Civil. Recurso Especial. Agravo de Instrumento. Agravo Regimental. Execução. Impenhorabilidade do Bem de Família. Exceção. art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90. Obrigações Decorrentes do Contrato de Aquisição do Bem Destinado à Residência da Família.

I. A impenhorabilidade prevista na Lei n. 8.009/90 não se aplica ao imóvel cuja dívida exigida é originária de obrigações decorrentes do contrato de compra e venda do próprio bem destinado à residência da família, aplicando-se, neste caso, o disposto no art. 3º, II, da referida lei. Precedentes.

II. Agravo improvido.

(AgRg no Ag 1254681/MS, Rel. Ministro *Aldir Passarinho Junior*, Quarta Turma, julgado em 05/10/2010, DJe 18/10/2010)

Em sentido análogo:

Agravo Regimental. Processo Civil e Civil. Execução de Sentença. *Compromisso de Compra e Venda de Imóvel*. Bem de Família. Penhorabilidade. Dívida Oriunda de Negócio Envolvendo o Próprio Imóvel. Aplicação, por Analogia, da Exceção Prevista no Art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90.

1. A exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90 - possibilidade de se penhorar bem de família - deve ser estendida também aos casos em que o proprietário firma contrato de promessa de compra e venda do imóvel e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução.

2. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 806.099/SP, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Terceira Turma, julgado em 08/03/2016, DJe 14/03/2016) - grifo nosso

Processo Civil e Civil. Bem de Família. Caracterização. Valor do Imóvel. Irrelevância. Penhorabilidade. Dívida Oriunda de Negócio Envolvendo o Próprio Imóvel. Cabimento. Exegese Sistemática da Lei n. 8.009/90. Dispositivos Legais Analisados: arts. 1º e 3º, II, da Lei n. 8.009/90. (...)

5. A regra do art. 3º, II, da Lei n. 8.009/90, se estende também aos casos em que o proprietário firma *contrato de promessa de compra e venda do imóvel* e, após receber parte do preço ajustado, se recusa a adimplir com as obrigações avençadas ou a restituir o numerário recebido, e não possui outro bem passível de assegurar o juízo da execução.

6. Recurso especial provido.

(REsp 1440786/SP, Rel. Ministra *Nancy Andrighi*, Terceira Turma, julgado em 27/05/2014, DJe 27/06/2014) - grifo nosso

O caso ora em foco também não se amolda às hipóteses acima referidas que envolvem contratos de promessa ou compra e venda do próprio imóvel, pois aqui inexistiu a negociação do bem.

Como cediço, a situação dos autos é efetivamente peculiar, pois o terreno sobre o qual foi ou seria erigido/construído o prédio residencial é de propriedade do contratante/dono do imóvel que se comprometeu, mediante contrato específico de empreitada global, a saldar a dívida contraída para a construção de sua moradia com recursos próprios, porém, mediante pagamento parcelado, tendo inadimplido a obrigação.

Imprescindível mencionar que não há como precisar, nesse momento processual, se houve o cumprimento integral do contrato de empreitada com a entrega efetiva do ajustado entre as partes, tampouco se o pagamento ocorreria após a entrega da obra ou se haveria pagamento parcelado do débito durante o prazo da prestação do serviço.

A despeito disso, o ponto nodal é que o executado realizou com a construtora uma *operação de crédito* concomitante ao ajuste atinente à edificação, e quedou-se inadimplente para com o pagamento da dívida contraída, essa vinculada especificamente à construção de sua própria moradia, a atrair, nesses termos, a exceção à regra da impenhorabilidade referida pelo inciso II do artigo 3º da Lei n. 8.009/90, pois aqui, *a execução é movida pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à edificação do próprio prédio, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato.*

Para os efeitos estabelecidos no dispositivo legal (inciso II do art. 3º da Lei n. 8.009/90), *o financiamento referido pelo legislador abarca operações de crédito destinadas à aquisição ou construção do imóvel residencial, podendo essas serem stricto sensu - decorrente de uma operação na qual a financiadora, mediante mútuo/empréstimo, fornece recursos para outra a fim de que essa possa executar benfeitorias ou aquisições específicas, segundo o previamente acordado - como aquelas em sentido amplo, nas quais se inclui o contrato de compra e venda em prestações, o consórcio ou a empreitada com pagamento parcelado durante ou após a entrega da obra, pois todas essas modalidades viabilizam a aquisição/construção do bem pelo tomador que não pode ou não deseja pagar o preço à vista. Em todas essas situações, dá-se a constituição de uma operação de crédito, efetiva dívida para a aquisição/construção do imóvel na modalidade parcelada.*

Não há falar esteja sendo realizada uma interpretação extensiva das exceções legais descritas na norma, vez que há subsunção da hipótese à exceção

legal, considerando-se os limites e o conteúdo do instituto do financiamento, esse que, diferentemente do alegado pelos ora insurgentes, não está adstrito a mútuos realizados por agente financeiro do SFH.

Ressalte-se que, no caso, as instâncias precedentes realizaram exame cuidadoso da questão, afirmando tratar-se sim, de financiamento realizado para a edificação/aquisição do próprio bem, uma vez que “os valores para a construção do imóvel foram financiados pela exequente”. (fls. 116)

Ademais, esta Corte Superior já rechaçou a tese afeta à alegada impenhorabilidade do bem quando o devedor assume dívida voltada à aquisição/construção de imóvel residencial e se compromete a quitá-la com recursos próprios, pois ausente o pagamento à vista do compromisso assumido.

Nesse sentido:

Agravo Interno no Recurso Especial. Impenhorabilidade de Bem de Família. Promessa de Compra e Venda para Aquisição de Terreno sobre o qual foi Construída Casa com Recursos Próprios. Inadimplemento da Dívida. Penhora do Imóvel. Possibilidade. Agravo Desprovido.

1. Aquele que contrai dívida para adquirir terreno sobre o qual edifica, com recursos próprios, sua moradia, não pode invocar a proteção do bem de família para impedir a penhora desse imóvel residencial em caso de inadimplemento da dívida.

A exceção prevista no art. 3º, II, da Lei n. 8.009/1990 possibilita a penhora do bem de família para garantir a quitação da dívida contraída para sua aquisição. Assim, inviável sustentar a impenhorabilidade sob o fundamento de que a casa, especificamente falando, foi construída com recursos próprios. Se o mútuo viabilizou a construção do bem de família, não há como afirmar que ele não possa ser penhorado para pagamento dessa mesma dívida.

2. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1448796/PR, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 10/11/2016, DJe 25/11/2016)

Certamente, quando o legislador utilizou a palavra financiamento, não objetivou restringir a regra da impenhorabilidade somente às hipóteses nas quais a dívida assumida seria quitada com recursos de terceiros (agentes financiadores), mas sim que, quando o encargo financeiro anunciado - operação de crédito - fosse voltado à aquisição ou construção de imóvel residencial, ao credor seria salvaguardado o direito de proceder à penhora do bem.

Entendimento em outro sentido premiaria o comportamento contraditório do devedor e ensejaria o seu inegável enriquecimento indevido, haja vista que lhe bastaria assumir o compromisso de quitar a obrigação com recursos próprios para estar autorizado, nos termos da lei, a se locupletar ilícitamente.

Assim, se o bem de família pode ser penhorado para garantir a quitação da dívida contraída para sua aquisição/construção, não faz sentido afirmar que, no caso, isso não possa ocorrer apenas porque a acessão sobre o terreno seria quitada com recursos próprios. Ora, tendo o devedor contratado a empreitada na modalidade mista para a construção de sua residência e se incumbido de adimplir a obrigação de forma parcelada nas datas estabelecidas no contrato, consoante os títulos de crédito sacados (duplicatas), não há como afastar a conclusão segundo a qual a operação de crédito/financiamento viabilizou a construção do imóvel, motivo pelo qual não há como afastar a possibilidade de sua penhora.

2. Do exposto, nego provimento ao recurso especial.

É como voto.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.699.022 - SP (2017/0186823-3)**

---

Relator : Ministro Luis Felipe Salomão

Recorrente : Zilda da Souza e Silva Giannelli - por si e representando

Recorrente : Claudio Giannelli - espólio

Advogados : Gilberto Haddad Jabur - SP129671

Fabiana Cristina Teixeira Bisco - SP168910

Recorrido : Condomínio Tortuga's

Advogado : Sérgio Leopoldo Mayer Ferreira e outro(s) - SP218491

---

**EMENTA**

Direito Civil. Recurso Especial. Condomínio. Regulamento Interno. Proibição de Uso de Área Comum, Destinada ao Lazer, por Condômino Inadimplente e seus Familiares. Impossibilidade. Sanções Pecuniárias Taxativamente Previstas no Código Civil.

1. No condomínio edilício, o titular da unidade autônoma, cotitular das partes comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, mas, em contrapartida, sujeita-se à regulamentação do exercício destes mesmos direitos, em razão das necessidades impostas pela convivência em coletividade

2. O Código Civil, ao estabelecer um regramento mínimo sobre o condomínio edilício (arts. 1.332 e 1.334), determinou que a convenção deverá definir, entre outras cláusulas, “as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores” (art. 1.334, IV, do CC), tendo como contraponto, para tal mister, os deveres destes.

3. Segundo a norma, é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” (CC, art. 1.335, II). Portanto, além do direito a usufruir e gozar de sua unidade autônoma, têm os condôminos o direito de usar e gozar das partes comuns, já que a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes de uso comum.

4. É ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que proíbe a utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais. Em verdade, o próprio Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e dos demais moradores.

5. O legislador, quando quis restringir ou condicionar o direito do condômino, em razão da ausência de pagamento, o fez expressamente (CC, art. 1.335). Ademais, por questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.

6. O Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino inadimplente: a) ficará automaticamente sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, ao de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito (§ 1º, art. 1.336); b) o direito de participação e voto nas decisões referentes aos interesses condominiais poderá ser restringido (art.

1.335, III); c) é possível incidir a sanção do art. 1.337, *caput*, do CC, sendo obrigado a pagar multa em até o quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração; d) poderá haver a perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 3º, IV).

7. Recurso especial provido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça acordam, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, com ressalvas de entendimento do Ministro Antonio Carlos Ferreira, Ministra Maria Isabel Gallotti e Ministro Marco Buzzi. Os Srs. Ministros Raul Araújo, Maria Isabel Gallotti, Antonio Carlos Ferreira (Presidente) e Marco Buzzi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 28 de maio de 2019 (data do julgamento).

Ministro Luis Felipe Salomão, Relator

---

DJe: 1º.7.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão: 1. Zilda da Souza e Silva Giannelli e Espólio de Cláudio Giannelli ajuizaram ação declaratória em face do Condomínio Tortuga's, situado na avenida Caminho das Tartarugas, 105, Guarujá-SP, aduzindo que se tornaram inadimplentes no montante de R\$ 290 mil, por motivo de força maior, porquanto, após o falecimento do seu marido, Cláudio Giannelli, passou a cuidar sozinha dos 5 filhos menores e a gerir os negócios da família, já tendo sido penhorados bens mais do que suficientes para o pagamento da dívida.

No entanto, em razão da inadimplência das cotas condominiais, o Condomínio réu proibiu que a autora e seus dependentes utilizassem a área de lazer denominada "Clube" (piscina, "brinquedoteca", salão de jogos, entre outros itens), limitando o exercício do seu direito de propriedade.

Requereram, assim, a “suspensão dos efeitos do parágrafo 6º do artigo 2º do Regulamento Interno da área de lazer denominada ‘Clube’”.

O magistrado de piso deferiu a tutela antecipada (fls. 192), porém, no mérito, julgou improcedente o pedido ao entendimento de que, por não se tratar de proibição de serviços essenciais nem de restrição ao direito de liberdade, é permitido à Assembleia, órgão soberano do condomínio, vedar o uso da área de lazer, voltada ao mero deleite dos condôminos, sob pena de locupletamento ilícito, notadamente por estarem os autores inadimplentes desde 1998 (fls. 381-387).

Interposta apelação, a 34ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo negou provimento ao recurso, nos termos da seguinte ementa:

Condomínio. Proibição de uso de área comum por condômino inadimplente. Dívida sub judice. Alteração do Regimento Interno realizada em assembleia válida. Possibilidade. Sentença mantida. Recurso improvido.

Opostos aclaratórios, foram rejeitados (fls. 480-484).

Irresignados, interpuseram recurso especial com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional, por vulneração aos arts. 1.335, II, e 1.336, I, do Código Civil.

Afirmam que “a lei restringe alguns direitos dos inadimplentes, dentre eles o de votar em assembleia geral. Contudo, o uso de áreas comuns não é objeto de restrição legal ao condômino que deve taxas condominiais. Pelo contrário é um direito que assiste a todos os condôminos indistintamente, e a lei não faz ressalvas quando outorga ao compossuidor o direito de usar e frequentar as áreas comuns, como também não discrimina, dentre elas, aquelas que seriam sujeitas a restrição de uso”, sendo certo que “se a lei não o faz, convenção, regulamento ou assembleia condominial não podem fazê-lo”.

Destacam que “o débito condominial segue cobrado em execuções judiciais já garantidas pela penhora não só do próprio apartamento dos recorrentes como, também, de seu imóvel residencial no ABC paulista, de maneira que o pagamento do débito é certo, mas o exercício do direito de acesso a todas as áreas do recorrido não”.

Sustentam que a proibição ao uso da área de lazer afeta o seu direito de propriedade e viola a dignidade humana dos recorrentes, uma vez que “o

condomínio é objeto de direito real pertencente simultaneamente a várias pessoas. Como proprietários das áreas comuns (CC, art. 1.331), os condôminos têm o direito ao uso e gozo da coisa”.

Salientam que “ao direito de uso e gozo das áreas comuns não se contrapõe o dever de contribuir para as despesas do condomínio”, além de que existem “mecanismos diversos à disposição dos condomínios para sanar a inadimplência, dentre os quais não consta a imposição de restrições de direito fundamental”.

Contrarrazões às fls. 509-525.

O recurso recebeu crivo de admissibilidade negativo na origem (fls. 527-528), ascendendo a esta Corte pelo provimento do agravo (fl. 570).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luis Felipe Salomão (Relator): 2. A controvérsia dos autos está em definir se é possível o regulamento interno do condomínio - devidamente aprovado em Assembleia - proibir o uso das áreas de lazer (“clube do condomínio”) aos condôminos inadimplentes.

O Tribunal de Justiça, mantendo a sentença de piso, entendeu pela possibilidade de restrição do uso de tal área comum:

Inicialmente, afasta-se a alegação de intempestividade do recurso de apelação. Conforme o Provimento CSM N. 2.137/2013, que dispôs sobre a suspensão do expediente forense no exercício de 2014, não houve expediente no dia 20/6/2014, um dia após o feriado de Corpus Christi, que naquele ano foi celebrado em 19 de junho - quinta-feira. Assim, o recurso foi protocolado tempestivamente em 23/6/14, após sentença publicada em 05/6/2014.

*Quanto ao mérito, o impedimento de usar, gozar e usufruir da infraestrutura da área de lazer (denominada Clube) está prevista no art. 2º, §6º do Regulamento Interno (fls. 71), sendo tal alteração aprovada em assembleia ordinária válida (fls. 81/82).*

Dessa forma, as razões da apelação não infirmam a r. sentença, que bem apreciou a lide e acha-se suficientemente fundamentada, como se vê: “Também não pode ser acolhida a alegação de que os débitos dos autores estão garantidos por penhora, a permitir a utilização das áreas de lazer. Não há que se confundir a garantia do juízo com o direito à utilização das áreas de lazer que compõem o condomínio réu, na medida em que as penhoras levadas a efeito nos autos de cobrança de condomínios em atraso não resultaram em qualquer repasse de

valores ao condomínio. Sendo assim, eventual utilização dos serviços não essenciais oferecidos pelo condomínio, por parte dos autores, sem contraprestação, configuraria verdadeiro incentivo à inadimplência. Não obstante a ausência de regra explícita a impedir a utilização das áreas de lazer por parte de condôminos inadimplentes, tal omissão não significa que a proibição não pode ser adotada. Bem postos os limites, pois é certo que não se pode nem mesmo cogitar de proibição da utilização dos serviços essenciais, como vagas de garagem, elevadores, acesso ao logradouro público, entre outros, o Código Civil em vigor autoriza a imposição de penalidades ao condômino que não cumpre com os seus deveres perante o condomínio, conforme os §§ 1º e 2º, do art. 1336, e o art. 1337, e seu parágrafo único. Note-se que o § 4º, do art. 1331, do Código Civil, determina que nenhuma unidade imobiliária pode ser privada do acesso ao logradouro público. Respeitado o entendimento diverso, se o legislador dispôs restritivamente acerca da garantia mínima afeta à unidade autônoma imobiliária, e nela não incluiu a utilização de salão de jogos, brinquedoteca, salão de frestas, playgrounds, piscina, pista de cooper, quadra poliesportiva, restaurante/lanchonete, academia, e outras, é porque não pretendeu dar a estes equipamentos o caráter de imprescindibilidade que a inicial quer a eles emprestar”.

Quanto à alegação de pagamento sem contraprestação, adota-se o entendimento esposado na sentença: “não há que se falar que a cobrança dos valores em aberto, associada à proibição de frequência à área de lazer, se afigura pagamento sem contraprestação. Prevalecendo o entendimento, o condômino que reside no primeiro andar do edifício, e que não faz uso do elevador, poderia pleitear o abatimento das despesas relacionadas ao consumo de energia do equipamento que não lhe traz benefício, o que se afigura inaceitável.” Os autores são morosos desde 1998 (fls. 99/100), não tendo realizado sequer pagamentos parciais das quantias consideradas incontroversas. Neste período os demais condôminos suportaram os encargos dos custos de manutenção do condomínio e optaram, democraticamente, por proibir o acesso dos inadimplentes às áreas de lazer. Tal decisão será prestigiada, não se verificando ofensa aos dispositivos legais e constitucionais invocados.

Mantém-se, pois, a r. sentença, integralmente.

Isto posto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

3. Com efeito, o Código Civil de 2002, na linha das suas diretrizes de “socialidade” - cunho de humanização do direito e de vivência social -, de “eticidade” - na busca de solução mais justa e equitativa -, e de “operabilidade”, alcançando o direito em sua concretude, previu, no âmbito da função social da posse e da propriedade, no particular, a proteção da convivência coletiva na propriedade horizontal.

Nesse passo, em se tratando de condomínio edilício, o legislador, atento à realidade das coisas e ciente de que a convivência nesse ambiente especial tem muitas peculiaridades, promoveu regramento específico, limitando o

direito de propriedade, visto que a harmonia exige espírito de cooperação, solidariedade, mútuo respeito e tolerância, que deve nortear o comportamento dos condôminos.

Assim, ao fixar residência em um condomínio edilício, é automática e implícita a adesão às suas normas internas, a que se submetem todos para a manutenção da higidez das relações de vizinhança:

*O condômino que for residir em prédio de apartamento ou for utilizar-se de um conjunto de comercial sabe, perfeitamente, que terá de obedecer à convenção de condomínio e ao regulamento interno do edifício.*

*Esses dos instrumentos determinam todas as regras para o bom funcionamento do prédio, contendo normas e proibições que possibilitem uma convivência harmônica entre os condôminos. É salutar que sejam respeitados os artigos da convenção, de forma preventiva, pois se, cada vez que houver uma transgressão aos preceitos ali estabelecidos, o condômino tiver de recorrer ao Judiciário, o convívio torna-se insuportável. Existem situações tão graves, principalmente no que tange às vagas de garagem, que os condôminos chegam às vias de fato, com agressões físicas. Morar em apartamento requer uma grande tolerância em relação aos vizinhos e importa uma limitação ao direito de propriedade. (MALUF, Carlos Alberto Dabus. *Limitações ao Direito de Propriedade*. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 179 e 180)*

O “microsistema condominial” - convenção de condomínio, regimento interno, regulamentos, entre outras regras internas - tem como objetivo precípua definir tanto as normas de regência para a organização e a administração do condomínio como o norte a guiar os condôminos em seus direitos e deveres (arts. 1.335 e 1.336), sempre levando em consideração que, “por se tratar de ato de autonomia da vontade, a convenção poderá abranger também outras estipulações, que servirão para preencher as lacunas da lei e para melhor adaptar as regras legais às necessidades peculiares do condomínio em concreto” (TEPEDINO, Gustavo. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. III, Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 687).

Dessarte, ao estabelecer um regramento mínimo (arts. 1.332 e 1.334), determinou o Código Civil que a convenção deverá definir, entre outras cláusulas, *as sanções a que estão sujeitos os condôminos, ou possuidores* (art. 1.334, IV, do CC), tendo como contraponto, para tal mister, os seus:

Art. 1.336. São deveres do condômino:

*I - Contribuir para as despesas do condomínio, na proporção de suas frações ideais;*

I - contribuir para as despesas do condomínio na proporção das suas frações ideais, salvo disposição em contrário na convenção; (Redação dada pela Lei n. 10.931, de 2004)

II - não realizar obras que comprometam a segurança da edificação;

III - não alterar a forma e a cor da fachada, das partes e esquadrias externas;

IV - dar às suas partes a mesma destinação que tem a edificação, e não as utilizar de maneira prejudicial ao sossego, salubridade e segurança dos possuidores, ou aos bons costumes.

No ponto, reside a principal controvérsia em exame: se, no âmbito da discricionariedade do condomínio em impor sanções, pode a convenção prever a proibição do uso de determinadas áreas comuns — mais especificamente a vedação do acesso às áreas de lazer —, pelo condômino inadimplente.

A questão é instigante, havendo posições respeitáveis na doutrina sobre as duas correntes: a) a **primeira**, adotada pelo acórdão recorrido, reconhece a supremacia dos interesses da maioria e os fins da propriedade horizontal. João Nascimento Franco e Niske Gondo defendem que *a punição pelo atraso, com juros de mora, multa e correção monetária do débito, nos termos do art. 12, § 3º, da Lei n° 4.591/64, não impede que aquela medida mais drástica seja contemplada pela convenção, porque ao condomínio não cabe custear despesas para suprimento de água, luz, elevadores etc. também aos condôminos faltosos. Ultrapassado, pois, certo limite de tolerância (um trimestre vencido, por exemplo), torna-se injusto impor ao condomínio a obrigação de financiar a quota do condômino relapso, num estímulo para que ele continue a utilizar-se normalmente de todos os serviços e instalações, para só pagar ao fim de uma demorada e onerosa cobrança judicial (Condomínio em edifícios. São Paulo: RT, 1987); b) a **segunda**, majoritária, entende não ser possível afastar, em razão de dívida condominial, o direito ao uso de área comum, ainda que se trate de área voltada ao lazer. Fábio Ulhoa Coelho destaca que *a pena de suspensão do uso de áreas de lazer para o condômino inadimplente seria uma ótima providência para ele se sentir menos estimulado a inadimplir, todavia, pelo sistema legal, não cabe impor qualquer outra espécie de sanção ao condômino inadimplente além da pecuniária, que é a prevista pela legislação pátria (Curso de Direito Civil, vol. 04, São Paulo: Saraiva, 2006, p 151).**

Na jurisprudência, a Terceira Turma desta Corte, em momentos distintos, parece ter adotado posicionamentos diversos.

Num primeiro momento, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.401.815/ES — em que analisou a possibilidade de se restringir a utilização do elevador

pelo condômino devedor; área comum, portanto —, aquela Turma perfilhou o entendimento de não ser possível a suspensão, por se tratar de uso de serviço essencial.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Civil. Recurso Especial. Ação Declaratória Cumulada com Pedido de Compensação por Danos Morais. Embargos de Declaração. Omissão, Contradição ou Obscuridade. Não Ocorrência. Inadimplemento de Taxas Condominiais. Desprogramação dos Elevadores. Suspensão de Serviços Essenciais. Impossibilidade. Exposição Indevida da Situação de Inadimplência. Violação de Direitos da Personalidade. Danos Morais.

Caracterização.

1. Ação declaratória distribuída em 22.03.2011, da qual foi extraído o presente recurso especial, concluso ao Gabinete em 26.09.2013.

2. Cinge-se a controvérsia, além de apreciar a existência de omissão no acórdão recorrido, a definir se é possível impor restrição ao condômino inadimplente quanto à utilização dos elevadores e, caso verificada a ilegalidade da medida, se a restrição enseja compensação por danos morais.

3. Ausentes os vícios do art. 535 do CPC, rejeitam-se os embargos de declaração.

4. *O inadimplemento de taxas condominiais não autoriza a suspensão, por determinação da assembleia geral de condôminos, quanto ao uso de serviços essenciais, em clara afronta ao direito de propriedade e sua função social e à dignidade da pessoa humana, em detrimento da utilização de meios expressamente previstos em lei para a cobrança da dívida condominial.*

5. *Não sendo o elevador um mero conforto em se tratando de edifício de diversos pavimentos, com apenas um apartamento por andar, localizando-se o apartamento da recorrente no oitavo pavimento, o equipamento passa a ter status de essencial à própria utilização da propriedade exclusiva.*

6. O corte do serviço dos elevadores gerou dano moral, tanto do ponto de vista subjetivo, analisando as peculiaridades da situação concreta, em que a condição de inadimplente restou ostensivamente exposta, como haveria, também, tal dano *in re ipsa*, pela mera violação de um direito da personalidade.

7. Recurso especial provido.

(REsp 1401815/ES, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, julgado em 03/12/2013, DJe 13/12/2013) – sem grifo no original

Ressalvou-se, no entanto, que, *a priori*, não haveria ilicitude na restrição à utilização de bens e serviços de caráter supérfluo, tais como piscina, sauna, salão

*de festas, porquanto a falta de qualidade essencial descaracterizaria a violação dos referidos preceitos fundamentais.*

Posteriormente, aquele colegiado voltou ao tema e, pelo que se pode observar, julgou em sentido distinto:

Recurso Especial. Restrição Imposta na Convenção Condominial de Acesso à Área Comum Destinada ao Lazer do Condômino em Mora e de seus Familiares. Illicitude. Reconhecimento. 1. Direito do Condômino de Acesso a Todas as Partes Comuns do Edifício, Independente de sua Destinação. Inerência ao Instituto do Condomínio. 2. Descumprimento do Dever de Contribuição com as Despesas Condominiais. Sanções Pecuniárias Taxativamente Previstas no Código Civil. 3. Idôneos e Eficazes Instrumentos Legais de Coercibilidade, de Garantia e de Cobrança Postos à Disposição do Condomínio. Observância. Necessidade. 4. Medida Restritiva que tem o Único e Espúrio Propósito de Expor Ostensivamente a Condição de Inadimplência do Condômino e de seus Familiares Perante o Meio Social em que Residem. Desbordamento dos Ditames do Princípio da Dignidade Humana. Verificação. 5. Recurso Especial Improvido.

1. O direito do condômino ao uso das partes comuns, seja qual for a destinação a elas atribuídas, não decorre da situação (circunstancial) de adimplência das despesas condominiais, mas sim do fato de que, por lei, a unidade imobiliária abrange, como parte inseparável, não apenas uma fração ideal no solo (representado pela própria unidade), bem como nas outras partes comuns que será identificada em forma decimal ou ordinária no instrumento de instituição do condomínio (§ 3º do art. 1.331 do Código Civil). Ou seja, a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes comuns. A sanção que obsta o condômino em mora de ter acesso a uma área comum (seja qual for a sua destinação), por si só, desnatura o próprio instituto do condomínio, limitando, indevidamente, o correlato direito de propriedade.

2. Para a específica hipótese de descumprimento do dever de contribuição pelas despesas condominiais, o Código Civil impõe ao condômino inadimplente severas sanções de ordem pecuniária, na medida de sua recalcitrância.

2.1 Sem prejuízo da sanção prevista no art. 1.336, §1º, do Código Civil, em havendo a deliberada reiteração do comportamento faltoso (o que não se confunde o simples inadimplemento involuntário de alguns débitos), instaurando-se permanente situação de inadimplência, o Código Civil estabelece a possibilidade de o condomínio, mediante deliberação de  $\frac{3}{4}$  (três quartos) dos condôminos restantes, impor ao devedor contumaz outras penalidades, também de caráter pecuniário, segundo gradação proporcional à gravidade e à repetição dessa conduta (art. 1.337, caput e parágrafo único - multa pecuniária correspondente até o quádruplo ou até o décuplo do valor da respectiva cota condominial).

2.2 O art. 1.334, IV, do Código Civil apenas refere quais matérias devem ser tratadas na convenção condominial, entre as quais, as sanções a serem impostas aos condôminos faltosos. E nos artigos subsequentes, estabeleceu-se, para a específica hipótese de descumprimento do dever de contribuição com as despesas condominiais, a imposição das sanções pecuniárias acima delineadas. Inexiste, assim, margem discricionária para outras sanções, que não as pecuniárias nos limites da lei.

3. Além das sanções pecuniárias, a lei adjetiva civil, atenta à essencialidade do cumprimento do dever de contribuir com as despesas condominiais, estabelece a favor do condomínio efetivas condições de obter a satisfação de seu crédito, inclusive por meio de procedimento que privilegia a celeridade.

3.1 A Lei n. 8.009/90 confere ao condomínio uma importante garantia à satisfação dos débitos condominiais: a própria unidade condominial pode ser objeto de constrição judicial, não sendo dado ao condômino devedor deduzir, como matéria de defesa, a impenhorabilidade do bem como sendo de família. E, em reconhecimento à premência da satisfação do crédito relativo às despesas condominiais, o Código de Processo Civil de 1973, estabelecia o rito mais célere, o sumário, para a respectiva ação de cobrança. Na sistemática do novo Código de Processo Civil, aliás, as cotas condominiais passaram a ter natureza de título executivo extrajudicial (art. 784, VIII), a viabilizar, por conseguinte, o manejo de ação executiva, tornando a satisfação do débito, por meio da incursão no patrimônio do devedor (possivelmente sobre a própria unidade imobiliária) ainda mais célere. Portanto, diante de todos esses instrumentos (de coercibilidade, de garantia e de cobrança) postos pelo ordenamento jurídico, inexistente razão legítima para que o condomínio dele se aparte.

*4. A vedação de acesso e de utilização de qualquer área comum pelo condômino e de seus familiares, independentemente de sua destinação (se de uso essencial, recreativo, social, lazer, etc), com o único e ilegítimo propósito de expor ostensivamente a condição de inadimplência perante o meio social em que residem, desborda dos ditames do princípio da dignidade humana.*

5. Recurso especial improvido.

(REsp 1564030/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 09/08/2016, DJe 19/08/2016)

Em data mais recente, esta Quarta Turma analisou a matéria apenas em sede de agravo interno, sem maiores debates, e utilizou a vedação da Súmula n. 07/STJ, tendo o julgado recebido a seguinte ementa:

Processo Civil. Agravo Interno. Razões que não Enfrentam O Fundamento da Decisão Agravada. Decisão Singular. Súmula n. 281/STF. Regularidade de Representação. Tese do Recurso Especial que Demanda Reexame de Contexto

Fático e Probatório dos Autos. Súmula n. 7/STJ. Condômino Inadimplente. Vedação de Acesso/Usos de Áreas Comuns. Impossibilidade. Abusividade. Existência de outros Meios Coercitivos. Precedente.

1. As razões do agravo interno não enfrentam adequadamente o fundamento da decisão agravada.

2. É incabível o recurso especial quando a parte não houver interposto todos os recursos cabíveis na instância ordinária, como ensina o enunciado n. 281 da Súmula do Supremo Tribunal Federal.

3. A tese defendida no recurso demanda reexame do contexto fático e probatório dos autos, vedado pela Súmula n.º 7/STJ.

4. “A vedação de acesso e de utilização de qualquer área comum pelo condômino e de seus familiares, independentemente de sua destinação (se de uso essencial, recreativo, social, lazer, etc), com o único e ilegítimo propósito de expor ostensivamente a condição de inadimplência perante o meio social em que residem, desborda dos ditames do princípio da dignidade humana” (REsp 1564030/MG, Rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, julgado em 9/8/2016, DJe 19/8/2016).

5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt nos EDcl no AREsp 1220353/SP, Rel. Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, julgado em 05/02/2019, DJe 12/02/2019)

4. Portanto, a questão é relevante e merece ser solucionada por esta Corte Superior, uniformizando a jurisprudência.

É bem de ver que, no condomínio edilício, o titular da unidade autônoma, cotitular das partes comuns, exerce todos os poderes inerentes ao domínio, mas, em contrapartida, sujeita-se à regulamentação do exercício desses mesmos direitos, diante das necessidades impostas pela convivência em coletividade.

De fato, conforme afirmo em voto proferido no REsp n. 1.247.020, em julgamento realizado por esta egrégia Turma, tal posicionamento intensifica a prevalência da “solidariedade condominial”, a fim de que seja permitida a continuidade e a manutenção do próprio Condomínio, impedindo a ruptura de sua estabilidade econômico-financeira, o que poderia provocar dano considerável aos demais comunheiros (REsp 1.247.020/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJe 11/11/2015).

Valoriza-se, desse modo, o princípio da *eticidade*, segundo o qual, nas palavras do Ministro José Delgado, invocado por Flávio Tartuce, “o tipo de Ética buscado pelo novo Código Civil é o defendido pela corrente kantiana: é o comportamento que confia no homem como um ser composto por valores que o elevam ao patamar de respeito pelo semelhante e de reflexo de um estado

de confiança nas relações desenvolvidas, quer negociais, quer não negociais. É, na expressão kantiana, a certeza do dever cumprido, a tranquilidade da boa consciência” (*Direito civil. Lei de introdução e parte geral*. v. 1. São Paulo: Método, 2015, p. 80).

Nesse rumo, é certo que, dentre todos os deveres dos condôminos, o que diz respeito ao rateio das despesas condominiais é, sem dúvida, o de maior relevo, por se relacionar diretamente com a viabilidade da existência do próprio condomínio.

Ocorre que, no regime condominial, conforme bem destacado pelo ilustre Min. Ricardo Villas Boas Cueva, “não obstante a propriedade exclusiva sobre cada unidade, é inerente à sua natureza a existência de um centro de interesses comuns, gerador de um fim utilitário pertencente ao conjunto, distinto do individual e que a este se sobrepõe” (REsp 1.185.061/SP, Terceira Turma, julgado em 16/09/2014, DJe 30/09/2014).

O *caput* e os incisos do art. 1.336 do CC/2002, em rol meramente exemplificativo, explicitaram os deveres condominiais, podendo a convenção, o estatuto ou o regimento interno respectivo prever outras condutas permitidas e proibidas, positivas e/ou negativas, com o intuito de promover a boa convivência entre os moradores.

No entanto, apesar de haver autonomia privada na feitura da convenção, seus dispositivos não podem afrontar “norma cogente nem os princípios da função social do contrato e da propriedade, o equilíbrio contratual e a boa-fé objetiva” (LOUREIRO, Francisco Eduardo. *Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência*. Coord. Cezar Peluso. Barueri, SP: Manole, 2016, p. 1.268).

Realmente, a autonomia privada da assembléia geral, quando da tipificação de sanções condominiais, por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve receber a incidência imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais, que também deve refletir nas relações condominiais para assegurar a moradia, a propriedade, a função social, o lazer, o sossego, a harmonia, entre outros direitos.

Por certo, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais.

Ingo Wolfgang Sarlet pondera:

A doutrina tende a reconduzir o desenvolvimento da noção de uma vinculação também dos particulares aos direitos fundamentais ao reconhecimento da sua dimensão objetiva, deixando de considerá-los meros direitos subjetivos do indivíduo perante o Estado. Há que acolher, portanto, a lição de Vieira de Andrade quando destaca os dois aspectos principais e concorrentes da problemática, quais sejam: a constatação de que os direitos fundamentais, na qualidade de princípios constitucionais e por força do princípio da unidade do ordenamento jurídico, se aplicam relativamente a toda ordem jurídica, inclusive privada; bem como a necessidade de se protegerem os particulares também contra atos atentatórios aos direitos fundamentais provindos de outros indivíduos ou entidades particulares.

*(A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2009, p. 378)*

Nesse sentido, aliás, já decidiu o STJ:

Direito Civil. Recurso Especial. Condomínio. Ação de Cobrança de Multa Convencional. Ato Antissocial (art. 1.337, Parágrafo Único, do Código Civil). Falta de Prévia Comunicação ao Condômino Punido. Direito de Defesa. Necessidade. Eficácia Horizontal dos Direitos Fundamentais. Penalidade Anulada.

1. O art. 1.337 do Código Civil estabeleceu sancionamento para o condômino que reiteradamente venha a violar seus deveres para com o condomínio, além de instituir, em seu parágrafo único, punição extrema àquele que reitera comportamento antissocial, verbis: “O condômino ou possuidor que, por seu reiterado comportamento anti-social, gerar incompatibilidade de convivência com os demais condôminos ou possuidores, poderá ser constrangido a pagar multa correspondente ao décuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, até ulterior deliberação da assembléia”.

2. Por se tratar de punição imputada por conduta contrária ao direito, na esteira da visão civil-constitucional do sistema, deve-se reconhecer a aplicação imediata dos princípios que protegem a pessoa humana nas relações entre particulares, a reconhecida eficácia horizontal dos direitos fundamentais que, também, deve incidir nas relações condominiais, para assegurar, na medida do possível, a ampla defesa e o contraditório. Com efeito, buscando concretizar a dignidade da pessoa humana nas relações privadas, a Constituição Federal, como vértice axiológico de todo o ordenamento, irradiou a incidência dos direitos fundamentais também nas relações particulares, emprestando máximo efeito aos valores constitucionais.

Precedentes do STF.

3. Também foi a conclusão tirada das Jornadas de Direito Civil do CJF: En. 92: Art. 1.337: As sanções do art. 1.337 do novo Código Civil não podem ser aplicadas sem que se garanta direito de defesa ao condômino nocivo.

4. Na hipótese, a assembleia extraordinária, com quórum qualificado, apenou o recorrido pelo seu comportamento nocivo, sem, no entanto, notificá-lo para fins de apresentação de defesa. Ocorre que a gravidade da punição do condômino antissocial, sem nenhuma garantia de defesa, acaba por onerar consideravelmente o suposto infrator, o qual fica impossibilitado de demonstrar, por qualquer motivo, que seu comportamento não era antijurídico nem afetou a harmonia, a qualidade de vida e o bem-estar geral, sob pena de restringir o seu próprio direito de propriedade.

5. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1365279/SP, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 25/08/2015, DJe 29/09/2015)

5. De outro vértice, percebe-se que a natureza jurídica do condomínio edilício tem como característica a mescla da propriedade individual com a copropriedade sobre as partes comuns, perfazendo uma unidade orgânica e indissolúvel.

Em consectário lógico dessa assertiva é que o Código Civil verbalizou, de forma cogente, que é direito do condômino “usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores” (inciso II do art. 1335).

Portanto, além do direito a usufruir e gozar de sua unidade autônoma, têm os condôminos o direito de usar e gozar das partes comuns, desde que não venham a embaraçar nem excluir a utilização dos demais.

Incide aqui “a regra que visa a permitir a adequada utilização dos locais em que o domínio incide em comunhão, de um modo tal que ela seja possível para todos os condôminos e possuidores. Há igualdade qualitativa de direitos entre os condôminos no que concerne aos atributos dominiais sobre essas áreas, assim como ocorre no condomínio voluntário” (FACHIN, Luiz Edson. *Comentários ao Código Civil: parte especial: do direito das coisas*. Vol. 15. Coord. Antônio Junqueira de Azevedo. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 248).

Nessa ordem de ideias, não há dúvida de que a inadimplência dos autores vem gerando prejuízos ao Condomínio recorrido, mais especificamente pela situação em questão em que os recorrentes estão inadimplentes desde 1998, além do fato de que “os autores possuem bens suficientes, em valores que superam os R\$ 2,5 milhões” (fl. 386).

No entanto, penso ser ilícita a prática de privar o condômino inadimplente do uso de áreas comuns do edifício, incorrendo em abuso de direito a disposição condominial que determina a proibição da utilização como medida coercitiva para obrigar o adimplemento das taxas condominiais.

Em verdade, o próprio Código Civil estabeleceu meios legais específicos e rígidos para se alcançar tal desiderato, sem qualquer forma de constrangimento à dignidade do condômino e demais dos moradores.

Deveras, a propriedade da unidade imobiliária abrange a correspondente fração ideal de todas as partes de uso comum. Conforme lição do Ministro Edson Fachin, “os direitos de cada condômino referentes às áreas comuns são inseparáveis da sua propriedade exclusiva. Ou seja: o titular de unidades autônomas será, necessariamente, titular de direitos sobre as áreas comuns” (*op. cit.*, p. 266).

Outrossim, o condômino inadimplente ficará automaticamente sujeito aos “juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de um por cento ao mês e multa de até dois por cento sobre o débito” (§ 1º, art. 1.336).

Ademais, o direito de participação e voto do devedor nas decisões relativas aos interesses do condomínio poderá ser restringido caso o condômino não esteja em dia com suas obrigações condominiais (art. 1335, III).

Consequentemente, o legislador, dentro do mesmo dispositivo que previu o direito subjetivo de todo e qualquer condômino (art. 1335), quando quis restringir ou condicionar algum dos direitos ali previstos, em razão da ausência de pagamento, ele o fez expressamente, *in verbis*:

Art. 1.335. São direitos do condômino:

- I - usar, fruir e livremente dispor das suas unidades;
- II - usar das partes comuns, conforme a sua destinação, e contanto que não exclua a utilização dos demais compossuidores;
- III - votar nas deliberações da assembléia e delas participar, *estando quite*.

E como é sabido, por uma questão de hermenêutica jurídica, as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, não comportando exegese ampliativa.

Confira-se:

Administrativo. Delegado de Polícia Federal Aposentado. Inscrição na OAB. Impedimento do art. 30, I, da Lei 8.906/1994. Inaplicabilidade.

1. Controverte-se a respeito da decisão proferida pela OAB/Seção de Santa Catarina, que deferiu, com a restrição prevista no art. 30, I, da Lei 8.906/1994, o pedido de inscrição em seus quadros, formulado por Delegado de Polícia Federal aposentado.

2. A limitação ao exercício profissional possui o seguinte teor: “Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia: I - os servidores da administração direta, indireta e fundacional, contra a Fazenda Pública que os remunere ou à qual seja vinculada a entidade empregadora”.

3. A recorrente defende a tese de que o legislador não delimitou o termo “servidores” e que, ademais, a aposentadoria, por si só, não retira “do interessado sua condição de servidor público” (fl. 238, e-STJ). Por essa razão, a norma deve ser interpretada no sentido de que inclui tanto os ativos como os inativos.

4. A interpretação conferida, data venia, é destituída de juridicidade e de razoabilidade.

5. *Em primeiro lugar, por questão de hermenêutica: as normas que restringem direitos devem ser interpretadas restritivamente, o que, aplicado ao caso concreto, recomenda que o impedimento parcial do exercício da advocacia incida apenas em relação aos servidores ativos.*

6. Ademais, o dispositivo legal em análise visa a evitar conflito de ordem moral e ética que haveria se o servidor pudesse se valer das informações a que tem acesso, pela sua condição, e, simultaneamente, atuasse no sentido de promover suas atividades profissionais como órgão integrante do Poder Público e de, contraditoriamente, patrocinar causas contra o respectivo ente federativo.1471391

7. A extinção do vínculo estatutário, decorrente da aposentadoria, faz cessar esse conflito. Nesse sentido, reporto-me ao entendimento adotado à unanimidade pelo próprio Conselho Federal da OAB: Recurso n. 0140/2003/PCA-SC, Relator Conselheira Ana Maria Morais (GO), DJ 24.04.2003, p. 381, S1.

8. Recurso Especial não provido.

(REsp 1471391/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, julgado em 18/11/2014, DJe 26/11/2014)

Ainda, conforme já definido por esta Quarta Turma, também é possível incidir, em relação ao condômino inadimplente, a sanção do art. 1.337, *caput*, do CC, sendo-lhe obrigado pagar multa de até o quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração, não bastando o simples inadimplemento involuntário de alguns débitos.

O acórdão foi assim ementado:

Recurso Especial. Direito Condominial. Devedor de Cotas Condominiais Ordinárias e Extraordinárias. Condômino Nocivo ou Antissocial. Aplicação das

Sanções Previstas nos arts. 1336, § 1º, e 1.337, *caput*, do Código Civil. Possibilidade. Necessidade de Conduta Reiterada e Contumaz Quanto ao Inadimplemento dos Débitos Condominiais. Inexistência de *Bis In Idem*. Recurso não Provido.

1. De acordo com o art. 1.336, § 1º, do Código Civil, o condômino que não pagar a sua contribuição ficará sujeito aos juros moratórios convencionados ou, não sendo previstos, os de 1% (um por cento) ao mês e multa de até 2% (dois por cento) sobre o débito.

2. O condômino que deixar de adimplir reiteradamente a importância devida a título de cotas condominiais poderá, desde que aprovada a sanção em assembleia por deliberação de 3/4 (três quartos) dos condôminos, ser obrigado a pagar multa em até o quántuplo do valor atribuído à contribuição para as despesas condominiais, conforme a gravidade da falta e a sua reiteração.

3. A aplicação da sanção com base no art. 1.337, *caput*, do Código Civil exige que o condômino seja devedor reiterado e contumaz em relação ao pagamento dos débitos condominiais, não bastando o simples inadimplemento involuntário de alguns débitos.

4. A multa prevista no § 1º do art. 1.336 do CC/2002 detém natureza jurídica moratória, enquanto a penalidade pecuniária regulada pelo art. 1.337 tem caráter sancionatório, uma vez que, se for o caso, o condomínio pode exigir inclusive a apuração das perdas e danos.

5. Recurso especial não provido.

(REsp 1247020/DF, Rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, julgado em 15/10/2015, DJe 11/11/2015)

Cumpra lembrar que a falta de pagamento das taxas condominiais vem sendo igualmente desestimulada em razão da possibilidade de perda do imóvel, por ser exceção expressa à impenhorabilidade do bem de família (Lei nº 8.009/90, art. 3º, IV).

A propósito:

Agravo Regimental no Recurso Especial. Cobrança. Taxas Condominiais. Bens Móveis Guarnecedores da Casa. Jurisprudência. Precedentes. Súmula n. 7/STJ.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível a penhora de bem de família quando a dívida é oriunda de cobrança de taxas e despesas condominiais.

2. Para prevalecer a pretensão em sentido contrário à conclusão do tribunal de origem, que reconheceu a penhorabilidade do bem, mister se faz a revisão do conjunto fático-probatório dos autos, o que, como já decidido, é inviabilizado, nesta instância superior, pela Súmula n. 7 desta Corte.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1.196.942/MG, Rel. Ministro *Ricardo Villas Bôas Cueva*, *Terceira Turma*, julgado em 12/11/2013, DJe de 21/11/2013)

Processual Civil. Agravo Regimental. Medida Cautelar. Pretensão de Atribuição de Efeito Suspensivo a Recurso Especial Pendente de Admissibilidade na Instância Ordinária. Aplicação, por Analogia, das Súmulas 634 e 635, ambas do STF. *Penhora sobre Bem de Família. Quantum Executado Oriundo de Dívida de Condomínio. Exceção Prevista no art. 3º, IV, da Lei n. 8.009/90*. Ausência de Ilegalidade. Agravo Regimental não Provido.

1. Conforme dispõem as Súmulas n. 634 e 635 do STF, aplicadas por analogia, compete ao Presidente do Tribunal de origem a análise e julgamento de medida cautelar para concessão de efeito suspensivo a recurso especial pendente de admissibilidade na instância ordinária. Excepcionalmente, o STJ afasta a incidência dessas Súmulas na hipótese de manifesta ilegalidade do acórdão estadual, o que inexistiu no caso em liça.

2. *Não se infere manifesta ilegalidade em acórdão estadual que, com fundamento no art. 3º, IV, da Lei n. 8.009/90, confirma penhora sobre bem de família, uma vez que o quantum executado é oriundo de dívida de condomínio.*

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg na MC 20.621/SP, Rel. Ministro *Raul Araújo*, *Quarta Turma*, julgado em 11/4/2013, DJe de 23/4/2013)

6. Nessa linha de compreensão, além do atual entendimento da Terceira Turma, é amplo o escólio da doutrina especializada:

As sanções ao condômino inadimplente à obrigação de pagar a contribuição condominial são as previstas em lei, de natureza estritamente pecuniária. *Fere os direitos fundamentais dos condôminos a aplicação de sanções diversas, ainda que previstas na convenção, especialmente aquelas que vedam a utilização de áreas e equipamentos comuns, como elevadores, piscina e sauna.*

(LOUREIRO, *op.cit.*, p. 1276)

[...] os direitos de cada condômino referentes às áreas comuns são inseparáveis da sua propriedade exclusiva. Ou seja: o titular de unidades autônomas será, necessariamente, titular de direitos sobre as áreas comuns. Adquirindo-se uma unidade autônoma, adquire-se, sempre, a fração ideal a ela correspondente e todos os direitos que daí decorrem. *Não é possível, portanto, que haja titular de unidade autônoma que não tenha direito à utilização de elevadores, hall de entrada, salão de festas etc. Tampouco se cogita de titular de unidade autônoma que não*

*participe da comunhão de domínio sobre as áreas comuns, pelo que as frações ideais são inseparáveis das unidades autônomas.*

(FACHIN, Edson Luiz. *op. cit.* p. 266).

Em edição anterior, escrevemos sobre a punição a condôminos impontuais. O complexo condominial exige estrutura e organização para perfeito funcionamento do edifício e seus serviços. [...] Diante disso, surge a necessidade de mecanismos adequados para evitar a mora dos condôminos. *A par da inquestionável legalidade da imposição de multas, discute-se sobre a possibilidade de restringir os direitos dos condôminos, citando-se, como exemplos, a privação do uso das coisas comuns, o corte da água e luz, etc. [...] Temos para nós, porém, que tais restrições entram em conflito aberto com o sistema legal e, por isso, não podem ser admitidas, de lege lata. Com efeito, clara é a lei civil ao dispor sobre o direito de o condômino 'usar as partes e coisas comuns'; e as punições por infrações à convenção estão expressamente previstas no Código. De outro lado, o atraso no pagamento da quota-parte é expressamente punido com multa, na forma da lei vigente, não se admitindo interpretação extensiva, por se tratar de norma restritiva de direitos (exceptiones sunt strictissimae interpretationis).* [...] No mais, porém, mantemos opinião anteriormente manifestada: a impontualidade no cumprimento das obrigações não pode privar o condômino dos direitos consagrados no Código, mas apenas sujeitá-los às sanções dos arts. 1.336, §§ 1º e 2º, e 1.337 desse diploma

(Lopes, João Batista. *Condomínio*. 10ª Edição. 2008. Editora Revista dos Tribunais. p. 97-98) – sem grifo no original

7. Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para julgar procedente o pedido inicial e permitir a utilização da área de lazer denominada “Clube” do Edifício Jamaica, em relação aos autores e seus dependentes, com a liberação de cartão de acesso. Inverto os honorários advocatícios arbitrados na sentença — R\$ 1.500,00 — nos termos do art. 20, § 4º, do CPC/73.

É o voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Adiro às conclusões do voto do em. Relator, Ministro *Luis Felipe Salomão*, para dar provimento ao recurso especial e julgar procedentes os pedidos iniciais.

Sem embargo, faço uma ressalva quanto a parte da fundamentação contida no voto de Sua Excelência, pois entendo que a solução da controvérsia prescinde da aplicação da teoria da incidência imediata dos direitos fundamentais, sendo suficientes as normas específicas do Direito Civil.

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.778.579 - SP (2011/0281460-6)**

---

Relator: Ministro Antonio Carlos Ferreira

Recorrente: Telefônica Brasil S.A

Advogados: Carlos Eduardo Leme Romeiro e outro(s) - SP138927

Nilson Lautenschleger Jr - SP124566

Micheli Oliveira de M Paulino - SP195826

Recorrido: Reinaldo Alves Correa

Advogados: Salvador Liserre Neto e outro(s) - SP036974

Gilberto Adail Menegaldo - SP116880

---

**EMENTA**

Recurso Especial. Processual Civil. Concessionária de Serviço Público de Telefonia. Transferência de Ações. Ato de Gestão Comercial. Mandado de Segurança. Não Cabimento. Inadequação da Via Eleita. Recurso Provido.

1. Segundo dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”.

2. “Os atos de gestão não possuem o requisito da supremacia, por isso são meros atos da administração e não atos administrativos, sendo que a Administração e o Particular encontram-se em igualdade de condições, em que o ato praticado não se submete aos princípios da atividade administrativa, tampouco exercido no exercício de função pública, não se vislumbrando ato de autoridade” (REsp 1078342/PR, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010).

3. No caso, a transferência de ações, da empresa concessionária de serviço público de telefonia para o acionista, caracteriza ato de gestão de natureza empresarial, sem relação alguma com a atividade fim de prestação de serviço de telecomunicação.

4. Recurso especial provido para extinguir o processo sem julgamento do mérito.

## ACÓRDÃO

A Quarta Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial para extinguir o processo sem julgamento de mérito, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Marco Buzzi (Presidente), Luis Felipe Salomão, Raul Araújo e Maria Isabel Gallotti votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília-DF, 20 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Antonio Carlos Ferreira, Relator

---

DJe: 26.8.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira: Trata-se de recurso especial interposto por *Telefônica Brasil S.A.*, com base no art. 105, III, “a”, da CF, contra acórdão que negou provimento a seu apelo, em julgado que recebeu a seguinte ementa (e-STJ fl. 625):

Apelação Cível - Administrativo - Mandado de Segurança impetrado, contra ato de Presidente da TELESP que impunha exigências para reconhecimento de cessão de direitos sobre ações - Sentença concessiva da ordem - Recurso Oficial suscitado e Recurso da autoridade impetrada - Desprovimento de rigor.

1. Recurso Oficial não conhecido porque não superado o valor de alçada - Inteligência do art.- 475, § 2º, do CPC.

2. Preliminar de carência da ação - Inocorrência - Autoridade no exercício de poder concedido, sendo seus atos passíveis de correção por mandado de segurança.

3. Exigências impostas. pela companhia para reconhecimento de validade do negócio entre particulares - Descabimento - Normativas internas não podem extrapolar os ditames da. lei, observando-se que a cessão de direitos havida atendeu às formalidades legais - Exigência que ofende o direito de propriedade e a liberdade de contratar - Segurança que se impunha.

Sentença mantido - Recurso Oficial não conhecido, preliminar rejeitada e Apelação improvida.

Os embargos declaratórios opostos foram rejeitados (e-STJ fls. 655/662).

Nas razões do recurso especial, a recorrente aponta violação dos seguintes dispositivos legais:

(i) arts. 267, VI, do CPC/1973 e 35, § 1º, da Lei n. 6.404/1976, sustentando sua ilegitimidade passiva para figurar na condição de autoridade coatora, pois a pretensão do autor deveria ser dirigida à instituição depositária das ações que ele pretende subscrever. Aduz que “o Recorrido poderia ter transferido as ações que adquiriu diretamente na instituição depositária, motivo pelo qual o Mandado de Segurança de origem configura-se desnecessário e equivocado para o fim pretendido, uma vez que o Recorrido poderia ter se dirigido a uma agência da instituição depositária que, atualmente, é o Banco Bradesco S.A., e requerer a transferência, sem qualquer interferência da Embargante” (e-STJ fl. 669), e

(ii) art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009, defendendo a inadequação do mandado de segurança como via eleita, pois os atos praticados consistiriam em procedimentos privados de gestão, sem caráter de direito administrativo. Destacou, nesse contexto, que (e-STJ fl. 670):

A discussão no presente caso se limita ao Direito Societário, eis que a negativa de transferência das ações, sem que tenha o Recorrido preenchido os requisitos exigidos pela Companhia Recorrente, seguindo os padrões da Telebrás, está afeta simplesmente ao Direito Societário e importa em ato de gestão comercial dos seus dirigentes.

Esclarece ainda que, “nos termos do caput do artigo 1º, da Lei n° 1.533/51, alterada pela Lei n. 12.016/2009, o Mandado de Segurança tem cabimento apenas quando se verificar ilegalidade do ato da autoridade ou abuso de poder, o que não ocorre no presente caso, eis que a conduta da TELESP em exigir a quantidade e o tipo de ações nas procurações não é contrária à lei e tão pouco é abusiva” (e-STJ fl. 673).

Busca seja o processo extinto sem resolução do mérito, por ilegitimidade passiva, “bem como por carência de ação, uma vez que a negativa de transferência é ato de gestão e não de autoridade, não se qualificando, ademais, de ato com abuso de poder e nem contrário à lei” (e-STJ fl. 674).

Não foram apresentadas contrarrazões (e-STJ fl. 702).

Na decisão de fls. 730/731 (e-STJ), foi afirmada a competência da Primeira Seção, tendo sido os autos remetidos à Secretaria de Autuação para redistribuição. Redistribuídos, o Ministro Sérgio Kukina proferiu a decisão de fls. 746/748 (e-STJ), determinando sua devolução a esta relatoria, por considerar, com respaldo na jurisprudência do STJ, que a matéria se refere a questões de direito privado.

Parecer do Ministério Público Federal pelo desprovimento do recurso (e-STJ

fls. 741/744).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Antonio Carlos Ferreira (Relator): Trata-se de mandado de segurança impetrado contra Telecomunicações de São Paulo S.A. - TELESP, buscando a “inclusão do nome do impetrante como titular das ações por ele adquiridas e permitir a sua comercialização-cessão-alienação, sem qualquer restrição, em face de suas perfeitas e jurídicas aquisições” (e-STJ fl. 13). Para tanto, informou o impetrante o que segue (e-STJ fls. 7/11):

Na qualidade de concessionária dos serviços públicos de telecomunicações, a impetrada comercializou em Plano de Expansão denominado *Contrato de Participação Financeira em Investimentos da TELESP para Expansão e Melhoramentos dos Serviços Públicos de Telecomunicações e Outras Avenças*.

Referido Plano de Expansão recebeu a adesão de inúmeras pessoas e, parte destas, *cederam* ao impetrante os direitos que possuíam, através da seguinte documentação:

(...).

Com efeito, o impetrante não consegue negociar os seus direitos à essas ações com as corretoras e bancos credenciados a operar nesse mercado. E não consegue por uma única e simples razão: nos registros da TELESP e, nos seus computadores de acesso ao público, o *Nome do Impetrante não Consta como Cessionário desses Direitos*, adquiridos pelo princípio da autonomia da vontade e por ato de livre disposição entre legítimos titulares.

No dia 02 de março último, o impetrante dirigiu-se ao balcão comercial da TELESP em Campinas, onde possui seu domicílio, e foi informado pela atendente que as ações por ele adquiridas não poderiam ser cedidas, a não ser com a presença física de cada um dos *Cedentes Anuindo, no Ato, a Essas Transferências!*

ou seja excelência, o impetrante adquire, paga o preço, recebe quitação e *Procuração por Instrumento Público do Cedente*, com poderes para transferir as ações para o seu próprio nome ou para terceiros, vai à TELESP e é informado que precisa conduzir os alienantes até lá ou não receberá as cautelas respectivas e não poderá negociá-las livremente.

A sentença, mantida pelo Tribunal de origem, julgou procedente o pedido, “concedendo a segurança para que se proceda, nos registros da TELESP, a transferência das ações para o nome do impetrante” (e-STJ fl. 534).

Preliminarmente, esclareço que, à época da impetração do mandado de segurança, a TELESP (Telecomunicações de São Paulo S.A.) era uma empresa concessionária de serviços públicos de telecomunicações, a qual fazia parte do grupo TELEBRÁS no Estado de São Paulo, permanecendo em atividade até o processo de privatização em julho de 1998, quando foi adquirida pela empresa espanhola Telefônica, formando a Telefônica Brasil S.A. (<http://www.telefonica.com.br/servlet/Satellite?c=Page&cid=1386097008639&pagenome=InstitucionalVivo%2FPage%2FTemplateConteudo>).

A controvérsia central diz respeito à inadequação da via eleita, sob o fundamento de não caber mandado de segurança contra ato de gestão comercial, conforme dispõe o art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009.

Afirma a recorrente que a “discussão no presente caso se limita ao Direito Societário, eis que a negativa de transferência das ações, sem que tenha o Recorrido preenchido os requisitos exigidos pela Companhia Recorrente, seguindo os padrões da Telebrás, está afeta simplesmente ao Direito Societário e importa em ato de gestão comercial dos seus dirigentes” (e-STJ fl. 670).

De fato, o próprio Tribunal de origem entendeu não ser o mandado de segurança a via adequada, por se tratar de relação entre a empresa e seu acionista, no entanto, manteve a sentença por dois motivos (e-STJ fls. 627/628):

Um, o processo chegou longe e fuge às noções de efetividade da justiça e da instrumentalidade das formas a sumária extinção da lide sem apreciação do mérito. Outro, o Superior Tribunal de Justiça vem dando excessiva amplitude ao mandado de segurança, quanto ao objeto e quanto à pertinência ativa e passiva, e vem permitindo seu uso para qualquer finalidade em substituição (em deferência à possibilidade de provimento liminar, entendido como uma garantia da eficácia da jurisdição) à ação ordinária. Seria excessivo rigor, nesse panorama, não apreciar a controvérsia.

O art. 1º, § 2º, da Lei n. 12.016/2009 dispõe expressamente que “não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionárias de serviço público”.

Humberto Theodoro Júnior caracteriza atos de gestão como aqueles “praticados pelas empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviço público ‘no exercício das suas atividades-meio’”. Complementa que “há, porém, muita dificuldade na separação prática entre as atividades-meio e as atividades-fim, sempre que se intenta, no plano concreto, qualificar as operações das entidades paraestatais. Sendo assim, o disposto no §2º do art. 1º da Lei n. 12.016 ‘deve ser interpretado adequadamente, de modo a se afastar o cabimento da impetração exclusivamente nas hipóteses em que o ente pode atuar tal como um particular, submetendo-se exclusivamente ao direito privado. Isso abrange apenas as hipóteses em que o ato praticado inequivocamente não implique o exercício de função pública e não se submeta aos princípios da Administração Pública” (Lei do Mandado de Segurança comentada: artigo por artigo. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2019. Pág. 113).

No caso, o mandado de segurança tencionava incluir o impetrante como titular das ações adquiridas da concessionária de serviço público impetrada, para sua livre disposição. Portanto, a relação jurídica conflituosa diz respeito ao vínculo entre a sociedade empresarial e seu acionista, sob regência exclusiva de normas do direito privado, sem nenhuma conexão com a atividade fim de prestação de serviço de telecomunicação.

Nesse sentido, esta Corte Superior decidiu diversas vezes pelo descabimento de mandado de segurança contra atos de gestão praticados por empresas públicas, sociedades de economia mista e concessionárias de serviços públicos.

Confirmam-se:

Administrativo. Mandado de Segurança. Empresa Pública. Contrato Firmado a Partir de Prévio Procedimento Licitatório para Adequação de Rede Elétrica de Agência Bancária. Aplicação de Multa Contratual. Ato de Gestão. Descabimento de Mandado de Segurança.

1. A imposição de multa decorrente de contrato ainda que de cunho administrativo não é ato de autoridade, posto inegável ato de gestão contratual. Precedentes jurisprudenciais: AGRG RESP 1107565, RESP 420.914, RESP 577.396

2. *Os atos de gestão não possuem o requisito da supremacia, por isso são meros atos da administração e não atos administrativos, sendo que a Administração e o Particular encontram-se em igualdade de condições, em que o ato praticado não se submete aos princípios da atividade administrativa, tampouco exercido no exercício de função pública, não se vislumbrando ato de autoridade.*

3. *Sob este enfoque preconiza a doutrina que: Atos de gestão são os que a Administração pratica sem usar de sua supremacia sobre os destinatários. Tal ocorre nos atos puramente de administração dos bens e serviços públicos e nos negociais com os particulares, que não exigem coerção sobre os interessados. (in Direito Administrativo Brasileiro, 31ª Edição, pág. 166, Hely Lopes Meirelles).*

4. *In casu*, versa mandado de segurança impetrado por empresa privada em face da Caixa Econômica Federal visando anular ato do Presidente da Comissão de Licitação que, nos autos do contrato para prestação de serviços de adequação da rede elétrica de agência bancária aplicou a penalidade de multa por atraso da obra.

5. Deveras, apurar infração contratual e sua extensão é incabível em sede de writ, via na qual se exige prova prima facie evidente.

6. A novel Lei do Mando de Segurança n. 12.026/2009 sedimentou o entedimento jurisprudencial do descabimento do mandado de segurança contra ato de gestão, em seu art. 1º, par. 2º, *in verbis*: “Não cabe mandado de segurança contra os atos de gestão comercial praticados pelos administradores de empresas públicas, de sociedade de economia mista e de concessionária de serviço público.” 7. Consectariamente, a Caixa Econômica Federal mesmo com natureza jurídica de empresa pública que, integrante da Administração Indireta do Estado, ao fixar multa em contrato administrativo pratica ato de gestão não passível de impugnação via mandado de segurança, mercê de não se caracterizar ato de autoridade.

8. Recurso Especial desprovido.

(REsp 1078342/PR, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 09/02/2010, DJe 15/03/2010.)

Agravo Regimental em Mandado de Segurança. Indeferimento de Liminar para Suspende Despacho do Ministro da Justiça que Determinou a Revisão de Ato de Anistia Política. Autotutela da Administração.

Licitude.

1. *Ao contrário de outras hipóteses em que o poder público produz um ato específico de império, cujo efeito concreto é a anulação de ato anterior, tem-se, nestes autos, um ato gestão, que simplesmente determina a instauração de procedimento administrativo.*

2. Nas circunstâncias em que foi produzida, a determinação para instauração de procedimento administrativo revelou-se manifestação legítima do poder-dever de autotutela e não poderia ser liminarmente inibida pelo Poder Judiciário sem que isso representasse a violação da independência dos poderes (art. 2º da CF/1988) e do disposto no art. 53 da Lei n. 9.784/1999. Eis porque deve ser mantida a decisão do relator originário, que indeferiu o pedido de liminar.

*Agravo Regimental a que se Nega Provimento.*

(AgRg no MS 18.578/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, julgado em 13/03/2013, DJe 20/03/2013.)

Processo Civil. Mandado de Segurança. Liquidação Extrajudicial. Elaboração do Quadro Geral de Credores. Natureza Jurídica do Crédito Oriundo de Honorários Sucumbenciais.

1. No processo de liquidação extrajudicial, a elaboração do quadro geral de credores é ato gerencial, despido do império, que caracteriza o ato de autoridade e autoriza censura via mandado de segurança.

2. Ultrapassada a preliminar, verifica-se a necessidade de a Primeira Seção uniformizar a jurisprudência acerca da natureza jurídica dos honorários advocatícios.

3. Somente os honorários contratuais são de natureza alimentar, não se podendo dizer o mesmo sobre os honorários sucumbenciais.

4. Mandado de segurança denegado.

(MS 11.588/DF, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Primeira Seção*, julgado em 10/05/2006, DJ 02/10/2006, p. 205.)

Recurso Especial. Mandado de Segurança. Cancelamento. Inscrição. Plano de Saúde. Empregados. Empresa Pública. Ato de Gestão. Descabimento.

I - É cabível o mandado de segurança contra atos praticados por dirigentes de sociedades de economia mista e empresas públicas quando são inerentes à sua condição de entes estatais, entendidos como tais aqueles cujos requisitos derivam diretamente da lei.

II - O cancelamento da inscrição de dependente no Plano de Assistência Médica da Caixa Econômica Federal obedece às regras constantes do próprio regulamento da entidade, no qual constam os requisitos necessários à realização, assim como a competência e a forma para sua prática. *Sendo assim, é ato de gestão, de natureza estritamente privada, motivo por que é descabida a utilização da via mandamental.*

Recurso provido.

(REsp 577.396/PE, Rel. Ministro *Castro Filho*, *Terceira Turma*, julgado em 06/12/2005, DJ 20/02/2006, p. 331.)

Recurso Especial. Mandado de Segurança. Administrativo. Empresa Pública. Apuração no Transporte de Máquina. Ato de Gestão. Extinção do Feito.

O ato atacado pela via mandamental se caracteriza como ato de gestão, não estando, assim, a autoridade apontada como coatora legitimada para fins mandamentais. Precedentes análogos.

Recurso provido com o restabelecimento da decisão singular.

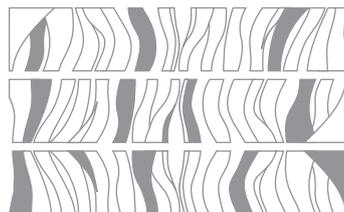
(REsp 420.914/PR, Rel. Ministro *José Arnaldo da Fonseca*, Quinta Turma, julgado em 24/06/2003, DJ 25/08/2003, p. 350.)

Em sua conclusão, portanto, o acórdão recorrido manifesta entendimento que destoa da jurisprudência do STJ.

Diante do todo o exposto, *dou provimento* ao recurso especial para extinguir o processo sem julgamento do mérito, nos termos do art. 485, IV, do CPC/2015 (art. 267, IV, do CPC/1973).

Prejudicado o exame da legitimidade passiva.

É como voto.



---

**Quinta Turma**



---

**HABEAS CORPUS N. 488.364-PR (2019/0003483-5)**

---

Relator: Ministro Reynaldo Soares da Fonseca

Impetrante: João Miguel Fernandes Filho

Advogados: Zeno Bettoni Bortolotti - PR057462

Carlos Eduardo Frazão do Amaral - RJ162327

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Emerson Miguel Petriv

---

**EMENTA**

Penal e Processo Penal. *Habeas Corpus* Originário. 1. Decisão do Relator que Indeferiu Habilitação de Advogado. Manutenção do Defensor Dativo. 2. Intuito Protelatório. Abuso do Direito de Defesa. Necessidade de Atuação do Julgador. 3. Quebra do Sigilo Profissional. Ausência de Relação de Confiança com o Defensor Dativo. 4. Direito de Escolher seu Causídico. Art. 263 do CPP. 5. Manutenção do Regular Trâmite Processual e Direito à Habilitação de Advogado de Confiança. Ausência de Incompatibilidade. 6. Ordem Concedida.

1. Não se trata de *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio, uma vez que a ilegalidade apontada pelo impetrante teria sido praticada pelo próprio Tribunal de origem, ao manter o advogado dativo, negando a habilitação do advogado escolhido pelo paciente.

2. Da leitura da decisão que indeferiu a habilitação do causídico, verifica-se, de forma clara, o intuito protelatório do paciente, com o objetivo de se eleger antes de sua condenação ser confirmada por órgão judicial colegiado (art. 1º, I, “e”, 1, da LC 64/1990). Nesse contexto, cabe, de fato, ao Judiciário obstar a atuação procrastinatória da parte, que atua com manifesto abuso do direito de defesa, sem que isso revele ilegalidade. Com efeito, esta Corte já se manifestou no sentido de que, “tratando-se de situação processual reveladora de indevida utilização de estratégias procrastinatórias, que eternizam a tramitação do feito, incompatíveis com o regular exercício de direito de defesa, não há ilegalidade a ser reconhecida”. (AgRg no HC 450.847/MA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018).

3. A estratégia procrastinatória visada pelo paciente foi informada ao Desembargador pelo próprio defensor dativo, o que denota, em um primeiro momento, a quebra do sigilo profissional que deve permear a relação entre advogado e cliente. Manifesta, assim, a meu ver, a impossibilidade de o paciente ser defendido pelo defensor nomeado pelo relator, porquanto suficientemente demonstrada a ausência de confiança na relação estabelecida.

4. Como é de conhecimento, “nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, o acusado tem o direito de escolher o seu defensor, não podendo o magistrado nomear profissional para patrociná-lo antes de lhe possibilitar a indicação de advogado de sua confiança” (HC 386.871/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 9/5/2017, DJe 17/5/2017). “A escolha de defensor, de fato, é um direito inafastável do réu, porquanto deve haver uma relação de confiança entre ele e o seu patrono. Assim, é de rigor que uma vez verificada a ausência de defesa técnica a amparar o acusado, por qualquer motivo que se tenha dado, deve-se conceder prazo para que o réu indique outro profissional de sua confiança, ainda que revel, para só então, caso permaneça inerte, nomear-lhe defensor dativo”. (HC 162.785/AC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010).

5. Embora seja demandado do julgador a manutenção do regular trâmite processual, sem interferências protelatórias que configurem abuso do direito de defesa, também é desejável que se resguarde, na maior amplitude possível, o direito à ampla defesa do acusado que, na hipótese, foi violado, diante da não habilitação de seu advogado de confiança. Anoto, por relevante, que era possível ao Relator ter habilitado o causídico e ao mesmo tempo ter indeferido o pedido de adiamento, assegurando, assim, o direito do acusado, ao tempo em que evitava eventual abuso do direito de defesa.

6. Concedo a ordem para anular a decisão que não admitiu a habilitação do advogado constituído pelo paciente e, por consequência, o julgamento do recurso de apelação, devendo seu julgamento ser renovado, com a prévia e devida habilitação do advogado de sua confiança. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de nomeação de defensor dativo *diverso do já nomeado*, acaso o paciente não esteja representado por advogado constituído.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder a ordem, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Ribeiro Dantas, Felix Fischer e Jorge Mussi votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Brasília (DF), 18 de junho de 2019 (data do julgamento).

Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Relator

---

DJe 1º.7.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Emerson Miguel Petriv* apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná.

Consta dos autos que o paciente foi condenado como incurso no art. 339 do Código Penal, à pena de 2 anos e 6 meses de reclusão, em regime semiaberto, a qual foi substituída por duas penas restritivas de direitos. Irresignada, a defesa interpôs recurso de apelação. No entanto, antes do seu julgamento, o único advogado dos autos, Dr. Elias Chagas Neto, renunciou ao se mandato.

Nesse contexto, o Relator nomeou novo Defensor, Dr. Fábio José de Lima Prestes, com determinação de inclusão do feito em pauta. Contudo, por supostamente não conseguir se comunicar a contento com referido Defensor, o paciente requereu a nomeação de outro advogado, o que não foi deferido. Dessa forma, o paciente constituiu novo causídico, *Dr. João Miguel Fernandes Filho*, o qual requereu vista dos autos pelo prazo de 15 dias, bem como sua inclusão em pauta apenas após 5/10/2018, em virtude de ter se submetido a cirurgia no joelho.

O Relator indeferiu o pedido do novo advogado, por considerar ser evidente o intuito protelatório do apelante, além de haver nos autos defensor nomeado e que pode comparecer ao julgamento. Diante da referida decisão, foi impetrado perante esta Corte Superior o *Habeas Corpus* n. 469.225/PR, no qual se pugnava pela redesignação da pauta de julgamento do recurso de apelação

para depois de 5/10/2018. Referido *mandamus* foi julgado prejudicado, em virtude do julgamento da apelação em 13/9/2018.

Negou-se provimento à apelação interposta pela defesa, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 70):

Apelação Crime. Denúnciação Caluniosa. Artigo 339, *Caput* do Código Penal. Preliminar já Analisada em Habeas Corpus Anteriormente Apreciado por Esta Corte. Evidente Rediscussão da Matéria. Tópico Recursal não Conhecido. Autoria e Materialidade Comprovadas. Dolo Evidenciado pelo Conjunto Probatório Constante nos Autos. Recurso Parcialmente Conhecido e Nesta Parte não Provido, com Fixação de Honorários ao Defensor Nomeado.

Consta, ainda, que foram opostos embargos de declaração, os quais ainda não tinham sido julgados no momento da impetração do presente *writ*. Em consulta à página eletrônica do Tribunal de origem, verifica-se que foram julgados em 5/6/2019, não sendo conhecidos nos termos da seguinte ementa:

Embargos de Declaração Crime. Recurso de Apelação Parcialmente Conhecido e não Provido. Impossibilidade de Conhecimento do Recurso. Vício na Representação. Peticionante que Teve seu Pedido de Habilitação Anteriormente Indeferido. Advogado não Habilitado nos Autos. Embargos de Declaração não Conhecido.

No presente *mandamus*, o impetrante se insurge, em síntese, contra a manutenção do advogado dativo, com a negativa de habilitação do advogado escolhido pelo paciente, cujo nome não constou da publicação do acórdão que julgou o recurso de apelação. Assevera, assim, que se está desrespeitando o exercício da ampla defesa, uma vez que o acusado tem direito de escolher o advogado de sua confiança.

Pugna, inclusive liminarmente, pela anulação do julgamento do recurso de apelação, para que outro seja realizado, com a presença do advogado de confiança constituído pelo paciente.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca (Relator): De início, esclareço que não se trata de *habeas corpus* substitutivo do recurso próprio, uma vez que a ilegalidade apontada pelo impetrante teria sido praticada pelo próprio Tribunal

de origem, ao manter o advogado dativo, negando a habilitação do advogado escolhido pelo paciente.

Ao negar a habilitação do advogado nomeado pelo paciente, o Relator se manifestou nos seguintes termos (e-STJ fl. 68):

I - Trata-se de petição (protocolo PJPR 0076789/2018), na qual o Dr. João Miguel Fernandes Filho, inscrito na OAB/ PR n. 42.447, requer a juntada da procuração que lhe foi outorgada pelo ora apelante, *Emerson Miguel Petriv*, bem como o pedido de habilitação nos autos, com posterior abertura de vista e suspensão do feito até o dia 05 de outubro de 2018.

II - Quanto aos autos de Apelação Crime 1.744.270-5, interposta por *Emerson Miguel Petriv*, há que se fazer um breve histórico antes da análise dos pedidos expostos na petição/protocolo PJPR 0076789/2018. O recorrente *Emerson Miguel Petriv* interpôs recurso de apelação, através de advogado constituído, Dr. *Elias Chagas Neto*, alegando, preliminarmente, a nulidade da decisão que decretou a revelia do réu e indeferiu o pedido de designação de nova data para interrogatório do mesmo. Quanto ao mérito, aduziu pela atipicidade da conduta em razão Estado do Paraná fls. 2 da ausência de dolo. Por fim, requer o acolhimento da preliminar arguida e, a procedência do recurso, par a absolver o apelante (fls. 549/554 CD ROM). Já nesta Corte, em virtude da renúncia do advogado Dr. *Elias Chagas Neto* (fl. 25- TJPR), foi nomeado novo defensor ao recorrente, Dr. *Fábio José de Lima Prestes*, com imediata determinação de inclusão do feito em pauta para julgamento, tão logo se desse a intimação do r. advogado. O apelante *Emerson Miguel Petriv* compareceu aos autos em razão da nomeação do Dr. Fábio José de Lima Prestes alegando que “não consegue sequer um diálogo com seu defensor nomeado, sendo este ato essencial para a defesa do processo, como elaboração de peças pertinentes, possível sustentação oral e recursos possíveis” (petição/protocolo PJPR 0051391/2018). Por fim, requereu a nomeação de outro defensor para atuar no processo, anexando cópias de mensagens enviadas ao advogado via WhatsApp. Após intimação pessoal do ilustre defensor, Dr. Fábio José de Lima Prestes, para se manifestar quanto à petição do recorrente, restou esclarecido que: “(...), recebeu inesperadamente mensagens em seu telefone celular privado através do aplicativo Whatsapp, mensagens escritas e um áudio de 03m58s (três minutos e cinquenta e oito segundos) do Réu- Apelante solicitando, aqui de forma resumida, o declínio do encargo porque tinha interesse que esse processo se arrastasse o quanto possível, objetivando com isso, acreditar-se, a não prestação jurisdicional efetiva e competente, (...)”. (destaquei). Estado do Paraná fls. 3 Observando as cópias das conversas juntadas pelo próprio apelante, restou incontroverso que ele enviou o áudio ao Dr. Fábio José de Lima Prestes (fl. 50), sendo esclarecido, com a juntada do áudio, o teor do pedido feito por *Emerson Miguel Petriv* ao defensor que lhe foi constituído por este Relator, confira-se: “(...) o meu advogado lá para trás, a pedido meu, ele renunciou a apelação que nós

fizemos aqui em Curitiba, (...), enfim, o advogado aqui, o Dr. Elias, há época que estava comigo, eu pedi para ele renunciar a procuração. E ficou sem advogado. E agora, o Desembargador da 2ª Câmara Criminal, ele designou Vossa Excelência (...) para acompanhar o processo como dativo. Só que, (...), eu quero pedir um grande favor para o senhor. Para o senhor não aceitar a nomeação dativo e peticionar a renúncia de Vossa Excelência. É... se puder fazer um grande favor, eu sei que é pedir muito para Vossa Excelência. É só que eu estou precisando dar uma esticada nesse processo aí, nesse prazo. (...). Que é pra intimar o réu para constituir novo defensor, é.. mandar carta AR aqui pra Londrina pra eu ganhar um pouquinho mais de prazo. Não sei se é possível o senhor fazer isso. (...). Tá então, só para deixar bem claro, clarear para Vossa Excelência, (...), só que eu preciso dar uma esticada no prazo, se o senhor puder renunciar, não aceitar a nomeação dativo (...), pedindo que nessa mesma desistência de Vossa Excelência que eu seja intimado para constituir novo defensor por carta AR aqui na cidade. (...). Que esse processo é muito importante pra mim, eu preciso dar uma esticada nele aí um pouco mais. (...). Porque é o seguinte, (...) se o senhor aceitar, que eu tô pedindo pra Vossa Excelência por favor não aceitar a nomeação dativo. Se o senhor aceitar, o processo já vai para pauta para julgamento. Vão marcar a pauta, tá Estado do Paraná fls. 4 bom? E eu quero justamente adiar isso. (...)" (destaquei - de gravação áudio constante no pen drive juntado aos autos). Assim, ao contrário do alegado pelo apelante em sua petição, o seu desejo era continuar sem defesa técnica, com o claro escopo de arrastar o processo, evitando o cumprimento da pena de 02 (dois) anos e 06 (seis) meses que lhe foi imposta pela sentença recorrida. Diante de tais fatos, foi determinada a extração de cópia dos autos, e em especial do áudio, para imediata remessa ao Ministério Público para que seja averiguada a legalidade da conduta praticada pelo apelante *Emerson Miguel Petriv*. Agora, retorna o apelante, constituindo novo advogado, Dr. João Miguel Fernandes Filho, o qual, por sua vez, pede habilitação nos autos, alegando que pretende apresentar memoriais, motivo pelo qual requer vista dos autos pelo prazo de 15 (quinze) dias úteis. Contudo, informa desde já, que está impedido de viajar no momento, "(...), eis que foi submetido à cirurgia de reconstituição de ligamento cruzado anterior LCA na data de 05 de julho de 2018, com retorno para cirurgia em 17 de agosto de 2018, não podendo forçar ou mesmo permanecer muito tempo com joelho dobrado ou mesmo sem apoio parcial, somente podendo desvencilhar-se das muletas e mudar de direção após o terceiro mês de cirurgia, (...)", requerendo, portanto, que o feito fique suspenso, e seja incluído em pauta somente após 05 de outubro de 2018 (fl. 02 petição PJPR 0076789/2018). Estado do Paraná fls. 5

III - De fato, o apelante está atingindo seu intuito, vez que a renúncia do advogado Dr. Elias Chagas Neto, se deu quando o processo ainda se encontrava com o Revisor, fazendo com que o mesmo retornasse ao Relator logo após o despacho para inclusão em pauta para julgamento (fls. 22/26) e, desde lá, o processo, apesar de encontrar-se apto a julgamento vem caminhando a passos

lentos, já tendo decorrido 05 (cinco) meses sem a inclusão do feito em pauta. *Novamente, o apelante usa de artifícios para ganhar tempo, desta vez, constituindo novo defensor, o Dr. João Miguel Fernandes Filho, o qual está impossibilitado de exercer seu encargo até o dia 05 de outubro de 2018. Ora, é notório que o apelante Emerson Miguel Petriv foi o vereador mais votado no Município de Londrina nas eleições de 2016, tendo seu mandato cassado pela Câmara Municipal no ano seguinte, buscando, agora, ser eleito a Deputado Federal, nas eleições a serem realizadas em 07 de outubro de 2018. Contudo, a r. candidatura para Deputado Federal encontra-se “aguardando julgamento”, fato que evidencia o motivo pelo qual o presente processo é tão importante para o recorrente, como ele mesmo menciona no áudio já encartado aos autos, além da necessidade de suspender o trâmite do feito até o dia 05.10.2018. Ora, caso se suspenda o feito até o dia 05.10.2018, ele não seria julgado antes de 11.10.2018, ou seja, mesmo estando apto para Estado do Paraná fls. 6 julgamento há meses, o presente recurso somente seria apreciado pelo Colegiado após o resultado das eleições 2018. Ainda, cabe mencionar que a sustentação oral não é obrigatória, tratando-se de uma faculdade da defesa, sendo certo que o apelante não se encontra indefeso nos autos, vez que lhe foi nomeado defensor dativo logo após a renúncia de seu advogado, Dr. Elias Chagas Neto. Aliás, como bem esclarecido, Emerson Miguel Petriv, somente ficou um período sem advogado a pedido dele próprio, eis que pediu para o Dr. Elias Chagas Neto apresentar a renúncia com o escopo de ganhar tempo, “esticando” o processo.*

IV - Diante do exposto, considerando o evidente intuito protelatório do apelante, a impossibilidade do advogado Dr. João Miguel Fernandes Filho em desempenhar imediatamente suas atividades profissionais na sede deste Tribunal, a existência de defensor nomeado nos autos e a aptidão do feito para julgamento, indefiro os pedidos constantes na petição (PJP 0076789/2018).

Como visto, a decisão impugnada demonstra que o paciente requereu ao Relator a nomeação de outro defensor dativo, alegando não conseguir “sequer um diálogo com seu defensor nomeado”. Ao ser inquirido sobre a alegação, o defensor dativo esclareceu que o paciente lhe enviou mensagens solicitando “o declínio do encargo porque tinha interesse que esse processo se arrastasse o quanto possível”. O áudio enviado pelo paciente ao advogado foi, inclusive, entregue ao Relator e degradado.

Nesse interregno, o paciente decidiu nomear advogado de sua confiança, o qual, em conjunto com o pedido de habilitação, pugnou pelo adiamento do julgamento para depois do dia 5/10/2018, em virtude de ter se submetido a uma cirurgia no joelho, que o impossibilitava de comparecer ao Tribunal para apresentar memoriais e realizar sustentação oral. Contudo, diante das informações trazidas pelo advogado dativo, referentes ao interesse do paciente

em protelar o feito, por meio de artifícios para ganhar tempo, considerou ser evidente o intuito protelatório, motivo pelo qual indeferiu a habilitação do advogado constituído pelo paciente e manteve o defensor dativo.

De fato, da leitura da decisão que indeferiu a habilitação do causídico, verifica-se, de forma clara, o intuito protelatório do paciente, com o objetivo de se eleger antes de sua condenação ser confirmada por órgão judicial colegiado (art. 1º, I, “e”, 1, da LC 64/1990). Nesse contexto, cabe, de fato, ao judiciário obstar a atuação procrastinatória da parte, que atua com manifesto abuso do direito de defesa, sem que isso revele ilegalidade.

Com efeito, esta Corte já se manifestou no sentido de que, “tratando-se de situação processual reveladora de indevida utilização de estratégias procrastinatórias, que eternizam a tramitação do feito, incompatíveis com o regular exercício de direito de defesa, *não há ilegalidade a ser reconhecida*”. (AgRg no HC 450.847/MA, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/09/2018, DJe 17/09/2018).

Nada obstante, a situação dos autos guarda particularidade que não pode ser desprezada. Com efeito, a estratégia procrastinatória visada pelo paciente foi informada ao Desembargador pelo próprio defensor dativo, o que denota, em um primeiro momento, a quebra do sigilo profissional que deve permear a relação entre advogado e cliente. Manifesta, assim, a meu ver, a impossibilidade de o paciente ser defendido pelo defensor nomeado pelo relator, porquanto suficientemente demonstrada a ausência de confiança na relação estabelecida.

Ademais, diante do pedido de habilitação, de vista dos autos e de adiamento do julgamento, verifico que o indeferimento do pedido de adiamento já seria suficiente para evitar a protelação do julgamento, *não se justificando, dessarte, o indeferimento de habilitação do advogado de sua confiança*. A meu ver, a não habilitação na presente hipótese se revela mais gravosa que a própria ausência de intimação para constituir novo defensor, o que torna nulo o julgamento, conforme verbete n. 708 da Súmula do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*: “É nulo o julgamento da apelação se, após a manifestação nos autos da renúncia do único defensor, o réu não foi previamente intimado para constituir outro”.

Como é de conhecimento, “nos termos do artigo 263 do Código de Processo Penal, o acusado tem o direito de escolher o seu defensor, não podendo o magistrado nomear profissional para patrociná-lo antes de lhe possibilitar a indicação de advogado de sua confiança” (HC 386.871/DF, Rel. Ministro

Jorge Mussi, Quinta Turma, julgado em 9/5/2017, DJe 17/5/2017). Dessarte, “a jurisprudência desta Corte Superior é pacífica que, no caso de inércia do advogado constituído, deve ser o acusado intimado para constituir novo advogado para a prática do ato, inclusive por edital, caso não seja localizado e, somente caso não o faça, deve ser nomeado advogado dativo, sob pena de, em assim não se procedendo, haver nulidade absoluta” (REsp 1.512.879/MA, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 20/09/2016, DJe 06/10/2016).

Com efeito, “a escolha de defensor, de fato, é um direito inafastável do réu, porquanto deve haver uma relação de confiança entre ele e o seu patrono. Assim, é de rigor que uma vez verificada a ausência de defesa técnica a amparar o acusado, por qualquer motivo que se tenha dado, deve-se conceder prazo para que o réu indique outro profissional de sua confiança, ainda que revel, para só então, caso permaneça inerte, nomear-lhe defensor dativo”. (HC 162.785/AC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Quinta Turma, julgado em 13/04/2010, DJe 03/05/2010).

A propósito, trago ainda lição da doutrina:

Em virtude da relação de confiança que necessariamente se estabelece entre o acusado e quem o defende, entende-se que um dos desdobramentos da ampla defesa é o direito que o acusado tem de escolher seu próprio advogado. (...). Tem o acusado, portanto, o direito de escolher seu próprio defensor, não sendo possível que o juiz substitua seu advogado constituído por outro de sua nomeação. A nomeação de defensor pelo juiz poderá ocorrer nas hipóteses de abandono do processo pelo advogado constituído e desde que o acusado permaneça inerte, após ser instado a constituir novo defensor. Assim, se o acusado não o tiver, ser-lhe-á nomeado defensor pelo juiz, ressalvado o seu direito de, a todo tempo, nomear outro de sua confiança, ou a si mesmo defender-se, caso tenha habilitação (CPP, art. 263, *caput*). (LIMA, Renato Brasileiro de. Manual de Processo Penal. 3. ed. rev. ampl. e atual. Salvador/BA: JusPodivm. 2015. p. 54/55)

Nessa linha de intelecção, verifico que, embora seja demandado do julgador a manutenção do regular trâmite processual, sem interferências protelatórias que configurem abuso do direito de defesa, também é desejável que se resguarde, na maior amplitude possível, o direito à ampla defesa do acusado que, na hipótese, foi violado, diante da não habilitação de seu advogado de confiança. Anoto, por relevante, que era possível ao Relator ter habilitado o causídico e ao mesmo tempo ter indeferido o pedido de adiamento, assegurando, assim, o direito do acusado, ao tempo em que evitava eventual abuso do direito de defesa.

Ante o exposto, *concedo a ordem* para anular a decisão que não admitiu a habilitação do advogado constituído pelo paciente e, por consequência, o julgamento do recurso de apelação, devendo seu julgamento ser renovado, com a prévia e devida habilitação do advogado de sua confiança. Ressalva-se, no entanto, a possibilidade de nomeação de defensor dativo *diverso do já nomeado*, acaso o paciente não esteja representado por advogado constituído.

É como voto.

---

**HABEAS CORPUS N. 489.333-PR (2019/0010818-5)**

---

Relator: Ministro Jorge Mussi

Impetrante: Lucas Hinckel Teider e outros

Advogados: Vinícius Daniel Cim - PR080645

Edgard Rodrigues Rocha Junior - PR081960

Orlei Bonamin Neto - PR086334

Lucas Hinckel Teider - PR094484

Isabella Domborovski Camargo - PR094904

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Paraná

Paciente: Antonio Marcos Martins de Souza (preso)

---

**EMENTA**

*Habeas Corpus*. Impetração Originária. Substituição ao Recurso Ordinário. Impossibilidade. Homicídio Qualificado. Motivo Fútil, Meio Cruel, Emprego de Recurso que Dificultou a Defesa da Vítima e Praticado contra Mulher por Razões do Sexo Feminino. Prisão em Flagrante Convertida em Preventiva. Superveniência da Sentença de Pronúncia. Segregação Fundada no art. 312 do CPP. Circunstâncias do Crime. Gravidade Excessiva. Periculosidade Social do Agente. Garantia da Ordem Pública. Custódia Motivada e Necessária. Condições Pessoais Favoráveis. Irrelevância. Medidas Cautelares Alternativas. Insuficiência e Inadequação. Constrangimento Ilegal não Evidenciado. *Writ* não Conhecido.

1. O Supremo Tribunal Federal passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que foi aqui adotado, ressalvados os casos de flagrante ilegalidade, quando a ordem poderá ser concedida de ofício.

2. Não há que se falar em constrangimento ilegal quando a constrição está devidamente justificada na garantia da ordem pública, em razão da gravidade efetiva do delito em tese praticado e da periculosidade social do réu, bem demonstradas pelas circunstâncias em que ocorreu o fato criminoso.

3. Caso em que o paciente restou pronunciado porque, motivado por ciúmes e pelo eminente término do seu relacionamento conjugal conturbado, teria matado sua companheira, por meio de golpes de facão, no quarto da ofendida, circunstâncias que evidenciam a reprovabilidade diferenciada da conduta perpetrada, denotando a existência do *periculum libertatis* exigido para a preventiva.

4. “*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, admite o emprego de motivação per relationem, a fim de evitar tautologia, reconhecendo que tal técnica se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal.*” (HC 378.068/SC, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018).

5. Condições pessoais favoráveis não possuem o condão de revogar a prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar a necessidade da custódia, como ocorre *in casu*.

6. Demonstrada a imprescindibilidade da preventiva diante da excessiva periculosidade social do acusado, resta clara a insuficiência das medidas cautelares diversas da prisão para o acautelamento da ordem pública.

7. *Habeas corpus* não conhecido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do pedido. Os Srs.

Ministros Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedido o Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Jorge Mussi, Relator

---

DJe 19.8.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Jorge Mussi: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em benefício de *Antonio Marcos Martins de Souza* contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que denegou a ordem visada no HC n. 0050589-48.2018.8.16.0000, mantendo a prisão preventiva do paciente, nos autos da ação penal em que foi denunciado pela prática do delito tipificado no art. 121, § 2º, incisos II, III, IV e VI, c/c § 2º-A, inciso I, todos do Código Penal.

Sustentam os impetrantes a ocorrência de constrangimento ilegal sob o argumento de ausência de fundamentação idônea para justificar o decreto e a manutenção da prisão preventiva do paciente, porquanto embasada apenas na gravidade abstrata do suposto delito cometido, em manifesta violação ao disposto no art. 93, inciso IX, da Constituição Federal.

Afirmam que não teria sido demonstrado, com base em elementos concretos, como a liberdade do acusado poderia oferecer risco à ordem pública, ao bom andamento da instrução criminal ou à aplicação da lei penal, reputando ausentes os requisitos autorizadores da medida extrema, previstos no art. 312 do CPP.

Alegam que o paciente é primário, ostenta bons antecedentes, possui residência fixa e é genitor de menor de idade, predicados que lhe autorizariam a responder solto ao processo.

Argumentam, por fim, a excepcionalidade da medida extrema, enfatizando que o paciente faria jus à substituição da preventiva por medidas cautelares alternativas, descritas no art. 319 do CPP.

Requereram, liminarmente e no mérito, a revogação da prisão preventiva do paciente, concedendo-lhe o direito de responder solto à presente ação penal, fixando-se, caso entenda necessário, medidas cautelares menos gravosas (art. 319 do CPP), expedindo-se alvará de soltura em seu favor.

A liminar foi indeferida.

Solicitadas informações, essas foram devidamente prestadas.

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou pelo não conhecimento do *writ*, ou pela denegação da ordem.

Solicitada a comunicação dos patronos do paciente da data do julgamento do presente *writ*, para fins de sustentação oral, consta que o pleito foi deferido em 29/3/2019 (e-STJ fl. 375).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Jorge Mussi (Relator): De se destacar que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC n. 109.956/PR, buscando dar efetividade às normas previstas no artigo 102, inciso II, alínea “a” da Constituição Federal, e nos artigos 30 a 32 da Lei n. 8.038/90, passou a não mais admitir o manejo do *habeas corpus* originário perante aquela Corte em substituição ao recurso ordinário cabível, entendimento que passou ser adotado por este Superior Tribunal de Justiça, a fim de que fosse restabelecida a organicidade da prestação jurisdicional que envolve a tutela do direito de locomoção.

Assim, insurgindo-se a impetração contra acórdão do Tribunal de origem que denegou a ordem pleiteada no prévio *writ*, mostra-se incabível o manejo do *habeas corpus* originário, já que não configurada nenhuma das hipóteses elencadas no artigo 105, inciso I, alínea “c” da Constituição Federal, razão pela qual não merece conhecimento.

Entretanto, o constrangimento apontado na inicial será analisado, a fim de que se verifique a existência de flagrante ilegalidade que justifique a atuação de ofício por este Superior Tribunal de Justiça.

Dos elementos colacionados infere-se que o paciente foi preso em flagrante *no dia 27/9/2018*, convertida a custódia em preventiva, e findou denunciado pela prática do delito previsto no art. 121, § 2º, incisos II, III, IV e VI, e § 2º-A, inciso I, todos do Código Penal, acusado de haver desferido diversos golpes

de arma branca em sua companheira, Marta Pereira dos Santos. (e-STJ fl. 188/189).

Consta da exordial acusatória que, durante a noite, o paciente, movido por ciúmes, surpreendeu a vítima em seu leito, desferindo-lhe diversos golpes de facão na região do pescoço e cabeça, levando-a a óbito, isso porque a ofendida pretendia dar fim ao relacionamento abusivo que mantinha com o denunciado, marcado por ameaças e violência psicológica (e-STJ fl. 189).

Verifica-se que, no dia 28-9-2018, a Juíza monocrática converteu a prisão em flagrante em segregação preventiva por entender a medida necessária para acautelar a ordem pública, vulnerada diante da gravidade da conduta e da periculosidade do agente, destacando que “as circunstâncias e o modo de execução do delito revelam a periculosidade do agente e autorizam a manutenção da prisão para garantia da ordem pública” (e-STJ fls. 109).

Citando o parecer ministerial, aduziu que “diante das circunstâncias do caso concreto, pode-se afirmar que a garantia da ordem pública estará sendo preservada com a decretação da custódia cautelar. É que, consoante se verifica dos depoimentos prestados pelos policiais militares e pelo indiciado à autoridade policial, o autuado reconheceu ter praticado a conduta a ele imputada e, em primeira análise, por motivo torpe e contra sua própria esposa. Registra-se, neste ponto, que situações como a aqui em análise, geram repercussão no seio da nossa sociedade, não só pela gravidade do crime perpetrado, como também pela brutalidade dele, de sorte que a gravidade com que o ilícito foi perpetrado – a qual destoa da gravidade abstrata do tipo penal – bem demonstra a necessidade de acautelar o meio social, porquanto o *modus operandi* adotado na prática delitativa revela agressividade exacerbada por parte de seu executor”. (e-STJ fl. 109)

Acrescentou, na oportunidade, que “a adoção das medidas cautelares estabelecidas no artigo 319 do CPP, por ora, não se mostra suficiente, ante a conduta social do autuado” (e-STJ fl. 109).

Irresignada, a defesa impetrou *habeas corpus* perante o Tribunal de origem que, entendendo suficiente e fundamentada a decisão de primeiro grau, denegou a ordem, mantendo a prisão preventiva, uma vez que “o paciente, se em liberdade, representa um risco a ele mesmo, na medida em que já tentou suicídio. De se destacar, ainda, que a audiência de instrução e julgamento está próxima de ocorrer, de modo que a permanência do acusado em cárcere mostra-se imprescindível, também, para garantir a devida instrução criminal

e a aplicação da lei penal. Vê-se, portanto, que a prisão preventiva de Antonio Marcos Martins de Souza mostra-se escorreita, uma vez que busca salvaguardar a ordem pública, garantir a instrução criminal e a aplicação da lei penal, bem como resguardar a vida do paciente” (e-STJ fl. 283).

Asseverou o Órgão Colegiado, ainda, “que a decisão objurgada é sucinta, porém não desprovida da necessária motivação. Como dito pela ilustre Procuradora de Justiça: ‘não há se cogitar em ofensa ao art. 93, inciso XII, da CF, por ausência de fundamentação idônea, pois, como cediço, não se pode confundir motivação reduzida com a sua ausência” (e-STJ fls. 283).

Considerou, por fim, “que eventuais condições subjetivas favoráveis, por si só, não obstam a segregação cautelar, se há nos autos elementos hábeis a recomendar a sua manutenção, como se verifica no caso em tela”, bem como que, “estando presentes os pressupostos para a constrição cautelar, por conseguinte, não recomendáveis quaisquer das medidas cautelares diversas da prisão” (e-STJ fl. 283).

Em consulta à página eletrônica da Corte Estadual verifica-se que, encerrada a primeira fase do processo afeto ao Júri - *judicium accusationis* -, no dia 22/5/2019, o acusado restou pronunciado para ser submetido a julgamento popular, como incurso no art. 121, § 2º, incisos II, III, IV e V, § 2º-A, inciso I, do Código Penal, c/c o art. 5º, inciso III e o art. 7º, inciso I. ambos da Lei n. 11.340/06 e c/c o art. 1º, inciso I, da Lei n. 8.072/90.

Na oportunidade, verifica-se que a prisão processual foi mantida, tendo o réu sido impedido de recorrer em liberdade “pois subsistem os requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal que ensejaram o decreto de sua prisão preventiva” (fl. 13 da decisão de pronúncia).

*Delineado o contexto fático probatório*, inicialmente, no que tange à aventada falta de fundamentos da preventiva, forçoso reconhecer que a medida extrema se encontra devidamente embasada no previsto no art. 312 do CPP, mostrando-se necessária, notadamente, para o fim de preservar a ordem pública, vulnerada diante da periculosidade social do agente, bem demonstrada pelas graves circunstâncias em que ocorrido o fato criminoso.

Na hipótese, observa-se que as circunstâncias em que ocorridos os fatos imputados ao réu são de grande reprovabilidade eis que, em tese, atentou letalmente contra sua companheira, desferindo diversos golpes de facão, motivado por ciúmes e pelo iminente término do relacionamento, aproveitando-se da confiança de coabitação, enquanto a vítima estava deitada em sua cama.

Tal conjuntura evidencia o perigo concreto e acentuado da conduta imputada ao agente, bem como à sua efetiva periculosidade, revelando o *periculum libertatis* exigido para a ordenação e preservação da prisão preventiva, a justificar a manutenção da prisão preventiva.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é pacífica no sentido de que: “O entendimento de que o fato criminoso em si não pode ser valorado para decretação ou manutenção da prisão cautelar não é consentâneo com o próprio instituto da prisão preventiva, já que a imposição desta tem por pressuposto a presença de prova da materialidade do crime e de indícios de autoria. Se as circunstâncias concretas da prática do crime revelam a periculosidade do agente e o risco de reiteração delitiva e, por conseguinte, à ordem pública, justificada está a decretação ou a manutenção da prisão cautelar, desde que igualmente presentes boas provas da materialidade e da autoria” (RHC 106.697, Relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 03/04/2012, *Processo Eletrônico DJe-093 divulg 11-05-2012 public 14-05-2012*).

Em caso análogo, já decidiu este Superior Tribunal de Justiça:

Processual Penal e Penal. *Habeas Corpus*. Femicídio Majorado Tentado. Homicídios Qualificados Tentados. Prisão Preventiva. Fundamentação Concreta. *Modus Operandi*. Ilegalidade. Ausência. Condições Pessoais Favoráveis. Irrelevância. *Habeas Corpus* Denegado.

1. *Apresentada fundamentação concreta para a decretação da prisão preventiva, evidenciada na gravidade concreta do delito, uma vez que se trata de fato praticado com violência, tendo o indiciado, segundo relata o auto, desferido golpes de facão contra sua esposa que está internada, não há que se falar em ilegalidade.*

2. Na esteira do entendimento adotado por esta Corte Superior, a existência de condições pessoais favoráveis, tais como primariedade, residência fixa e ocupação lícita, não têm o condão de, isoladamente, ensejar a revogação da prisão cautelar, se há nos autos elementos suficientes a demonstrar sua necessidade.

3. *Habeas corpus* denegado.

(HC 430.213/RS, Rel. Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 20/03/2018, DJe 02/04/2018)

No mesmo diapasão:

Processual Penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Femicídio Tentado. Art. 121, § 2º, VI, c/c Art. 14, Inciso II, do CP. Alegação de Excesso de Prazo na Formação da Culpa. Matéria não Apreciada pelo Tribunal de Origem. Supressão de Instância. Prisão Preventiva.

Segregação Cautelar Devidamente Fundamentada na Garantia da Ordem Pública. Recurso Ordinário Conhecido em Parte, e, na Parte Conhecida, Desprovido.

I - Não apreciada pelo eg. Tribunal de origem a questão referente ao alegado excesso de prazo na formação da culpa, não pode a matéria ser diretamente examinada por esta Corte, sob pena de indevida supressão de instância.

II - A segregação cautelar deve ser considerada exceção, já que tal medida constritiva só se justifica caso demonstrada sua real indispensabilidade para assegurar a ordem pública, a instrução criminal ou a aplicação da lei penal, *ex vi* do artigo 312 do Código de Processo Penal.

III - Na hipótese, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado em dados concretos extraídos dos autos, que evidenciam que a liberdade do recorrente acarretaria risco à ordem pública, notadamente se considerada sua periculosidade, demonstrada na forma pela qual o delito foi em tese praticado, mediante o uso de um facão, em que ele teria desferido diversas facadas nos braços e na cabeça da vítima.

IV - A presença de circunstâncias pessoais favoráveis não tem o condão de garantir a revogação da prisão se há nos autos elementos hábeis a justificar a imposição da segregação cautelar, como na hipótese. Pela mesma razão, não há que se falar em possibilidade de aplicação de medidas cautelares diversas da prisão.

Recurso ordinário em *habeas corpus* conhecido em parte, e, na parte conhecida, desprovido.

(RHC 70.031/MG, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 22/11/2016, DJe 07/12/2016)

A utilização de trechos da manifestação do Ministério Público não caracteriza qualquer irregularidade, mesmo porque a magistrada desenvolveu, ao lado da citação, sua própria motivação. Não fosse tal fato, a jurisprudência desta Corte admite a fundamentação *per relationem*:

Processo Penal. *Habeas Corpus* Substitutivo de Recurso Próprio. Inadequação. Motivação *per Relationem*. Inexistência de Nulidade. Negativa do Direito de Recorrer em Liberdade. Decisão Fundamentada. Constrangimento Ilegal não Evidenciado. *Writ* não Conhecido.

1. Esta Corte e o Supremo Tribunal Federal pacificaram orientação no sentido de que não cabe *habeas corpus* substitutivo de revisão criminal e de recurso legalmente previsto para a hipótese, impondo-se o não conhecimento da impetração, salvo quando constatada a existência de flagrante ilegalidade no ato judicial impugnado a justificar a concessão da ordem, de ofício.

2. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e desta Corte Superior de Justiça, mesmo após o advento do novo Código de Processo Civil, admite o emprego de

*motivação per relationem, a fim de evitar tautologia, reconhecendo que tal técnica se coaduna com o art. 93, IX, da Constituição Federal. Precedentes.*

3. Havendo prova da existência do crime e indícios suficientes de autoria, a prisão preventiva, nos termos do art. 312 do Código de Processo Penal, poderá ser decretada para garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

4. A negativa do recurso em liberdade encontra-se suficientemente fundamentada, na garantia da ordem pública, diante do evidente risco de reiteração delitiva, haja vista a eficiente organização da associação na prática de tráfico ilícito, envolvendo, inclusive, adolescentes que, na hipótese de abordagem policial, assumiriam a autoria da conduta ilícita praticada.

5. Segundo entendimento firmado por esta Corte, “não há ilegalidade na negativa do direito de recorrer em liberdade ao réu que permaneceu preso durante a instrução criminal, se persistem os motivos da prisão cautelar”, como é a hipótese em apreço (HC 396.974/BA, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017).

6. *Writ* não conhecido.

(HC 378.068/SC, Rel. Ministro *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, julgado em 23/10/2018, DJe 31/10/2018)

Nesse contexto, a prisão preventiva está suficientemente embasada e merece ser mantida, a bem da ordem pública, constantemente abalada por condutas violentas como a que ora se examina e pela qual o ora paciente já foi, inclusive, pronunciado, afastando o suposto constrangimento de que seria vítima.

Destaca-se ainda que, consoante orientação jurisprudencial desta Corte Superior de Justiça, condições pessoais favoráveis não têm o condão de desconstituir a prisão preventiva, quando há nos autos elementos que autorizam a manutenção da medida extrema, como ocorre *in casu*.

Está clara a inaplicabilidade das medidas cautelares diversas da prisão, uma vez que, além de haver motivação apta a justificar o sequestro corporal a bem da ordem pública, a sua incidência não se mostraria adequada e suficiente para reprimir o acentuado grau de periculosidade do recorrente, evidenciado pelo *modus operandi* utilizado na espécie.

Nesse contexto, demonstrados os pressupostos e motivos autorizadores da custódia cautelar, elencados no art. 312 do CPP, não se vislumbra constrangimento ilegal a ser reparado por este Superior Tribunal de Justiça.

Diante do exposto, por se afigurar manifestamente incabível, *não se conhece* do *habeas corpus* substitutivo.

É o voto.

---

**RECURSO EM HABEAS CORPUS N. 111.060-MG (2019/0100673-4)**

---

Relator: Ministro Joel Ilan Paciornik  
Recorrente: Lazaro Luiz Gonzaga (preso)  
Advogados: Eugênio Pacelli de Oliveira - MG051635  
              Sílvia Maria de Oliveira Mattos - MG083845  
              Marciley Fernandes - MG109161  
              Maria Letícia Nascimento Gontijo e outro(s) - DF042023  
              Isabela de Moura Oliveira - MG149413  
              Matheus Oliveira de Carvalho - MG171502  
              Pedro Ivo de Moura Oliveira - MG133367  
              Rogéria Maria Castro de Bellis - MG035752  
Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

---

**EMENTA**

Penal e Processo Penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Associação Criminosa. Falsidade Ideológica. Coação no Curso do Processo. Peculato. Corrupção Passiva, Lavagem de Dinheiro e Fraude à Licitação Imputadas a Gestor do Sistema “S”. Atipicidade e Inépcia da Denúncia. Recurso Provido em Parte.

1. O trancamento prematuro da ação penal somente é possível quando ficar manifesto, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade, ou ainda quando se mostrar inepta a denúncia por não atender comando do art. 41 do Código de Processo Penal – CPP.

2. Na hipótese, na esteira da fundamentação dada pelo Tribunal de origem, e mormente da análise detida da exordial acusatória (fls. 21/66), ao revés do consignado nas razões do presente recurso, depreende-se que foram devidamente descritas as condutas praticadas pelo ora recorrente, que, em tese, configuram os crimes de associação criminosa, falsidade ideológica, supressão de documentos e lavagem de dinheiro.

3. Este Tribunal Superior tem mitigado a exigência de descrição minuciosa da ação de cada agente nos crimes de autoria coletiva, desde que a denúncia não seja demasiadamente genérica.

4. Todavia, a jurisprudência desta Quinta Turma, na esteira de decisões do Pretório Excelso, entende que não se aplicam aos dirigentes do “Sistema S”, a Lei n. 8.666/1993 (Lei das Licitações) e o capítulo I do Título XI do Código Penal – CP, o qual tipifica os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral. Assim, afasta-se a condição de servidor público do ora recorrente e, por consequência, resta impossibilitada a sua condenação pelos crimes previstos nos arts. 312 e 317 (peculato e corrupção passiva) do Código Penal – CP e 90 da Lei n. 8.666/93 (fraude à licitação). Precedente: (RHC 90.847/PI, Rel. Ministro *Reynaldo Soares da Fonseca*, DJe 18/4/2018).

5. Registra-se, ainda, a inviabilidade de processar o recorrente em relação ao crime previsto no art. 335 do Código Penal, haja vista que esta norma foi revogada pela Lei de Licitação.

6. Recurso ordinário parcialmente provido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Leopoldo de Arruda Raposo (Desembargador convocado do TJ/PE), Jorge Mussi, Reynaldo Soares da Fonseca e Ribeiro Dantas votaram com o Sr. Ministro Relator.

*Sustentou oralmente: Dr. Eugênio Pacelli de Oliveira (p/recte).*

Brasília (DF), 1º de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Joel Ilan Paciornik, Relator

---

DJe 7.10.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik: Cuida-se de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto por *Lazaro Luiz Gonzaga* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, proferido no julgamento do HC n. 1.0000.19.014194-5/000, assim ementado:

“Habeas Corpus”. Associação Criminosa; Falsidade Ideológica; Supressão de Documento (por Quatro Vezes); Peculato (por Quatro Vezes); Corrupção Passiva (por Quatro Vezes); Coação no Curso do Processo (por Quatro Vezes); Fraude à Licitação (por Duas Vezes) e Lavagem de Dinheiro (por Oito Vezes). Impossibilidade de Trancamento da Ação Penal em Relação aos Crimes de Corrupção Passiva, Lavagem de Dinheiro e Fraude à Licitação. Inépcia da Denúncia. Não Ocorrência. Preenchimento dos Requisitos do art. 41 do CPP. Atipicidade da Conduta não Evidenciada. Constrangimento Ilegal não Configurado. Ordem Denegada.

- Se na denúncia constam todos os elementos essenciais à descrição dos fatos criminosos, preenchendo os requisitos previstos no art. 41 do Código de Processo Penal e propiciando a ampla defesa, insustentável é a alegação de inépcia.

- O trancamento da ação penal pela via do “habeas corpus” é medida de exceção, devendo ser adotada somente quando for comprovada, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, causa extintiva da punibilidade ou a ausência de indícios mínimos de autoria e de prova da materialidade dos delitos.

- A jurisprudência dos Tribunais Superiores admite uma denúncia de caráter geral em casos que envolvam pluralidade de agentes e de condutas ou que, em razão da própria natureza dos delitos, sejam cometidos em concurso de pessoas. Isso porque, nesses casos, nem sempre é possível que o representante do Ministério Público, no momento do oferecimento da denúncia, consiga descrever de forma pormenorizada a atuação de cada um dos envolvidos, sendo admitido, portanto, um relato um pouco mais genérico da conduta de cada agente, desde que possibilite o exercício da ampla defesa.

- No processo penal, o réu se defende dos fatos narrados na denúncia e não da tipificação apresentada pelo representante do Ministério Público, cabendo ressaltar que a definição jurídica dos fatos imputados ao paciente pode sofrer alteração no decorrer da instrução, o que pode ser feito, inclusive, pelo próprio magistrado no momento da prolação da sentença, nos termos do art. 383 do Código de Processo Penal.

- Se não restou demonstrada a atipicidade da conduta perpetrada pelo paciente, incabível é o trancamento da ação penal. - Conquanto não se desconheça o entendimento jurisprudencial no sentido de inaplicabilidade das regras da Lei n. 8.666/93 às entidades do “Sistema S”, entende-se que a narrativa

da conduta constante na peça acusatória não poderia, “a priori”, ser considerada atípica, tendo em vista que a descrição dos fatos poderá ser enquadrada no tipo penal previsto no art. 335 do Código Penal (fl. 134).

Extrai-se dos autos que o recorrente foi denunciado por ter supostamente praticado os delitos tipificados nos arts. 288 (associação criminosa), 299 (falsidade ideológica), 305 (supressão de documentos, por quatro vezes), 312 (peculato, por quatro vezes), 317 (corrupção passiva, por quatro vezes) e 344 (coação no curso do processo, por três vezes), do Código Penal – CP, art. 90 da Lei n. 8.666/93 (fraude à licitação, por duas vezes) e art. 1º da Lei n. 9.613/96 (lavagem de dinheiro, por oito vezes), todos na forma dos arts. 29 e 69 do Código Penal.

A denúncia descreve a existência de uma organização criminosa liderada por *Lázaro Luiz Gonzaga*, à época presidente da FECOMÉRCIO/MG, que visava a enriquecimento ilícito próprio e de terceiros mediante o desvio de recursos das entidades integrantes do “Sistema S”, que abrange o SESC e o SENAC, bem como em relação à FECOMÉRCIO, e simulações de negócios posteriores com a finalidade de falsear a origem do dinheiro.

Segundo a inicial acusatória, produtos, obras e serviços eram prestados de forma superfaturada em favor da *LG Participações e Empreendimentos* e os valores eram imediatamente transferidos para custeio de negócios fictícios com o intuito de ocultar o dinheiro desviado ilicitamente. A exordial descreve o esquema fraudulento para aquisição de dois imóveis superfaturados, com baixa liquidez, em prejuízo a entidades do “Sistema S”, bem como procedimentos licitatórios fraudulentos para a reforma de prédios, tendo como beneficiada a *LG Participações e Empreendimentos*. Também relata que a empresa vencedora das licitações teria passado a fazer uma série de operações financeiras, não documentadas, com o propósito de lavar o dinheiro desviados das entidades. *Lázaro Luiz Gonzaga, ora paciente, é mencionado na denúncia como líder da organização criminosa.*

O Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Belo Horizonte recebeu a inicial acusatória reconhecendo o preenchimento dos requisitos da denúncia estabelecidos no art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, bem como indícios de autoria e prova da materialidade delitiva. Ponderou, ainda, que, compulsando as defesas preliminares, não constatou, de plano, ausência de tipicidade, ilicitude ou culpabilidade com a segurança que se requer a um processo tão complexo, sendo imprescindível, portanto, o prosseguimento da ação penal (fls. 366/369).

No presente recurso ordinário, a defesa sustenta que a ação penal deve ser parcialmente trancada, em relação aos delitos de corrupção passiva, peculato e lavagem de dinheiro diante da inépcia da denúncia, e quanto ao crime de fraude à licitação, em virtude da atipicidade material deste fato.

Requer, assim, o trancamento parcial da Ação Penal n. 2142850-46.2014.8.13.0024, em trâmite perante o juízo da 3ª Vara Criminal de Belo Horizonte.

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do recurso.

É o relatório.

#### VOTO

O Sr. Ministro Joel Ilan Paciornik (Relator): Segundo consta da denúncia, o recorrente era o líder da associação criminal criada para praticar crimes contra o patrimônio da Federação do Comércio de Minas Gerais – Fecomércio, o Serviço Social do Comércio – Sesc e Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial – Senac.

Em razão da excepcionalidade do trancamento da ação penal, tal medida somente se verifica possível quando ficar demonstrado, de plano e sem necessidade de dilação probatória, a total ausência de indícios de autoria e prova da materialidade delitiva, a atipicidade da conduta ou a existência de alguma causa de extinção da punibilidade.

É certa, ainda, a possibilidade de encerramento prematuro da persecução penal nos casos em que a denúncia se mostrar inepta, não atendendo o que dispõe o art. 41 do Código de Processo Penal – CPP, o que, de todo modo, não impede a propositura de nova ação desde que suprida a irregularidade.

*No caso em comento, após análise detida dos autos, e na esteira das conclusões da Corte a quo, tem-se que a denúncia faz a devida qualificação do acusado, descreve de forma suficiente a conduta delituosa perpetrada pelo suposto agente e pelos demais corréus, que, em tese, configuram os crimes de associação criminosa, falsidade ideológica, supressão de documentos e lavagem de dinheiro, e traz diversos elementos probatórios.*

Por oportuno, confirmam-se excertos da denúncia:

Os denunciados, de forma livre e consciente, a partir de 2010 e até a corrente data associaram-se com a finalidade de praticar crimes contra o patrimônio da FECOMÉRCIO/MG (Federação do Comércio de Minas Gerais), SESC/MG Serviço

Social do Comércio) e SENAC/MG (Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial), em proveito próprio e alheio, praticando, ainda, em concurso de pessoas e de crimes, fraude em licitação, lavagem de dinheiro, falsidade ideológica, destruição de documentos úteis para produção de prova em investigação criminal e coagindo testemunhas durante a apuração de ilícitos penais.

*Segundo apurado pelo Ministério Público, a associação criminosa formada pelos denunciados submete-se aos desígnios de **Lázaro Luiz Gonzaga**, atual presidente da FECOMÉRCIO/MG.*

***Lázaro Luiz Gonzaga** foi eleito em 28 de abril de 2010 para a presidência da FECOMÉRCIO/MG, tomando posse efetiva em 11 de agosto de 2010. Durante sua gestão visou ao enriquecimento ilícito próprio e de terceiros, mediante desvio de recursos das entidades integrantes do “Sistema S” e simulação de negócios posteriores, com a finalidade de falsear a origem do dinheiro.*

[...]

*Nessa linha, **Lázaro Luiz Gonzaga** nomeou **Rodrigo Penido Duarte** para o cargo de Diretor Regional do SESC/MG e **Luciano de Assis Fagundes**, para a Diretoria Regional do SENAC/MG, os quais se submeteram à ordens e comandos dados pelo primeiro.*

***Rodrigo Penido Duarte** e **Luciano de Assis Fagundes** atuaram como “braços direitos” de **Lázaro Luiz Gonzaga** e, no exercício de seus cargos de Diretores Regionais, causaram prejuízo financeiro às entidades respectivas (SESC e SENAC), a fim de alimentar financeiramente a organização criminosa.*

*Também no âmbito do Sistema S, **Lázaro Luiz Gonzaga** obteve importante apoio de diretores e conselheiros das entidades integrantes, especialmente **Sebastião Andrade da Silva**, **José Donald Bittencourt Júnior**, **Marcelo Carneiro Árabe** e **Wainer Pastorini Haddad**, que contribuíram para o sucesso das ações lesivas aos interesses estatutários, mediante ações e omissões dolosas, recebendo, em contrapartida, vantagens financeiras.*

***Luiz Gonzaga de Castro Alves**, velho conhecido e amigo de **Lázaro Luiz Gonzaga**, atuou como empresário da organização criminosa, celebrando contratos de compra e venda de obras, produtos e serviços com as entidades. Vários contratos passaram a ser celebrados pelas entidades do Sistema S com empresas ligadas a **Luiz Gonzaga de Castro Alves** e a seus filhos, **Amanda Luiz Paes de Castro Alves Aguiar**, **Eduardo Paes de Castro Alves** e **Bruno Luiz Paes de Castro Alves**.*

*Os produtos, obras e serviços prestados pela empresa **LG Participações e Empreendimentos**, registrada em nome da filha de **Luiz Gonzaga de Castro Alves** e **Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar**, foram entregues para a FECOMÉRCIO, SESC e SENAC a preços superfaturados, para permitir o desvio de recursos das mesmas entidades.*

*Com os pagamentos efetuados por FECOMÉRCIO, SESC e SENAC em favor da empresa **LG Participações e Empreendimentos**, os valores eram imediatamente*

*transferidos para custeio de negócios simulados e fictícios, de modo a lavar o dinheiro desviado ilicitamente.*

*Ainda antes de assumir formalmente a presidência da FECOMERCIO, em agosto de 2010, **Lázaro Luiz Gonzaga** já indicara a empresa **LG Participações e Empreendimentos** para realização de obras de reforma e ampliação das sedes da FECOMÉRCIO e SESC.*

*É importante registrar que a **LG Participações e Empreendimentos**, embora tenha celebrado diversos contratos com a FECOMÉRCIO, SESC e SENAC, com objetos distintos e variados, atualmente é uma empresa desativada, não mantendo sequer seus registros contábeis demonstrando-se inequívoco propósito de apagar as operações mantidas com o SESC, SENAC e FECOMÉRCIO.*

*Também não se conhece qualquer experiência anterior da empresa **LG Participações e Empreendimentos** até ser contratada pela FECOMÉRCIO, SESC e SENAC para prestação de serviços e obras de natureza variada.*

*A escolha da **LG Participações e Empreendimentos** por **Lázaro Luiz Gonzaga** se deu unicamente em razão de sua ligação pessoal com **Luiz Gonzaga de Castro Alves**, pai da sócia **Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar**.*

*Em 15 de junho de 2012, o SESC, na gestão de **Rodrigo Penido Duarte**, por determinação de **Lázaro Luiz Gonzaga**, adquiriu imóvel situado à Rua Viana do Castelo, n. 679 (antigo 779), no Bairro São Francisco, nesta cidade, pelo preço de R\$ 4.125.000,00 (quatro milhões e cento e vinte e cinco mil reais).*

*Conforme exigência normativa interna e do próprio ordenamento jurídico, o SESC solicitou à Caixa Econômica Federal a avaliação prévia do imóvel, a fim de instruir o referido processo de compra. Foi apurado o valor de R\$ 3.550.000,00 (três milhes, quinhentos e cinqüenta e cinco mil reais) e registrada a situação de “baixa liquidez”, a indicar a possibilidade concreta de redução do preço.*

*A Caixa Econômica Federal havia avaliado outro imóvel, situado na mesma Rua Viana do Castelo, n. 753, também de propriedade da empresa **LG Participações e Empreendimentos**, no valor de R\$ 1.625.000,00.*

*Inobstante todos os registros desfavoráveis, **Lázaro Luiz Gonzaga** e **Rodrigo Penido Duarte** decidiram adquirir o imóvel superavaliado.*

*No mesmo período, também foi adquirido imóvel situado na Rua Viana de Carvalho, n. 773, bairro São Francisco, nesta cidade, avaliado pela CEF em R\$ 13.830.000,00, com ressalva a respeito de sua “baixa liquidez”.*

*No mesmo período, também foi adquirido imóvel situado na Rua Viana de Carvalho, n. 773, bairro São Francisco, nesta cidade, avaliado pela CEF em R\$ 13.830.000,00, com ressalva a respeito de sua “baixa liquidez”.*

*Ignorando o laudo de avaliação e a possibilidade real de negociação de preço, **Rodrigo Penido Duarte**, então Diretor e **Lázaro Luiz Gonzaga**, Presidente, definiram a compra do imóvel pelo SESC/MG, no valor de R\$ 27.300.000,00 (vinte e sete milhões e trezentos mil reais).*

É importante destacar que o citado imóvel se encontra em situação irregular, com problemas cartorários e urbanísticos, pendentes de regularização construtiva, sem o “habite-se” e com pendência fiscal, o que levou, inclusive, o Departamento de Engenharia do SESC a contraindicar a aquisição.

Ignorando todas as recomendações, prudência e, especialmente, a honestidade com a gestão de recursos públicos, *Lázaro Luiz Gonzaga* e *Rodrigo Penido Duarte* autorizaram a aquisição do imóvel e o pagamento à vista e imediato à empresa *LG Participações e Empreendimentos*, de propriedade de *Luiz Gonzaga de Castro Alves* e sua filha, *Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar*.

*Também é preciso destacar que os Conselheiros do SESC, que deveriam aprovar as aquisições, assim como o Conselho Nacional do SESC, foram induzidos a erro por Lázaro Luiz Gonzaga, que omitiu deles as informações necessárias para respaldar a compra feita em situação temerária.*

*Para o sucesso de sua empreitada, Lázaro Luiz Gonzaga valeu-se do apoio e da omissão direta e dolosa dos diretores e conselheiros do sistema, também denunciados, Sebastião Andrade da Silva, José Donald Bittencourt Júnior, Marcelo Carneiro Árabe e Wainer Pastorini Haddad.*

Os registros de reuniões e assembléias dos órgãos colegiados internos do SESC foram manipulados e fraudados, para confundir e desinformar os membros, que não tiveram conhecimento da real situação dos bens, dos valores das avaliações prévias e da ausência de estudo econômico-financeiro.

Os membros do conselho e diretoria receberam avaliações produzidas por empresas privadas, as quais superestimaram os preços dos imóveis.

*Lázaro Luiz Gonzaga* e *Rodrigo Penido Duarte* somente buscaram a aprovação do Conselho Regional e Nacional do SESC quase dois anos após a compra dos imóveis.

Para fraudar a regularidade das aquisições *Lázaro Luiz Gonzaga*, *Rodrigo Penido Duarte*, *Luiz Gonzaga de Castro Alves* e *Amanda Luíza Paes de Castro Alves* decidiram lavrar a escritura pública no Cartório de Registro Civil e de Notas de Penedia, distrito de Caeté/MG, onde afirmaram, falsamente, que a empresa *LG Participações e Empreendimentos* se encontrava em situação fiscal regular.

Chegaram, inclusive, a apresentar certidão negativa de débitos previdenciários, a qual não existe na base de dados da Receita Federal.

O Cartório de Penedia veio a sofrer, logo em seqüência, intervenção judicial decretada pelo MM. Juiz de Direito de Caeté/MG, em razão de ausência de arquivamento de documentos e certidões, erros em procedimentos e outros vícios.

A empresa *LG Participações e Empreendimentos*, de *Luiz Gonzaga de Castro Alves* e *Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar* pagou R\$ 7.694,00, em cheque, para *Pedro Henrique Soares de Azevedo*, antigo responsável pelo citado Cartório.

Para o registro do imóvel situado na Rua Viana do Castelo, 779, *Lázaro Luiz Gonzaga* e *Luiz Gonzaga de Castro Alves* atestaram falsamente a existência de certidão negativa de débito. Já para o outro imóvel, situado na Rua Viana do Castelo, 773, *Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar* e *Lázaro Luiz Gonzaga* atestaram falsamente, perante o Cartório, a ausência de certidão negativa de débito.

*É extremamente reveladora a presença de **Lázaro Luiz Gonzaga**, como representante do SESC/MG, na escrituração do negócio junto ao Cartório de Penedia.*

*As fraudes e ilicitudes não se limitaram à prática de falsidades. **Lázaro Luiz Gonzaga** e **Rodrigo Penido Duarte** subtraíram documentos dos processos de compra para enganar membros da diretoria e conselho.*

As avaliações feitas pela Caixa Econômica Federal não foram anexadas aos processos de compra dos imóveis, atendendo aos interesses de *Lázaro Luiz Gonzaga*, *Rodrigo Penido Duarte* e dos conselheiros-diretores *Sebastião Andrade da Silva*, *José Donald Bittencourt Júnior*, *Marcelo Carneiro Árabe* e *Wainer Pastorini Haddad*.

Visando a iludir a MM. Juíza da Vara de Inquéritos, o SESC, por obra de *Lázaro Luiz Gonzaga* e *Rodrigo Penido Duarte*, contratou novos laudos de avaliação junto à Caixa Econômica Federal, em janeiro de 2014, ou seja, quase dois anos após as aquisições.

Os valores de avaliação foram mantidos, assim como as observações sobre a “baixa liquidez” dos imóveis, frustrando a tentativa de acobertar a negociata celebrada com a empresa *LG Participações e Empreendimentos*, de propriedade de *Luiz Gonzaga de Castro Alves* e sua filha, *Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar*,

Em substituição aos laudos oficiais, foram anexados aos processos dois laudos de avaliação elaborados por empresas privadas, os quais não consideraram as limitações urbanísticas, nem as pendências dos imóveis, superestimando os preços de venda.

A empresa *LG Participações e Empreendimentos*, dos parceiros *Luiz Gonzaga de Castro Alves* e *Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar* também foi contratada pelo SESC e FECOMÉRCIO, ou seja, por determinação de *Lázaro Luiz Gonzaga* e *Rodrigo Penido Duarte* para realização de obras de reformas das sedes de ambas as entidades.

Em 11 de outubro de 2012, o SESC/MG, por ato de *Rodrigo Penido Duarte*, subordinado diretamente a *Lázaro Luiz Gonzaga*, realizou dois processos Hcitatótios para contratação de obras de reforma dos 15º, 16º andares e da portaria de seu edifício-sede, no valor de R\$ 1.955.777,41. A única participante dos dois certames foi a empresa *LG Participações e Empreendimentos Ltda.*, de propriedade dos denunciados *Luiz Gonzaga de Castro Alves* e *Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar*.

[...]

Na execução das obras de reforma, percebeu-se que a *LG Participações e Empreendimentos* não possuía responsável técnico, nem pessoal, nem a regularidade de documentação. Entretanto, em que pese a cobrança exercida pelo setor de engenharia da entidade, *Lázaro Luiz Gonzaga* reuniu os funcionários do SESC e informou-lhes que *Luiz Gonzaga de Castro Alves* era seu amigo e que não queria nenhum tipo de problema com ele ou com sua empresa.

O primeiro contrato teve valor inicial de R\$ 1.682.121,00, sendo que, após três meses de seu encerramento, sofreu termo aditivo para inclusão e exclusão de serviços, bem como para prorrogação de prazo de conclusão, alterando o preço para R\$ 1.741.674,42.

O Conselho Fiscal do SESC, em 25/9/2014, em auditoria, constatou a falta de comprovação de prestação de serviços, indícios de super faturamento, falta de cronograma, divergências de quantidade e qualidade, dentre outros, com imenso prejuízo aos cofres da entidade, de caráter privado, mas mantida por recursos públicos.

Em relação à diferença entre quantidade contratada e efetivamente executada, foi constatado prejuízo de R\$ 188.448,41. Quanto a pagamentos realizados sem comprovação, o desvio apurado foi de R\$ 165.320,00. Para a aquisição do sistema de ar-condicionado, houve superfaturamento de R\$ 168,383,98.

A ausência de cronograma físico-financeiro das obras impediu a medição verdadeira dos serviços realizados. A última medição (quarta), ainda assim, validou o pagamento de R\$ 1.020.317,82, sem a indispensável comprovação do que foi efetivamente entregue.

Na composição do BDI, foi pago a mais o valor de R\$ 95.929,71. O valor constatado pelo Tribunal de Contas da União como superfaturado foi no montante de R\$ 1.164.508,10.

No contrato para reforma da portaria, cujo valor original era de R\$ 273.656,41, foram celebrados aditivo, com lapso de mais de três meses após o seu encerramento, para alterar o preço final para R\$ 341.982,33.

Em tal contrato, o Conselho Fiscal constatou divergência de R\$ 21.305,90 entre a quantidade contratada e aquela efetivamente executada. Além disso, foi apurado o pagamento de R\$ 13.924,68 por serviços de Engenheiro Residente e Encarregado Fiscal que não foram prestados.

A falta de cronograma físico-financeiro impediu que a medição final pudesse validar o pagamento no valor de R\$ 251.760,60, referente aos serviços prestados. Já o BDI causou pagamento contratual a maior no mínimo de R\$ 17.887,34.

Nesse segundo contrato, o valor do superfaturamento apurado pelo TCU foi de R\$ 284.942,30.

A empresa **LG Participações e Empreendimentos** não possuía quadro regular de funcionários, tendo subcontratado mão de obra para a execução dos serviços, fato que foi constatado pelo próprio Departamento de Engenharia do SESC. **Lázaro Luiz Gonzaga**, não satisfeito com a fiscalização interna, promoveu a dispensa dos Engenheiros responsáveis e nomeou os denunciados **Marcelo Carneiro Árabe** e **Wainer Pastorini Haddad** como fiscais das obras.

**Marcelo Carneiro Árabe** e **Wainer Pastorini Haddad** atestaram a prestação de serviços e entrega de materiais, que não foram efetivamente prestados ou entregues.

[...]

Ou seja, do total de depósitos considerados entradas de novos recursos na empresa **LG Participações e Empreendimentos**, 92,38% foram depositados por SESC e FECOMÉRCIO.

Trata-se de empresa sem atividade regular, utilizada pelos denunciados para o desvio de recursos do Sistema S.

O valor depositado, fruto de negociações com SESC, SENAC e FECOMÉRCIO, foi rapidamente transferido para beneficiários ou utilizados em falsas transações, com o propósito de tentar legalizar a origem de recursos.

Conforme apontou a perícia, o total de retiradas efetuadas nas contas da **LG Participações Empreendimentos**, no período, foi de R\$ 66.604.184,37, ou seja, todo o dinheiro disponível.

A partir de então, valendo-se da empresa de fachada (atualmente desativada) **LG Participações e Empreendimentos**, os denunciados passaram a fazer uma série de operações financeiras, não documentadas, com o propósito de lavar o dinheiro desviado das entidades.

Registre-se que a empresa **LG Participações e Empreendimentos**, embora fosse de propriedade de **Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar** e **Luiz Gonzaga de Castro Alves**, era utilizada por **Lázaro Luiz Gonzaga** como ponte para o desvio de recursos.

Durante os exercícios de 2012 e 2013, período em que a empresa **LG Participações e Empreendimentos** recebeu repasses diretos de recursos do SESC e FECOMÉRCIO, por determinação de **Lázaro Luiz Gonzaga** e **Rodrigo Penido Duarte**, foram efetuados 53 maiores pagamentos, no valor de R\$ 29.124.784,37.

A empresa, contudo, assim como seus sócios **Amanda Luíza Paes de Castro Alves Aguiar** e **Luiz Gonzaga de Castro Alves**, desapareceu com seu registros de contabilidade, não apresentando os livros contábeis razão e diário, dos exercícios de 2012/2013, e de todos os documentos que lastream os negócios.

A MM. Juíza da Vara de Inquéritos, durante a investigação, determinou a intervenção judicial nas entidades (FECOMÉRCIO, SESC e SENAC), nomeando a empresa **DICTUM Consultoria** para a administração do Sistema. A administradora

judicial, em busca de elementos Comprobatórios junto à empresa *LG Participações e Empreendimentos*, constatou o seguinte quadro: ausência de documentação relativa a movimentação, em caixa, até 31 de dezembro de 2013, de valor superior a vinte milhões de reais, aquisição de bens patrimoniais (imóveis e veículos), sem a respectiva documentação e registro contábil, remessa de valores expressivos para terceiros, esvaziamento de suas operações a partir do ano de 2014, coincidente com o período da intervenção.

Os denunciados se beneficiaram das operações de lavagem de dinheiro para a obtenção de vantagens financeiras indevidas.

No período examinado, jan/2010 a dez/2014, **Sílvia Carolina de Oliveira Gonzaga**, filha de **Lázaro Luiz Gonzaga**, manteve com 6 contas em 2 instituições financeiras, conforme quadro a seguir: [...]

O total de depósitos recebidos, no período, foi de R\$ 555.906,72. Depósitos com origem identificada totalizam R\$ 233.192,89 (41,95%). Depósitos com origem não identificada totalizam R\$ 322.713,83 (58,05%). [...]

Registre-se que *Sílvia Carolina de Oliveira Gonzaga* não prestava serviços para a *LG Participações e Empreendimentos*, embora fosse beneficiária de recursos da empresa. Além disso, foi contratada por Milta Rocha Consultoria, empresa que era prestadora de serviços para a FECOMÉRCIO e SESC, atendendo a pedido formulado por seu próprio pai, *Lázaro Luiz Gonzaga*.

A própria *Sílvia Carolina de Oliveira Gonzaga* foi a origem de 18 depósitos no valor de R\$ 46.300,00 para suas contas. O total de retiradas foi de R\$ 98.738,67. Retiradas com destino identificado totalizam R\$ 56.385,67 (13,07%).

Retiradas com destino não identificado totalizam R\$ 375.068,64 (86,93%).

*Sílvia Carolina de Oliveira Gonzaga*, a partir de novembro de 2013, durante a gestão de seu pai, *Lázaro Luiz Gonzaga* na presidência do Sistema S, abriu empresa de comércio de bebidas alcóolicas, também beneficiária do desvio de recursos.

Os denunciados *Luiz Gonzaga de Castro Alves*, *Amanda Luiza Paes de Castro Alves de Aguiar* e *Bruno Luiz Paes de Castro Alves* receberam da *LG Participações e Empreendimentos - EPP* o valor de R\$ 4.348.745,07, conforme quadro a seguir: [...]

Após intervenção judicial, decretada pela Vara de Inquéritos, realizou-se auditoria nos contratos, constatando-se pagamento a maior no valor de R\$ 112.976,26. Registre-se que a empresa de propriedade de *Eduardo Luiz de Castro Alves* ficou, entre novembro de 2013 a maio de 2014, inadimplente com suas obrigações fiscais e trabalhistas, mas continuou recebendo regularmente do SESC/MG, comandado pelos denunciados *Lázaro Luiz Gonzaga* e *Rodrigo Penido Duarte*. [...]

O total de retiradas foi de R\$ 41.104.035,30. Retiradas com destino identificado totalizam R\$ 12.571.608,30 (30,58%). Retiradas com destino não

identificados totalizam R\$ 28.532.427,30 (69,42%). Os maiores destinatários estão demonstrados no relatório do SIMBA "Investigados - Maiores Credores e Devedores - fls. 9/10", cópia anexa.

Para simular a transferência de recursos, a *LG Participações e Empreendimentos*, representada pelos sócios *Amanda Luiza Paes de Castro Alves Aguiar* e *Luiz Gonzaga de Castro Alves*, celebrou, em 04 de dezembro de 2012, instrumento de aquisição de terreno na região de Venda Nova, às margens da Avenida Cristiano Machado, com *Antônio Prospero Calil*. [...]

A FECOMÉRCIO, presidida por *Lázaro Luiz Gonzaga*, também contratou o escritório "*Aguiar Aguiar Advogados Associados*", de propriedade da denunciada *Amanda Luiza Paes de Castro Alves Aguiar*.

*Luciano Luiz Fagundes*, gestor do SENAC e também braço direito de *Lázaro Luiz Gonzaga*, recebeu pagamentos do SESC e do próprio SENAC, não relacionados salários. Em sua conta bancária, no período, foram depositados R\$ 1.232.326,93 (99,08%). O total de depósitos com origem não identificada foi de R\$ 11.400,00 (0,92%). [...]

No período examinado, jan/2010 a dez/2014, o também denunciado *Álvaro Augusto de Oliveira Gonzaga*, filho de *Lázaro Luiz Gonzaga*, manteve 7 contas em 3 instituições financeiras, conforme quadro a seguir: [...]

O filho de *Lázaro Luiz Gonzaga*, *Álvaro Augusto de Oliveira Gonzaga*, sem lastro de compatibilidade, adquiriu um apartamento, no Edifício "Wings", Tone 1 - Infinity, unidade 1.704, em 24 de outubro de 2013 (fls. 24/48).

Ressalta-se, ainda, que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça – STJ também tem mitigado a exigência de descrição minuciosa de cada ação nos crimes de autoria coletiva, desde que a denúncia não seja demasiadamente genérica. Vejam-se:

Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Crimes Contra a Ordem Econômica. Inépcia da Denúncia. Peça Inaugural que Atende aos Requisitos Legais Exigidos e Descreve Crimes em Tese. Ampla Defesa Garantida. Mácula não Evidenciada.

1. Não pode ser acoiçada de inepta a denúncia formulada em obediência aos requisitos traçados no artigo 41 do Código de Processo Penal, descrevendo perfeitamente as condutas típicas, cuja autoria é atribuída ao recorrente devidamente qualificado, circunstâncias que permitem o exercício da ampla defesa no seio da persecução penal, na qual se observará o devido processo legal.

2. Nos chamados crimes de autoria coletiva, embora a vestibular acusatória não possa ser de todo genérica, é válida quando, apesar de não descrever minuciosamente as atuações individuais dos acusados, demonstra um liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa, estabelecendo a plausibilidade da imputação e possibilitando o exercício da ampla defesa. Precedentes.

3. No caso dos autos, verifica-se que a participação do recorrente na empreitada criminosa foi devidamente explicitada na peça vestibular, tendo o Ministério Público consignado que na qualidade de administrador dos Postos Starcom, Swiss, Star Shopping Auto Posto e Star East Comércio de Combustíveis Ltda., imbuído do ânimo de praticar crime contra o consumidor, alinhou os preços praticados em seus estabelecimentos com os demais postos de combustíveis do Município de Londrina, com a finalidade de provocar a alta dos produtos comercializados, narrativa que lhe permite o exercício da ampla defesa e do contraditório.

[...]

4. Recurso desprovido (RHC 97.036/PR, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, DJe 14/5/2019).

Agravo Regimental no *Habeas Corpus*. Inépcia da Denúncia. Não Ocorrência. Crime de Autoria Coletiva. Mitigação da Obrigatoriedade de Descrição Minuciosa de Cada Ação. Agravo Regimental não Provido.

Em relação a crime de autoria coletiva, a jurisprudência desta Corte Superior aceita como válida a exordial que, apesar de não pormenorizar a conduta de cada acusado, demonstra nexos entre suas ações ou omissões relevantes e o evento criminoso, a fim de estabelecer a plausibilidade da imputação e possibilitar a ampla defesa.

A denúncia não é inepta, pois contém a exposição do fato criminoso, com todas as circunstâncias até então conhecidas, e o liame entre o agir dos recorrentes e os supostos crimes.

Agravo regimental não provido (AgRg no HC 445.005/PE, Rel. Ministro *Rogério Schietti Cruz*, *Sexta Turma*, DJe 14/5/2019).

Penal. Agravo Regimental no Recurso Especial. Crime de Autoria Coletiva. Denúncia Apta. Descrição Pormenorizada da Conduta Desnecessária. Ampla Defesa e Contraditório Garantidos. Agravo Regimental Desprovido.

1. O v. aresto recorrido não destoia da jurisprudência desta Corte, em que nos crimes coletivos não se exige a individualização pormenorizada da conduta do agente, sendo suficiente a descrição do liame entre o seu agir e a suposta prática delituosa. A denúncia ofertada pelo *Parquet* estadual permite o livre exercício do direito de ampla defesa e do contraditório.

2. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.753.389/RO, de minha relatoria, *Quinta Turma*, DJe 22/4/2019).

*Todavia, quanto aos delitos de corrupção passiva, peculato e fraude à licitação, constata-se que a irresignação merece prosperar em parte.*

Com efeito, registra-se que a jurisprudência desta Quinta Turma, na esteira de decisões do Pretório Excelso, entende que não se aplicam aos dirigentes do “Sistema S”, a Lei n. 8.666/1993 (Lei das Licitações) e o capítulo I do Título XI do Código Penal – CP, o qual tipifica os crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral. Nesse sentido, veja-se o seguinte precedente:

Penal e Processo Penal. Recurso em *Habeas Corpus*. 1. Trancamento do Inquérito Policial. Ausência de Justa Causa. 2. Irregularidades em Entidade Paraestatal. Inquérito Requisitado pelo MPF. Ausência de Atribuição. Súmula 516/STF. *Imputação do art. 90 da Lei n. 8.666/1993. Não Submissão do SENAC à Lei de Licitações. Precedentes do STF*. 3. Declínio de Atribuição ao MPE. Possibilidade de outra Tipificação. Art. 312 c/c o art. 327, § 1º, do CP e art. 335 do CP. Não Verificação. 4. Peculato. Crime Contra a Administração Pública. Entidade Paraestatal. Patrimônio e Receita Próprias. Não Preenchimento do Tipo. 5. Fraude de Concorrência. Dúvidas Quanto à sua Revogação pela Lei 8.666/1993. Pena Máxima já Prescrita. 6. Manutenção do Inquérito que se Revela Temerária. Ausência de Justa Causa. 7. Possibilidade de Desarquivamento. art. 18 do CPP e Súmula 524/STF. 8. Recurso Provido, para Trancar o Inquérito Policial.

1. O trancamento da ação penal, bem como do inquérito policial, na via estreita do *habeas corpus*, somente é possível, em caráter excepcional, quando se comprovar, de plano, a inépcia da denúncia, a atipicidade da conduta, a incidência de causa de extinção da punibilidade ou a ausência de indícios de autoria ou de prova da materialidade do delito.

2. A instauração do inquérito policial foi requisitada por autoridade sem atribuição, no caso o Ministério Público Federal, uma vez que o enunciado n. 516/STF dispõe que os serviços sociais autônomos estão sujeitos à jurisdição da justiça estadual. Ademais, visava apurar a prática do crime previsto no art. 90 da Lei n. 8.666/1993, apesar de as entidades paraestatais não se submeterem à referida lei de licitações, nos termos do art. 1º, *caput* e parágrafo único, da mencionada lei. Precedentes do STF.

- Na dicção da Suprema Corte de Justiça (MS 33.442-DF, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 03/04/2018): a) as entidades do Sistema “S” têm natureza privada e não integram a administração pública direta ou indireta, não se submetendo à Lei 8.666/1993; b) as entidades do Sistema S desempenham atividades privadas de interesse coletivo, em regime de colaboração com o poder público, e possuem patrimônio e receitas próprias. São patrocinadas pelo setor produtivo beneficiado e têm autonomia administrativa, embora se submetam ao controle finalístico do TCU. A propósito: ADI 1.864-PR, Rel. designado Min. *Joaquim Barbosa*, DJ de 2/5/2008 e RE 789.874-DF, Rel. Min. *Teori Zavascki*, DJe de 19/11/2014.

3. Posterior declinação de atribuição para o Ministério Público Estadual, com manutenção do inquérito para investigar possível crime de peculato (art. 312 c/c o

art. 327, § 1º, do CP) ou de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência (art. 335 do CP).

4. O art. 312 do CP se insere no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, e as entidades paraestatais não fazem parte da Administração Pública. Ademais, o produto das contribuições, ao ingressar nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público, não havendo se falar em dinheiro público ou particular, mas sim próprio. Precedentes do STF.

- Nesse diapasão, os serviços sociais autônomos do denominado sistema “S”, embora compreendidos na expressão de entidade paraestatal, são pessoas jurídicas de direito privado, definidos como entes de colaboração, mas não integrantes da Administração Pública. (...) Quando o produto das contribuições ingressa nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público. (ACO 1.953 AgR - ES, Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, DJe de 19/02/2014).

5. Boa parte da doutrina entende que o art. 335 do CP foi revogado pela Lei n. 8.666/1993. Ainda que assim não seja, a pena máxima do mencionado crime já se encontra fulminada pela prescrição, o que inviabiliza o prosseguimento das investigações.

6. Embora eventual superfaturamento ou direcionamento de contratações demandem melhor esclarecimento, não podem de plano ensejar a instauração de inquérito policial requisitado por autoridade sem atribuição para investigar e para apurar crime previsto em lei à qual o recorrente não se submete. E mesmo a tentativa de redirecionar os fatos para nova tipificação penal se revelou frustrada, não sendo possível, portanto, manter em trâmite investigação por suposto crime que ainda não se conseguiu especificar.

7. Registre-se que o trancamento não impede que, diante da obtenção de outras provas, sejam realizadas novas pesquisas, nos termos do art. 18 do CPP e do enunciado n. 524/STF.

8. Recurso em *habeas corpus* provido, para trancar o inquérito policial n. 7012011, por ausência de justa causa, sem prejuízo de seu desarquivamento, nos termos do art. 18 do CPP (RHC 90.847/PI, Rel. Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe 18/4/2018).

Por oportuno, confira-se ainda excerto do voto condutor deste julgado, acerca do fato de que os delitos, previstos no Capítulo I do Título XI do Código Penal, não podem ter como agente dirigente do “Sistema S”.

Reitero que o inquérito policial foi instaurado para investigar a suposta prática do crime do art. 90 da Lei n. 8.666/1993, o qual não pode ser imputado ao recorrente, uma vez que o SENAC não se submete à mencionada lei.

Considerou-se, então, a possibilidade de se investigar a prática do crime de peculato, o qual poderia sim, em tese, ser praticado pelo recorrente, uma vez que

o art. 327, § 1º, do Código Penal equipara “a funcionário público quem exerce cargo, emprego ou função em entidade paraestatal”.

Contudo, o art. 312 do Código Penal se insere no capítulo dos crimes contra a Administração Pública, e as entidades paraestatais não fazem parte da Administração Pública. Ademais, o produto das contribuições, ao ingressar nos cofres dos Serviços Sociais Autônomos perde o caráter de recurso público, não havendo se falar em dinheiro público ou particular, mas sim próprio.

*Assim, deve ser reconhecida a atipicidade dos delitos previstos nos arts. 312 e 317 do Código Penal (peculato e corrupção passiva) e 90 da Lei n. 8.666/93 (fraude à licitação).*

*De outra parte, registra-se a impossibilidade de processar o recorrente em relação ao crime previsto no art. 335 do Código Penal, haja vista que esta norma foi revogada pela Lei de Licitação. Por oportuno:*

[...] Estelionato, Receptação, Quadrilha e Fraude ou Impedimento a Concurso. Alegada Atipicidade da Conduta de Vender Questões de Concurso Público. Possibilidade de Enquadramento dos Fatos nos Delitos de Estelionato e Receptação. Impossibilidade de Encerramento Prematuro do Processo Criminal.

1. O caso em exame, em que se apura a suposta venda de questões de concurso público antes da respectiva prova, não guarda semelhança com os precedentes citados na inicial do *mandamus*, notadamente com o Inq 1.145/PB e com o HC 88.967/AC, que versam sobre a denominada “cola eletrônica”.

2. O acusado se defende dos fatos narrados na inicial, e não da capitulação que lhes é dada pelo órgão ministerial, de modo que eventual equívoco no enquadramento jurídico feito pelo Ministério Público Federal não prejudica o paciente, pois, quando da prolação de sentença no feito, poderá ser modificado pelo magistrado singular.

3. *Em que pese não se possa afirmar, em princípio, que se estaria diante do delito previsto no artigo 335 do Código Penal, que pressupõe a existência de concorrência pública, na modalidade de licitação, e que foi revogado pela Lei 8.666/1993, o certo é que a conduta atribuída ao paciente pode se amoldar aos ilícitos previstos nos artigos 171 e 180 do Código Penal.*

4. Não há dúvidas de que a Administração Pública foi prejudicada, na medida em que as provas para o concurso público para o cargo de Agente da Polícia Federal foram comercializadas para diversos candidatos, motivo pelo qual se tem como identificado o titular do bem jurídico lesado pelo suposto crime de estelionato, não se podendo afirmar, sem a necessária incursão no conjunto probatório, que a Administração não teria suportado danos com a conduta imputada ao paciente.

5. Também é certo que o caderno de questões do referido certame foi ilicitamente desviado por servidores públicos que a ele tiveram acesso, e posteriormente repassados a terceiros, como o paciente, que o teriam vendido a candidatos inscritos no concurso, de modo que, numa primeira análise, não há que se falar em inidoneidade do caderno de provas respondido para caracterizar o objeto do crime de receptação.

6. Estando-se diante da suposta prática das infrações penais previstas nos artigos 171 e 180 do Código Penal, inviável se acolher a afirmação de que a imputação relativa ao crime de quadrilha não poderia prosperar.

7. *Habeas corpus* não conhecido (HC 203.945/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 3/2/2014).

Acerca da revogação do art. 335 do Código Penal pela Lei de Licitações, também escreveu Guilherme de Souza Nucci, em seu Código Penal Comentado, 17ª Ed., Ed. Forense, na pág. 1.505:

Revogação desta tipo penal pela Lei 8.666/93: o delito de impedimento, perturbação ou fraude de concorrência foi substituído por lei especial, notadamente pelos seguintes artigos: "Art. 90 ..." "Art. 93 ..." "Art. 95 ..." "Art. 96 ..." "Art. 98 ...".

Ante o exposto, voto no sentido de dar parcial provimento ao recurso ordinário em *habeas corpus* apenas para afastar a condição de servidor público do ora recorrente e, por consequência, trancar a ação penal quanto aos crimes previstos nos arts. 312 e 317 (peculato e corrupção passiva) do Código Penal e 90 da Lei n. 8.666/93 (fraude à licitação), podendo, contudo, as condutas típicas serem enquadradas em outras figuras penais, se for o caso.

---

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA N. 60.575-MG  
(2019/0104976-3)**

---

Relator: Ministro Ribeiro Dantas

Recorrente: Luiz Carlos de Souza Junior (preso)

Advogados: Defensoria Pública do Estado de Minas Gerais

Armando Ferreira - MG000115D

Recorrido: Ministério Público do Estado de Minas Gerais

## EMENTA

Processo Penal. Recurso em Mandado de Segurança. Homicídio Qualificado. Tribunal do Júri. Indeferimento do Pedido de Apresentação do Réu com Roupas Civas em Plenário. Princípio da Plenitude de Defesa. Ausência de Prejuízo ao Processo. Nulidade Acolhida. Recurso Parcialmente Provido.

1. O Tribunal do Júri, juiz natural e soberano para julgar os crimes dolosos contra a vida, é instituição que desempenha papel fundamental na efetividade da justiça e no exercício da sociedade democrática, nos termos preceituados no art. 5º, XXVIII, da Constituição Federal.

2. O Conselho de Sentença, no uso de suas prerrogativas constitucionais, adota o sistema da íntima convicção, no tocante à valoração das provas, de forma que “a decisão do Tribunal do Júri, soberana, é regida pelo princípio da livre convicção, e não pelo art. 93, IX, da CF.” (HC 82.023/RJ, rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, j. 17/11/2009, DJe 7/12/2009).

3. A Carta Magna prevê a plenitude de defesa como marca característica e essencial à própria instituição do Júri, garantindo ao acusado uma atuação defensiva plena e efetiva, ensinando o doutrinador Guilherme de Souza Nucci que “O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Tribunal do Júri. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35).

4. Havendo razoabilidade mínima no pleito da defesa, como se vislumbra do pedido pela apresentação do réu em Plenário com roupas civis, resta eivada de nulidade a decisão que genericamente o indefere.

5. A nulidade não exsurge do simples comparecimento do acusado na Sessão Plenária com as vestimentas usuais dos presos, sendo certo que diariamente julgamentos ocorrem nessa condição.

6. Despontam-se constrangimento ilegal quando, pleiteada a substituição dos trajes, dentro de uma estratégia defensiva traçada, o Juízo, sem pormenores, indefere o pedido, havendo cerceamento da

plenitude de defesa do réu nesse ponto, haja vista não lhe ser proibido buscar a melhor forma, dentre dos parâmetros da razoabilidade, de se apresentar ao júri.

7. Recurso parcialmente provido para cassar a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, na ação penal n. 0518.17.013273-3, de forma permitir ao réu, ora recorrente, usar roupas civis na Sessão do Tribunal do Júri.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar parcial provimento ao recurso em mandado de segurança, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Joel Ilan Paciornik, Jorge Mussi e Reynaldo Soares da Fonseca votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Felix Fischer.

Brasília (DF), 13 de agosto de 2019 (data do julgamento).

Ministro Ribeiro Dantas, Relator

---

DJe 19.8.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas: Trata-se de recurso em mandado de segurança interposto por *Luiz Carlos de Souza Júnior* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Na origem, constata-se que o recorrente é réu na Ação Penal n. 0518.17.013273-3, em trâmite no Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, acusado de ter cometido o crime previsto no art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal.

Após decisão de pronúncia, a defesa peticionou ao Juízo processante a fim de requerer que o réu, preso provisório, pudesse comparecer à sessão do Tribunal do Júri sem algemas e com roupas pessoais.

Quanto às vestimentas, o pleito restou de pronto indeferido, por ausência de previsão legal nesse sentido; no concernente ao uso das algemas, o Juiz

indicou que analisaria a questão no dia do Plenário, a depender da escolta do acusado.

Impetrado mandado de segurança na origem, objetivando a desconstituição do *decisum*, a Corte Estadual denegou o *mandamus*, em acórdão assim ementado:

Mandado de Segurança. Requerimento Defensivo para que o Acusado Utilize Trajes Cíveis em seu Interrogatório Perante do Tribunal do Júri. Ausência de Previsão Legal. Direito Líquido e Certo. Inexistência.

- Inexistindo previsão legal quanto à matéria colocada em debate pela Defesa, não há que se falar em direito líquido e certo e em concessão da segurança pretendida. (e-STJ, fl. 564).

Daí o presente recurso, em que alega o recorrente nulidade da decisão, ao argumento que “(...) o direito à imagem do réu, tutelado pelo art. 5º, inciso X da CF/88, faz-se extremamente aviltado, levando em conta que as vestimentas diárias de recolhimento utilizadas trazem uma inegável associação à violência, à sangue, de maneira a construir uma inevitável imagem negativa do réu perante os jurados. O direito à imparcialidade, nesse sentido, acaba também prejudicado, levando em conta essa primeira e nada neutra concepção acerca do acusado pelo Júri.” (e-STJ, fl. 576).

Sustenta que não há motivos concretos para se negar a utilização de trajes pessoais e o não uso de algemas.

Requer, assim, o provimento do recurso, com a concessão da segurança “de modo a possibilitar o uso de vestimentas pessoais por parte do réu, bem como o não uso das algemas perante o Tribunal do Júri.” (e-STJ, fl. 577).

O Ministério Público Federal opinou pelo não provimento do recurso ordinário.

*É o relatório.*

## VOTO

O Sr. Ministro Ribeiro Dantas (Relator): Consoante relatado, o ponto nodal da presente interposição consiste em verificar se há ilegalidade na decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG que indeferiu o pedido da defesa para que o réu, preso provisório, pudesse comparecer à sessão do Tribunal do Júri sem o uso de algemas e com roupas pessoais.

Por primeiro, quanto ao uso das algemas, registro que a defesa não demonstrou interesse de agir nesse ponto, já que o pleito não foi indeferido pelo Juízo processante, que apenas assinalou a necessidade de decidir sobre questão no dia da Sessão Plenária, com a prévia consulta da escolta do acusado.

Passa-se então à análise do pedido de fato indeferido, acerca do uso das vestimentas próprias, em substituição ao uniforme do presídio.

A Corte Mineira, ao apreciar o *mandamus* originário, denegou a segurança nos seguintes termos:

No caso dos autos, cuida-se de ação mandamental intentada pela Defesa contra ato do MM. Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca de Poços de Caldas, que indeferiu o pedido formulado para que o acusado utilizasse de roupas pessoais quando da Sessão do Tribunal do Júri, bem como deixou para analisar o pleito de não utilização de algemas quando da realização da referida audiência.

*Data venia*, analisando detidamente os autos, verifico não estarem presentes os requisitos para a concessão da segurança.

Inicialmente, quanto a não utilização de algemas durante a Sessão do Tribunal do Júri, destaco que a d. autoridade ora apontada coatora não indeferiu o pedido formulado pela defesa, determinando tão somente, que sua análise fosse feita quando da Sessão:

(...).

Noutro giro, tenho não logrou a Defesa demonstrar a existência de direito líquido e certo a amparar a pretensão deduzida na inicial.

Isto porque, não há dispositivo legal que regulamente especificamente a questão da vestimenta a ser utilizada pelo acusado - que se encontra acautelado provisoriamente - durante a audiência perante o Tribunal do Júri.

Ainda que assim não fosse, o indeferimento do pedido encontra-se devidamente fundamentado pelo d. magistrado, a saber:

“C..) Quanto ao pedido de utilização de roupas pessoais quando da Sessão do Tribunal do Júri, hei por bem *indeferir*, eis que já ocorreu nesta comarca de familiares tentarem repassar drogas em costura de fundo falso junto à roupa, sendo certo que no Tribunal do Júri desta comarca não há aparatos necessários para realização da revista.” (f. 13). Assim, inexistindo previsão legal, não há como conceder a segurança pretendida.

Com essas considerações, ausente direito líquido e certo passível de justificar a concessão do *mandamus*, *denego a segurança*.

Sem custas.

É como voto. (e-STJ, fls. 566-567).

Sabe-se que o Tribunal do Júri, juiz natural e soberano para julgar os crimes dolosos contra a vida, é instituição que desempenha papel fundamental na efetividade da justiça e no exercício da sociedade democrática, nos termos preceituados no art. 5º, XXVIII, da Constituição Federal.

Não é menos verdade também que o Conselho de Sentença, no uso de suas prerrogativas constitucionais, adota o sistema da íntima convicção, no tocante à valoração das provas, de forma que “a decisão do Tribunal do Júri, soberana, é regida pelo princípio da livre convicção, e não pelo art. 93, IX, da CF.” (HC 82.023/RJ, rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, *Quinta Turma*, j. 17/11/2009, DJ de 7/12/2009).

Em suma, em Plenário, “o juiz julga de acordo com seu convencimento pessoal, mas não precisa motivá-lo ou justificar o julgado, podendo levar em conta inclusive provas que não constam no processo, ou seja, trata-se de método muito distinto do livre convencimento motivado.” (BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Direito processual penal: Tomo I*. Rio de Janeiro: Elsevier. 2008. p. 208-209).

Nessa senda, ainda que dotado de legitimidade, não é demais se imaginar que possa ocorrer, nas palavras de Aury Lopes Jr., “um julgamento pela ‘cara’, cor, opção sexual, religião, posição socioeconômica, aparência física, postura do réu durante o julgamento ou mesmo antes do julgamento, enfim, é imensurável o campo sobre o qual pode recair o juízo de (des)valor que o jurado faz em relação ao réu”. (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. Vol. II. 7ª edição. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 308).

Não por acaso, no contrabalanço exigido pela situação, a Carta Magna prevê, em seu art. 5º, XXXVIII, ‘a’, a plenitude de defesa como marca característica e essencial à própria instituição do Júri, garantindo ao acusado uma atuação defensiva plena e efetiva, com os meios e recursos a ela inerentes (art. 5º, LV).

Conforme ensinamento de Guilherme de Souza Nucci: “O que se busca aos acusados em geral é a mais aberta possibilidade de defesa, valendo-se dos instrumentos e recursos previstos em lei e evitando-se qualquer forma de cerceamento. Aos réus, no Tribunal do Júri, quer-se a defesa perfeita, dentro, obviamente, das limitações naturais dos seres humanos.” (NUCCI, Guilherme de Souza. *Tribunal do Júri*. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. p. 35).

Segue o autor: “Enquanto aos réus em processos criminais comuns assegura-se a *ampla defesa*, aos acusados julgados pelo Tribunal do Júri garante-

se a *plenitude de defesa*. Os vocábulos são diversos também em seu sentido. *Amplio* quer dizer vasto, largo, muito grande, rico abundante copioso; *pleno* significa repleto, completo, absoluto, cabal, perfeito. O segundo é, evidentemente, mais forte que o primeiro.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 7)

A propósito da garantia assegurada de plenitude de defesa aos acusados julgados pelo Tribunal do Júri, confirmam-se:

Processual Penal. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus*. Homicídio Qualificado. Tribunal do Júri. Julgamento em Plenário. Defensor Dativo. Sustentação Oral de Nove Minutos. Réu Indefeso. Nulidade Absoluta. Reconhecimento. Anulação do Processo.

I - A Constituição Federal assegura, no art. 5º, inciso XXXVIII, alínea a, nos julgamentos realizados pelo Tribunal do Júri, a plenitude de defesa. A preocupação do constituinte foi corroborada pelo CPP, mediante a previsão de regra que determina a dissolução do Conselho de Sentença na hipótese do Juiz Presidente verificar que o acusado está indefeso.

II - No caso concreto, além do advogado dativo ter utilizado somente nove minutos para a sustentação oral, não fez menção à tese da legítima defesa invocada pelo réu em seu interrogatório e que foi, de certa forma, encampada por testemunha presencial dos fatos durante o juízo de acusação. Limitou-se o casuístico a pugnar pelo afastamento das qualificadoras.

III - Além disso, dispensou a oitiva de referida testemunha faltante em plenário, prejudicando inequivocamente a defesa do réu.

IV - Portanto, referidas circunstâncias indicam a ausência de defesa técnica, suficientes para justificar a aplicação da primeira parte da Súmula 523/STF e, por conseguinte, a anulação do julgamento.

Recurso ordinário provido.

(RHC 51.118/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 11/06/2015, DJe 04/09/2015, com grifos).

Tentativa de Homicídio Qualificado. Alegações Finais. Ausência. Falta de Defesa Técnica. Caracterização. Nulidade. Ocorrência. Ordem Concedida de Ofício.

1. A garantia constitucional à ampla defesa nos processos judiciais, prevista no artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal, engloba a autodefesa, exercida pelo próprio acusado, e a defesa técnica, a qual deve ser plena e efetiva, sob pena de ofensa ao aludido preceito. No caso do procedimento do Tribunal do Júri, o direito à defesa ganha destaque até mesmo pela Carta Política, na qual se assegura aos acusados pela prática de crimes dolosos contra a vida a plenitude de defesa (artigo 5º, inciso XXXVIII, alínea “a”).

2. Embora haja entendimentos doutrinários e jurisprudenciais em sentido contrário, a falta de apresentação de alegações finais, ainda que se trate do procedimento do Tribunal do Júri, certamente não se coaduna com a aludida garantia constitucional, já que esta é a oportunidade colocada à disposição da defesa para que possa arguir teses defensivas capazes de, inclusive, evitar a submissão do acusado a julgamento pelos seus pares, exurgindo, daí, a sua imprescindibilidade.

3. Na hipótese em apreço o não oferecimento de alegações finais não decorreu de estratégia defensiva, mas sim da inércia da advogada contratada pelo paciente que, embora notificada, deixou de se manifestar nos autos.

4. *Habeas corpus* não conhecido. Ordem concedida de ofício para anular a decisão de pronúncia, reabrindo-se prazo para a Defensoria Pública apresentar alegações finais em favor do paciente.

(HC 237.578/BA, Rel. Ministro *Jorge Mussi*, *Quinta Turma*, julgado em 18/12/2012, DJe 01/02/2013, com grifos).

Ainda, com relação aos ditames constitucionais, o Código de Processo Penal, com as alterações promovidas pela Lei n. 11.689/2008, tratou de estabelecer mecanismos aptos a preservar a imparcialidade dos jurados, notadamente prevista no art. 472 do CPP, e a incomunicabilidade (art. 466, § 2º, do CPP).

Medidas essas que buscam concretizar, ao final, os “princípios mais relevantes para a garantia dos direitos humanos fundamentais: a dignidade da pessoa humana e devido processo legal.” (NUCCI, Guilherme de Souza. Código de Processo Penal Comentado. 18. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019. p. 3).

Na ordem jurídica inaugurada pela Constituição Federal de 1988, o devido processo legal (art. 5º, LVII) desponta como garantia à realização concreta da dignidade da pessoa humana (ar. 5º, III) submetida a um processo penal, no qual se objetiva a responsabilização por conduta penalmente imputável.

Nos autos do HC 116.148/BA, o em. Ministro *Jorge Mussi* teceu ponderações proeminentes acerca da observância do devido processo legal e do direito à defesa (ampla ou plena), e sua íntima conexão à concretude da dignidade da pessoa humana, extremamente relevante ao tema que ora se aprecia na presente impetração:

... a República Federativa do Brasil possui fundamento existencial na própria realização do homem; não é, assim, um fim em si mesmo; é a concepção

adequada à nossa época e pensamento para a realização do referido ideal de vida em sociedade.

Logo, a Constituição Federal/88 alinhou elementos imprescindíveis para que o homem realizasse, por meio da autodeterminação, num contexto de “ser-no-mundo-com-o-outro”, o seu próprio destino em busca da felicidade individual e harmonia social.

Estabelecida como núcleo dos direitos fundamentais, atributo que é próprio da pessoa humana, a dignidade (art. 1º, III, da CF) é respaldada pela essência que aflora da liberdade, da igualdade, do respeito à vida e da observância de outros tantos direitos humanos assegurados seja pela Carta Magna de 1988, pela Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1948, pelo Pacto de São José da Costa Rica ou outros tratados internacionais que integram o ordenamento jurídico brasileiro.

Cuidou, ademais, a Carta Republicana de assegurar tais direitos por meio de instrumentos de resguardo à ameaça ou lesão direta ou indireta à dignidade da pessoa humana. Assim, os direitos e garantias fundamentais, contemplados na dimensão objetiva, consistem em norte para atuação valorativa do Estado na realização do bem comum. Já na dimensão subjetiva, permitem ao indivíduo se sobrepor a uma eventual arbitrariedade estatal.

Nesse sentido, tem o Estado o dever de tutela dos indivíduos frente ao próprio poder estatal (eficácia vertical), bem como em face da própria sociedade, justificando a eficácia horizontal dos direitos humanos nas relações particulares.

Por outro lado, não há olvidar que os direitos e garantias fundamentais, por possuírem característica essencial, não podem servir de esteio para impunidade de condutas ilícitas, razão por que “o devido processo legal, amparado pelos princípios da ampla defesa e do contraditório, é corolário do Estado Democrático de Direito e da dignidade da pessoa humana, pois permite o legítimo exercício da persecução penal e eventualmente a imposição de uma justa pena em face do decreto condenatório proferido. Dessa forma, compete aos operadores do direito, no exercício das atribuições e/ou competência conferida, o dever de consagrar em cada ato processual os princípios basilares que permitem a conclusão justa e legítima de um processo, ainda que para condenar o réu” (HC 91.474/RJ, Rel. Ministro *Arnaldo Esteves Lima*, Quinta Turma, julgado em 23-2-10, DJe 2-8-10).

Segue o aclamado Ministro Relator, nos mesmos autos:

Portanto, na concepção pós-positivista, não há tutela jurisdicional despida de viés principiológico, que justifique e respalde a função desempenhada pelo magistrado. Isto é, a interferência estatal na vida do homem é possível e legítima desde que, nas hipóteses legalmente previstas, efetivem valores e fundamentos éticos que impliquem a realização do justo, do bem comum.

É dizer, não é suficiente que a atuação jurisdicional esteja em conformidade com a lei; é imprescindível que seja ela materializada a partir da consecução dos valores traduzidos em princípios que, na atualidade, robustecem a força normativa de nossa Constituição.

Os princípios, portanto, como vetores de interpretação, fundamentam e legitimam a ordem jurídica, na medida em que revelam normas que não são expressas e corporificam valores que realçam a dignidade da pessoa humana como escopo a ser perseguido, uma vez que, reitere-se, núcleo dos direitos fundamentais, objetivo primaz de todo Estado Democrático de Direito.

Daí considerar, em especial para o caso em comento, os princípios do devido processo legal, da não culpabilidade, da liberdade, do *in dubio pro reo*, e da segurança jurídica, seja em sua faceta material ou mesmo formal.

Entende-se, pois, que a responsabilização penal, hígida, é o resultado senão da observância das garantias de magnitude constitucional, que conferem legitimidade a eventual decreto condenatório, sobretudo quando calcado por todas as particularidades já assinaladas quanto ao Tribunal do Júri.

Dessa forma, perpassando todo diálogo constitucional, com as normas processuais erigidas, tratando-se de pedidos do interesse do réu, máxime aqueles que visam assegurar o direito à imparcialidade dos jurados, dentro do contexto inerente ao Conselho de Sentença, as decisões do Juiz Presidente do Júri devem ser dotadas de maior preciosidade, em especial as que, em tese, possam tolhir qualquer estratégia defensiva, abarcando a tática de apresentação do acusado aos jurados.

Confira-se, nessa concepção, trecho extraído de um dos precedentes representativos que ensejaram a edição da Súmula Vinculante 11:

Em primeiro lugar, levem em conta o princípio da não culpabilidade. É certo que foi submetida ao veredicto dos jurados pessoa acusada da prática de crime doloso contra a vida, mas que merecia tratamento devido aos humanos, aos que vivem em um Estado Democrático de Direito. (...) Ora, estes preceitos — a configurarem garantias dos brasileiros e dos estrangeiros residentes no País — repousam no inafastável tratamento humanitário do cidadão, na necessidade de lhe ser preservada a dignidade. *Manter o acusado em audiência, com algema, sem que demonstrada, ante práticas anteriores, a periculosidade, significa colocar a defesa, antecipadamente, em patamar inferior, não bastasse a situação de todo degradante. O julgamento no Júri é procedido por pessoas leigas, que tiram as mais variadas ilações do quadro verificado. A permanência do réu algemado indica, à primeira visão, cuidar-se de criminoso da mais alta periculosidade, desequilibrando o julgamento a ocorrer, ficando os jurados sugestionados.* (HC 91.952, rel. Ministro Marco Aurélio, Tribunal Pleno, j. 7/8/2008, DJE de 19/12/2008, grifou-se).

Alusiva às determinações que possam prejudicar o réu, tem-se a vedação contida no art. 478, I, do CPP, segundo a qual “as partes não poderão, sob pena de nulidade, fazer referência à decisão de pronúncia, às decisões posteriores que julgaram admissível a acusação ou à determinação de uso de algemas como argumento de autoridade que beneficiem ou prejudiquem o acusado.”

*Mutatis mutandis*, a par das algemas, tem-se nos uniformes prisionais outro símbolo da massa encarcerada brasileira, sendo, assim, plausível a preocupação da defesa com as possíveis pré-concepções que a imagem do réu, com as vestes do presídio, possa causar ao ânimo dos jurados leigos. Como ressaltado pela defesa, “as vestimentas diárias de recolhimento utilizadas trazem uma inegável associação à violência, à sangue, de maneira a construir uma inevitável imagem negativa do réu perante os jurados.” (e-STJ, fl. 576).

Mais especificamente quanto ao uso de vestimentas próprias pelos presos fora do estabelecimento prisional, destaco que há uma orientação prevista nas “Regras Mínimas para o Tratamento de Presos”, ou apenas “Regras de Mandela”, adotadas pelo Primeiro Congresso das Nações Unidas sobre a Prevenção do Crime e o Tratamento dos Delinquentes, realizado em Genebra em 1955, e aprovadas pelo Conselho Econômico e Social das Nações Unidas através das suas resoluções 663 C (XXIV), de 31 de Julho de 1957 e 2076 (LXII), de 13 de Maio de 1977, Resolução 663 C (XXIV) do Conselho Econômico e Social.

Em sua Regra 19.3, dispõe:

3. Em circunstâncias excepcionais, sempre que um preso se afastar do estabelecimento prisional, por motivo autorizado, deverá ter permissão de usar suas próprias roupas ou outra que seja discreta.

Inclusive, o Conselho Nacional de Justiça apregoa que tais regras podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da Justiça Criminal, consoante orientação traçada pelo então Presidente do CNJ, Ministro Ricardo Lewandowski, em 2016:

(...). A atualização das Regras Mínimas fornece-nos orientações atualizadas e muito mais precisas, com instruções exatas para enfrentar a negligência estatal, prestigiando a dignidade daqueles em situação de privação de liberdade para devolver-lhes a essência de seres humanos que são e, bem por isso, obrigam sejam respeitados, proteção contra qualquer espécie de tratamento ou castigo degradante ou desumano, acomodações razoáveis para pessoas com deficiências físicas e mentais, entre outras orientações.

Apesar de o Governo Brasileiro ter participado ativamente das negociações para a elaboração das Regras Mínimas e sua aprovação na Assembleia Geral das Nações Unidas, em 2015, até o momento não está essa normativa repercutida em políticas públicas no país, sinalizando o quanto carece de fomento em nosso país a valorização das normas de direito internacional dos direitos humanos.

As Regras de Mandela podem e devem ser utilizadas como instrumentos a serviço da jurisdição e têm aptidão para transformarem o paradigma de encarceramento praticado pela justiça brasileira.

Essa é a razão que legitima e estimula o Conselho Nacional de Justiça, com o mesmo protagonismo que norteou a oficialização e divulgação das Regras de Bangkok, e como segunda ação da *Série Tratados Internacionais de Direitos Humanos*, a também dar publicidade a essa normativa tão relevante, agora traduzida para o português, permitindo que ela amplie a repercussão entre os diversos atores estatais e da sociedade civil e fortaleça o primado dos direitos humanos na situação de privação de liberdade. (Conselho Nacional de Justiça – 1. Ed – Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2016 - extraído: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf>).

Nesse sentido, é possível concluir que, havendo razoabilidade mínima no pleito da defesa, como se vislumbra do pedido pela apresentação do réu em Plenário com roupas civis, resta eivada de inidoneidade a decisão que genericamente o indefere.

Em atenção, diga-se que a nulidade não exsurge do simples comparecimento do acusado na Sessão Plenária com as vestimentas usuais dos presos, sendo certo que diariamente julgamentos ocorrem nessa condição.

Por outro lado, desponta-se constrangimento ilegal quando, pleiteada a substituição dos trajés, dentro de uma estratégia defensiva traçada, o Juízo, sem pormenores, indefere o pedido, havendo cerceamento da plenitude de defesa do réu nesse ponto, haja vista não lhe ser proibido buscar a melhor forma, dentre dos parâmetros da razoabilidade, de se apresentar ao Júri.

Ressalta-se que a pretensão em absolutamente nada interfere o desenvolvimento regular do rito, não trazendo qualquer prejuízo ao processo. Por certo que à defesa pode conferir uma garantia de “neutra concepção acerca do acusado pelo Júri.” (e-STJ, fl. 576), em exaltação da presunção de inocência ou não culpabilidade, estampada no art. 5<sup>a</sup>, LVII, da CF.

Desse modo, evidencio ilegalidade apta a conferir o provimento do recurso, a fim de cassar a decisão que indeferiu genericamente a possibilidade de o réu se apresentar com roupas civis à Sessão do Tribunal do Júri.

Ante o exposto, *dou parcial provimento* ao recurso para cassar a decisão do Juízo da 1ª Vara Criminal de Poços de Caldas/MG, na Ação Penal n. 0518.17.013273-3, de forma permitir ao réu, ora recorrente, usar roupas civis na Sessão do Tribunal do Júri, restando desde já garantido ao Magistrado que determine a revista prévia do acusado por qualquer agente policial habilitado e presente no momento.

É como voto.



---

**Sexta Turma**



---

**AGRAVO REGIMENTAL EM PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA N.  
2.183 - GO (2019/0184963-8)**

---

Relator: Ministro Sebastião Reis Júnior  
Agravante: Quinta Empreendimentos Imobiliarios SPE Ltda  
Advogados: Marco Antônio Mundim - DF000941  
                  Carlos Augusto Sobral Rolemberg - DF008282  
Advogados: Arlete Torres - DF009101  
                  Livia Maria Gomes - DF009432  
                  Jeferson Roberto Disconsi de Sá - GO015154  
                  Adriano Ferreira Guimarães - GO014853  
                  Paulo Roberto Saraiva da Costa Leite - DF003333  
                  Ronei Ribeiro dos Santos - DF018118  
                  Simone Silveira Santos - GO034045  
                  Taissa Tormin Mundim - RJ088914  
Agravado: Ministério Público do Estado de Goiás  
Procurador: Marcelo de Freitas - SP0202148

---

**EMENTA**

Agravo Regimental em Pedido de Tutela Provisória de Urgência. Recurso Especial Tempestivo. Ajuizamento de Medida Cautelar Inominada. Incidência das Normas de Processo Civil. Processamento, na Origem, que Seguiu o Rito dos Procedimentos Cíveis, com Colaboração Efetiva do Agravante e da Serventia Judicial. Incidência do Princípio da Boa Fé Objetiva. *Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium*. Controvérsia que, a despeito de ter Sido Debatida em Órgão Julgador Cível, Ostenta Natureza Penal. Competência da Terceira Seção Desta Corte. Pressupostos para o Deferimento do Pedido Verificados. Manutenção da Decisão Agravada.

1. O ajuizamento de medida cautelar inominada, ainda que com o propósito de suspender cautelar criminal, atrai a aplicação das regras de direito processual civil, inclusive a que prevê prazo em dobro para o Ministério Público, ante a inexistência de dispositivo no Código de Processo Penal regulando a matéria.

2. Se todo o processamento do feito, na origem, seguiu o rito dos procedimentos cíveis – embora a matéria de fundo tenha índole penal – tendo o agravante, inclusive, colaborado e laborado nesse sentido, com a participação efetiva da serventia (certificando a tempestividade do recurso), eventual conclusão pela intempestividade do recurso especial interposto pelo Ministério Público local (ao fundamento de que o prazo recursal é de natureza penal) vulneraria o princípio da boa-fé objetiva (art. 5º do CPC), aplicável a todos os sujeitos processuais, materializado no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*.

3. O prazo recursal, enquanto o feito tramitou na origem, deve ser considerado como de índole cível, circunstância que firma a tempestividade do recurso especial, notadamente porque o órgão ministerial, além de ter interposto o recurso no prazo de 30 dias (15 dias contados em dobro), logrou demonstrar a suspensão do prazo recursal no período compreendido entre 17 e 19/4/2019, mediante petição protocolizada em data anterior ao recurso.

4. Não há vício na distribuição do pedido de tutela provisória no âmbito da Terceira Seção desta Corte, pois, se os acórdãos impugnados mantiveram decisão monocrática que suspendeu os efeitos de decisão cautelar criminal, a controvérsia é eminentemente penal.

5. A concessão de efeito suspensivo a recurso exige a presença, concomitante, de elementos que evidenciem a probabilidade de êxito do recurso interposto (*fumus boni juris*) e a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente de eventual demora na solução da causa (*periculum in mora*).

6. No caso, há risco de dano irreparável ao bem jurídico tutelado pela norma penal (arts. 38, *caput*, e 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998), evidenciado por meio das circunstâncias referenciadas pelo Magistrado, notadamente a supressão de APP e a destruição de nascentes causadas pelo empreendimento.

7. Também há probabilidade de êxito do recurso especial, pois há indícios de omissão reiterada no julgamento efetivado na Corte de origem (violação do art. 1.022 do CPC), circunstância que, caso reconhecida no julgamento do recurso especial, viabilizará o exame

do recurso no que se refere à tese principal (violação dos arts. 42, 43 e 62, todos do CPC, e do art. 282 do CPP) – na forma do art. 1.025 do Código de Processo Civil (prequestionamento ficto) – que, do mesmo modo, também ostenta possibilidade de êxito, ante os elementos dos autos que dão conta, em princípio, de que a Corte de origem tratou de questão penal como se cível fosse.

8. Agravo regimental improvido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz, Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 03 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Sebastião Reis Júnior, Relator

---

DJe: 12.9.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior: O Ministério Público de Goiás formulou pedido de tutela provisória de urgência com o propósito de conferir efeito suspensivo ativo ao recurso especial interposto contra os acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça de Goiás no julgamento do Agravo Interno na Cautelar Inominada n. 5457074.06.2018.8.09.0000 e nos Embargos de Declaração no Agravo Interno na Cautelar Inominada n. 5457074.06.2018.8.09.0000.

Consta dos autos que, em sede de ação popular, foi exarada decisão judicial, no ano de 2016, determinando a imediata paralisação das obras do empreendimento denominado *Eco Resort Quinta Santa Bárbara*, em um terreno situado no centro da cidade de Pirenópolis/GO.

A Corte *a quo*, no entanto, determinou a retomada da obra em acórdão, de natureza cível, exarado no julgamento do Agravo de Instrumento n. 5194568.46.2016.8.09.0000 (fls. 75/79).

No ano de 2018, o Ministério Público de Goiás, vislumbrando a prática de crimes ambientais na edificação, ofereceu denúncia em desfavor da empresa e de seu representante legal, Josemar Borges Jordão, pela suposta prática dos crimes tipificados nos arts. 38, *caput*, e 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998, e art. 15, *caput*, da Lei n. 6.938/1981.

Na mesma data, ajuizou, na Vara Criminal de Pirenópolis/GO, medida cautelar incidental, objetivando a paralisação das obras até que houvesse, por parte da empresa, a readequação do projeto com a não ocupação de áreas de preservação permanente, pedido esse deferido pelo Magistrado, que determinou a suspensão das atividades de construção, com fundamento nos arts. 282, I, e 319, VI, ambos do Código de Processo Penal (fls. 801/810).

Eis o dispositivo da decisão (fl. 809):

[...]

Dado o exposto, *nos termos do artigo 282, I e artigo 319, VI, do Código de Processo Penal*, **DEFIRO O PEDIDO** formulado pelo Ministério Público do Estado de Goiás e **DETERMINO A IMEDIATA SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES** de construção do empreendimento **"ECO RESORT QUINTA SANTA BÁRBARA** em execução pela requerida **Quinta Empreendimentos Imobiliários SPE LTDA**, que tem como representante legal **Josemar Borges Brandão**, até a readequação do projeto a fim de evitar a reiteração de crimes.

[...]

Inconformada com a decisão, a empresa impetrou mandado de segurança, sendo a ação mandamental autuada sob o n. 5389310.03.2018.8.09.0000 e distribuída para a Primeira Seção Criminal do Tribunal de Justiça de Goiás.

Na sequência, pugnou-se pela redistribuição da ação mandamental à Seção Cível, pedido esse rechaçado pelo Desembargador Relator que, em decisão liminar, firmou a natureza penal da medida cautelar.

Foi interposto recurso contra a decisão, que não foi julgado, ante a homologação do pedido de desistência veiculado na ação mandamental.

A empresa, então, ajuizou medida cautelar inominada, de natureza cível, distribuída por prevenção ao Agravo de Instrumento n. 5194568.46.2016.8.09.0000, sendo tal processo autuado na forma da Medida Cautelar n. 5457074.06.2018.8.09.0000.

Em decisão monocrática, o Relator deferiu a liminar para suspender os efeitos da decisão proferida na Cautelar Inominada Criminal n. 201800930512, autorizando, por consequência, a retomada das obras.

Eis o fundamento da decisão (fl. 679):

[...]

*In casu*, trata-se de tutela provisória de urgência cautelar em caráter conservativo.

O artigo 300 do CPC estabelece que a tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo.

Sabe-se, outrossim, que o deferimento da medida ocorre para evitar um dano irreparável ou de difícil reparação, ou seja, há a necessidade de que haja uma situação de perigo, de emergência.

No caso dos autos, verifica-se que a parte autora visa preservar a decisão emanada deste Tribunal de Justiça, por meio do acórdão proferido no Agravo de Instrumento n. 5194568.46.2016.8.09.0000 (por dependência), no qual foi determinada a retomada das obras do empreendimento requerente.

Nesse toar, importante pontuar que a presente medida se faz cabível tendo em vista a possível afronta do ato judicial a uma decisão emanada desta Corte.

Sob esse enfoque, em análise superficial do feito, verifica-se que a probabilidade do direito emana de uma decisão já proferida por este Tribunal de Justiça, na qual determinou a retomada das obras do empreendimento. Noutro giro, patente o risco de dano grave ou de difícil reparação a ensejar a concessão da liminar, eis que a construção está em estado avançado, com contratos de serviços a serem executados e vários outros compromissos assumidos em função das obras.

Ao teor do exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos da decisão proferida na Cautelar Inominada Criminal n. 201800930512 e, de consequência, autorizar a retomada das obras do empreendimento requerente.

[...]

O referido *decisum* foi impugnado mediante a interposição de agravo interno, desprovido pela Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça de Goiás, ao seguinte fundamento (fl. 909):

[...]

De pronto, atesto a inexistência de motivos para reconsiderar e/ou alterar a decisão censurada.

Com efeito, os fundamentos embasadores do inconformismo da parte recorrente não possuem força satisfativa para agasalhar a sua pretensão em alterar a decisão preliminar que determinou a continuidade de todos os procedimentos atinentes à construção do resort informado nos autos.

Registre-se que o empreendimento está sendo construído conforme licenças ambientais e alvará de construção.

Ademais, o mérito recursal será discutido em momento oportuno, após formação do contraditório.

Ressalte-se que a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de afirmar que para eventual reconsideração da decisão atacada faz-se mister a superveniência de fatos novos (TJGO, Agl n. 242516-11.2012.8.09.0000, Rel. Des. Jeová Sardinha de Moraes, 6ª Câmara Cível, DJe 1119 de 08/08/2012; TJGO, Agl n. 210098-20.2012.8.09.0000, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira, 2ª Câmara Cível, DJe 1119 de 08/08/2012).

Neste contexto, estou convicto do acerto do decisum atacado, estando ele fundamentado e em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ao teor do exposto, conheço do agravo interno e nego provimento para manter a decisão preliminar proferida nos autos, que determinou o normal prosseguimento da obra de construção do resort informado nos autos, motivo pelo qual submeto seu exame ao crivo dos ilustres Desembargadores componentes desta Câmara.

[...]

Ao aresto sobreveio a oposição de aclaratórios, os quais foram rejeitados, aos seguintes fundamentos (fls. 1.013/1.015):

[...]

Nesse linear, urge pontuar ao embargante que os embargos declaratórios encontram limites na norma estabelecida no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III – corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Sob esse enfoque, ao contrário do sustentado pelo recorrente, nenhuma omissão, obscuridade ou contradição há no acórdão impugnado.

Segundo se constata do articulado, o embargante pretende, a toda evidência, rediscutir a matéria por conta de puro inconformismo com o teor da decisão, o que deverá ser arguido, se assim for de seus interesse, por meio do adequado instrumento recursal.

É que o decisório hostilizado, nesse exato sentido, equacionou perfeitamente a lide por meio da aplicação das adequadas regras jurídicas à espécie, com lastro, como se desse da atenta análise dos termos em que vazado o acórdão, em aprofundado exame das questões submetidas ao conhecimento deste Órgão Julgador.

Assim, resta evidente que a parte embargante, utilizando-se desse limitado expediente integrativo, manifesta deliberada pretensão de rediscutir a matéria já apreciada e decidida no momento processual oportuno, o que, em atenção às características desse instituto aclaratório, escapa aos fins a que se destina.

Conclui-se, pois, que a estreita via dos embargos declaratórios não se compraz com o equivocado intuito de se querer, com fins infringentes, rediscutir matérias em cujos pontos o aresto não foi favorável à parte embargante.

Colaciono, por oportuno, o seguinte precedente deste Tribunal, in verbis:

[...]

Com efeito, os embargos de declaração não se prestam a forçar o Poder Judiciário a discorrer, como se órgão consultivo fosse, sobre todos os artigos de lei relacionados à matéria, tão só para que possa interpor recursos extraordinário ou especial nos tribunais superiores, cediço que “O Poder Judiciário não é órgão consultivo, não tendo este eg. Tribunal o dever de rebater, uma a uma, todas as pretensas violações à lei federal sustentadas pelas partes, em que teria incorrido a Corte a quo, sendo o seu mister a solução dos conflitos o que, in casu, cristalinamente promoveu”. (STJ, EDcl no REsp nº 189138/PR, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, 1ª Turma, DJ de 23/10/02, p. 11).

Assim, frise-se, vinculam-se os embargos de declaração à existência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado, por isso que não constituem a via adequada para a rediscussão de matéria já apreciada e decidida, a pretexto de prequestionamento.

No mais, repita-se, o feito está na fase preliminar, ao passo que o mérito, com análise de todas as matérias questionadas, será analisado no final do procedimento, em respeito ao contraditório.

Ao teor do exposto, conheço dos embargos de declaração e nego provimento, nos termos deste voto.

Ainda inconformado, o órgão ministerial interpôs recurso especial (fundado no art. 105, III, *a*, da CF), suscitando ofensa aos arts. 42, 43 e 62, todos do Código de Processo Civil; ao art. 282 do Código de Processo Penal; e, subsidiariamente, ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil.

Primeiro, aduziu que a Terceira Câmara Cível carece de competência para decidir acerca de medida cautelar em matéria penal.

Como tese subsidiária, alegou que a Corte de origem incorreu em omissão reiterada *quando fundamentou de maneira insuficiente e não examinou matérias indispensáveis à solução da presente demanda* (fl. 1.095).

O pedido de concessão de efeito suspensivo ao recurso especial foi submetido ao Presidente da Corte de origem, que firmou a sua incompetência para análise do pleito (fls. 1.112/1.115).

Sobreveio, então, o pedido de tutela provisória, no qual o órgão ministerial pugnou pela suspensão dos efeitos do acórdão impugnado por recurso especial, de modo a restabelecer a decisão do Juízo criminal que determinou a paralisação das obras.

Em decisão monocrática, datada de 27/6/2019, foi deferido o pedido formulado para atribuir efeito suspensivo ativo ao recurso especial interposto, restabelecendo, por ora, a decisão proferida na Medida Cautelar Criminal n. 201800930512 (Vara Criminal de Pirenópolis/GO) – fls. 1.121/1.130.

Publicada a decisão, a parte requerida (*Quinta Empreendimentos Imobiliários Ltda.*), ora agravante, interpôs agravo interno e protocolou contestação (fls. 1.147/1.239 e 1.240/1.259).

Em petição subsequente, pugnou, ainda, pela revogação da decisão, ao argumento de que o recurso especial padece de intempestividade (fl. 1.271):

[...] Não houve a comprovação, quando da interposição do recurso especial, dos feriados locais (quarta-feira e quinta-feira, respectivamente dia 17/04/19 e 18/04/19, referente aos dias da Semana Santa, além do dia 24/05/19 – sexta-feira – concluindo, a partir da norma supracitada, que eventual documento idôneo apto a comprovar a ocorrência de feriado local, para fins de aferição da tempestividade do recurso, deve ser colacionado no ato de sua interposição, o que não ocorreu, à evidência, no caso em tela.

A interpretação literal da norma expressa no § 6º do art. 1.003 do CPC/2015, de caráter especial, sobrepõe-se a qualquer interpretação mais ampla que se possa conferir às disposições de âmbito geral insertas nos arts. 932, parágrafo único, e 1.029, § 3º, do citado diploma legal.

Esse posicionamento, a teor do vigente Código de Processo Civil, já está pacificado pelo STJ, no sentido de que o vigente CPC não possibilita a mitigação da regra ao conhecimento do recurso intempestivo.

[...]

Em decisão monocrática, datada de 5/8/2019, foi indeferido o pedido de reconsideração (fls. 1.280/1.282).

Instado a se manifestar, o Ministério Público Federal opinou no sentido da prejudicialidade do pedido de tutela provisória, ao argumento de que o recurso especial seria intempestivo (fls. 1.287/1.298).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior (Relator): A decisão deve ser mantida.

Não há falar em intempestividade do recurso especial.

Primeiro, porque a agravante postulou a suspensão da cautelar criminal mediante o ajuizamento de *medida cautelar inominada cível*, que, por não encontrar previsão no Código de Processo Penal, é regulada pelas normas de direito processual civil, em que há previsão de prazo em dobro para o Ministério Público.

Em caso análogo, a Sexta Turma já decidiu:

Recurso Ordinário. Mandado de Segurança. Medidas Assecuratórias. Embargos de Terceiro. Ação de Caráter Civil. Custas. Exigibilidade. Direito Líquido e Certo. Ofensa não Configurada.

1. A ação de embargos de terceiro, apesar de prevista no Estatuto processual penal no capítulo das medidas assecuratórias, segue o regramento do Código de Processo Civil (arts. 1.046 a 1.054), nos termos do art. 3º do Código de Processo Penal.

2. Os embargos de terceiro constituem a defesa apresentada pelo terceiro de boa-fé, completamente alheio à prática da infração penal, opostos, no caso, com o intuito de preservar interesse meramente patrimonial, a saber, a liberação dos bens apreendidos. Assim, embora seja da competência do Juízo criminal seu processamento e julgamento, manifesta a natureza civil da ação, razão pela qual a exigência feita pelo Tribunal originário, de recolhimento das custas judiciais, não se revela ilegal. Ofensa a direito líquido e certo da recorrente não configurada.

Inviabilidade da segurança pretendida.

3. Recurso ordinário em mandado de segurança improvido.

(RMS n. 28.730/RS, de minha relatoria, Sexta Turma, DJe 14/4/2014 – grifo nosso)

Ademais, os arestos impugnados pelo recurso especial foram prolatados por órgão julgador cível (Terceira Câmara Cível da Terceira Turma do Tribunal de Justiça de Goiás), que, *embora tenha julgado controvérsia de natureza penal* (medida cautelar incidental em ação penal por crime ambiental), *tratou da questão como se fosse de natureza diversa*, na medida em que suspendeu a medida cautelar com base na conclusão de que a decisão que a decretou teria descumprido o que foi decidido nos autos do Agravo de Instrumento n. 5194568.46.2016.8.09.0000 (julgado pelo órgão colegiado), cujo objeto seria a regularidade do empreendimento sob o enfoque administrativo (licenças ambientais e alvará de construção).

Confira-se o teor do acórdão que negou provimento ao agravo interno (fls. 905/909):

[...]

Conforme relatado, trata-se de recurso de agravo interno (movimentação 16/arquivo 01) contra a decisão preliminar em cautelar inominada (movimentação 04), interposto pelo *Ministério Público do Estado de Goiás* contra *Quinta Empreendimentos Imobiliários SPE - Ltda.*

A decisão preliminar combatida foi proferida nos seguintes termos:

... No caso dos autos, verifica-se que a parte autora visa preservar a decisão emanada deste Tribunal de Justiça, por meio do acórdão proferido no agravo de instrumento n. nº 5194568.46.2016.8.09.0000 (por dependência), no qual foi determinada a retomada das obras do empreendimento requerente.

Nesse toar, importante pontuar que a presente medida se faz cabível tendo em vista a possível afronta do ato judicial a uma decisão emanada desta Corte.

Sob esse enfoque, em análise superficial do feito, verifica-se que a probabilidade do direito emana de uma decisão já proferida por este Tribunal de Justiça, na qual determinou a retomada das obras do empreendimento. Noutro giro, patente o risco de dano grave ou de difícil reparação a ensejar a concessão da liminar, eis que a construção está em estado avançado, com contratos de serviços a serem executados e vários outros compromissos assumidos em função das obras.

Ao teor do exposto, defiro a liminar para suspender os efeitos da decisão proferida na cautelar inominada criminal n. 201800930512 e, de consequência, autorizar a retomada das obras do empreendimento requerente.

Comunique-se o magistrado de primeiro grau.

Intime-se a parte requerida, para, querendo, apresentar resposta.

Após, vista à Procuradoria-Geral de Justiça. Intime-se e cumpra-se.

[...]

De pronto, atesto a inexistência de motivos para reconsiderar e/ou alterar a decisão censurada.

Com efeito, os fundamentos embasadores do inconformismo da parte recorrente não possuem força satisfativa para agasalhar a sua pretensão em alterar a decisão preliminar que determinou a continuidade de todos os procedimentos atinentes à construção do resort informado nos autos.

Registre-se que *o empreendimento está sendo construído conforme licenças ambientais e alvará de construção.*

[...]

Assim, o feito seguiu o rito dos procedimentos cíveis, evento que, para o agravante, contribuiu de forma fundamental, já que inaugurou a discussão no órgão jurisdicional cível, ao ajuizar medida cautelar inominada, distribuída por prevenção ao *Agravo de Instrumento n. 5194568.46.2016.8.09.0000.*

Aliás, o próprio agravante laborou como se o processo fosse cível, inclusive fazendo referência, em contrarrazões ao agravo interno, ao disposto no art. 219 do Código de Processo Civil (contagem em dias úteis), preceito esse que não incide em matéria penal.

Confira-se (fl. 879):

[...]

O prazo de 15 (quinze) dias para apresentar manifestação sobre o recurso de agravo interno, considerando que a respectiva intimação foi publicada no DJ em 11/10/2018 (quinta-feira), véspera do feriado nacional em homenagem à Nossa Senhora Aparecida, padroeira do Brasil (12/10 – sexta- feira) iniciou-se na segunda-feira-feira, dia 15/10/2018, primeiro dia útil subsequente ao respectivo feriado, findando, dada a regra de restrição do art. 219 do CPC, frente ao feriado em comemoração ao aniversário de Goiânia e Finados, 24/10/2018 e 02/11/2018, respectivamente, no dia 06/11/2018.

[...]

A serventia local também adotou postura idêntica, certificando a tempestividade do recurso especial (adotando o prazo de 15 dias contatos em dobro para o Ministério Público) – fl. 1.282:

Certifico que o prazo para a Procuradoria-Geral de Justiça, conforme movimentação 63, começou a contar no dia 16/4/2019 e terminou no dia 3/6/2019. Portanto a manifestação da PGJ na movimentação 66 é tempestiva. Por este motivo bloqueamos a certidão contida na movimentação 64. Dou fé.

*Apenas nesta Corte o processo recebeu o tratamento adequado, considerando a matéria de fundo veiculada (índole penal), quando foi distribuído no âmbito da Terceira Seção.*

Diante de todo esse contexto, eventual conclusão no sentido da intempestividade do recurso especial (ao fundamento de que o prazo recursal é de natureza penal) vulneraria o *princípio da boa-fé objetiva* (art. 5º do CPC), *aplicável a todos os sujeitos processuais*, materializado no brocardo *nemo potest venire contra factum proprium*.

Nesse sentido:

Agravo Interno no Agravo em Recurso Especial. Cooperativa Habitacional. Débitos. Cobrança dos Cooperados. Limites no Estatuto. Reexame. Súmulas n. 5 e 7/STJ. *Nemo Potest Venire Contra Factum Proprium*. Não Provimento.

1. Não cabe, em recurso especial, reexaminar matéria fático-probatória e a interpretação de cláusulas contratuais (Súmulas 5 e 7/STJ).

2. O direito, em regra, não tolera o comportamento contraditório, porquanto agride expectativa legítima da parte contrária.

3. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.266.445/DF, Ministra Maria Isabel Gallotti, Quarta Turma, DJe 6/3/2019)

Assim, o prazo recursal, enquanto o feito tramitou na origem, deve ser considerado como de índole cível, circunstância que firma a tempestividade do recurso especial, notadamente porque o órgão ministerial, além de ter interposto o recurso no prazo de 30 dias, logrou demonstrar a suspensão do prazo recursal no período compreendido entre 17 e 19/4/2019, mediante petição (fl. 1.029), protocolizada em data anterior ao recurso.

Ultrapassada essa questão preliminar, cumpre ratificar a conclusão firmada no *decisum* agravado, no sentido de que não há vício na distribuição do pedido de tutela provisória no âmbito da Terceira Seção desta Corte.

Como assinei acima, os acórdãos foram proferidos por órgão julgador cível, mas *a controvérsia é eminentemente penal*, pois os acórdãos acabaram por

manter decisão monocrática do Relator *que suspendeu efeitos de decisão cautelar criminal*.

Logo, não há falar em vício na distribuição.

No mais, a decisão deve ser mantida na conclusão de que estão presentes os pressupostos para concessão da tutela provisória.

A concessão de efeito suspensivo a recurso exige a presença, concomitante, de elementos que evidenciem a probabilidade de êxito do recurso interposto (*fumus boni juris*) e a demonstração de risco de dano irreparável ou de difícil reparação decorrente de eventual demora na solução da causa (*periculum in mora*).

No caso, há risco de dano irreparável ao bem jurídico tutelado pela norma penal (arts. 38, *caput*, e 54, *caput*, da Lei n. 9.605/1998), evidenciado por meio das circunstâncias referenciadas pelo Magistrado na decisão às fls. 801/810, notadamente a *supressão de APP e a destruição de nascentes* causadas pelo empreendimento:

[...]

Após intensa investigação, o requerente aponta pela prática, por parte da requerida, de condutas criminosas lesivas ao meio ambiente, apontando a importância social e ecológica do local onde está sendo construído o empreendimento. Ressalta que no local do empreendimento existe um embaciamento da rede de drenagem das nascentes e olhos d'água existentes na região, que tributam, à frente, no Córrego Pratinha. Aponta que foi constatado que no local há uma grande porção de área que apresenta vestígios de superficialidade do lençol freático, destacando o nítido brotamento de água em cinco pontos, dos quais, quatro figuram antropizados com supressão parcial da Área de Preservação Permanente, influenciando diretamente sobre a diminuição do volume de água gerado.

Detalhou-se a situação das cinco nascentes, descrevendo, em síntese, que na nascente 1. a investigação apontou para um ponto sugestivo de brotamento de água, inibido pelo impacto antrópico e pela supressão de sua APP e, ainda apontou, que esse local seria o ponto originário da nascente principal.

Que a nascente 2 se encontra prejudicada devido à supressão parcial de sua respectiva APP e pela movimentação de terra realizada próximo ao local. Salaria que embora evidente o valor ecológico deste ponto, o projeto do Resort não o contempla como uma nascente, prevendo ainda a construção de blocos de apartamentos neste perímetro. Ressalta a discrepância entre o projeto apresentado para licenciamento e as imagens de satélites obtidas pelo órgão municipal, quanto ao leito do curso d'água, bem como, por ignorar a nascente em tela.

No que concerne à nascente 3. constatou-se indícios de interferência humana. Que a área de APP está parcialmente suprimida, além do assoreamento provocado pela terra movimentada nas obras de instalação da rede pluvial e o entulho oriundo das demolições, ambos carreado pela água da chuva até o local.

Já a nascente 4. foi observado o afloramento de água em diversos pontos próximo entre si, porém, no local se encontra uma edificação tombada pelo patrimônio público, cuja demolição não foi aprovada e que informações colhidas no local indicam que o ponto primário desta nascente está sob a construção supra, e era drenada por meio de um rego d'água, transportado à construção e servindo as residências subsequentes.

Por fim, quanto às referidas nascentes, aponta que houve uma visita do CREA e que tal órgão concluiu que na área de implantação do empreendimento há a presença de remanescentes naturais de vegetação com a presença de curso d'água e nascente/olho d'água, portanto, tratando-se de Áreas de Preservação Permanente. Apontam que não foi observado a delimitação e proteção das nascentes e nem das APPs.

Destaca que o laudo da vistoria aponta para a necessidade de identificá-las e promover a preservação e proteção, bem como, nas áreas a onde houve supressão de vegetação. E, ainda, enfatiza que a obra possui um significativo impacto, não só pelo seu tamanho, mas por estar inserida numa área de relevante interesse ambiental/ecológico.

E, ainda, o requerente *destaca que para a edificação de alguns blocos de apartamento haverá a supressão de APP e destruição de nascente de água.*

Por fim, pugna pela suspensão das atividades de construção do empreendimento Eco Resort Quinta Santa Bárbara em execução pela requerida Quinta Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda, que tem como representante legal Josemar Borges Brandão, até a readequação do projeto, a fim de evitar reiteração de crimes ambientais e para garantir a preservação das APPs com suas nascentes de água existente no local do empreendimento.

A presente cautelar está apensa a ação penal nº 201800930377, onde consta o inquérito policial e o procedimento administrativo instaurado pelo requerente, carreados de laudos, registros fotográficos, imagens de satélite, relatórios, laudo técnico do empreendimento, memorial descritivo do local da construção, dentre outros documentos.

[...]

Quanto ao *fumus boni juris*, também está preenchido esse pressuposto, ante a possibilidade de êxito do recurso especial.

No reclamo, o órgão ministerial suscitou ofensa aos arts. 42, 43 e 62, todos do Código de Processo Civil; ao art. 282 do Código de Processo Penal; e, subsidiariamente, ao art. 1.022, II, do Código de Processo Civil.

Da leitura dos acórdãos impugnados, diviso, em princípio, *omissão reiterada* na análise de uma das teses veiculadas no recurso ministerial, qual seja, de que, tratando-se de medida cautelar de índole penal, faleceria competência ao colegiado cível para debater a matéria.

Veja-se que *a questão não foi refutada no acórdão proferido no julgamento do agravo interno*, tampouco no aresto exarado no julgamento dos aclaratórios, embora tivesse sido alegada pelo órgão ministerial e constado dos relatórios dos acórdãos impugnados – fls. 909 e 1.013/1.015:

[...]

De pronto, atesto a inexistência de motivos para reconsiderar e/ou alterar a decisão censurada.

Com efeito, os fundamentos embasadores do inconformismo da parte recorrente não possuem força satisfativa para agasalhar a sua pretensão em alterar a decisão preliminar que determinou a continuidade de todos os procedimentos atinentes à construção do resort informado nos autos.

Registre-se que o empreendimento está sendo construído conforme licenças ambientais e alvará de construção.

Ademais, o mérito recursal será discutido em momento oportuno, após formação do contraditório.

Ressalte-se que a jurisprudência deste Tribunal é assente no sentido de afirmar que para eventual reconsideração da decisão atacada faz-se mister a superveniência de fatos novos (TJGO, AgI n. 242516-11.2012.8.09.0000, Rel. Des. Jeová Sardinha de Moraes, 6a Câmara Cível, DJe 1119 de 08/08/2012; TJGO, AgI n. 210098-20.2012.8.09.0000, Rel. Des. Amaral Wilson de Oliveira, 2a Câmara Cível, DJe 1119 de 08/08/2012).

Neste contexto, estou convicto do acerto do decisum atacado, estando ele fundamentado e em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e deste Egrégio Tribunal de Justiça.

Ao teor do exposto, conheço do agravo interno e nego provimento para manter a decisão preliminar proferida nos autos, que determinou o normal prosseguimento da obra de construção do resort informado nos autos, motivo pelo qual submeto seu exame ao crivo dos ilustres Desembargadores componentes desta Câmara.

[...]

[...]

Nesse linear, urge pontuar ao embargante que os embargos declaratórios encontram limites na norma estabelecida no artigo 1.022 do Novo Código de Processo Civil. Vejamos:

Art. 1.022. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para:

I – esclarecer obscuridade ou eliminar contradição;

II – suprir omissão de ponto ou questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento;

III – corrigir erro material.

Parágrafo único. Considera-se omissa a decisão que:

I – deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos ou em incidente de assunção de competência aplicável ao caso sob julgamento;

II – incorra em qualquer das condutas descritas no art. 489, § 1º.

Sob esse enfoque, ao contrário do sustentado pelo recorrente, nenhuma omissão, obscuridade ou contradição há no acórdão impugnado.

Segundo se constata do articulado, o embargante pretende, a toda evidência, rediscutir a matéria por conta de puro inconformismo com o teor da decisão, o que deverá ser arguido, se assim for de seus interesse, por meio do adequado instrumento recursal.

É que o decisório hostilizado, nesse exato sentido, equacionou perfeitamente a lide por meio da aplicação das adequadas regras jurídicas à espécie, com lastro, como se desse da atenta análise dos termos em que vazado o acórdão, em aprofundado exame das questões submetidas ao conhecimento deste Órgão Julgador.

Assim, resta evidente que a parte embargante, utilizando-se desse limitado expediente integrativo, manifesta deliberada pretensão de rediscutir a matéria já apreciada e decidida no momento processual oportuno, o que, em atenção às características desse instituto aclaratório, escapa aos fins a que se destina.

Conclui-se, pois, que a estreita via dos embargos declaratórios não se compraz com o equivocado intuito de se querer, com fins infringentes, rediscutir matérias em cujos pontos o aresto não foi favorável à parte embargante.

Colaciono, por oportuno, o seguinte precedente deste Tribunal, in verbis:

[...]

Com efeito, os embargos de declaração não se prestam a forçar o Poder Judiciário a discorrer, como se órgão consultivo fosse, sobre todos os artigos de lei relacionados à matéria, tão só para que possa interpor recursos extraordinário ou especial nos tribunais superiores, cediço que “O Poder Judiciário não é órgão consultivo, não tendo este eg. Tribunal o dever de rebater, uma a uma, todas as pretensas violações à lei federal sustentadas pelas partes, em que teria incorrido a Corte a quo, sendo o seu mister a solução dos conflitos o que, in

casu, cristalinamente promoveu". (STJ, EDcl no REsp nº 189138/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, 1ª Turma, DJ de 23/10/02, p. 11).

Assim, frise-se, vinculam-se os embargos de declaração à existência de omissão, contradição ou obscuridade no julgado, por isso que não constituem a via adequada para a rediscussão de matéria já apreciada e decidida, a pretexto de prequestionamento.

No mais, repita-se, o feito está na fase preliminar, ao passo que o mérito, com análise de todas as matérias questionadas, será analisado no final do procedimento, em respeito ao contraditório.

Ao teor do exposto, conheço dos embargos de declaração e nego provimento, nos termos deste voto.

Se tal ilegalidade (violação do art. 1.022 do CPC) for declarada quando da análise do recurso especial, há efetiva possibilidade de análise de matéria de fundo veiculada no recurso especial (violação dos arts. 42, 43 e 62, todos do CPC, e do art. 282 do CPP), na forma do *art. 1.025 do Código de Processo Civil (prequestionamento ficto)*, sendo que, inclusive nesse aspecto, há chance de êxito no reclamo, pois, como assinalado acima, os elementos dos autos dão conta, *em princípio*, de que a Corte de origem tratou de questão penal como se cível fosse, o que consubstanciaria ilegalidade passível de reforma por esta Corte.

Ante o exposto, *nego provimento* ao agravo regimental.

---

### **HABEAS CORPUS N. 510.837 - SC (2019/0140542-7)**

---

Relatora: Ministra Laurita Vaz

Impetrante: Cristiano Moreira de Oliveira Jacinto Pereira e outros

Advogados: Felipe Cardoso Moreira de Oliveira - RS037863

Cristiano Moreira de Oliveira Jacinto Pereira - RS090840

Paula Garcia Gonçalves - RS096825

Mariana Gastal - RS091809

Impetrado : Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina

Paciente: Bernardo Cardoso Coutinho

## EMENTA

*Habeas Corpus*. Processual Penal. Homicídio Culposo na Direção de Veículo Automotor sob a Influência de Álcool. Apelação Criminal. Tese de Nulidade por Impedimento do Magistrado. Atuação Desinfluyente no Resultado do Julgamento. Votação Unânime. Ausência de Demonstração de Prejuízo ao Réu. Constrangimento Ilegal não Verificado. Precedentes. Ordem Denegada.

1. Nos termos do art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, o Juiz não poderá exercer a jurisdição se estiver atuando como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

2. No caso em apreço, no entanto, observa-se que a condenação do Paciente foi mantida por votação unânime. Nesse contexto, não se constata prejuízo apto a justificar a anulação do julgamento, tendo em vista que o resultado obtido não se alteraria com a subtração do voto do Desembargador impedido. Precedentes desta Corte e do Supremo Tribunal Federal.

3. “O pronunciamento da nulidade absoluta não terá nenhum efeito prático no mundo jurídico, devendo imperar, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual ‘nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa’” (STF, HC 92.235/PE, Rel. *Ministro Menezes Direito*, *Primeira Turma*, julgado em 06/11/2007, DJe 15/02/2008).

4. Ademais, a atuação do Desembargador em primeira instância restringiu-se à homologação do auto de prisão em flagrante, com concessão da liberdade provisória ao Réu, e à prolação de dois despachos: ordenando providências e determinando vista ao Ministério Público, o que reforça, ainda mais, a constatação da ausência de prejuízo à Defesa.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas

taquigráficas a seguir, por maioria, denegar a ordem, nos termos do voto da Sra. Ministra Laurita Vaz.

Vencido o Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro.

Votaram com a Sra. Ministra Laurita Vaz os Srs. Ministros Rogerio Schietti Cruz e Nefi Cordeiro.

Fará declaração de voto o Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Sebastião Reis Júnior.

Dr(a). *Felipe Cardoso Moreira de Oliveira*, pela parte *Paciente: Bernardo Cardoso Coutinho*

Brasília (DF), 15 de outubro de 2019 (data do julgamento).

Ministra Laurita Vaz, Relatora

---

DJe: 4.11.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro: Trata-se de *habeas corpus* com pedido liminar impetrado em favor de *Bernardo Cardoso Coutinho* apontando como autoridade coatora o Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina.

Depreende-se dos autos que o paciente foi condenado a 2 anos de reclusão, no regime inicialmente aberto, substituída a pena corporal por restritivas de direitos, pela prática dos delitos inscritos nos arts. 302, *caput*, e 306, ambos do Código de Trânsito Brasileiro (e-STJ fl. 19).

Segundo a acusação, o paciente, embriagado, dirigia veículo automotor em velocidade acima da permitida na via quando invadiu a contramão e atingiu motociclista, que veio a óbito (e-STJ fl. 19).

Interposta apelação, o Tribunal de origem negou provimento ao recurso em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 18):

Apelação Criminal. Crime de Trânsito. Homicídio Culposo na Direção de Veículo Automotor Cometido sob a Influência de Álcool (art. 302, §2º, do Código de Trânsito Brasileiro, com Redação da Lei n. 12.971/14). Prova da Autoria Delitiva. Condenação em Primeiro Grau. Recurso da Defesa. Absolvição. Impossibilidade.

Sinistro Decorrente da Imprudência do Acusado na Condução do Veículo Automotor, com Capacidade Psicomotora Alterada em Razão da Influência de Álcool e em Velocidade Superior a Permitida para a Via. Exame de Alcoolemia. Relatos Testemunhais e Laudo Pericial Realizado em Veículo Abalroado. Conjunto Probatório Robusto. Condenação Mantida.

Daí o presente *writ*, no qual alega a defesa a nulidade do julgamento do recurso de apelação, pois nele “o magistrado de segundo grau (Des. Luiz César Schweitzer, da 5ª Câmara Criminal do TJSC) também atuou como magistrado de primeiro grau” (e-STJ fl. 6). Requer, liminarmente, “a suspensão da execução de pena restritiva de direitos substitutiva da privativa de liberdade até o julgamento do mérito da presente postulação” e, no mérito, a anulação do julgamento da apelação (e-STJ fl. 13).

O pedido liminar foi indeferido (e-STJ fls. 40/42).

As informações foram prestadas às e-STJ fls. 46/111.

O Ministério Público Federal opinou pela concessão da ordem, de ofício, para suspender a execução imediata da pena restritiva de direitos (e-STJ fls. 114/119).

É o relatório.

#### VOTO VENCIDO

O Sr. Ministro Antonio Saldanha Palheiro (Relator): Consoante relatado, a defesa aponta a nulidade do julgamento da apelação criminal, pois teria composto o colegiado magistrado que havia atuado no processo em primeiro grau de jurisdição, no caso, o Desembargador Luiz Cezar Schweitzer.

Verifica-se que o desembargador compôs a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina no julgamento da Apelação Criminal n. 0000196-38.2012.8.24.0023. Conforme atesta a certidão de julgamento (e-STJ fl. 18), o magistrado participou efetivamente desse julgamento.

Além disso, o atual Desembargador Luiz Cezar Schweitzer atuou no processo em primeiro grau, como Juiz de Direito da 1ª Vara Criminal da Comarca da Capital (SC), proferindo, por exemplo, a decisão que concedeu a liberdade provisória ao réu (e-STJ fl. 33).

De acordo com o art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, configura impedimento quando o juiz “*tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão*”.

Nesse sentido:

Habeas Corpus. Exceção de Suspeição Rejeitada. Impedimento ou Suspeição. Não Ocorrência. Atuação de Magistrado em Processo Judicial e Processo Administrativo. Possibilidade. Ausência de Atos que Demonstrem o Comprometimento da Imparcialidade do Magistrado. Constrangimento Ilegal. Não Ocorrência. Ordem Denegada.

1. A jurisprudência desta Corte consolidou-se no sentido de que “as causas de impedimento (...) de magistrado estão dispostas taxativamente no Código de Processo Penal, não comportando interpretação ampliativa. O disposto no art. 252, III, do CPP aplica-se somente aos casos em que o juiz atuou no feito em outro grau de jurisdição como forma de evitar ofensa ao princípio do duplo grau. Não há impedimento quando o magistrado exerce, na mesma instância, jurisdição criminal após ter atuado em processo administrativo disciplinar”. (REsp 1177612/SP, Rel. Min. Og Fernandes, Sexta Turma, DJe 17/10/2011).

2. Na espécie, verifica-se que a manifestação do referido Desembargador nos autos dos procedimentos administrativos instaurados perante o Conselho Nacional de Justiça limitaram-se à atuação de natureza administrativa relativa ao cargo então ocupado de Corregedor Regional da Justiça Federal da 2a Região, não representando prejuízo da causa, não havendo falar, pois, em impedimento para apreciar os processos judiciais em que figura como réu o ora paciente. Não há que se cogitar, ainda, de suspeição, haja vista que não foi demonstrada, consoante destacou o Tribunal de origem, a existência de nenhum ato do Magistrado em questão que indique o comprometimento de sua imparcialidade, nos termos do rol exemplificativo descrito no art. 254 do Código de Processo Penal. Para chegar-se a conclusão diversa, é necessário o revolvimento do acervo fático probatório amealhado ao feito, o que é inviável na via angusta do writ.

3. Habeas corpus denegado. (HC 324.206/RJ, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 04/08/2015, DJe 17/08/2015, grifei.)

Processual Penal. Recurso Especial. Exceção de Impedimento. Relatora da Apelação Criminal. Atuação como Corregedora em Fatos Ditos Correlatos. Ausência de Conexão Reconhecida pelo Tribunal *a Quo*. Reversão do Julgado. Incidência da Súmula 7 do STJ. art. 252 do CPP. Rol Taxativo. Hipóteses não Configuradas.

1. Entendendo o acórdão combatido pela inexistência de liame entre os fatos apurados nas ditas ações penais correlatas, a reversão do julgado, no ponto, exigiria o revolvimento fático-probatório, atraindo a incidência da Súmula 7 do STJ.

2. A causa de impedimento do art. 252, III, do CPP (tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão) incide na atuação no mesmo processo, em diferentes instâncias recursais, em homenagem ao princípio do duplo grau.

3. A similaridade fática de origem dos processos administrativo e judicial não acarreta impedimento do juiz, por dar-se hipótese diversa da taxativamente indicada pelo art. 252, III, do CPP.

4. Recurso improvido. (REsp 1.171.973/ES, relator Ministro Nefi Cordeiro, Sexta Turma, julgado em 17/03/2015, DJe 25/03/2015, grifei.)

Recurso Especial. Processo Penal. Impedimento. art. 252, III, do CPP. Juiz que Funcionou em Outra Instância. Garantia dos Princípios da Imparcialidade e do Duplo Grau de Jurisdição.

1. Nos termos do artigo 252, III, do Código de Processo Penal, ocorre impedimento nos casos em que o juiz já tenha se manifestado, em outra instância, sobre a mesma questão de fato ou de direito.

2. O magistrado que participou do recebimento da denúncia na condição de Desembargador Federal Convocado perante a Corte Regional em face de prerrogativa de foro fica impedido de julgar a ação penal após a remessa ao primeiro grau em virtude da perda do cargo, por força da garantia dos princípios da imparcialidade e do duplo grau de jurisdição.

3. Recurso provido. (REsp 1.456.189/PE, relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 12/02/2015, DJe 25/02/2015, grifei.)

Penal e Processo Penal. Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial. Prescrição da Pretensão Punitiva Estatal. Não Ocorrência. Causas de Impedimento e Suspeição de Magistrado. Rol Taxativo do art. 252, III, do CPP. Agravo Não Provido.

1. De acordo com o que dispõe o art. 119, do Código Penal, “no caso de concurso de crimes, a extinção da punibilidade incidirá sobre a pena de cada um, isoladamente”.

2. Por ocasião do julgamento do EAREsp n. 386.266/SP, a Terceira Seção desta Corte Superior firmou o entendimento de que apenas a interposição do recurso cabível impede a formação da coisa julgada. Na oportunidade, assentou-se ainda que, sendo a decisão que inadmite o recurso especial de natureza eminentemente declaratória (*ex tunc*), o trânsito em julgado retroagirá a data de escoamento do prazo para a interposição do recurso cabível.

3. No caso, considerando a data da publicação da sentença e a da última causa interruptiva (data da interposição do recurso cabível), tem-se que o crime não foi alcançado pela prescrição da pretensão punitiva estatal, eis que não transcorrido o interregno de 4 (quatro) anos entre as referidas datas.

4. Nos termos do art. 252, III, do CPP, “o juiz não poderá exercer jurisdição no processo em que (...) tiver funcionado como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.” Referida vedação legal é direcionada à atuação do mesmo magistrado no mesmo processo, mas em instâncias diferentes, o que não ocorreu no caso dos autos, pois a Juíza tida como impedida exerceu jurisdição em ações cível e penal no âmbito da Vara Única de que é titular. Precedentes.

5. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 745.340/SP, relator Ministro *Ribeiro Dantas*, Quinta Turma, julgado em 14/11/2017, DJe 22/11/2017, grifei.)

*Habeas Corpus*. Homicídio Qualificado. Impedimento. Artigo 252, Inciso III, do Código de Processo Penal. Violação. Constrangimento Ilegal Configurado. Ordem Concedida.

1. Participação em julgamento de apelação de desembargador, na qualidade de revisor, que atuou na ação penal quando titular da 2.ª Vara do Júri da Comarca de Salvador/BA.

2. Violação ao art. 252, III, do Código de Processo Penal.

3. Ordem concedida para anular o acórdão da Apelação Criminal n.º 24265-3/2003, determinando que outro julgamento seja realizado, observado o impedimento ora constatado, devendo ser expedido contramandado de prisão em favor da paciente, uma vez que lhe foi deferido o direito de recorrer em liberdade. (HC 209.654/BA, relator Ministro *Jorge Mussi*, Quinta Turma, julgado em 15/05/2012, DJe 23/05/2012, grifei.)

Na hipótese, o magistrado atuou no mesmo processo, de natureza criminal, em primeiro e segundo grau de jurisdição. Decidiu a respeito da prisão cautelar, que exige a apreciação da prova da existência do crime e de indícios de autoria. Em grau de recurso, participou do julgamento da apelação criminal que devolveu, dentre outras matérias, o exame da materialidade e da autoria do delito.

É imperioso, portanto, reconhecer a nulidade aventada.

Ante o exposto, *concedo a ordem de habeas corpus* para anular o julgamento da Apelação Criminal n. 0000196-38.2012.8.24.0023, realizado pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e determinar novo julgamento, observando o impedimento do Desembargador Luiz Cesar Schweitzer.

É o voto.

### VOTO-VENCEDOR

A Sra. Ministra Laurita Vaz: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido liminar, impetrado em favor de *Bernardo Cardoso Coutinho* contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina proferida na Apelação Criminal n. 0000196-38.2012.8.24.0023.

Consta dos autos que o Paciente foi condenado à pena de 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial aberto, como incurso no art. 302, § 2.º, do Código de Trânsito Brasileiro, bem como à suspensão da habilitação para conduzir veículo automotor pelo período de 2 (dois) meses. A pena reclusiva foi substituída por duas sanções restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária. O Juízo sentenciante deferiu ao Apenado o direito de recorrer em liberdade.

A sentença condenatória foi integralmente mantida pela Corte de origem, que negou provimento ao recurso de apelação interposto pela Defesa.

Nas razões do *writ*, a Defesa sustenta, em síntese, a nulidade do julgamento do recurso de apelação, por afronta ao disposto no art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, tendo em vista que um dos Desembargadores da Quinta Câmara do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina atuou em primeira instância.

Requer, em liminar, a suspensão da execução da pena e, no mérito (fl. 13):

“[...] seja dado provimento ao presente writ, para declarar a Nulidade do Acórdão proferido pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, que negou provimento à apelação interposta por *Bernardo Cardoso Coutinho*, por afronta direta ao disposto no art. 252, III, do Código de Processo Penal, tendo em vista que um dos integrantes do julgamento funcionou como Juiz de primeiro grau nos autos do mesmo processo, devendo ser determinado novo julgamento do feito em segundo grau por Desembargadores que não estejam impedidos de judicar na apelação n. 0000196-38.2012.8.24.0023, do Tribunal de Justiça de Santa Catarina.”

O pedido liminar foi indeferido pelo Relator, Exmo. Ministro *Antonio Saldanha Palheiro*, nos termos da decisão de fls. 40-42.

As informações foram prestadas às fls. 46-111.

O Ministério Público Federal manifestou-se às fls. 114-119, opinando pela concessão da ordem, de ofício.

Pois bem.

Nos termos do art. 252, inciso III, do Código de Processo Penal, o Juiz não poderá exercer a jurisdição se estiver atuando como juiz de outra instância, pronunciando-se, de fato ou de direito, sobre a questão.

No caso em apreço, no entanto, observa-se que a condenação do Paciente foi mantida *por votação unânime*. Nesse contexto, não se constata prejuízo apto a justificar a anulação do julgamento, tendo em vista que o resultado obtido não se alteraria com a subtração do voto do Desembargador impedido.

Nesse cenário, “[o] *pronunciamento da nulidade absoluta não terá nenhum efeito prático no mundo jurídico, devendo imperar, na espécie, o disposto no art. 563 do Código de Processo Penal, segundo o qual ‘nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa’*” (STF, HC 92.235/PE, Rel. Ministro Menezes Direito, Primeira Turma, julgado em 06/11/2007, DJe 15/02/2008).

A propósito, colaciono os seguintes precedentes do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria:

*“Recurso Ordinário em ‘Habeas Corpus’ – Denúncia Recebida por Magistrado de Primeiro Grau – Superveniente Investidura do Denunciado como Prefeito Municipal – Validade Jurídica da Decisão que Admitiu a Peça Acusatória, eis que Proferida por Autoridade Judiciária que Dispunha, à Época, de Plena Competência – Aplicação, ao Caso, do Postulado Segundo o Qual ‘Tempus Regit Actum’ – Consequente Desnecessidade de Renovação de tal Ato Processual – Precedentes – Procedimento Penal Pautado para Julgamento como Notícia Crime – Alegado Prejuízo para a Defesa do Acusado – Inocorrência – Direito de Ampla Defesa Oportunizado e Efetivamente Exercido pelo Recorrente – Pretendido Reconhecimento de Nulidade Absoluta em Face da Participação, no Julgamento dos Embargos de Declaração, de Desembargador Supostamente Impedido – Atuação Desinfluyente no Resultado do Julgamento, Unânime, do Recurso – Ausência de Demonstração de Qualquer Prejuízo para o Réu – ‘Pas de Nullité Sans Grief’ – Precedentes – Motivação ‘Per Relationem’ – Legitimidade Constitucional Dessa Técnica de Motivação – Recurso de Agravo a que se Nega Provimento.”* (RHC 120.332 AgR/PB, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 26/08/2014, DJe 10/11/2014; sem grifos no original.)

*“Agravo Regimental em Habeas Corpus. Constitucional. Penal. Crimes Contra o Sistema Financeiro e Lavagem de Dinheiro. Impedimento de Ministro do Superior Tribunal de Justiça: Prejuízo não Demonstrado. Dosimetria da Pena-Base. Limites Instrutórios do Habeas Corpus. Impetração Manifestamente Contrária à Jurisprudência Dominante. Precedentes. Agravo Regimental não Provido. 1. A*

jurisprudência deste Supremo Tribunal é firme no sentido de não se verificar prejuízo quando Ministro impedido participa de julgamento cujo resultado é unânime, pois a subtração do voto desse magistrado não teria a capacidade de alterar o resultado da votação. 2. Não há ilegalidade na fixação da pena-base acima do mínimo legal quando identificadas circunstâncias judiciais desfavoráveis e específicas. 3. Agravo Regimental não provido.” (HC 126.797 AgR, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Segunda Turma, julgado em 07/04/2015, DJe 14/05/2015.) E desta Corte Superior de Justiça, confira-se, *mutatis mutandis*:

“Embargos de Declaração. Agravo Regimental. Recurso Especial. Direito Penal. Participação de Ministro Impedido no Julgamento de Recurso Especial. Acórdão Unânime. Nulidade não Configurada. Dano não Demonstrado. Legislação Extravagante. Lei n. 7.492/1986. Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Dólar-Cabo. Evasão de Divisas. Fidúcia. Operação de Câmbio não Autorizada. Tipificação. Ocorrência *In Casu*. Dosimetria. Inexistência de Violação do art. 59 do CP. Ausência de Omissão.

1. O acórdão embargado obteve julgamento unânime; logo, na espécie, embora o Ministro supostamente impedido tenha participado da sessão, o resultado do julgamento não se alteraria com a exclusão de seu voto. Não violado in casu, consequentemente, o art. 252, III, do Código de Processo Penal.

2. As instâncias de origem arrolaram elementos concretos quanto às circunstâncias e consequências do crime, que justificam o acréscimo da pena-base.

3. A questão tratada nos autos foi decidida e fundamentada à luz da legislação federal. Inexiste, portanto, vício consistente em omissão, contradição, obscuridade ou erro material (art. 619 do CPP).

4. Embargos de declaração rejeitados.” (EDcl no REsp 1.390.827/PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 03/02/2015, DJe 13/02/2015; sem grifos no original.)

Ademais, sobre a controvérsia ora apresentada, a Corte de origem prestou as informações a seguir transcritas (fl. 49; sem grifos no original):

“Na oportunidade, quanto ao objeto do *writ*, o Colegiado determinou a execução provisória da pena, conforme entendimento firmado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do HC n. 126.292/SP, ratificado no ARE n. 964.246/SP, com repercussão geral reconhecida, sobretudo pela inviabilidade de rediscussão da matéria fática nos Tribunais Superiores.

*Acerca do pleito de anulação do julgamento em razão da atuação de um dos julgadores como magistrado de primeiro grau quando da tramitação dos autos na origem, cumpre registrar, a seguir, os atos que praticou nos autos em referência.*

*Em 04/08/2008 o Exmo. Desembargador, então magistrado, homologou o auto de prisão flagrante (doc. 5), tendo concedido, no dia seguinte, liberdade provisória ao ora paciente (doc. 6).*

*Sua participação, ainda, se circunscreveu à prolação de dois despachos, de 15/09/2008 ordenando providências, e de 25/11/2008 determinando vista ao Ministério Público (docs. 7-8)."*

Como se vê, a atuação do Desembargador em primeira instância restringiu-se à homologação do auto de prisão em flagrante, com concessão da liberdade provisória ao ora Paciente, e à prolação de dois despachos: ordenando providências e determinando vista ao Ministério Público, o que reforça, ainda mais, a constatação da ausência de prejuízo à Defesa.

Ante o exposto, peço vênia para divergir do voto do Relator, Exmo. Ministro *Antonio Saldanha Palheiro*, a fim de *denegar* a ordem.

É como voto.

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator): *Bernardo Cardoso Coutinho* alega sofrer coação ilegal diante de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina* na Apelação n. 0000196-38.2012.8.24.0023.

O Ministro *Antonio Saldanha Palheiro*, relator do caso, votou pela concessão da ordem para “anular o julgamento da Apelação Criminal n. 0000196-38.2012.8.24.0023, realizado pela Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, e determinar novo julgamento, observando o impedimento do Desembargador Luiz Cesar Schweitzer”.

A divergência foi inaugurada pela Ministra *Laurita Vaz*, que ponderou não identificar nulidade na participação do Desembargador Luiz Cesar Schweitzer no referido julgamento. Ressaltou que, em primeira instância, o Magistrado praticou os seguintes atos: a) homologação auto de prisão em flagrante; b) concessão de liberdade provisória ao ora paciente; c) prolação de dois despachos de impulsionamento do processo. Considerou que a decisão foi tomada de forma unânime pelos três desembargadores, motivo pelo qual entendeu não haver prejuízo ao réu na hipótese, a ensejar a anulação do julgamento.

Com a vênia do relator, *acompanho a divergência*. Inicialmente, destaco a existência de *precedentes desta Corte Superior, no sentido de flexibilizar ou, pelo*

*menos, dar uma interpretação não meramente literal ao art. 252 do Código de Processo Penal, que trata da questão dos impedimentos judiciais, nas hipóteses em que não se evidencia um prejuízo manifesto em razão da participação de magistrado que teria funcionado no primeiro grau.*

Ilustrativamente:

[...]

1. O art. 563 do Código de Processo Penal - CPP estabelece que “nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa”. O entendimento sedimentado nesta Corte Superior é nesse mesmo sentido, inclusive nos casos em que se verifique a existência de nulidades absolutas, conforme precedentes de ambas as Turmas que tratam de matéria penal. *O impetrante não demonstrou qual teria sido o prejuízo suportado pelo paciente no julgamento do recurso em sentido estrito, limitando-se a consignar que o constrangimento ilegal residiria no impedimento do Desembargador Moacyr de Moraes Lima Filho participar do julgamento do recurso em sentido estrito deduzido em favor do acusado, uma vez que já teria emitido parecer como Procurador de Justiça no julgamento de Habeas Corpus impetrado em favor do pronunciado.*

2. O Superior Tribunal de Justiça – STJ já decidiu em casos anteriores que as hipóteses de impedimento tem seu rol taxativo previsto no art. 252 do CPP, não se aplicando aos casos em que o julgador não tiver se manifestado sobre as mesmas questões de fato e de direito. No caso dos autos, o habeas corpus em que o Desembargador havia se manifestado na condição de membro do Ministério Público, versava sobre o indeferimento do pedido de liberdade provisória, sendo que o tema tratado no recurso em sentido estrito é totalmente diversos (sic), pois pretendia a reforma da sentença de pronúncia, que determinou que o paciente fosse submetido a julgamento perante o Tribunal do Júri por ter atropelado e esmagado sua esposa contra um muro de pedras. *Nesses casos, esta Corte Superior não tem reconhecido o alegado impedimento do Julgador diante da inexistência de comprometimento na imparcialidade do Magistrado uma vez que os julgados tratam de questões totalmente distintas.*

3. Habeas corpus denegado.

(HC n. 162.491/SC, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, 5ª T., DJe 15/8/2016, grifei)

[...]

1. *Não há na impetração qualquer documento que evidencie que o alegado impedimento do Desembargador Revisor teria sido examinado no julgamento do recurso de apelação, em inobservância ao procedimento legal previsto para a análise da exceção oposta pela defesa, tampouco de que o seu voto teria influenciado as conclusões do Juiz Vogal, o que impede este Sodalício de verificar se haveria alguma nulidade na apreciação do reclamo.*

2. O rito do habeas corpus pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal, ônus do qual não se desincumbiu a defesa.

3. Ainda que assim não fosse, de acordo com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça e do Supremo Tribunal Federal, os julgamentos só são anulados em decorrência da participação de autoridade judicial impedida quando a sua manifestação é capaz de alterar a decisão proferida.

4. Na espécie, *verifica-se que o provimento judicial emanado no julgamento do recurso de apelação se deu à unanimidade de votos, ou seja, ainda que excluído o voto do Desembargador reputado impedido o resultado seria o mesmo, motivo pelo qual é impossível a anulação do acórdão nele proferido, como pretendido na impetração.*

5. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 309.770/SP, Rel. Ministro Jorge Mussi, 5ª T., DJe 16/3/2016, destaquei)

Chama atenção, quanto aos aspectos fáticos do caso ora apreciado, que *os dois atos praticados pelo agora Desembargador, que estão às fls. 32 e 33 dos autos, não fizeram nenhum tipo de análise meritória na espécie.* Dito de outra forma, *não houve manifestação sobre questão de fato ou de direito*, circunstância suficiente, por si só, para afastar a aplicação do art. 252, III, do CPP à hipótese.

Além disso, está-se diante de um ato que *foi praticado sem nenhuma aparente mácula, decidido de forma unânime, sob a relatoria de outro julgador, em que não houve sequer manifestação oral do referido Desembargador durante a sessão de julgamento.* Não se identifica, portanto, nenhum comportamento ativo que pudesse comprometer a imparcialidade.

A respeito do tema, colaciono reflexão de Vinícius Mattos Felício, quando trata das nulidades no Código de Processo Civil, aplicável ao processo penal por força do art. 3º do CPP:

Todavia, à luz do parágrafo único do art. 283 do Novo CPC (correspondente ao parágrafo único do art. 250 do CPC/1973), *o aproveitamento dos atos processuais só pode se dar desde que não haja prejuízo à defesa de qualquer parte, o que está estreitamente ligado ao princípio segundo o qual não há nulidade sem prejuízo*, como explica o Professor Didier Júnior:

“Somente se deve nulificar um ato do procedimento ou o próprio procedimento se não for possível aproveitá-lo – do mesmo modo que a invalidação deve restringir-se ao mínimo necessário, mantendo-se incólumes partes do ato que possam ser aproveitadas por não terem sido

contaminadas. O magistrado deve tentar aproveitar o ato processual ou o procedimento defeituoso. *Eis o princípio do aproveitamento dos atos processuais defeituosos, que se aplica sempre, pouco importa o grau de defeito do ato/procedimento.*”

(FELÍCIO, Vinícius Mattos. *As nulidades no novo Código de Processo Civil*. Belo Horizonte: Del Rey, 2015, p. 45, grifei)

Além disso, há julgados do Supremo Tribunal Federal em que foi afastada a nulidade postulada por não se constatar nenhum prejuízo suportado pela defesa em razão de irregularidade na prática de ato processual. A propósito: “Este Tribunal assentou o entendimento de que *a demonstração de prejuízo, ‘a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que (...) o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas’* (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie).” (HC n. 122.229/SP, Rel. Ministro Ricardo Lewandowski, 2ª T., DJe 30/5/2014, destaquei).

No mesmo sentido é a doutrina de Gustavo Badaró, para quem:

*Toda nulidade exige um prejuízo. Há casos em que o prejuízo é evidente. No entanto, isso não se confunde com a não ocorrência de prejuízo, apenas sendo desnecessário demonstrá-lo. Excepcionalmente, mesmo em uma das hipóteses em que a lei considere que haverá nulidade absoluta, se for demonstrado que a atipicidade não causou prejuízo, o ato deverá ser considerado válido.*

(BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. *Processo Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014, p. 583-584, destaquei)

Não olvido que, tal como apontado pelo Ministro Antonio Saldanha, fosse proferido voto divergente por outro julgador que ocupasse a posição do Desembargador supostamente impedido, seria possível à defesa a oposição de embargos divergentes. Todavia, *trata-se de situação hipotética e que não foi sequer trazida pela defesa, na inicial do writ.*

Ademais, o julgamento do recurso de apelação ocorreu *dez anos após a prática dos atos em primeira instância – os quais, repita-se, não importaram em exame do mérito da causa.*

Com essas razões, e pedindo a mais respeitosa vênua, acompanho a divergência inaugurada pela Ministra Laurita Vaz e *denego a ordem.*

---

**HABEAS CORPUS N. 519.018 - SP (2019/0189645-1)**

---

Relator: Ministro Rogerio Schietti Cruz

Impetrante: Everton da Silva Goncalves

Advogado: Everton da Silva Gonçalves - SP383013

Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Paciente: Jessica Sabrina de Souza (preso)

Interes.: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

**EMENTA**

*Habeas Corpus*. Tráfico de Drogas. Custódia Preventiva. art. 312 do CPP. *Periculum Libertatis*. Motivação Idônea. Prisão Domiciliar. Cabimento. Ordem Concedida.

1. A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas –, deve ser suficientemente motivada, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

2. Deve-se atentar para o perigo de utilização do art. 318-A do CPP para, ao contrário da vontade clara da lei, manter a segregação cautelar de mulheres pela sua condição própria de mãe, sem observar se ela teria o direito à liberdade direta ante a ausência do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou, se presentes, ante a possibilidade de substituição da cautela extrema por alguma das providências indicadas no art. 319 do CPP.

3. Embora hajam sido indicados elementos concretos para justificar a imposição da cautela extrema à paciente – descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas e o risco de reiteração delitiva, visto que, após haver sido beneficiada com a concessão de liberdade provisória, a paciente foi novamente presa em flagrante, na posse de grande quantidade de droga, elevado valor em dinheiro e diversas embalagens vazias, utilizadas no comércio de drogas –, tais

circunstâncias não são suficientes para negar à acusada a concessão da prisão domiciliar, pois não foram referidos dados que pudessem evidenciar que a conduta supostamente perpetrada pela acusada oferecesse riscos à prole, como, por exemplo, a menção à venda de entorpecentes na residência em que reside com os filhos ou à intensa movimentação de pessoas naquele local.

4. A paciente é mãe de cinco crianças e não foi acusada de cometer condutas criminosas que envolvam violência ou grave ameaça contra pessoa nem contra seus filhos.

5. É cabível a substituição da prisão preventiva pela domiciliar, sem prejuízo da aplicação concomitante das medidas alternativas previstas no art. 319 do CPP, para toda mulher presa, gestante, puérpera, ou mãe de criança e deficientes sob sua guarda, enquanto perdurar tal condição, excetuados os casos de crimes praticados por elas mediante violência ou grave ameaça, contra seus descendentes ou, ainda, em situações excepcionalíssimas, as quais deverão ser devidamente fundamentadas pelos juízes que denegarem o benefício, conforme dispõe os arts. 318-A e 318-B do CPP.

6. Ordem concedida para assegurar à acusada que, com a comprovação de residência fixa ao Juízo natural da causa, aguarde em prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, o esgotamento da jurisdição ordinária se não estiver presa por outro motivo. Devem ser aplicadas, ainda, as medidas cautelares dos incisos I, IV do art. 319 do Código de Processo Penal. Fica a cargo do Juízo monocrático, ou ao que ele deprecar, a fiscalização do cumprimento do benefício.

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma, por unanimidade, conceder o habeas corpus, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Nefi Cordeiro, Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz e Sebastião Reis Júnior votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 17 de dezembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Rogerio Schietti Cruz, Relator

---

DJe: 19.12.2019

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz: *Jessica Sabrina de Souza* alega ser vítima de coação ilegal em decorrência de acórdão proferido pelo *Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo*, que denegou o HC n. 2019409-64.2019.8.26.0000.

Nesta Corte, a defesa sustenta a ausência de motivação idônea para decretar a prisão preventiva da paciente, na sentença que a condenou à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Aduz que, como seus cinco filhos são menores de 12 anos, ela faz jus ao recolhimento domiciliar.

Requer, liminarmente e no mérito, a expedição de alvará de soltura ou a concessão de prisão domiciliar à acusada.

Indeferida a liminar (fls. 53-55) e prestadas as informações (fls. 78-94), o Ministério Público Federal manifestou-se pelo não conhecimento do *writ* ou pela denegação da ordem (fls. 96-101).

A defesa postulou a reconsideração do *decisum* que indeferiu o pedido de urgência (fls. 60-77).

## VOTO

O Sr. Ministro Rogerio Schietti Cruz (Relator):

### *I. Contextualização*

Extrai-se dos autos que, em 2/4/2017, o Juízo singular converteu a prisão em flagrante da paciente e de outros autuados, pela suposta prática do crime de tráfico de drogas, em custódia preventiva (fl. 29).

Em 11/7/2017, o Tribunal de origem substituiu a prisão preventiva da acusada por medidas cautelares menos gravosas (fl. 28).

Ao final da instrução, em 29/1/2019, a ré foi condenada à pena de 5 anos e 10 meses de reclusão, em regime inicial fechado, e 583 dias-multa, como incurso no art. 33, *caput*, da Lei n. 11.343/2006. Na oportunidade, foi decretada sua custódia provisória, sob a seguinte motivação (fl. 34, grifei):

Nego-lhe o apelo em liberdade. Com efeito, como registrado alhures, *mesmo em gozo de liberdade provisória, aguardando sentença nesses autos, mais precisamente,*

no dia 28.12.2018, a acusada voltou a delinquir, sendo presa em flagrante com, nada mais nada menos, do que 09 (nove) quilos de cocaína, divididos em nove tabletes e duas porções a granel, além de R\$ 43.968,00 (quarenta e três mil, novecentos e sessenta e oito reais), amplo material para embalagem e armazenamento de narcóticos (cem sacolés, balança de precisão e 755 pinos plásticos vazios). É o que se verifica em consulta aos autos nº 1500713-51.2018.8.26.0621, por meio do SAJ. Destarte, em razão de fato novo e, visando garantir a ordem pública, decreto a prisão preventiva de Jéssica. Expeça-se o competente mandado.

Irresignada, a defesa impetrou habeas corpus perante o Tribunal *a quo*, que denegou a ordem. Confira-se (fls. 42-43):

Na espécie, de fato, verifico a existência de peculiaridades que autorizam o indeferimento da segregação alternativa. Não obstante a paciente seja mãe de cinco filhos menores de idade, conforme certidões de nascimento acostadas às fls. 20/24, destaco que foi ela presa com considerável quantidade de entorpecentes enquanto estava em liberdade provisória por delito de natureza análoga; comportamento que não condiz com a alegada preocupação da paciente prestar cuidados aos seus filhos; muito pelo contrário, o panorama permite concluir que a sua companhia se mostra deletéria à formação e desenvolvimento das crianças, contrariando os preceitos do Estatuto da Criança e do Adolescente, de sorte que se torna forçoso reconhecer que o caso concreto se insere entre as situações excepcionálistimas previstas na decisão proferida pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, no HC nº 143.641, que impedem a prisão domiciliar.

Passo ao exame das teses defensivas.

## II. Idoneidade do decreto de custódia preventiva

A prisão preventiva possui natureza excepcional, sempre sujeita a reavaliação, de modo que *a decisão judicial que a impõe ou a mantém, para compatibilizar-se com a presunção de não culpabilidade e com o Estado Democrático de Direito* – o qual se ocupa de proteger tanto a liberdade individual quanto a segurança e a paz públicas –, *deve ser suficientemente motivada*, com indicação concreta das razões fáticas e jurídicas que justificam a cautela, nos termos dos arts. 312, 313 e 282, I e II, do Código de Processo Penal.

Na espécie, *são idôneos os motivos* apontados para justificar a prisão preventiva da paciente, por evidenciarem o *descumprimento de medidas cautelares anteriormente impostas e o risco de reiteração delitativa, visto que, após haver sido beneficiada com a concessão de liberdade provisória, a paciente foi novamente presa em flagrante, na posse de cerca de 9 kg de cocaína, elevada quantia em dinheiro e diversas*

*embalagens vazias, utilizadas no comércio de drogas*, circunstâncias suficientes, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para a imposição da custódia provisória.

Ilustrativamente:

[...]

2. É idônea a motivação invocada para embasar a ordem de prisão do acusado, ao evidenciar o fundado risco de reiteração delitiva, visto que, além de registrar passagens criminais anteriores – até mesmo condenações –, *praticou novo delito após ser beneficiado com a liberdade provisória na ação penal objeto deste writ*.

3. Ordem denegada.

(HC n. 509.371/RS, Rel. Ministro Rogério Schietti, 6ª T., DJe 2/8/2019, grifei)

[...]

7. No caso, malgrado o crime de furto cometido não se enquadrar nas hipóteses do art. 313 do CPP, verifica-se que *o paciente descumpriu as condições impostas para a manutenção da providência cautelar autônoma da liberdade provisória, sendo, pois, possível a prisão preventiva com fulcro no art. 282, § 4º, c/c art. 312, parágrafo único, todos do CPP, conforme demonstrado*.

[...]

10. Habeas corpus não conhecido.

(HC n. 340.030/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, 5ª T., DJe 18/5/2016, destaquei)

### III. Substituição por prisão domiciliar

Na espécie, embora hajam sido indicados elementos concretos para justificar a imposição da cautela extrema à paciente, como já destacado, *considero que tais circunstâncias não são suficientes para negar à acusada a concessão da prisão domiciliar, pois não foram referidos dados concretos para evidenciar que a conduta supostamente perpetrada pela acusada oferecesse riscos à sua prole, como, por exemplo, a menção à venda de entorpecentes na residência em que reside com os filhos ou à intensa movimentação de pessoas naquele local*.

Logo, a despeito da elevada quantidade de droga encontrada, concluo que *os elementos apresentados, por si sós, não servem para denotar a periculosidade exacerbada da investigada na traficância, a ponto de justificar o emprego da cautela máxima*.

Por oportuno, transcrevo parte das considerações feitas no voto-vista no RHC n. 113.897/BA – *afetado e julgado pela Terceira Seção no dia 27/11/2019* –, as

quais entendo serem cruciais no enfrentamento do tema nos casos considerados limítrofes, *in verbis*:

Releva observar, nesse contexto, que o ato de delinquir é um desvio de comportamento próprio da natureza humana e que, comprovadamente, homens delinquem muito mais do que mulheres (segundo dados de 2018, do Banco Nacional de Monitoramento de Presos, instituído pelo CNJ, existiam no Brasil 602.217 presos, dos quais apenas 5% eram mulheres).

A despeito dessa realidade, não se vê, em relação aos homens, os mesmos questionamentos morais que se costumam fazer às mulheres, no que diz respeito à sua prole, muito embora sejam os homens igualmente detentores do dever familiar e, portanto, tão responsáveis quanto as mulheres pelo sustento e pela criação dos filhos.

De todo modo, a novel legislação bem como o *entendimento oriundo da Suprema Corte não devem ser vistos como um privilégio às mães, gestantes mães de filhos menores de 12 anos, mas sim uma ação afirmativa em prol das crianças que delas dependem*. Caso contrário, o texto legal em debate não teria razão de existir e a liberdade dessas mulheres deveria ser avaliada somente à luz das demais normas genéricas que regem o direito de responder ao processo em liberdade.

Imperiosa é essa observação, haja vista o *perigo* de utilização do art. 318-A do CPP para, ao contrário da vontade clara da lei, *manter a segregação cautelar de mulheres pela sua condição própria de mãe, sem observar se ela teria o direito à liberdade* direta ante a *ausência do preenchimento dos requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal, ou, se presentes, ante a possibilidade de substituição da cautela extrema por alguma das providências indicadas no art. 319 do CPP, conforme exposto no item anterior*.

A propósito, a par da escassa produção doutrinária sobre o tema, é unânime, entre os autores, a observância da negativa automática inserida no inciso I do art. 318-A do CPP, pois conforme bem explicita Guilherme de Souza Nucci (*Curso de Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro: Forense, 2019, p. 827): “não é preciso ser violência ou ameaça a filho, *mas a qualquer um*”. No mesmo sentido, a lição de Gustavo Henrique Badaró, “Agora, a nova norma passa a ser até mais restritiva, na medida em que não será em qualquer situação que a gestante terá direito à prisão domiciliar, mas somente se não tiver cometido o crime nas situações dos incisos I e II do art. 318-A. Portanto, a nova norma é mais restritiva que a antiga previsão” (*Processo Penal*, 7o ed., São Paulo: RT, p. 1.088).

Guilherme Madeira Dezem, por sua vez, fez uma ponderação mais detalhada aos casos de crimes cometidos com violência:

No entanto temos específica compreensão aqui para que a decisão do STF não se mostre *contra legem*. Não é qualquer crime com violência ou grave ameaça que autoriza a negativa de prisão domiciliar.

É necessária que a violência ou grave ameaça cometida seja de tal monta que justifique o afastamento da prisão domiciliar, como no caso acima. Caso contrário, ameaça praticada por mulher, em tese, iria autorizar a prisão preventiva sem possibilidade de prisão domiciliar.

Já a terceira hipótese (situação excepcional devidamente fundamentada), é de tal monta ampla que não pode ser aceita como válida.

Essa exceção é de tal forma genérica que permite burla à regra criada pelo STF.

Entendemos que o STF não poderia ter criado tal exceção. No entanto, uma vez criada a exceção e admitindo-se como válida é preciso que seja colocada em seu devido lugar no sistema. A situação excepcionalíssima não está ligada a crime com violência ou grave ameaça, pois estes crimes estão na exceção anterior. Quer nos parecer que esta hipótese liga-se a situações envolvendo réu reincidente, por exemplo.

Após a decisão do STF, o legislador alterou o Código de Processo Penal em 19.12.2018, criando os artigos 318-A e 318-B. O artigo 318-A praticamente implementou no Código as exceções criadas pelo STF dispondo que a prisão preventiva será substituída pela domiciliar desde que a) não tenha cometido crime com violência ou grave ameaça à pessoa ou b) não tenha cometido o crime contra seu filho ou dependente.

Quando se compara a mudança da lei com a decisão do STF percebe-se que há nesta decisão uma hipótese não contemplada na lei, qual seja situação excepcionalíssima devidamente motivada.

*Restará então a discussão se a lei impede que o juiz negue a prisão domiciliar com base em fundamento não repetido pela lei. Embora discordemos profundamente daquela exceção, o fato é que continua válida de **forma que poderão os juízes indeferir a prisão domiciliar com base neste fundamento.** (Curso de Processo Penal, 5. ed., São Paulo: RT, p. 907-908).*

[...]

importante, outrossim, afastar um pensamento – fruto do imaginário coletivo, que vez por outra se percebe, nem sempre explicitamente – de que mulheres estão passando a engravidar para cometer crimes e que a aplicação do dispositivo gerará impunidade.

Decerto que, quando se percebe, concretamente pelo exame dos autos, que a acusada, reiteradamente, insiste na prática delitiva, mesmo após beneficiada pela prisão domiciliar anteriormente fixada, não se há de lhe conceder a substituição da cautela extrema, sob pena de, aí sim, criar-se um *bill de indenidade*, a autorizar práticas criminosas, colocando a paz pública em efetivo risco.

[...]

Sem embargo, *não encontra amparo* em lei nenhum raciocínio que se volte a realizar *juulgamentos morais* sobre a maneira como a acusada, mãe, cria sua prole, salvo se, comprovadamente, demonstrar-se sua total incapacidade para exercer seu papel materno, como, de resto, também se há de ter igual preocupação quando se tratar de homem, em relação ao seu papel paterno, ao postular o benefício previsto no art. 318, IV do CPP.

Note-se, a propósito, que o art. 1.638 do Código Civil prevê, entre as causas de perda do poder familiar, por ato judicial (do juiz competente), “deixar o filho em abandono” (inc. II) e “praticar atos contrários à moral e aos bons costumes” (inc. III), o que, por óbvio, vale tanto para o pai quanto para a mãe.

Destaco, ainda, pela leitura da exposição de motivos ao projeto de lei de que resultou o Marco Legal da Primeira Infância, anteriormente transcrito, que *raros são os casos em que as mulheres exercem função de liderança em crimes como o de tráfico de drogas (maior incidência entre as mulheres) ou que, realmente, cometem delitos com emprego de violência, em se tratando dos demais crimes.*

Não negligencio o fato de que chegam aos tribunais casos de mulheres apontadas como líderes do tráfico de determinada facção criminosa, ou que ocupam o lugar do companheiro na função de comando. Concordo que, em tais hipóteses, a conclusão pela soltura ou pela substituição da segregação preventiva se torna problemática, mas é importante pontuar, como consta do referido texto de justificação da Lei n. 13.769/2018, que as mulheres abarcadas pela lei, dentro da função de proteger seus filhos, na generalidade dos casos, “não representam perigo real à paz social”.

De toda sorte, em face da descrição de nova prática ilícita pela ré, considero necessária a aplicação concomitante das medidas cautelares dispostas nos incisos I, IV e IX do art. 319 do Código de Processo Penal.

Portanto, a paciente é *mãe de cinco crianças* e não foi acusada de cometer condutas criminosas que envolvam violência ou grave ameaça contra pessoa nem contra seus filhos, *circunstâncias que demonstram não ser necessária a manutenção da cautela extrema.*

Julgado o mérito da impetração, fica *prejudicado o exame do pedido de reconsideração* de fls. 60-77.

#### *IV. Dispositivo*

À vista do exposto, *concedo a ordem para assegurar à paciente* que, com a comprovação de residência fixa ao Juízo natural da causa, *aguarde em prisão domiciliar, mediante monitoramento eletrônico, o esgotamento da jurisdição ordinária* caso não esteja presa por outro motivo. Aplico, ainda, as seguintes

medidas cautelares: a) *comparecimento periódico em juízo*, no prazo e nas condições a serem fixadas pelo Magistrado, a fim de informar seu endereço e justificar suas atividades; b) *proibição de se ausentar da comarca* sem prévia autorização judicial.

Ficam a cargo da autoridade de primeiro grau a fiscalização do cumprimento do benefício e o deferimento de eventuais autorizações para breves ausências do domicílio, *sempre tendo em vista os interesses dos filhos menores da ré*.

A cautela ora imposta poderá ser, a qualquer tempo, modificada ou adaptada pela autoridade judiciária responsável pelo processo em curso na primeira instância (inclusive se o Estado não dispuser de tornozeleiras).

---

### **RECURSO ESPECIAL N. 1.788.562-TO (2018/0336644-3)**

---

Relator: Ministro Nefi Cordeiro

Recorrente: Washington Alves Ribeiro

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Tocantins

Recorrido: Ministério Público do Estado do Tocantins

---

#### **EMENTA**

Recurso Especial. Conflito entre Normas. Prisão Domiciliar. Frequência a Culto Religioso Durante o Período Noturno. Recurso Parcialmente Provido.

1. O cumprimento de prisão domiciliar não impede a liberdade de culto, quando compatível com as condições impostas ao reeducando, atendendo à finalidade ressocializadora da pena.

2. Não havendo notícia do descumprimento das condições impostas pelo juízo da execução, admite-se ao executado, em prisão domiciliar, ausentar-se de sua residência para frequentar culto religioso, no período noturno.

3. Considerada a possibilidade de controle do horário e de delimitação da área percorrida por meio do monitoramento

eletrônico, o comparecimento a culto religioso não representa risco ao cumprimento da pena.

4. Recurso especial parcialmente provido para permitir ao reeducando o comparecimento a culto religioso às quintas e domingos, das 19h às 21h, mantidas as demais condições impostas pelo Juízo das Execuções Criminais.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Antonio Saldanha Palheiro, Laurita Vaz, Sebastião Reis Júnior e Rogerio Schietti Cruz votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de setembro de 2019 (data do julgamento).

Ministro Nefi Cordeiro, Presidente e Relator

---

DJe: 23.9.2019

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão que negou provimento ao agravo em execução.

Nas razões recursais, aponta violação do art. 24 da Lei de Execução Penal, ao argumento de que, *embora o artigo 24 da LEP fale em cultos “nos presídios”, “dentro dos presídios”, o Recorrente foi beneficiado com a progressão estando em prisão domiciliar [...], de maneira que injustificável não se lhe conceder o direito de frequência a cultos religiosos pretendidos pelo AGEXPE (fl. 43).*

Requer, assim, o provimento do recurso, reformando-se o acórdão recorrido para que seja autorizada a frequência aos cultos religiosos às quintas, sextas, sábados e domingos, das 19h às 21h.

Contra-arrazoado e admitido na origem, manifestou-se o Ministério Público Federal pelo provimento do recurso.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Nefi Cordeiro (Relator): A controvérsia posta em debate cinge-se em torno da possibilidade de conceder ao recorrente o direito de ausentar-se de sua residência para frequentar culto religioso às quintas, sextas, sábados e domingos, das 19h às 21h.

O recorrente encontra-se em prisão domiciliar com monitoramento eletrônico, por falta de local próprio para os presos do regime intermediário.

Acerca da questão, o magistrado de piso assim se manifestou (fl. 24):

*Trata-se de execução penal na qual foi concedido trabalho externo ao reeducando, bem como prisão domiciliar, condicionada ao cumprimento de determinadas condições, entre elas o recolhimento em seu endereço domiciliar até às 19h00min. Tal condição, principalmente, tem o objetivo de evitar o esvaziamento de uma das principais características da pena, qual seja, o caráter sancionador e/ou punitivo.*

*Logo, permitir que o reeducando se ausente de sua residência em período noturno, estando ele cumprindo a pena em prisão domiciliar, quando poderia estar cumprindo a pena nas condições do regime semiaberto, mesmo que para fins religiosos, seria por demais benéfico ao reeducando e não atenderia às finalidades da pena.*

*Portanto, o recolhimento do reeducando em sua residência no período noturno, de certa forma, tem caráter sancionador, porquanto, ao invés de estar praticando qualquer outra atividade de seu interesse naquele período, o mesmo deve ficar recluso em seu domicílio.*

*Assim entendo que a pretensão não poderá ser deferida ao reeducando neste momento. Todavia, por ocasião da progressão ao regime aberto, regime de condições mais brandas, no qual não se utiliza a fiscalização eletrônica, a pretensão poderá novamente ser analisada.*

Por sua vez, o Tribunal *a quo* manteve a decisão que indeferiu o pleito defensivo com os seguintes fundamentos (fl. 30):

O recurso preenche os requisitos de admissibilidade, merecendo, pois, conhecimento.

*Colhe-se do caderno processual que o Agravante está cumprindo atualmente pena em prisão domiciliar, condicionada ao cumprimento de determinadas condições, entre elas o recolhimento em seu endereço domiciliar até às 19h.*

*Registra-se, ainda, que o Agravante deveria estar cumprindo pena no semiaberto, porém, está cumprindo pena em prisão domiciliar, o que lhe é mais benéfico, pois, o Estado não possui aparato que garanta o trabalho no interior da unidade prisional.*

Convém destacar que, como bem observado no parecer do representante do Ministério Público nesta instância, *"Desta forma, deferir ao apenado o direito de frequentar os cultos religiosos, em local, dias e horários determinados, significa, suprimir a própria pena, uma vez que o reeducando já trabalha e ainda terá vida social ativa com a sua frequência a cultos em 4 (quatro) dias da semana, retirando da pena seu caráter sancionador.*

*Por derradeiro, dificultando, ou até mesmo inviabilizando a fiscalização do cumprimento da conforme enfatizado nas contrarrazões, a autorização de frequência a cultos religiosos em 4 (quatro) dias da semana implicará a necessidade de fiscalização por parte da Central de Monitoramento Eletrônico e gerará precedente para que outros reeducandos requeiram autorização para frequentar atividades religiosas ou outras atividades que considerem ressocializadoras, dificultando, ou até mesmo inci pena."*

*Posto isso, verifica-se que, não há necessidade de o Acusado frequentar os cultos religiosos, tendo em vista que, seria por demais benéficos ao reeducando.*

*No presente caso, o Agravante pode aproveitar da benesse que já foi lhe imposta, ou seja, a prisão em domicílio. Deste modo poderá adequar seus horários para o exercício de suas práticas religiosas durante o período diurno, ou até mesmo podendo assistir em sua televisão os cultos religiosos que são exibidos em vários canais abertos.*

Assim, por todo o exposto, acolho o Parecer Ministerial de Cúpula, conheço do presente recurso e, nego-lhe provimento, a fim de manter incólume a decisão guerreada.

Na espécie, observa-se que decisão do magistrado de piso que indeferiu o pleito encontra-se amparada no fato de que o executado se encontra no benefício da prisão domiciliar e, com normas de conduta a serem cumpridas, entre elas o recolhimento domiciliar até às 19h.

Nota-se, igualmente, que o juiz singular traçou as limitações mínimas que considera necessárias para acautelar o juízo, bem como poupar o recorrente do cárcere, entendendo que as atividades profissionais e pessoais devem se adequar aos horários e obrigações pré-estabelecidos.

Ocorre, todavia, que o cumprimento de prisão domiciliar não impede a liberdade de culto, quando compatível com as condições impostas ao reeducando, atendendo à finalidade ressocializadora da pena.

No ponto, bem lançadas as razões do Ministério Público Federal, no sentido do deferimento do pedido (fls. 64-66):

O direito à assistência religiosa está previsto na Constituição da República, cujo artigo 5º, VI, e VII, da CRFB assegura a inviolabilidade da liberdade de crença,

o livre exercício dos cultos religiosos e a prestação de assistência religiosa nas entidades civis e militares de internação coletiva. Do mesmo modo, o artigo 24 da LEP, dispõe acerca da prestação de assistência religiosa ao apenado:

Art. 24. A assistência religiosa, com liberdade de culto, será prestada aos presos e aos internados, permitindo-se-lhes a participação nos serviços organizados no estabelecimento penal, bem como a posse de livros de instrução religiosa.

§ 1º No estabelecimento haverá local apropriado para os cultos religiosos.

§ 2º Nenhum preso ou internado poderá ser obrigado a participar de atividade religiosa.

A liberdade religiosa é prevista, igualmente, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) em seu artigo 12:

#### Artigo 12. Liberdade de consciência e de religião

1. Toda pessoa tem direito à liberdade de consciência e de religião. Esse direito implica a liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças, bem como a liberdade de professar e divulgar sua religião ou suas crenças, individual ou coletivamente, tanto em público como em privado.

2. Ninguém pode ser objeto de medidas restritivas que possam limitar sua liberdade de conservar sua religião ou suas crenças, ou de mudar de religião ou de crenças.

3. A liberdade de manifestar a própria religião e as próprias crenças está sujeita unicamente às limitações prescritas pela lei e que sejam necessárias para proteger a segurança, a ordem, a saúde ou a moral públicas ou os direitos ou liberdades das demais pessoas.

4. Os pais, e quando for o caso os tutores, têm direito a que seus filhos ou pupilos recebam a educação religiosa e moral que esteja acorde com suas próprias convicções.

Ainda, Ingo Wolfgang Sarlet<sup>3</sup> lembra que cabe, no âmbito do sistema internacional, referir que a liberdade religiosa foi objeto de proteção por meio de um documento específico, designadamente, da Declaração da ONU sobre a eliminação de todas as formas de intolerância e discriminação baseadas na religião ou na convicção proclamada pela Assembléia Geral em 1981, mediante a Res. 36/55.

No caso dos autos, como antes mencionado, o requerente busca o reconhecimento do direito de exercício da liberdade de culto, vale dizer,

exteriorização da crença. Observe-se que, caso estivesse em estabelecimento prisional o recorrente teria a possibilidade de, na prisão, exercer sua religiosidade, o que não acontece, necessariamente, em sua residência, considerando a importância, nas diversas religiões, do local do culto coletivo.

Com efeito, no artigo Liberdade Religiosa e Multiculturalismo, Walter Claudius Rothenburg<sup>4</sup>, citando André Ramos Tavares, ensina que a prática religiosa inclui, dentre outros, o direito ao culto (e seus locais) e à liturgia:

A prática religiosa inclui, segundo André Ramos Tavares (2009, p. 21), o direito: "(a) à opção por valores transcendentais; (b) à crença nesse sistema de valores; (c) à possibilidade de seguir os dogmas religiosos; (d) ao culto (e seus locais) e à liturgia e; (e) de o indivíduo não ser inquirido pelo Estado acerca de suas convicções".

*Mesmo se considerarmos que a liberdade religiosa não é direito absoluto e que o recorrente está em cumprimento de prisão domiciliar (sendo naturais a aplicação de restrições e a observância de limitações), ressalte-se que o cumprimento de prisão domiciliar não tolhe o direito constitucional do réu à liberdade religiosa, e, mais especificamente, liberdade de culto, desde que exercida em compatibilidade mínima com a realidade da prisão imposta ao recorrente. Por outro lado, a decisão recorrida tolhe o direito à liberdade de culto, na medida em que restringe a prática religiosa ao lar do requerente quando, como pontuado anteriormente, na maioria das religiões o culto coletivo e o local em que exercido o culto são de máxima importância.*

*Ademais, no caso, tratando-se de reeducando submetido a monitoramento eletrônico, viável o controle tanto do cumprimento de horário como da obediência à permanência na área delimitada.*

Por fim, vale referir que a liberdade de culto está estreitamente relacionada ao princípio da dignidade da pessoa humana, como explica Edith Maria Barbosa Ramos<sup>5</sup> no artigo Liberdade Religiosa como Direito Fundamental: existe proteção constitucional aos cultos e às liturgias das mais diversas religiões. É uma desejável aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana, pois de nada adiantaria declarar que as pessoas são livres para crerem no que quiserem, mas que não poderiam expressar as suas convicções através de seus ritos.

*Assim sendo, tenho que não cabe obstaculizar o exercício de crença religiosa proibindo o recorrente de frequentar os cultos religiosos, mesmo considerando-se o horário em que ocorrem.*

*A autorização atende ao propósito ressocializador da pena, bem como aos princípios da individualização da pena e da dignidade da pessoa humana.*

Deste modo, o MPF manifesta-se pela autorização para que o recorrente frequente os cultos religiosos na igreja localizada na comarca de Gurupi/TO, às quintas-feiras e domingos, das 19h às 21h. A autorização deverá abranger a

saída domiciliar nos horários e ao local específicos indicados pelo réu a serem rigorosamente observados

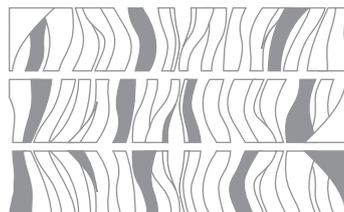
Ademais, há que ser observado, no caso concreto, a inexistência de informações de descumprimento das condições impostas – faltas disciplinares –, a evidenciar que o recorrente atende aos requisitos necessários à almejada alteração no horário de recolhimento e repouso noturno.

Considerada, ademais, a possibilidade de controle do horário e de delimitação da área percorrida por meio do monitoramento eletrônico, o comparecimento a culto religioso não representa risco ao cumprimento da pena.

Nesse contexto fático-jurídico, entendo proporcional e adequado à ressocialização do reeducando o parcial deferimento do pedido para permitir a alteração, excepcionalmente, do horário de recolhimento e repouso noturno de *Washington Alves Ribeiro*, às quintas e domingos, para comparecimento ao culto das 19h às 21h.

Ante o exposto, voto por dar parcial provimento ao recurso para permitir ao reeducando o comparecimento ao culto religioso às quintas e domingos, das 19h às 21h, mantidas as demais condições impostas pelo Juízo das Execuções Criminais.





---

## Súmulas



---

**SÚMULA N. 637**

---

O ente público detém legitimidade e interesse para intervir, incidentalmente, na ação possessória entre particulares, podendo deduzir qualquer matéria defensiva, inclusive, se for o caso, o domínio.

**Referências:**

CF/1988, art. 5º, XXV.

CC/2002, art. 1.210, § 2º.

CPC/1973, arts. 56 e 923 (revogado).

CPC/2015, art. 557.

**Precedentes:**

EREsp 1.134.446-MT (CE, 21.03.2018 – DJe 04.04.2018)

REsp 780.401-DF (3ª T, 03.09.2009 – DJe 21.09.2009)

AgRg nos EDcl  
no REsp 1.099.469-DF (3ª T, 15.09.2011 – DJe 22.09.2011)

AgRg no REsp 1.282.207-DF (3ª T, 15.12.2015 – DJe 02.02.2016)

Corte Especial, em 6.11.2019

DJe 11.11.2019

---

**SÚMULA N. 638**

---

É abusiva a cláusula contratual que restringe a responsabilidade de instituição financeira pelos danos decorrentes de roubo, furto ou extravio de bem entregue em garantia no âmbito de contrato de penhor civil.

**Referências:**

CDC, art. 51, I.

Súmula n. 297-STJ.

**Precedentes:**

REsp 1.133.111-PR (3ª T, 06.10.2009 – DJe 05.11.2009)

REsp 1.227.909-PR (3ª T, 15.09.2015 – DJe 23.09.2015)

REsp 273.089-SP (4ª T, 15.09.2005 – DJ 24.10.2005)

REsp 1.155.395-PR (4ª T, 1º.10.2013 – DJe 29.10.2013)

Segunda Seção, em 27.11.2019

DJe 2.12.2019

---

**SÚMULA N. 639**

---

Não fere o contraditório e o devido processo decisão que, sem ouvida prévia da defesa, determine transferência ou permanência de custodiado em estabelecimento penitenciário federal.

**Referências:**

LEP, art. 52, §§ 1º e 2º.

Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º.

Decreto n. 6.877/2009, art. 12.

**Precedentes:**

RHC 46.786-MS (5ª T, 03.02.2015 – DJe 10.02.2015)

HC 349.668-PR (5ª T, 21.02.2017 – DJe 03.03.2017)

AgRg no RHC 73.261-SP (5ª T, 18.04.2017 – DJe 26.04.2017)

HC 423.234-RJ (5ª T, 20.03.2018 – DJe 02.04.2018)

AgRg no REsp 1.732.152-RN (5ª T, 17.05.2018 – DJe 30.05.2018)

HC 455.702-PR (5ª T, 20.09.2018 – DJe 27.09.2018)

RHC 103.368-BA (5ª T, 06.12.2018 – DJe 12.12.2018)

HC 389.493-PR (6ª T, 18.04.2017 – DJe 26.04.2017)

HC 395.740-RJ (6ª T, 10.10.2017 – DJe 23.10.2017)

AgRg no RHC 49.440-MS (6ª T, 14.11.2017 – DJe 21.11.2017)

Terceira Seção, em 27.11.2019

DJe 2.12.2019

**SÚMULA N. 640**

O benefício fiscal que trata do Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (REINTEGRA) alcança as operações de venda de mercadorias de origem nacional para a Zona Franca de Manaus, para consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro.

**Referências:**

Lei n. 12.546/2011, art. 8º.

Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI.

Lei n. 13.670/2018.

**Precedentes:**

|               |              |                                     |
|---------------|--------------|-------------------------------------|
| REsp          | 1.679.681-SC | (1ª T, 19.02.2019 – DJe 28.02.2019) |
| AgInt no REsp | 1.719.493-RS | (1ª T, 12.03.2019 – DJe 15.03.2019) |
| AgInt no REsp | 1.703.251-RS | (1ª T, 19.03.2019 – DJe 22.03.2019) |
| AgRg no REsp  | 1.532.186-RS | (2ª T, 25.08.2015 – DJe 10.09.2015) |
| AgRg no REsp  | 1.550.849-SC | (2ª T, 06.10.2015 – DJe 16.10.2015) |
| AgInt no REsp | 1.553.840-SC | (2ª T, 17.05.2016 – DJe 25.05.2016) |
| AgInt no REsp | 1.605.804-RS | (2ª T, 13.09.2016 – DJe 20.09.2016) |
| REsp          | 1.650.050-RS | (2ª T, 16.03.2017 – DJe 24.04.2017) |
| REsp          | 1.658.090-RS | (2ª T, 06.04.2017 – DJe 27.04.2017) |
| REsp          | 1.656.949-RS | (2ª T, 05.10.2017 – DJe 11.10.2017) |
| REsp          | 1.688.621-RS | (2ª T, 07.11.2017 – DJe 14.11.2017) |
| AgInt no REsp | 1.704.482-RS | (2ª T, 1º.03.2018 – DJe 06.03.2018) |
| AgInt no REsp | 1.713.824-RS | (2ª T, 13.12.2018 – DJe 18.12.2018) |

Primeira Seção, em 18.2.2020

DJe 19.2.2020

---

**SÚMULA N. 641**

---

A portaria de instauração do processo administrativo disciplinar prescinde da exposição detalhada dos fatos a serem apurados.

**Referência:**

Lei n. 8.112/1990, arts. 151, I e 161.

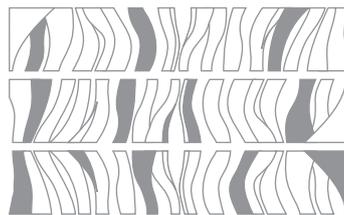
**Precedentes:**

|    |           |                                     |
|----|-----------|-------------------------------------|
| MS | 17.981-DF | (1ª S, 25.02.2016 – DJe 03.03.2016) |
| MS | 22.151-DF | (1ª S, 25.02.2016 – DJe 06.04.2016) |
| MS | 22.575-PA | (1ª S, 24.08.2016 – DJe 30.08.2016) |
| MS | 17.389-DF | (1ª S, 09.11.2016 – DJe 29.11.2016) |
| MS | 20.615-DF | (1ª S, 08.03.2017 – DJe 31.03.2017) |
| MS | 17.900-DF | (1ª S, 23.08.2017 – DJe 29.08.2017) |

Primeira Seção, em 18.2.2020

DJe 19.2.2020





---

## Índice Analítico



**A**

- PrCv Ação de cobrança de débitos condominiais - **Ação rescisória** - Não cabimento - Violação literal de lei. REsp n. 1.749.812 - PR. RSTJ 256/537.
- PrCv **Ação de cobrança por inexecução contratual** - Contrato de compra e venda de pinheiros. REsp n. 1.468.224 - PR. RSTJ 256/369.
- PrCv **Ação de rescisão contratual** - Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - Contrato de promessa de compra e venda de imóvel - Desistência imotivada do promissário comprador - Incorporação imobiliária - Juros de mora - Termo inicial. REsp n. 1.723.519 - SP. RSTJ 256/496.
- PrPn Ação penal - Trancamento - Crime de peculato - Crime de corrupção passiva - **Crime licitatório**. RHC n. 111.060 - MG. RSTJ 256/633.
- PrCv **Ação possessória entre particulares** - Legitimidade - Interesse - Ente público. Súmula n. 637-STJ. RSTJ 256/713.
- PrCv **Ação rescisória** - Não cabimento - Ação de cobrança de débitos condominiais - Violação literal de lei. REsp n. 1.749.812 - PR. RSTJ 256/537.
- Pn **Advogado** - Habilitação - CPP, art. 263. HC n. 488.364 - PR. RSTJ 256/615.
- PrPn **Apelação** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de homicídio culposo - Direção de veículo automotor sob influência de álcool - Tese de nulidade por impedimento do Magistrado - Votação unânime - Atuação

desinfluente no resultado do julgamento. HC n. 510.837 - SC. RSTJ 256/681.

PrCv **Arbitragem** - Cláusula compromissória - Competência - Juízo arbitral - Lei n. 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único - Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. EREsp n. 1.598.220 - RN. RSTJ 256/519.

PrCv Ato de gestão de natureza empresarial - Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - **Mandado de segurança** - Não cabimento - Transferência de ações. REsp n. 1.778.579 - SP. RSTJ 256/604.

## B

Adm Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - Retribuição por Titulação - **Servidor público** - Vencimento básico do padrão ocupado. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.

Cv Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - CDC, art. 51, I - Cláusula contratual abusiva - **Contrato de penhor civil** - Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação. Súmula n. 638-STJ. RSTJ 256/714.

Pv **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Direito adquirido - Reconhecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput* - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.631.021 - PR. RSTJ 256/284.

## C

Cv CDC, art. 51, I - Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - Cláusula contratual abusiva - **Contrato de penhor civil** - Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação. Súmula n. 638-STJ. RSTJ 256/714.

Trbt **Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN)** - Emissão - Impossibilidade - Débitos da matriz e de outra filial - Existência - Filial de estabelecimento comercial. AgInt nos EAREsp n. 1.286.122 - DF. RSTJ 256/337.

PrCv Cláusula compromissória - **Arbitragem** - Competência - Juízo arbitral - Lei n. 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único - Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. EREsp n. 1.598.220 - RN. RSTJ 256/519.

- Cv Cláusula contratual abusiva - Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - CDC, art. 51, I - **Contrato de penhor civil** - Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação. Súmula n. 638-STJ. RSTJ 256/714.
- PrCv Competência - Juízo arbitral - **Arbitragem** - Cláusula compromissória - Lei n. 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único - Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. EREsp n. 1.598.220 - RN. RSTJ 256/519.
- Cv **Condomínio edilício** - Condômino inadimplente - Proibição de uso de área comum - Impossibilidade. REsp n. 1.699.022 - SP. RSTJ 256/584.
- Cv Condômino inadimplente - Proibição de uso de área comum - Impossibilidade - **Condomínio edilício**. REsp n. 1.699.022 - SP. RSTJ 256/584.
- PrCv **Conflito entre coisas julgadas**. AREsp n. 600.811 - SP. RSTJ 256/189.
- PrPn Conselheiro de Tribunal de Contas - CPP, art. 319, VI - **Crime de corrupção passiva** - Suspensão do exercício da função pública. APn n. 897 - DF. RSTJ 256/23.
- PrPn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Apelação** - Crime de homicídio culposo - Direção de veículo automotor sob influência de álcool - Tese de nulidade por impedimento do Magistrado - Votação unânime - Atuação desinfluyente no resultado do julgamento. HC n. 510.837 - SC. RSTJ 256/681.
- Pn Constrangimento ilegal - Não ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de homicídio qualificado** - Garantia da ordem pública - Periculosidade social do agente - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 489.333 - PR. RSTJ 256/624.
- Trbt Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Lei n. 13.670/2018 - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus - **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)**. Súmula n. 640-STJ. RSTJ 256/716.
- Pn Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - **Custodiado** - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Defesa - Ouvida prévia - Ausência - Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º. Súmula n. 639-STJ. RSTJ 256/715.
- PrCv Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - **Ação de rescisão contratual** - Contrato de promessa de compra e venda de imóvel - Desistência imotivada do promissário comprador - Incorporação imobiliária - Juros de mora - Termo inicial. REsp n. 1.723.519 - SP. RSTJ 256/496.

- PrCv Contrato de compra e venda de pinheiros - **Ação de cobrança por inexecução contratual**. REsp n. 1.468.224 - PR. RSTJ 256/369.
- Cv **Contrato de penhor civil** - Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - CDC, art. 51, I - Cláusula contratual abusiva - Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação. Súmula n. 638-STJ. RSTJ 256/714.
- PrCv Contrato de promessa de compra e venda de imóvel - **Ação de rescisão contratual** - Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - Desistência imotivada do promissário comprador - Incorporação imobiliária - Juros de mora - Termo inicial. REsp n. 1.723.519 - SP. RSTJ 256/496.
- Cv **Contrato particular de empreitada global mista** - Duplicata - Imóvel residencial - Penhora - Possibilidade. REsp n. 1.221.372 - RS. RSTJ 256/573.
- PrCv CPC/2015, art. 1.022 - Violação - Não ocorrência - Existência de processo em trâmite - Requisito - **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. AREsp n. 1.470.017 - SP. RSTJ 256/445.
- Pn CPP, art. 263 - **Advogado** - Habilitação. HC n. 488.364 - PR. RSTJ 256/615.
- Pn CPP, art. 312 - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - **Crime de homicídio qualificado** - Garantia da ordem pública - Periculosidade social do agente - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 489.333 - PR. RSTJ 256/624.
- PrPn CPP, arts. 312 e 319 - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 519.018 - SP. RSTJ 256/695.
- PrPn CPP, art. 319, VI - Conselheiro de Tribunal de Contas - **Crime de corrupção passiva** - Suspensão do exercício da função pública. APn n. 897 - DF. RSTJ 256/23.
- PrPn **Crime de corrupção passiva** - Conselheiro de Tribunal de Contas - CPP, art. 319, VI - Suspensão do exercício da função pública. APn n. 897 - DF. RSTJ 256/23.
- PrPn Crime de homicídio culposo - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Direção de veículo automotor sob influência de álcool - Tese de nulidade por impedimento do Magistrado - Votação unânime - Atuação desinfluyente no resultado do julgamento. HC n. 510.837 - SC. RSTJ 256/681.
- Pn **Crime de homicídio qualificado** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - CPP, art. 312 - Garantia da ordem pública - Periculosidade social do

- agente - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 489.333 - PR. RSTJ 256/624.
- PrPn **Crime de homicídio qualificado** - Princípio da plenitude de defesa - Tribunal do Júri - Uso de roupas civis em Sessão Plenária. RMS n. 60.575 - MG. RSTJ 256/650.
- PrPn Crime de peculato - Crime de corrupção passiva - Ação penal - Trancamento - **Crime licitatório**. RHC n. 111.060 - MG. RSTJ 256/633.
- PrPn **Crime de tráfico de entorpecente** - CPP, arts. 312 e 319 - Prisão domiciliar - Cabimento - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 519.018 - SP. RSTJ 256/695.
- PrPn **Crime licitatório** - Ação penal - Trancamento - Crime de peculato - Crime de corrupção passiva. RHC n. 111.060 - MG. RSTJ 256/633.
- PrPn Culto religioso durante o período noturno - Comparecimento - Possibilidade - **Execução penal** - Prisão domiciliar. REsp n. 1.788.562 - TO. RSTJ 256/703.
- Pn **Custodiado** - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Defesa - Ouvida prévia - Ausência - Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º. Súmula n. 639-STJ. RSTJ 256/715.

## D

- Trbt Débitos da matriz e de outra filial - Existência - **Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN)** - Emissão - Impossibilidade - Filial de estabelecimento comercial. AgInt nos EAREsp n. 1.286.122 - DF. RSTJ 256/337.
- Pn Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - **Custodiado** - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Defesa - Ouvida prévia - Ausência - Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º. Súmula n. 639-STJ. RSTJ 256/715.
- Pn Defesa - Ouvida prévia - Ausência - Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - **Custodiado** - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º. Súmula n. 639-STJ. RSTJ 256/715.
- PrCv Desistência imotivada do promissário comprador - **Ação de rescisão contratual** - Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - Contrato de promessa

- de compra e venda de imóvel - Incorporação imobiliária - Juros de mora - Termo inicial. REsp n. 1.723.519 - SP. RSTJ 256/496.
- Cv Despesas de acompanhante - **Internação hospitalar** - Paciente idoso - Responsabilidade - Plano de saúde. REsp n. 1.793.840 - RJ. RSTJ 256/550.
- PrPn Direção de veículo automotor sob influência de álcool - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de homicídio culposo - Tese de nulidade por impedimento do Magistrado - Votação unânime - Atuação desinfluyente no resultado do julgamento. HC n. 510.837 - SC. RSTJ 256/681.
- Pv Direito adquirido - Reconhecimento - **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput* - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.631.021 - PR. RSTJ 256/284.
- Cv Duplicata - **Contrato particular de empreitada global mista** - Imóvel residencial - Penhora - Possibilidade. REsp n. 1.221.372 - RS. RSTJ 256/573.

**E**

- PrCv **Embargos de declaração rejeitados** - Indenização por trabalho em localidades estratégicas - Omissão - Contradição - Obscuridade - Erro material - Ausência - Servidor público federal. EDcl no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 256/237.
- PrCv Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Ato de gestão de natureza empresarial - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - **Mandado de segurança** - Não cabimento - Transferência de ações. REsp n. 1.778.579 - SP. RSTJ 256/604.
- PrPn **Execução penal** - Culto religioso durante o período noturno - Comparecimento - Possibilidade - Prisão domiciliar. REsp n. 1.788.562 - TO. RSTJ 256/703.
- PrCv Existência de processo em trâmite - Requisito - CPC/2015, art. 1.022 - Violação - Não ocorrência - **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)**. AREsp n. 1.470.017 - SP. RSTJ 256/445.
- PrCv Extinção do processo sem julgamento do mérito - Ato de gestão de natureza empresarial - Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - **Mandado de segurança** - Não cabimento - Transferência de ações. REsp n. 1.778.579 - SP. RSTJ 256/604.

**F**

Trbt Filial de estabelecimento comercial - **Certidão Positiva de Débitos com Efeito de Negativa (CPD-EN)** - Emissão - Impossibilidade - Débitos da matriz e de outra filial - Existência. AgInt nos EAREsp n. 1.286.122 - DF. RSTJ 256/337.

**G**

Pn Garantia da ordem pública - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de homicídio qualificado** - Periculosidade social do agente - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 489.333 - PR. RSTJ 256/624.

Adm Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - Retribuição por Titulação - **Servidor público** - Vencimento básico do padrão ocupado. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.

Adm Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - Retribuição por Titulação - **Servidor público** - Vencimento básico do padrão ocupado. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.

**I**

Cv Imóvel residencial - **Contrato particular de empreitada global mista** - Duplicata - Penhora - Possibilidade. REsp n. 1.221.372 - RS. RSTJ 256/573.

Adm **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, art. 12 - Perda da função pública. AgInt nos EREsp n. 1.797.900 - SC. RSTJ 256/365.

PrCv **Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR)** - CPC/2015, art. 1.022 - Violação - Não ocorrência - Existência de processo em trâmite - Requisito. AREsp n. 1.470.017 - SP. RSTJ 256/445.

PrCv Incorporação imobiliária - **Ação de rescisão contratual** - Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - Contrato de promessa de compra e venda de imóvel - Desistência imotivada do promissário comprador - Juros de mora - Termo inicial. REsp n. 1.723.519 - SP. RSTJ 256/496.

- PrCv Indenização por trabalho em localidades estratégicas - **Embargos de declaração rejeitados** - Omissão - Contradição - Obscuridade - Erro material - Ausência - Servidor público federal. EDcl no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 256/237.
- Cv Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação - Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - CDC, art. 51, I - Cláusula contratual abusiva - **Contrato de penhor civil**. Súmula n. 638-STJ. RSTJ 256/714.
- Cv **Internação hospitalar** - Despesas de acompanhante - Paciente idoso - Responsabilidade - Plano de saúde. REsp n. 1.793.840 - RJ. RSTJ 256/550.

J

- PrCv Juros de mora - Termo inicial - **Ação de rescisão contratual** - Contrato anterior à Lei 13.786/2018 - Contrato de promessa de compra e venda de imóvel - Desistência imotivada do promissário comprador - Incorporação imobiliária. REsp n. 1.723.519 - SP. RSTJ 256/496.

L

- PrCv Legitimidade - Interesse - Ente público - **Ação possessória entre particulares**. Súmula n. 637-STJ. RSTJ 256/713.
- Adm Lei n. 8.112/1990, arts. 151, I e 161 - Portaria de instauração - Exposição detalhada dos fatos - Prescindibilidade - **Processo administrativo disciplinar**. Súmula n. 641-STJ. RSTJ 256/717.
- Adm Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Retribuição por Titulação - **Servidor público** - Vencimento básico do padrão ocupado. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.
- Pv Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput* - **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Direito adquirido - Reconhecimento - Prazo decadencial - Incidência. REsp n. 1.631.021 - PR. RSTJ 256/284.
- Adm Lei n. 8.429/1992, art. 12 - **Improbidade administrativa** - Perda da função pública. AgInt nos EREsp n. 1.797.900 - SC. RSTJ 256/365.
- PrCv Lei n. 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único - **Arbitragem** - Cláusula compromissória - Competência - Juízo arbitral - Princípio *Kompetenz-Kompetenz*. EREsp n. 1.598.220 - RN. RSTJ 256/519.

- Cv Lei n. 9.456/1997, art. 10 - **Produtor rural** - Utilização de biotecnologia. REsp n. 1.610.728 - RS. RSTJ 256/457.
- Pn Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º - Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - **Custodiado** - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Defesa - Ouvida prévia - Ausência. Súmula n. 639-STJ. RSTJ 256/715.
- PrCv Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - Ato de gestão de natureza empresarial - Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Extinção do processo sem julgamento do mérito - **Mandado de segurança** - Não cabimento - Transferência de ações. REsp n. 1.778.579 - SP. RSTJ 256/604.
- Trbt Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Lei n. 13.670/2018 - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus - **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)**. Súmula n. 640-STJ. RSTJ 256/716.
- Trbt Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.670/2018 - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus - **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)**. Súmula n. 640-STJ. RSTJ 256/716.
- Trbt Lei n. 13.670/2018 - Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus - **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)**. Súmula n. 640-STJ. RSTJ 256/716.
- PrCv **Leiloeiro** - Comissão - Pagamento - Responsabilidade - Arrematante do bem. REsp n. 1.826.273 - SP. RSTJ 256/561.

**M**

- PrCv **Mandado de segurança** - Não cabimento - Ato de gestão de natureza empresarial - Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - Transferência de ações. REsp n. 1.778.579 - SP. RSTJ 256/604.

**O**

- PrCv Omissão - Contradição - Obscuridade - Erro material - Ausência - **Embargos de declaração rejeitados** - Indenização por trabalho em localidades estratégicas - Servidor público federal. EDcl no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 256/237.
- Trbt Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus - Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Lei n. 13.670/2018 - **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)**. Súmula n. 640-STJ. RSTJ 256/716.

**P**

- Cv Paciente idoso - Despesas de acompanhante - **Internação hospitalar** - Responsabilidade - Plano de saúde. REsp n. 1.793.840 - RJ. RSTJ 256/550.
- PrPn **Pedido de tutela provisória** - Recurso especial - Tempestividade. AgRg no TP n. 2.183 - GO. RSTJ 256/665.
- Cv Penhora - Possibilidade - **Contrato particular de empreitada global mista** - Duplicata - Imóvel residencial. REsp n. 1.221.372 - RS. RSTJ 256/573.
- Adm Perda da função pública - **Improbidade administrativa** - Lei n. 8.429/1992, art. 12. AgInt nos EREsp n. 1.797.900 - SC. RSTJ 256/365.
- Pn Periculosidade social do agente - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de homicídio qualificado** - Garantia da ordem pública - Prisão preventiva - Manutenção. HC n. 489.333 - PR. RSTJ 256/624.
- Adm Portaria de instauração - Exposição detalhada dos fatos - Prescindibilidade - Lei n. 8.112/1990, arts. 151, I e 161 - **Processo administrativo disciplinar**. Súmula n. 641-STJ. RSTJ 256/717.
- Pv Prazo decadencial - Incidência - **Benefício previdenciário mais vantajoso** - Direito adquirido - Reconhecimento - Lei n. 8.213/1991, art. 103, *caput*. REsp n. 1.631.021 - PR. RSTJ 256/284.
- PrPn Princípio da plenitude de defesa - **Crime de homicídio qualificado** - Tribunal do Júri - Uso de roupas civis em Sessão Plenária. RMS n. 60.575 - MG. RSTJ 256/650.
- PrCv Princípio *Kompetenz-Kompetenz* - **Arbitragem** - Cláusula compromissória - Competência - Juízo arbitral - Lei n. 9.307/1996, art. 8º, parágrafo único. EREsp n. 1.598.220 - RN. RSTJ 256/519.

- PrPn Prisão domiciliar - Culto religioso durante o período noturno - Comparecimento - Possibilidade - **Execução penal**. REsp n. 1.788.562 - TO. RSTJ 256/703.
- PrPn Prisão domiciliar - Cabimento - CPP, arts. 312 e 319 - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão preventiva - Substituição. HC n. 519.018 - SP. RSTJ 256/695.
- Pn Prisão preventiva - Manutenção - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - CPP, art. 312 - **Crime de homicídio qualificado** - Garantia da ordem pública - Periculosidade social do agente. HC n. 489.333 - PR. RSTJ 256/624.
- PrPn Prisão preventiva - Substituição - CPP, arts. 312 e 319 - **Crime de tráfico de entorpecente** - Prisão domiciliar - Cabimento. HC n. 519.018 - SP. RSTJ 256/695.
- Adm **Processo administrativo disciplinar** - Lei n. 8.112/1990, arts. 151, I e 161 - Portaria de instauração - Exposição detalhada dos fatos - Prescindibilidade. Súmula n. 641-STJ. RSTJ 256/717.
- Cv **Produtor rural** - Utilização de biotecnologia - Lei n. 9.456/1997, art. 10. REsp n. 1.610.728 - RS. RSTJ 256/457.

**R**

- PrPn Recurso especial - Tempestividade - **Pedido de tutela provisória**. AgRg no TP n. 2.183 - GO. RSTJ 256/665.
- Trbt **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)** - Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Lei n. 13.670/2018 - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus. Súmula n. 640-STJ. RSTJ 256/716.
- PrCv Responsabilidade - Arrematante do bem - **Leiloeiro** - Comissão - Pagamento. REsp n. 1.826.273 - SP. RSTJ 256/561.
- Cv Responsabilidade - Plano de saúde - Despesas de acompanhante - **Internação hospitalar** - Paciente idoso. REsp n. 1.793.840 - RJ. RSTJ 256/550.
- Adm Retribuição por Titulação - Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - **Servidor público** - Vencimento básico do padrão ocupado. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.

**S**

- Adm **Servidor público** - Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - Retribuição por Titulação - Vencimento básico do padrão ocupado. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.
- PrCv Servidor público federal - **Embargos de declaração rejeitados** - Indenização por trabalho em localidades estratégicas - Omissão - Contradição - Obscuridade - Erro material - Ausência. EDcl no REsp n. 1.617.086 - PR. RSTJ 256/237.
- PrCv Súmula n. 637-STJ - **Ação possessória entre particulares** - Legitimidade - Interesse - Ente público. RSTJ 256/713.
- Cv Súmula n. 638-STJ - Bem entregue em garantia - Roubo, furto ou extravio - CDC, art. 51, I - Cláusula contratual abusiva - **Contrato de penhor civil** - Instituição financeira - Responsabilidade - Limitação. RSTJ 256/714.
- Pn Súmula n. 639-STJ - Contraditório - Devido processo - Violação - Não ocorrência - **Custodiado** - Transferência ou permanência em estabelecimento penitenciário federal - Decreto n. 6.877/2009, art. 12 - Defesa - Ouvida prévia - Ausência - Lei n. 11.671/2008, arts. 3º e 5º. RSTJ 256/715.
- Trbt Súmula n. 640-STJ - Consumo, industrialização ou reexportação para o estrangeiro - Lei n. 12.546/2011, art. 8º - Lei n. 13.043/2014, Capítulo I, Seção VI - Lei n. 13.670/2018 - Operação de venda de mercadoria de origem nacional para a Zona Franca de Manaus - **Regime Especial de Reintegração de Valores Tributários para as Empresas Exportadoras (Reintegra)**. RSTJ 256/716.
- Adm Súmula n. 641-STJ - Lei n. 8.112/1990, arts. 151, I e 161 - Portaria de instauração - Exposição detalhada dos fatos - Prescindibilidade - **Processo administrativo disciplinar**. RSTJ 256/717.
- PrPn Suspensão do exercício da função pública - Conselheiro de Tribunal de Contas - CPP, art. 319, VI - **Crime de corrupção passiva**. APn n. 897 - DF. RSTJ 256/23.

**T**

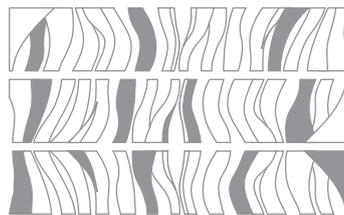
- PrPn Tese de nulidade por impedimento do Magistrado - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de homicídio culposo - Direção de veículo automotor sob influência de álcool - Votação unânime

- Atuação desinfluyente no resultado do julgamento. HC n. 510.837 - SC. RSTJ 256/681.
- PrCv Transferência de ações - Ato de gestão de natureza empresarial - Empresa concessionária de serviço público de telefonia - Extinção do processo sem julgamento do mérito - Lei n. 12.016/2009, art. 1º, § 2º - **Mandado de segurança** - Não cabimento. REsp n. 1.778.579 - SP. RSTJ 256/604.
- PrPn Tribunal do Júri - Uso de roupas civis em Sessão Plenária - **Crime de homicídio qualificado** - Princípio da plenitude de defesa. RMS n. 60.575 - MG. RSTJ 256/650.

## V

- Adm Vencimento básico do padrão ocupado - Base de cálculo - Inclusão - Inviabilidade - Gratificação Específica do Magistério Superior (GEMAS) - Gratificação Específica Temporária para o Magistério Superior (GTMS) - Lei n. 8.112/1990, art. 192, II - Retribuição por Titulação - **Servidor público**. REsp n. 1.518.221 - RS. RSTJ 256/432.
- PrCv Violação literal de lei - Ação de cobrança de débitos condominiais - **Ação rescisória** - Não cabimento. REsp n. 1.749.812 - PR. RSTJ 256/537.
- PrPn Votação unânime - Atuação desinfluyente no resultado do julgamento - **Apelação** - Constrangimento ilegal - Não ocorrência - Crime de homicídio culposo - Direção de veículo automotor sob influência de álcool - Tese de nulidade por impedimento do Magistrado. HC n. 510.837 - SC. RSTJ 256/681.





---

## Índice Sistemático



**AÇÃO PENAL - APn**

897-DF ..... Rel. Min. Felix Fischer ..... RSTJ 256/23.

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AREsp**

600.811-SP ..... Rel. Min. Og Fernandes ..... RSTJ 256/189.

**AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL - AgInt no REsp**

1.797.900-SC ..... Rel. Min. Sérgio Kukina ..... RSTJ 256/365.

**AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - AgInt nos EAREsp**

1.286.122-DF ..... Rel. Min. Gurgel de Faria ..... RSTJ 256/337.

**AGRAVO REGIMENTAL NO PEDIDO DE TUTELA PROVISÓRIA - AgRg no TP**

2.183-GO ..... Rel. Min. Sebastião Reis Júnior ..... RSTJ 256/665.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - EAREsp**

1.470.017-SP ..... Rel. Min. Francisco Falcão ..... RSTJ 256/445.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL - EDcl no REsp**

1.617.086-PR ..... Rel. Min. Assusete Magalhães ..... RSTJ 256/237.

**HABEAS CORPUS - HC**

488.364-PR..... Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca..... RSTJ 256/615.  
 489.333-PR..... Rel. Min. Jorge Mussi ..... RSTJ 256/624.  
 510.837-SC ..... Rel. Min. Laurita Vaz..... RSTJ 256/681.  
 519.018-SP..... Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz ..... RSTJ 256/685.

**RECURSO EM HABEAS CORPUS - RHC**

111.060-MG ..... Rel. Min. Joel Ilan Paciornik..... RSTJ 256/633.

**RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - RMS**

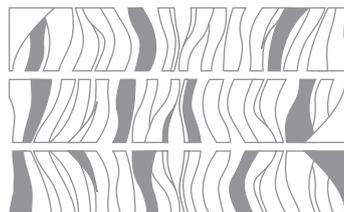
60.575-MG ..... Rel. Min. Ribeiro Dantas ..... RSTJ 256/650.

**RECURSO ESPECIAL - REsp**

1.221.372-RS ..... Rel. Min. Marco Buzzi..... RSTJ 256/573.  
 1.468.224-PR..... Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho ..... RSTJ 256/369.  
 1.518.221-RS ..... Rel. Min. Benedito Gonçalves ..... RSTJ 256/432.  
 1.598.220-RN ..... Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino ..... RSTJ 256/519.  
 1.610.728-RS ..... Rel. Min. Nancy Andrichi ..... RSTJ 256/457.  
 1.631.021-PR..... Rel. Min. Mauro Campbell Marques ..... RSTJ 256/284.  
 1.699.022-SP..... Rel. Min. Luis Felipe Salomão..... RSTJ 256/584.  
 1.723.519-SP..... Rel. Min. Maria Isabel Gallotti ..... RSTJ 256/496.  
 1.749.812-PR..... Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze ..... RSTJ 256/537.  
 1.778.579-SP..... Rel. Min. Antonio Carlos Ferreira ..... RSTJ 256/604.  
 1.788.562-TO..... Rel. Min. Nefi Cordeiro ..... RSTJ 256/703.  
 1.793.840-RJ ..... Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva ..... RSTJ 256/550.  
 1.826.273-SP..... Rel. Min. Moura Ribeiro..... RSTJ 256/561.

**SÚMULAS**

637..... RSTJ 256/713.  
 638..... RSTJ 256/714.  
 639..... RSTJ 256/715.  
 640..... RSTJ 256/716.  
 641..... RSTJ 256/717.



---

## **Siglas e Abreviaturas**

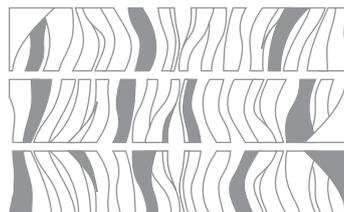


|        |   |
|--------|---|
| AC     | Apelação Cível                            |
| Adm    | Administrativo                            |
| Ag     | Agravo de Instrumento                     |
| AgInt  | Agravo Interno                            |
| AgRg   | Agravo Regimental                         |
| AI     | Arguição de Inconstitucionalidade         |
| ANA    | Agência Nacional de Águas                 |
| Anatel | Agência Nacional de Telecomunicações      |
| Aneel  | Agência Nacional de Energia Elétrica      |
| APn    | Ação Penal                                |
| AR     | Ação Rescisória                           |
| CAt    | Conflito de Atribuições                   |
| CC     | Código Civil                              |
| CC     | Conflito de Competência                   |
| CCm    | Código Comercial                          |
| Cm     | Comercial                                 |
| CNE    | Conselho Nacional de Educação             |
| Com    | Comunicação                               |
| CP     | Código Penal                              |
| CPC    | Código de Processo Civil                  |
| CDC    | Código de Proteção e Defesa do Consumidor |
| CPP    | Código de Processo Penal                  |
| CR     | Carta Rogatória                           |
| CRI    | Carta Rogatória Impugnada                 |
| Ct     | Constitucional                            |
| CTB    | Código de Trânsito Brasileiro             |
| CTN    | Código Tributário Nacional                |
| Cv     | Civil                                     |
| D      | Decreto                                   |

|        |   |
|--------|---|
| DL     | Decreto-Lei   |
| DNAEE  | Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica           |
| E      | Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça |
| EAC    | Embargos Infringentes em Apelação Cível                     |
| EAR    | Embargos Infringentes em Ação Rescisória                    |
| EAg    | Embargos de Divergência no Agravo                           |
| EC     | Emenda Constitucional                                       |
| ECA    | Estatuto da Criança e do Adolescente                        |
| EDcl   | Embargos de Declaração                                      |
| EJSTJ  | Ementário da Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça |
| EI     | Eleitoral   |
| EREsp  | Embargos de Divergência em Recurso Especial                 |
| ERMS   | Embargos Infringentes no Recurso em Mandado de Segurança    |
| ExImp  | Exceção de Impedimento                                      |
| ExSusp | Exceção de Suspeição  |
| ExVerd | Exceção da Verdade  |
| ExecAR | Execução em Ação Rescisória                                 |
| ExecMC | Execução em Medida Cautelar                                 |
| ExecMS | Execução em Mandado de Segurança                            |
| HC     | <i>Habeas Corpus</i>  |
| HD     | <i>Habeas Data</i>  |
| HSE    | Homologação de Sentença Estrangeira                         |
| IDC    | Incidente de Deslocamento de Competência                    |
| IExec  | Incidente de Execução                                       |
| IF     | Intervenção Federal   |
| IJ     | Interpelação Judicial                                       |
| Inq    | Inquérito   |

|       |   |
|-------|---|
| IPVA  | Imposto sobre a Propriedade de Veículos Automotores |
| IUJ   | Incidente de Uniformização de Jurisprudência        |
| LC    | Lei Complementar                                    |
| LCP   | Lei das Contravenções Penais                        |
| Loman | Lei Orgânica da Magistratura                        |
| LONMP | Lei Orgânica Nacional do Ministério Público         |
| MC    | Medida Cautelar                                     |
| MC    | Ministério das Comunicações                         |
| MI    | Mandado de Injunção                                 |
| MS    | Mandado de Segurança                                |
| NC    | Notícia-Crime                                       |
| PA    | Processo Administrativo                             |
| Pet   | Petição   |
| PExt  | Pedido de Extensão                                  |
| Pn    | Penal   |
| Prc   | Precatório  |
| PrCv  | Processual Civil                                    |
| PrPn  | Processual Penal                                    |
| Pv    | Previdenciário                                      |
| QO    | Questão de Ordem                                    |
| R     | Revista do Superior Tribunal de Justiça             |
| Rcl   | Reclamação  |
| RD    | Reconsideração de Despacho                          |
| RE    | Recurso Extraordinário                              |
| REsp  | Recurso Especial                                    |
| RHC   | Recurso em <i>Habeas Corpus</i>                     |
| RHD   | Recurso em <i>Habeas Data</i>                       |
| RMI   | Recurso em Mandado de Injunção                      |
| RMS   | Recurso em Mandado de Segurança                     |

|      |   |
|------|---|
| RO   | Recurso Ordinário                       |
| Rp   | Representação                           |
| RSTJ | Revista do Superior Tribunal de Justiça |
| RvCr | Revisão Criminal                        |
| S    | Súmula                                  |
| SAF  | Secretaria de Administração Federal     |
| Sd   | Sindicância                             |
| SEC  | Sentença Estrangeira Contestada         |
| SF   | Senado Federal                          |
| SL   | Suspensão de Liminar                    |
| SLS  | Suspensão de Liminar e de Sentença      |
| SS   | Suspensão de Segurança                  |
| STA  | Suspensão de Tutela Antecipada          |
| Tr   | Trabalho                                |
| Trbt | Tributário                              |



---

**Repositórios Autorizados e Credenciados pelo  
Superior Tribunal de Justiça**



## **REPOSITÓRIOS AUTORIZADOS E CREDENCIADOS PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**01.** Lex - Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

**02.** Revista de Direito Administrativo - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 2 de 19.08.1985 - DJ 21.08.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 05.09.2007 - DJ 19.09.2007.

**03.** Revista LTr - Legislação do Trabalho - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 26.08.1985 - DJ 28.08.1985 - **Registro revalidado** - Edital de 20.10.1989 - DJ 24.10.1989 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.

**04.** Jurisprudência Brasileira Cível e Comércio - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 09.09.1985 - DJ 12.09.1985 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.

**05.** Julgados dos Tribunais Superiores - editada pela Editora Jurid Vellenich Ltda. - Portaria n. 7 de 06.11.1987 - DJ 10.11.1987 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.

**06.** Revista de Doutrina e Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios - Portaria n. 1 de 29.11.1989 - DJ 1º.12.1989 - **Registro alterado/retificado** - Portaria n. 3 de 19.06.2002 - DJ de 25.06.2002.

**07.** Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul - Portaria n. 1 de 08.02.1990 - DJ 12.02.1990 - **Registro alterado** - Portaria n. 3 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.

**08.** Revista Jurídica Mineira - Portaria n. 3 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 13.05.1999 - DJ 04.06.1999.

**09.** Revista Jurídica - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editada pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 4 de 02.04.1990 - DJ 04.04.1990.

**10.** Julgados do Tribunal de Alçada do Rio Grande do Sul - Portaria n. 5 de 02.05.1990 - DJ 09.05.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000.

**11.** Revista de Processo - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 6 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

12. Revista de Direito Civil - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 7 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 06.06.2000 - DJ 09.06.2000.

13. Revista dos Tribunais - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 8 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990.

14. Revista de Direito Público - editada pela Editora Revista dos Tribunais Ltda. - Portaria n. 9 de 31.05.1990 - DJ 06.06.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001.

15. Revista Ciência Jurídica - editada pela Editora Ciência Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 21.08.1990 - DJ 24.08.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.

16. Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 12 de 10.09.1990 - DJ 12.09.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2, de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

17. Revista de Julgados do Tribunal de Alçada do Estado de Minas Gerais - Portaria n. 13 de 17.12.1990 - DJ 19.12.1990 - **Registro cancelado** - Portaria n. 10 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

18. Jurisprudência Catarinense - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 22.05.1991 - DJ 27.05.1991.

19. Revista SÍNTESE Trabalhista e Previdenciária - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 16.09.1991 - DJ 20.09.1991 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.

20. Lex - Jurisprudência dos Tribunais de Alçada Civil de São Paulo - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 1 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

21. Jurisprudência do Tribunal de Justiça - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 16.11.2000 - DJ 24.11.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 29.10.2013 - DJe de 05.11.2013.

22. Lex - Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 3 de 10.03.1992 - DJ 13.03.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 11.12.2012 - DJe 13.12.2012.

23. Revista de Previdência Social - editada pela LTr Editora Ltda. - Portaria n. 4 de 20.04.1992 - DJ 24.04.1992.

24. Revista Forense - editada pela Editora Forense - Portaria n. 5 de 22.06.1992 - DJ 06.07.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 22.11.2011 - DJe de 23.11.2011.
25. Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados - editada pela Editora Juríd Vellenich Ltda. - Portaria n. 6 de 06.11.1992 - DJ 10.11.1992 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.07.2003 - DJ 14.07.2003.
26. Série - Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - Portaria n. 1 de 18.02.1993 - DJ 25.02.1993 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
27. Revista Ata - Arquivos dos Tribunais de Alçada do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 2 de 11.02.1994 - DJ 18.02.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 04.05.1999 - DJ 18.05.1999.
28. Revista do Tribunal Regional Federal da 4ª Região - editada pela Livraria do Advogado Ltda. - Portaria n. 3 de 02.03.1994 - DJ 07.03.1994.
29. Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro - Portaria n. 4 de 15.06.1994 - DJ 17.06.1994.
30. Genesis - Revista de Direito do Trabalho - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 5 de 14.09.1994 - DJ 16.09.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 4 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
31. Decisório Trabalhista - editada pela Editora Decisório Trabalhista Ltda. - Portaria n. 6 de 02.12.1994 - DJ 06.12.1994 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 28.06.2013 - DJe 1º.07.2013.
32. Revista de Julgados e Doutrina do Tribunal de Alçada Criminal do Estado de São Paulo - Portaria n. 1 de 18.12.1995 - DJ 20.12.1995 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
33. Revista do Tribunal Regional Federal da 3ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região - Portaria n. 1 de 11.04.1996 - DJ 22.04.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 18.06.2010 - DJe 22.06.2010.
34. Lex - Jurisprudência do Tribunal Federal de Recursos - editada pela Lex Editora S.A. - Portaria n. 2 de 29.04.1996 - DJ 02.05.1996 - **Registro cancelado** - Portaria n. 11 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
35. Revista de Direito Renovar - editada pela Editora Renovar Ltda. - Portaria n. 3 de 12.08.1996 - DJ 15.08.1996. - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 1º.06.2017 - DJe 07.06.2017.
36. Revista Dialética de Direito Tributário - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 16.06.1997 - DJ 23.06.1997 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.

37. Revista do Ministério Público - Portaria n. 1 de 26.10.1998 - DJ 05.11.1998 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
38. Revista Jurídica Consulex - editada pela Editora Consulex Ltda. - Portaria n. 1 de 04.02.1999 - DJ 23.02.1999 - Republicada em 25.02.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001.
39. Genesis - Revista de Direito Processual Civil - editada pela Genesis Editora - Portaria n. 2 de 12.04.1999 - DJ 15.04.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
40. Jurisprudência Brasileira Criminal - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 6 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
41. Jurisprudência Brasileira Trabalhista - editada pela Juruá Editora Ltda. - Portaria n. 7 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 09.02.2006 - DJ 15.02.2006.
42. Revista de Estudos Tributários - editada pela marca SÍNTESE, de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 8 de 14.06.1999 - DJ 22.06.1999.
43. Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça - editada pela Editora Brasília Jurídica Ltda. - Portaria n. 10 de 29.06.1999 - DJ 05.07.1999 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 23.08.2004 - DJ 26.08.2004.
44. Revista Interesse Público - editada pela Editora Fórum Ltda. - Portaria n. 1 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000.
45. Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 14.03.2000 - DJ 21.03.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
46. Revista SÍNTESE Direito de Família - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.03.2000 - DJ 03.04.2000 - **Registro retificado** - Portaria n. 2 de 14.09.2009 - DJe 15.09.2009 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
47. Revista ADCOAS Previdenciária - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 5 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 8 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
48. Revista ADCOAS Trabalhista - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 6 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 7 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.

49. Revista de Jurisprudência ADCOAS - editada pela Editora Esplanada Ltda. - ADCOAS - Portaria n. 7 de 21.06.2000 - DJ 27.06.2000 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
50. Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal - editada pela IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 06.03.2001 - DJ 09.03.2001 - **Registro retificado** - Portaria n. 9 de 22.11.2006 - DJ 11.12.2006 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 8 de 25.10.2010 - DJe 28.10.2010.
51. Revista Tributária e de Finanças Públicas - editada pela Editora Revista dos Tribunais - Portaria n. 6 de 11.06.2001 - DJ 19.06.2001 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 21.03.2018 - DJe 22.03.2018.
52. Revista Nacional de Direito e Jurisprudência - editada pela Nacional de Direito Livraria Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 08.04.2002 - DJ 02.05.2002 - Republicada em 19.04.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 31.07.2009 - DJe 05.08.2009.
53. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região - editada pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região - Portaria n. 2 de 23.04.2002 - DJ 02.05.2002 - **Registro cancelado** - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 18.04.2010.
54. Revista Dialética de Direito Processual - editada pela Editora Oliveira Rocha Comércio e Serviços Ltda. - Portaria n. 1 de 30.06.2003 - DJ 07.07.2003 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 20.04.2016 - DJe 03.05.2016.
55. Revista Juris Plenum - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 1 de 23.05.2005 - DJ 30.05.2005 - **Registro alterado** - Portaria n. 5 de 28.11.2013 - DJe 29.11.2013.
56. Revista Bonijuris - versão impressa - co-editada pelo Instituto de Pesquisas Jurídicas Bonijuris, Associação dos Magistrados do Paraná (Amapar), Associação dos Magistrados Catarinense (AMC) e Associação dos Magistrados do Trabalho IX e XII (Amatra) - Portaria n. 2 de 18.10.2005 - DJ 27.10.2005.
57. Revista Juris Plenum Trabalhista e Previdenciária - editada pela Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 3 de 16.12.2005 - DJ 08.02.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 9 de 12.12.2011 - DJe 14.12.2011.
58. Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 02.08.2006 - DJ 09.08.2006.
59. CD-ROM - Jur Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 5 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 11.12.2013 - DJe 12.12.2013.
60. DVD - Magister - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 6 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006.

61. Revista Previdenciária e Trabalhista Gazetajuris - editada pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 7 de 09.08.2006 - DJ 15.08.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 08.10.2007 - DJ 18.10.2007.
62. CD-ROM - Gazetajuris - editado pela Editora Portal Jurídico Ltda. - Portaria n. 8 de 02.10.2006 - DJ 04.10.2006 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 12.11.2008 - DJe 17.11.2008.
63. Revista Magister de Direito Civil e Processual Civil - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 1 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
64. Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 2 de 1º.02.2008 - DJ 11.02.2008.
65. Revista Brasileira de Direito das Famílias e Sucessões - editada pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 4 de 10.10.2008 - DJe 15.10.2008 - **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 27.11.2014 - DJe 03.12.2014.
66. Revista de Direito Tributário da Associação Paulista de Estudos Tributários - editada pela MP Editora Ltda. - Portaria n. 5 de 30.10.2008 - DJe 07.11.2008. **Registro cancelado** - Portaria n. 2 de 1º.09.2017 - DJe 04.09.2017.
67. Portal da Rede Mundial de Computadores “editoramagister.com” - editado pela Editora Magister Ltda. - Portaria n. 7 de 15.12.2008 - DJe 17.12.2008.
68. “Revista de Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: [https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista\\_da\\_jurisprudencia/](https://www.tjrs.jus.br/site/publicacoes/revista_da_jurisprudencia/) - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Grande do Sul - Portaria n. 1 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010 - **Registro retificado e ratificado** - Portaria n. 4 de 19.03.2010 - DJe 22.03.2010.
69. Portal da Rede Mundial de Computadores - “jurisprudência-online” - editada pela Associação dos Advogados de São Paulo - Portaria n. 2 de 19.02.2010 - DJe 24.02.2010.
70. Revista do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: [https://www.trf5.jus.br/revista\\_jurisprudencia/](https://www.trf5.jus.br/revista_jurisprudencia/) - editado pelo Tribunal Federal Regional da 5ª Região - Portaria n. 5 de 09.04.2010 - DJe 13.04.2010.
71. DVD ROM Datadez - de responsabilidade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. (anteriormente editado pela Notadez Informações Ltda.) - Portaria n. 7 de 10.09.2010 - DJe 14.09.2010 - **Registro cancelado** - Portaria n. 6 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

72. Portal da Rede Mundial de Computadores - “Plenum On-line” - endereço “www.plenum.com.br” - editado pela Plenum Editora Ltda. - Portaria n. 1 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

73. DVD-ROM - Juris Síntese DVD - editado pela marca “Síntese”, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 2 de 31.01.2011 - DJe 02.02.2011.

74. Portal da Rede Mundial de Computadores - “JURIS SÍNTESE ONLINE” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 3 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

75. Portal da Rede Mundial de Computadores - “SINTESENET” - endereço eletrônico: <https://online.sintese.com/> - produto digital da marca Síntese, de propriedade da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. - Portaria n. 4 de 29.04.2011 - DJe 03.05.2011.

76. DVD-ROM Juris Plenum Ouro - de responsabilidade da Editora Plenum Ltda. - Portaria n. 7 de 22.11.2011 - DJe 23.11.2011.

77. CD-ROM “JURID - Biblioteca Jurídica Digital”, versão “Jurid Premium” - de propriedade da JURID Publicações Eletrônicas Ltda. - Portaria n. 1 de 07.05.2012 - DJe 09.05.2012 - **Registro cancelado** - Portaria n. 1 de 19.11.2014 - DJe 19.11.2014.

78. Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://coad.com.br/juridico> - produto “COAD/ADV/CT - Advocacia Dinâmica e Consultoria Trabalhista”, de propriedade da Atualização Profissional COAD Ltda. - Portaria n. 1 de 28.02.2013 - DJe 04.03.2013 - **Registro cancelado** - Portaria n. 3 de 03.10.2013 - DJe de 07.10.2013.

79. Revista “Jurisprudência Catarinense” (versão eletrônica) - Portal da Rede Mundial de Computadores - endereço eletrônico: <https://busca.tjsc.jus.br/revistajc/> - editada pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina - Portaria n. 1 de 06.04.2015 - DJe 08.04.2015.

80. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - de propriedade do Instituto Brasileiro de Direito de Família - endereço eletrônico: <https://www.ibdfam.org.br> - Portaria n. 3 de 27.09.2016 - DJe 04.10.2016.

81. Revista Bahia Forense - Editada pelo Tribunal de Justiça do Estado da Bahia - Portaria n. 3 de 13.09.2017 - DJe 14.09.2017.

82. Página em Portal da Rede Mundial de Computadores - Revista Jurisprudência Mineira - editada pelo Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais (versão eletrônica) - endereço eletrônico: <https://revistajurisprudencia.tjmg.jus.br> - Portaria n. 2 de 12.04.2018 - DJe 13.04.2018.

**Projeto gráfico**

*Coordenadoria de Multimeios - STJ*

**Editoração**

*Gabinete do Ministro Diretor da Revista - STJ*

**Impressão**

*Capa: Gráfica do Conselho da Justiça Federal - CJF*

*Miolo: Seção de Reprografia e Encadernação - STJ*