

Julgados Selecionados

Habeas Corpus nº 18.206-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

IMPETRANTE: ALBERTO ZACHARIAS TORON

IMPETRADO: QUINTA TURMA DO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO

PACIENTE: MARIA DA GLÓRIA BAIRÃO DOS SANTOS

EMENTA

HABEAS CORPUS . CRIMINAL. CO-AUTORIA. RELAÇÃO DE CAUSALIDADE. ESPOSA DENUNCIADA POR EVENTUAIS DELITOS COMETIDOS PELO MARIDO.

1. O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou em outras palavras, como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito.

2. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo marido, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica. Tem-se, por evidente, neste caso, o vínculo conjugal (art. 266 do Código Civil) a determinar, impor e referendar o usufruto, decorrência simples e única da vida em comum que, em um segundo plano, dentro das regras de harmonia e convivência social, autoriza e consagra a recepção de pessoas em sua casa. Impõe-se ainda ressaltar que, abstração feita ao uso e gozo dos bens materiais adquiridos e o relacionamento social com os demais co-réus, os delitos de que são eles acusados, inclusive seu marido, teriam ocorrido da mesma forma. Não foram estes eventos causa eficiente, *condictio sine qua non*, do resultado. Eliminada a condição desapareceria o resultado (desvio)? Evidente que não, mesmo porque, segundo reconhece a própria denúncia, ela, há muito, já ocorria.

* In: Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 160, p. 531.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

3. Na real verdade, ainda que se queira argumentar com a ciência dos fatos delituosos praticados por seu marido, a hipótese não configura a co-participação, porque a paciente não tinha o dever jurídico de impedir o resultado. O entendimento pretoriano destaca que a ciência ou mesmo a concordância difere da instigação punível. Houve, quando muito, conivência, sem prática de ato de execução apto a ensejar o reconhecimento da co-autoria. Em sua monografia sobre o Nexo Causal, Paulo José da Costa Junior, assinala que a pessoa não deve ser considerada "causa de um determinado evento só porque, operando, realiza uma condição qualquer necessária ao resultado", pois que, destarte, a responsabilidade atinge o infinito. E traz à colação exemplo constante da teoria de Von Buri, onde se indaga se devido considerar "causa da morte de alguém mim desastre ferroviário o amigo que não o dissuadiu de empreender a viagem". Mostra também o ilustre Professor da USP, citando Antolisei, a hipótese de um convalescente, aconselhado pelo médico, a viajar a uma estação de águas, vindo a morrer de desastre de automóvel, por imprudência do motorista. Neste caso, seriam causas do falecimento o médico, o irmão que sugeriu determinada estrada, o amigo que reteve para indagar de sua saúde e, também, quem conferiu a carteira de habilitação ao chofer. Em nenhum destes casos, a conduta inicial era idônea à produção do resultado final, como acontece com a paciente, sendo até aconselhável, em breve lance, o debate da questão sob o ângulo do concurso de agente que não se caracteriza, na hipótese de simples conivência quando ausente o dever jurídico de impedir o resultado.

4. Ordem concedida para trancar a ação penal em relação à paciente Maria da Glória Bairão dos Santos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conceder a ordem de habeas corpus . Os Ministros Hamilton Carvalhido, Fontes de Alencar e Vicente Leal votaram com o Ministro-Relator. Ausente, por motivo de licença, o Ministro Paulo Gallotti.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Trata-se de ordem de habeas corpus impetrada em favor de MARIA DA GLÓRIA BAIRÃO DOS SANTOS que estaria a sofrer indevido constrangimento em decorrência de acórdão da Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3a Região que, provendo recurso em sentido estrito interposto pelo Ministério Público Federal veio a receber denúncia por participação em crimes de estelionato contra

Ministro Fernando Gonçalves

entidade de direito público (art. 171, § 3o, do Código Penal), peculato (art. 312, do Código Penal) e quadrilha ou bando (art. 288, do Código Penal).

Colhe-se do articulado vestibular, em resumo, ser a paciente esposa de Nicolau dos Santos Neto, e, nesta condição, juntamente com ele e outros acusados, foi denunciada pelos delitos em causa. Em primeiro grau de jurisdição a denúncia fora rejeitada e a Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3a Região, em julgamento nulo, porque afrontoso ao princípio do devido processo legal, provendo o recurso, dá curso à ação penal, carente de justa causa. Isto porque, não obstante a referência às "fortes ligações entre os acusados" do chamado escândalo do Tribunal Regional do Trabalho de São Paulo, nada existe de fato a vincular a paciente aos demais envolvidos, tanto que a acusação proclama que os outros cinco denunciados se associaram, e não ela, que somente disso teria conhecimento. Após desenvolver acerca do caráter autônomo do crime de quadrilha (RTJ 88/468), sustenta o impetrante que o simples conhecimento ou conivência com as supostas atividades criminosas do marido revelaria, quando muito, co-delinquência em outros delitos e nunca participação na quadrilha. Aliás, o próprio acórdão delimita sua atuação como mera instigadora.

De outro lado, prosseguem as razões da petição inicial, o acórdão, no recebimento da denúncia insere conduta que dela não constava, na medida em que a torna partícipe na imaginada influência conducente à prática de crimes por outrem. Sustenta, outrossim, aquele julgado, no essencial, com base em depoimento prestado por terceiro na Comissão Parlamentar de Inquérito, perante o Senado Federal, que, em virtude de sua forte personalidade, a paciente tinha conhecimento dos "bastidores da obra do Fórum Trabalhista"; que ajudava seu marido a recepcionar os co-réus ligados ao Grupo Monteiro de Barros; que fazia exigências e pressionava o marido no atendimento de seus caprichos na aquisição de bens materiais e que sendo casada em comunhão de bens tem direito à metade do patrimônio, embora sabendo a origem espúria do dinheiro.

Expõe, então, o impetrante que a paciente, como dona-de-casa, não freqüentava o local de trabalho de seu marido, com pouquíssima familiaridade com coisas do tipo licitações, contratos, auditorias, etc. E mesmo que verdadeiros fossem estes fatos, não se erigem eles à condição de infração penal, vedada a incriminação devido ao casamento com comunhão de bens, sob pena de consagração da responsabilidade objetiva. Também a cobiça, embora seja um dos pecados capitais, não é crime. Relata, ainda, sobre a aquisição de um apartamento em Miami e a compra de um carro, situações que não configuram estelionato, peculato ou formação de quadrilha. O que, na realidade houve, foi um "disfarçado aditamento" à denúncia pelo acórdão, quando afirma que a paciente instava o co-réu Nicolau a continuar na realização dos desvios. Ora, assinalam as razões, se a instigação era para que continuasse a ação reprovada, ela simplesmente não existe, porque, neste caso, o agente já estava determinado a praticar o delito. De mais a mais, a apregoada participação foi irrelevante, devendo ser trancada a ação penal.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Em suas informações (fls. 180/205) a autoridade apontada como coatora, após transcrição parcial da denúncia oferecida e rejeitada em primeiro grau, com fulcro na letra do art. 43, I, do Código de Processo Penal, afirma que os fatos nela descritos são adequados ao enunciado do tipo previsto em lei, por ter a paciente instado seu companheiro a adquirir diversos bens móveis e imóveis, expressos em carros, apartamento em Miami e Mansão no Guarujá, tudo pagando com verbas públicas desviadas da construção do Fórum Trabalhista. A exposição acusatória está lastreada em um mínimo de prova, capaz de subsidiá-la, como se infere das declarações de Marco Aurélio Gil de Oliveira, prestadas junto ao Senado Federal. O atuar da paciente, consignado na denúncia, tipifica conduta delituosa, mediante concurso, nos termos do art. 29 do Código Penal.

A douta Subprocuradoria-Geral da República, por intermédio do Dr. Jair Brandão de Souza Meira, opina pela concessão da ordem, em parecer (fls. 319/325) que guarda o seguinte enunciado:

Habeas Corpus. A convivência ou ciência quanto à atuação criminal do marido não constitui co-autoria. Tampouco, a participação no produto do crime, após a sua efetiva consumação. (fls. 319) Pelas razões expostas às fls. 316/316v foi indeferida a medida liminar. É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

A denúncia, colacionada às fls. 21/61, após histórico dos fatos que deram origem ao processo criminal instaurado acerca da construção do Fórum Trabalhista de São Paulo, desde a publicação do Edital de Licitação, em 1992, quando ocupava a Presidência do Tribunal Regional do Trabalho da Segunda Região, o então Juiz Nicolau dos Santos Neto, passando pela adjudicação do objeto da avença à empresa Incal Incorporações Ltda, bem como pelas duas auditorias promovidas pelo Tribunal de Contas da União (1992 e 1998), mencionando - ainda - relatórios reputados fraudulentos, emitidos pela Comissão de Obras, presidida pelo mesmo Nicolau dos Santos Neto, que deixara a Presidência da Corte Regional em setembro de 1992, até a rescisão contratual, com base em laudos técnicos, chega, por fim, em sua narrativa, ao superfaturamento da obra, com desvio de dinheiro público para paraísos fiscais, concluindo, então, com âncoras em depoimento prestado por Marco Aurélio Gil de Oliveira, ex-genro de Nicolau dos Santos Neto, pela responsabilidade, também, da paciente, consoante excerto seguinte:

Marco Aurélio declarou à CPI (fls. 1222) que, até 1992 aproximadamente, NICOLAU e MARIA DA GLÓRIA tinham um padrão de vida até que mediano, onde a ostentação e os gastos não eram tão grandes. A exuberância e a

Ministro Fernando Gonçalves

crescente aquisição de carros, jóias e imóveis, além das inúmeras viagens que faziam ao Exterior (cerca de 4 ou cinco por ano), tiveram início com o exercício da Presidência da Comissão de Obras destinadas ao controle do empreendimento do Fórum Trabalhista. MARIA DA GLÓRIA, mulher de origem humilde, esposa e companheira de NICOLAU por décadas, revelou ter forte personalidade quando seu marido começou a enriquecer rápida e ilícitamente. Tinha conhecimento de absolutamente tudo o que se passava nos sórdidos bastidores da obra do Fórum trabalhista. Ajudava NICOLAU a recepcionar os co-réus ligados ao Grupo Monteiro de Barros para reuniões a portas fechadas em sua residência, fazia exigências e pressionava NICOLAU para que fossem atendidos todos os seus caprichos na aquisição de bens materiais. Casada em comunhão universal de bens e tendo, portanto, direito à metade de todo o patrimônio, MARIA DA GLÓRIA tinha plena ciência da origem espúria do dinheiro de seu marido, sem que isso a impedisse de, com prazer, também deleitar-se em esbanjar. (fls. 41)

Em relação ao apartamento em Miami narra a acusação que ela teimava em querer de qualquer jeito um imóvel naquela cidade e que não aceitaria um que já tivesse sido habitado. Foi, então, comprado por seu marido uma cobertura, que tinha como vizinho o tenor Plácido Domingos (fls. 42), e que custara - aproximadamente - um milhão de dólares. A decoração teve o custo de quatrocentos e setenta e seis mil dólares.

Após a aquisição do apartamento, foi comprada por Nicolau dos Santos Neto uma Mercedes E320 e simultaneamente um Porsche Biturbo. Aquela por quarenta e cinco mil dólares. Este por cento e vinte e sete mil dólares. Em nome da paciente foi adquirida uma Mercedes E280. Outro Porsche Biturbo foi comprado por ele, ao preço de trezentos e trinta mil dólares.

Diz ainda a peça de ingresso que Maria da Glória, impondo sua vontade, deu azo à compra de uma mansão no Guarujá, mediante a venda de um terreno (oitocentos mil dólares) e um apartamento, também naquele balneário (trezentos mil dólares), sendo - ainda - completado o preço da luxuosa casa com mais oitocentos mil dólares, em dinheiro. No tocante a uma jóia para a paciente, diz a denúncia:

De um bilhete assinado de próprio punho por NICOLAU e de correspondência enviada pelo joalheiro radicado em Miami Jacob Tuchman consta a clara intenção de adquirir, possivelmente para MARIA DA GLÓRIA, um anel de diamantes com 6. 4 quilates, lapidado com corte de esmeralda, com dois diamantes menores afilados em baguetes, montados sobre um conjunto de platina. A jóia teria o valor de US\$ 320,000.00 (trezentos e vinte mil dólares, conforme documentos juntados às fls. 1190, 1220 e 1224 da CPI, este último uma correspondência da Joalheria YAMRON, nominada a NICOLAU e assinada por Jacob Tuchman, mencionando as especificações do referido anel.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Não há prova de que o anel tenha sido efetivamente adquirido, mas só se prestaria a manter contatos desse nível, inclusive telefonemas internacionais (v. fls. 1221, da CPI) quem estivesse realmente com intenção de adquirir uma jóia. E pudesse bancar esse quilate. (fls. 46)

Com base nestes fatos, assevera a acusação a existência de uma associação para o fim de cometer crimes, formada por Nicolau, Fábio, José Eduardo, Antônio Carlos e Gilberto, este em menor grau, sendo que Maria da Glória, esposa de Nicolau, de tudo tinha conhecimento, "conivente com as práticas criminosas por delas tirar também suas vantagens" (fls. 49).

O MM. Juiz da 1ª Vara Federal Criminal de São Paulo, Dr. CASEM MAZLOUM, ao rejeitar a denúncia formulada contra a paciente, faz consignar, *verbis*:

Com referência a MARIA DA GLÓRIA BAIRÃO DOS SANTOS, a peça apresentada pelo MPF descreve condutas atípicas que não se enquadram nos tipos penais que lhe são imputados. O comportamento da mesma é narrado nos itens 73 a 94 e 106 da denúncia. Esta afirma que a indigitada "revelou ter forte personalidade quando seu marido começou a enriquecer rápida e ilicitamente..."; "ajudava NICOLAU a recepcionar os co-réus ligados ao Grupo Monteiro de Barros para reuniões a portas fechadas em sua residência, fazia exigências e pressionava NICOLAU para que fossem atendidos todos os seus caprichos na aquisição de bens materiais. Casada em comunhão universal de bens e tendo, portanto, direito à metade de todo o patrimônio, MARIA DA GLÓRIA tinha plena ciência da origem espúria do dinheiro de seu marido, sem que isso a impedisse de, com prazer, também deleitar-se em esbanjar". A seguir, a denúncia detalha a forma como os bens foram sendo adquiridos por NICOLAU e usufruídos também pela denunciada, com a alusão a suposta compra de uma jóia para esta, no exterior, avaliada em US\$ 320.000, aquisição esta que a própria denúncia revela carecer de prova. Termina concluindo que "MARIA DA GLÓRIA, esposa de NICOLAU, de tudo tinha conhecimento, sendo conivente com as práticas criminosas por delas tirar também suas vantagens". Evidencia-se claramente a atipicidade da conduta descrita na denúncia. Usufruir de bens adquiridos pelo marido com proveito de crimes e receber partícipes de delitos em sua residência ou exigir a compra de determinados bens não configura, nem de longe, participação na prática dos ilícitos penais, pois a lei exige nexo de causalidade entre a conduta e o resultado. Se a fruição de bens adquiridos com produto de crime fosse penalmente relevante, não só a esposa, mas também os filhos e outros parentes do autor da conduta criminosa poderiam ser igualmente responsabilizados, o que não encontra amparo na legislação brasileira em vigor. Assim, nos termos do disposto no art. 13 do Código Penal, "O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido". De acordo com a

Ministro Fernando Gonçalves

doutrina, trata-se da adoção, pelo Código Penal, da teoria da equivalência dos antecedentes ou da conditio sine qua non, para a qual somente a causa eficaz para a consumação do crime é relevante.

Sob esse prisma, conclui-se, pois, que o comportamento de MARIA DA GLÓRIA BAIRÃO DOS SANTOS, nos moldes descritos na peça inicial acusatória, não se ajusta a nenhum dos tipos penais que lhe são atribuídos, quais sejam, estelionato, formação de quadrilha e peculato, pois aquele não constitui causa eficaz para a consumação destes. (65/66)

Colhe-se, Outrossim, da ementa do acórdão, no que interessa ao desate do busfílis:

V. No concurso de pessoas, optou o legislador por adotar a chamada teoria monística, cuja doutrina partindo da equivalência das condições necessárias à produção do resultado, não tece nenhuma distinção entre autor, co-autor e partícipe, para efeito de declará-los incurso em um determinado tipo penal, havendo, tão-somente, uma valoração diferenciada, no que concerne à dosagem da pena, de acordo com o grau de participação e culpabilidade de cada um dos agentes, sendo nesse sentido o disposto nos parágrafos primeiro e segundo do mencionado artigo 29, do Código Penal.

VI. A participação, ao contrário da autoria, necessariamente é acessória, sendo que uma das formas pelas quais se concretiza é através da instigação, que consiste, segundo os doutrinadores, em atuar sobre a vontade do agente, fazendo nascer a decisão de praticar o crime.

VII. A participação imputada à recorrida, na denúncia, consiste no fato de ter contribuído, em tese, para a consecução dos crimes realizados por um dos co-réus, mediante instigação, dado constar que atuava sobre a vontade do marido no sentido de que este efetuasse o desvio de mais verbas públicas, justamente para atender a sua exigência de compra de bens, orçados em milhões de dólares.

VIII. Tem-se, assim, que a contribuição prestada não estaria a decorrer, por si só, de sua condição de cônjuge, nem mesmo o fato de ser a recorrida casada segundo o regime de comunhão de bens, nem tampouco possuir declaração de Imposto de Renda conjunta com seu marido e, muito menos, o fato de não ter denunciado o seu companheiro às autoridades, de modo a ter sido conivente, posto que, na qualidade de esposa, jamais teria essa obrigação, além do que a simples conivência não se apresenta punível, mas, descreve a denúncia, isto sim, que houve uma influência no sentido de levar a que outrem praticasse os crimes. (fls. 169)

Aprofundando o debate, após reconhecer o preenchimento pela denúncia dos requisitos do art. 41, do Código de Processo Penal, o acórdão, com apoio em depoimento colhido pela Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

tomado de empréstimo, firma a tese da prática dos delitos estampados na peça de acusação em decorrência da ascensão que tinha a paciente sobre a personalidade de seu marido, Nicolau dos Santos Neto, influenciando-o a trilhar este caminho, circunstância atrativa da incidência da disposição contida no art. 29 do Código Penal, consoante se colhe, v. g., do seguinte excerto:

E é justamente essa participação que está sendo imputada à recorrida na denúncia, no sentido de ter contribuído para a consecução dos crimes realizados, prima facie, pelo co-réu Nicolau dos Santos Neto, conduta essa que teria ocorrido mediante a forma de instigação, nos moldes supracitados, caracterizando, assim, o concurso de pessoas, pois, consoante magistério de Heleno Cláudio Fragoso:

"Como já vimos, a participação é necessariamente acessória (Bockelman), porque está em função da conduta típica realizada por outrem. Em si mesma, a participação se realiza através de conduta penalmente irrelevante, que acede ao fato principal, adquirindo relevância somente quando, pelo menos, o autor inicia a execução. Em nosso direito, não há tentativa de participação. A participação é, pois, contribuição ao crime realizado por outrem, apresentando-se sob forma de instigação ou cumplicidade.

E continua:

Instigar é determinar a prática do delito, atuando sobre a vontade do agente. O instigador faz nascer a decisão de praticar o crime em pessoa capaz de executá-lo com consciência e vontade." (in Lições de Direito Penal, A Nova Parte Geral, 9a ed., Rio de Janeiro, Forense, 1985, p. 267/268).

Portanto, não é a sua condição, por si só, de cônjuge, que está a delimitar a apontada participação nos crimes em epígrafe, nem mesmo o fato de ser casada segundo o regime de comunhão de bens, nem tampouco possuir declaração de Imposto de Renda conjunta com seu marido e, muito menos, o fato de não ter denunciado o seu companheiro às autoridades, de modo a ter sido conivente, posto que, na condição de sua esposa, jamais teria essa obrigação, além do que a simples convivência não se apresenta punível.

Não, na verdade, o comportamento penalmente punível atribuído à recorrida vai além dessas questões, passando, destarte, conforme mencionado, pelo campo da instigação, que, consoante exposição contida na exordial acusatória, teve o condão de fazer com que o co-réu Nicolau dos Santos Neto efetuasse o desvio de mais verbas públicas destinadas à Construção do Fórum Trabalhista justamente para atender a compra de bens, orçados em milhões de dólares. Portanto, também quanto à recorrida Maria da Glória Bairão dos Santos, não vislumbro dos autos a alegada inépcia da denúncia ofertada pelo órgão Ministerial, nem mesmo que as condutas

Ministro Fernando Gonçalves

ali expressas não se ajustariam a nenhum dos tipos penais que lhe foram imputados, de modo a não se constituir em causa eficaz para a consumação dos ilícitos penais apontados. (fl.s 147/149)

Este o tema central da controvérsia, cujo deslinde se apresenta perfeitamente adequado em sede de habeas corpus, haja vista, inclusive, diante do trecho transcrito, a inexigibilidade de investigação probatória. Verifica-se, outrossim, ter o acórdão, em plena harmonia com a denúncia, como certo para a continuidade dos desvios financeiros a instigação exercida pela paciente sobre seu marido, não sendo curial o desatrelamento daquela forma de persuasão da sua condição de cônjuge, em última análise beneficiária dos bens adquiridos. Não há dúvida, sendo princípio assente, que a instigação, como preleciona DE PLÁCIDO E SILVA, quando orientada para o mal ou para a prática de um delito constitui crime, "colocando o instigador na posição de co-autor".

Arejeição da denúncia em primeiro grau teve apoio na letra do art. 13 do Código Penal, ao fundamento de não tipificar crime o fato de (a) usufruir bens adquiridos pelo marido com proveito de crime (b) receber partícipes em sua residência e (c) exigir a compra de determinados bens. Não haveria nexo de causalidade entre a conduta e o resultado.

O sistema criminal brasileiro, como ensina a unanimidade da doutrina, adota a teoria da equivalência dos antecedentes ou da *condictio sine qua non* (RENÉ ARIEL DOTTI), não distinguindo entre condição e causa, considerada esta como toda ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido (ANÍBAL BRUNO). Nesta perspectiva, então, cabe verificar se o resultado (desvio de verbas) ocorreria do mesmo modo sem a intervenção da paciente, ou em outras palavras, como ensinado por este último autor, se entre o seu atuar e o resultado típico existe a necessária relação de causa e efeito. O fato de usufruir de bens adquiridos pelo marido, na constância da sociedade conjugal, não se insere em nenhum momento na cadeia causal, de modo a gerar qualquer figura delituosa típica. Tem-se, por evidente, neste caso, o vínculo conjugal (art. 266 do Código Civil) a determinar, impor e referendar o usufruto, decorrência simples e única da vida em comum que, em um segundo plano, dentro das regras de harmonia e convivência social, autoriza e consagra a recepção de pessoas em sua casa. Impõe-se ainda ressaltar que, abstração feita ao uso e gozo dos bens materiais adquiridos e o relacionamento social com os demais co-réus, os delitos de que são eles acusados, inclusive seu marido, teriam ocorrido da mesma forma. Não foram estes eventos causa eficiente, *condictio sine qua non*, do resultado. Eliminada a condição desapareceria o resultado (desvio)? Evidente que não, mesmo porque, segundo reconhece a própria denúncia, ela, há muito, já ocorria. O parecer ministerial, abordando a matéria sob o ângulo da co-autoria, com inteiro acerto, delucida a questão:

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Não há dúvidas de que o próprio acórdão recorrido reconhece que a simples convivência não se apresenta punível, mas, a denúncia narra que quatro acusados associaram-se para o fim de cometer os crimes e que MARIA DA GLÓRIA, esposa de NICOLAU, de tudo tinha conhecimento sendo conivente com as práticas criminosas da quadrilha por delas tirar também vantagens.

Ora, tal assertiva, por si só, basta para afastar a participação no delito do art. 288 do Código Penal, já que convivência ou ciência quanto à atuação criminal do marido não constitui co-autoria.

Por seu turno, a denúncia não contém a ilação do acórdão de que a paciente tenha instigado o marido a continuar a realização dos desvios, mas, a cada passo, refere-se à aquisição de carros, jóias e imóveis, que custaram milhões de dólares pelo casal.

A instigação, ensina Damásio E. de Jesus (Direito Penal, 13a ed. vol. I, 1988, p. 370) é o ato de incitar, reforçar, acoroçoar, ou estimular a preexistente resolução delituosa. Modalidades de determinação ou instigação são: a ordem, a coação, o conselho e a sociedade.

No caso, o próprio depoimento do genro da paciente, no qual se lastreou o acórdão para emitir aquela assertiva, e que não passa de um juízo de valor, refere-se a uma genérica influencia para o crime, que não induz à co-autoria:

"Nessas operações todas, o lado pessoal dela, a influência sobre Nicolau, a ascensão que ela tinha sobre ele, influenciou-o muito para esse caminho que ele foi".

A descrição da denúncia, ao par de dar relevância à convivência, está a indicar a participação posterior à consumação, no que diz respeito a usufruir o produto do crime. Contudo, o art. 29 do Código Penal não inclui a participação posterior como co-autoria.

No caso dos autos, embora se trate de crime multitudinário, em que não se exige minudência do comportamento pessoal de cada um dos envolvidos, a denúncia narrou, em relação à paciente, formas atípicas de conduta: a convivência e o fato de Documento: IT1533304 - Inteiro Teor do Acórdão - Site certificado - DJ: 04/03/2002 Página 5 de 7 Superior Tribunal de Justiça usufruir do produto do crime cometido pelo marido. (fls. 325/326)

Na real verdade, ainda que se queira argumentar com a ciência dos fatos delituosos praticados por seu marido, a hipótese não configura a co-participação, porque a paciente não tinha o dever jurídico de impedir o resultado. O entendimento pretoriano destaca que a ciência ou mesmo a concordância difere da instigação punível. Houve, quando muito, convivência, sem prática de ato de execução apto a ensejar o reconhecimento da co-autoria. Em sua monografia sobre o Nexa Causal, Paulo José da Costa Junior, assinala que a pessoa não deve ser considerada "causa

de um determinado evento só porque, operando, realiza uma condição qualquer necessária ao resultado", pois que, destarte, a responsabilidade atinge o infinito. E traz à colação exemplo constante da teoria de Von Buri, onde se indaga se devido considerar "causa da morte de alguém num desastre ferroviário o amigo que não o dissuadiu de empreender a viagem". Mostra também o ilustre Professor da USP, citando Antolisei, a hipótese de um convalescente, aconselhado pelo médico, a viajar a uma estação de águas, vindo a morrer de desastre de automóvel, por imprudência do motorista. Neste caso, seriam causas do falecimento o médico, o irmão que sugeriu determinada estrada, o amigo que o reteve para indagar de sua saúde e, também, quem conferiu a carteira de habilitação ao chofer. Em nenhum destes casos, a conduta inicial era idônea à produção do resultado final, como acontece com a paciente, sendo até aconselhável, em breve lance, o debate da questão sob o ângulo do concurso de agente que não se caracteriza, na hipótese de simples convivência quando ausente o dever jurídico de impedir o resultado.

A denúncia, ao contrário do acórdão que, isoladamente, fala em "instigação", se utiliza de expressões como "teimasse" (fls. 41), "instar" (fls. 45), "atendendo a exigências de sua esposa" (fls. 45) e "impor sua vontade" (fls. 45), nenhuma delas indicativas de instigação ao desvio de dinheiro. No contexto em que posicionadas, ligam-se a eventuais fatos exagerados (esbanjamento, ut denúncia) mas, não à prática de qualquer delito, até porque, do contrário, resvalaríamos para a tese repudiada do versari in re illicita, responsabilizando a mulher pelos gastos do marido pelo simples fato do casamento. Não há neste procedimento nenhum delito. Neste sentido, adequado o acórdão do Supremo Tribunal Federal (RTJ 116/149), *verbis*:

"Denúncia. Inépcia. Co-autoria. Denúncia que narra conduta atípica sob a ótica do concurso de agentes. O ter conhecimento prévio do crime e se omitir na prática de atos tendentes a impedir o resultado não configura qualquer das formas de participação mencionadas no art. 29, do Cód. Penal." (fls. 96)

Cabe ainda enfatizar que tanto a denúncia como o acórdão, no objetivo de atribuir à paciente a genérica influência sobre seu marido, louva-se em depoimento colhido pela Comissão Parlamentar de Inquérito que, antes de tudo, reflete simples juízo de valor, sem ministrar qualquer fato ou mesmo qualquer prova. É uma simples opinião. Ademais, como anota o Min. LUIZ VICENTE CERNICCHIARO, está superado o período da responsabilidade pelo fato de outrem. A responsabilidade objetiva está erradicada do direito penal contemporâneo.

Em face do exposto, concedo a ordem para trancar a ação penal em relação à paciente Maria da Glória Bairão dos Santos (art. 43, I, do CPP).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE LEAL:

Sr. Presidente, estou de pleno acordo com o voto de V. Exa. e subscrevo, por inteiro, as preciosas anotações registradas no voto vogai do Sr. Ministro Hamilton Carvalhido. Concedo a ordem de habeas corpus para trancar a ação penal.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO:

Senhor Presidente, pelo que pude apreender do relatório, da sustentação oral e do voto, sempre douto, de V. Exa, ficou evidente que se trata de uma denúncia manifestamente inepta, que inibe, de maneira absoluta, o exercício do direito de defesa, sob qualquer aspecto.

O que se depreende, no caso concreto, é de uma narração que não possui forma nem figura de denúncia. A participação precisa ficar definida, ou seja, se houve reuniões, onde ocorreram e se se constituíram em participação anterior ou posterior à prática desse certo e determinado crime, que precisa ser definido com todas as letras e todos os pontos.

Acompanho o voto de V. Exa concedendo a ordem de habeas corpus para trancar a ação penal, por entender que a denúncia não imputa, validamente, qualquer fato criminoso à paciente.

É o meu voto.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR:

Sr. Presidente, acompanho, por inteiro, o voto de V. Exa. Concedo a ordem de habeas corpus para trancar a ação penal.

Recurso Especial nº 403.553-SC*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

RECORRENTE: HUGO ÉRICO FREDERICO SOCHER

ADVOGADO: EVANDRO PERTENCE E OUTROS

RECORRIDO: BRIGITTE SOCHER

ADVOGADO: AMIR CARLOS MUSSI E OUTRO

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. CIVIL. IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA. RECURSO. DOAÇÃO. HERDEIROS NECESSÁRIOS.

1. O recurso contra decisão que julga impugnação ao valor da causa é o de agravo de instrumento e não o agravo retido, que deve ser admitido apenas quando se tratar de interlocutória dentro da mesma ação e não do incidente.

2. O doador, em decorrência da existência de herdeiros necessários, não pode dispor de mais da metade de seus bens.

3. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Jorge Scartezzini.

Brasília, 7 de outubro de 2004 (data de julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

* In: Diário da Justiça, p. 207, de 14/02/2005.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Em 1981, na comarca de Blumenau - Santa Catarina - foi ajuizada ação ordinária de nulidade de doação inoficiosa, c/c indenização de frutos e rendimentos e cancelamento de registro imobiliário por BRIGITTE SOCHER, de nacionalidade alemã - filha legítima de Hugo Wilhelm Socher e Frieda Socher.

Em segundas núpcias, Hugo W. Socher, era casado com Anna Socher, pelo regime de separação de bens, surgindo desta nova união o único filho do casal HUGO ÉRICO FREDERICO SOCHER, a quem, por seu pai, antes de falecer, foram transferidos todos os bens imóveis descritos na peça de ingresso, em detrimento da autora - Brigitte Socher, na condição de herdeira necessária e com maltrato à letra do art. 1176 do Código Civil.

Visa, então, a ação o reconhecimento do direito da autora à metade dos bens e, também, metade dos frutos e rendimentos por eles produzidos.

O pedido foi julgado procedente em parte para declarar nula a doação feita por Hugo W. Socher e Anna Socher em favor de Hugo Érico Frederico Socher, em sua parte inoficiosa, qual seja, 25%, reconhecido - ainda - o direito em igual percentual à percepção dos frutos e rendimentos produzidos pelos imóveis, a partir de 07 de agosto de 1970.

Houve apelação interposta por Hugo Érico Frederico Socher e recurso adesivo da autora.

A segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, pelo voto do Desembargador SÉRGIO ROBERTO BAASCH LUZ, manteve a sentença, negando provimento a ambos os recursos, consoante acórdão que guarda a seguinte ementa:

AÇÃO DE NULIDADE DE DOAÇÃO INOFICIOSA - IMPUGNAÇÃO AO VALOR DA CAUSA - INTERPOSIÇÃO DE AGRAVO RETIDO - MEIO RECURSAL INADEQUADO - OFERECIMENTO DE CAUÇÃO - ART. 835 DO CPC - LAVRATURA DO TERMO RESPECTIVO - AUSÊNCIA DE INSURGÊNCIA NO TEMPO E MODO DEVIDOS - PRECLUSÃO TEMPORAL CARACTERIZADA - PRESCRIÇÃO - DOAÇÃO DA INTEGRALIDADE DOS BENS DO DOADOR - INOBSERVÂNCIA DA PARTE QUE CABERIA AOS DEMAIS HERDEIROS, FERINDO SUAS LEGÍTIMAS - NULIDADE DECRETADA - SENTENÇA MANTIDA.

- Improperável interposição de agravo retido contra decisão interlocutória proferida em incidente processual, já que, por possuir procedimento próprio, tramitando em processo apenso aos autos principais é sua decisão atacável via agravo de instrumento, já que, por não se tratar de decisão interlocutória proferida nos próprios autos principais, descabido

Ministro Fernando Gonçalves

mostra-se a agressão via agravo retido, posto não ser viável a apresentação de recurso fora dos autos próprios.

- Deixando a parte de insurgir-se, a tempo e modo, contra a decisão que aceita o bem a ser caucionado, sujeita-se aos efeitos da preclusão, descabendo a apreciação da matéria no âmbito recursal.

- O prazo prescricional para ingresso da ação de anulação de doação inoficiosa em que realizada com infração dos arts. 1.175 e 1.176 do Codex Substantivo é vintenário, conforme determina os arts. 177 e 179 do mesmo estatuto.

- Nula é a doação realizada na integralidade dos bens do pai para filho, caso o mesmo possua outros herdeiros necessários além daquele a quem doou os bens, pois não haverá observância da legítima referente aos demais herdeiros, maculando-se perfeita doação inoficiosa.

Improsperável se demonstra o pleito de retenção por benfeitorias caso manifestada em contestação, já que o meio processual adequado para tal fim é a reconvenção, salientando-se que esta sim é adequada para as ações que não possuem caráter de duplicidade. (fls. 7407/7408)

Embargos de declaração rejeitados (fls. 7441/7451).

Inconformado, HUGO ÉRICO FREDERICO SOCHER (fls. 7453/7471), com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, interpõe recurso especial, aduzindo ofensa aos arts. 522 e 523 do Código de Processo Civil, na medida em que o Tribunal veio a firmar entendimento no sentido de não comportar a decisão que julga a impugnação ao valor da causa o recurso de agravo retido.

Haveria também, segundo o recurso, violação aos arts. 1167 e 1176, ambos do Código Civil de 1916, porque a doação em apreço é da espécie modal, com encargo ou onerosa e, portanto, concernentemente ao valor do encargo ela não assume caráter de liberalidade, não se lhe aplicando a letra do art. 1176 do Código Civil.

No caso, a doação perdeu as suas características, assumindo caráter de contraprestação. Como a doação inoficiosa apenas concerne à liberalidade, a recorrida deveria ter comprovado a circunstância (existência da liberalidade).

De outro lado, estariam maculados os arts. 516 e 517 do Código Civil de 1916, porquanto houve a edificação de benfeitorias necessárias nos imóveis, que devem ser indenizadas ao possuidor de boa-fé, com direito de retenção, sob pena de enriquecimento sem causa. O acórdão, afastando este direito, afronta os dispositivos em causa.

O julgamento dos declaratórios teriam sido extra petita ou ultra petita, porque o encargo não pode ser computado para fins de inoficiosidade o que contraria o art. 1167 do Código Civil. E assim decidindo, houve infração às regras dos arts. 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Aduz ainda na questão da verba de sucumbência violação aos arts. 20 e 21 do Código de Processo Civil, porque acolhido apenas em parte o pedido.

Por fim, existiria ofensa aos arts. 834 e 838 do Código de Processo Civil, no tocante à prestação de caução, por ser a autora-recorrida estrangeira e não residente no Brasil.

Quanto ao dissenso pretoriano, sustenta, com apoio em julgados vários, a impossibilidade da anulação de doação onerosa. Mostra - ainda - a viabilidade de retenção por benfeitoria, sem a necessidade da reconvenção, como exigido no acórdão.

Sustenta que o termo inicial para o pagamento dos frutos e rendimentos é o da citação e não da doação.

Por fim alega que a prescrição da ação de nulidade de doação inoficiosa é de 04 (quatro) anos - art. 178, § 9º, V, letra "b" do Código Civil e não 20 anos.

Não foram oferecidas contra-razões (fls. 7476).

O Ministério Público do Estado de Santa Catarina, pelo Procurador de Justiça Paulo Roberto Spech, opina pela não admissão do recurso (fls. 7478/7484).

Admissão na origem (fls. 7492/7494).

A Subprocuradoria-Geral da República, pelo Subprocurador-Geral da República HENRIQUE FAGUNDES, opina pelo não conhecimento do recurso pela letra "a" e, no tocante à letra "c" pelo seu parcial conhecimento e desprovimento (fls. 7808/7821).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

O primeiro tema deduzido no especial se prende ao recurso adequado a ser manejado contra a decisão rejeitando impugnação ao valor da causa. O entendimento do Tribunal de origem é no sentido de que revelando-se a impugnação como um incidente à parte, com procedimento específico, "não sendo mais assunto da própria contestação", circunstâncias conducentes à exclusão de "reflexos na matéria questionada no processo principal", há que ser (a interlocutória decidindo a impugnação) impugnada por meio do agravo de instrumento descabendo a sua apreciação em sede de recurso de apelação, "cujo âmbito está afeto, com exclusividade, à rediscussão das matérias que integram a pretensão de mérito deduzida" (fls. 7417).

Correta a tese esposada pelo ven. acórdão que encontra apoio tanto na doutrina, como na jurisprudência que, desde o antigo Tribunal Federal de Recursos, apenas admite o agravo de instrumento (e não o agravo retido) contra decisão que

Ministro Fernando Gonçalves

fixa o valor da causa, ut THEOTONIO NEGRÃO - CPC e legislação processual em vigor - 36ª edição - pág. 346. A explicação para o afastamento do agravo retido, na dicção de GELSON AMARO DE SOUZA, trazido à colação pelo acórdão, além de simples é lógica:

Partimos do entendimento de que o agravo retido deve ser admitido quando se tratar de decisão interlocutória dentro da mesma ação, visto que exige que seja ratificado em razões ou contra-razões na apelação. Como no processo em tela não cabe apelação, tanto que, se coubesse, o recurso não seria o de agravo de instrumento, não vemos como se possa admitir a figura do agravo retido.

No caso acima mencionado, pensamos que o agravo retido foi interposto na ação principal e ratificado na apelação; mas se isso aconteceu, parece-nos, com a devida vênia, que houve um tumulto processual, colocando na ação principal um recurso que tinha por escopo atacar decisão de outra ação e não da principal. Parece-nos inadmissível apresentar um recurso em ação diferente daquela em que ocorreu a decisão. Em sendo caso de ataque contra decisão proferida na impugnação, somente nesta poderá ser interposto o recurso. Do Valor da Causa - Sugestões Literárias, 1986 - pág. 119.

Não há, portanto, sob este aspecto a pretendida vulneração aos dispositivos invocados, principalmente ao art. 522 do Código de Processo Civil, cuja expressão "retido nos autos", como mostra o parecer ministerial, "aponta para os autos principais e não, obviamente, para os derivados, tais os de incidente" (fls. 7812).

Na seqüência, segundo o recorrente, estariam violados os arts. 1167 e 1176 do Código Civil de 1916, porque a doação é onerosa e o valor dos bens doados excede o montante do encargo.

Colhe-se que o *de cuius*, casado em segundas núpcias, sob o regime da separação, era detentor da totalidade (100%) de seus bens, podendo, nesta perspectiva, doar metade (50%) daqueles bens a seu filho, ora recorrente, reservando a outra metade que seria dividida, meio a meio, (25%) entre os herdeiros necessários. Fora de dúvida, então, que 25% da doação em causa, no dizer da r. sentença (fls. 1032), pertence à herdeira sonogada, devendo ser anulada referentemente ao excesso. Neste sentido, aliás, já decidido por esta Turma, no julgamento do Resp 124.220-MG - Rel. o Min. CESAR ASFOR ROCHA, consoante ementa seguinte:

Civil. Doação de ascendente a descendente. Ausência de consentimento de um dos filhos. Desnecessidade. Validade do ato. Art. 171. Não é nula a doação efetivada pelos pais a filhos, com exclusão de um só e só porque não contou com o consentimento de todos os descendentes, não se aplicando à doação a regra inserta no art. 1.132 do Código Civil. Do contido no art. 1.171 do CC deve-se, ao revés, extrair-se o entendimento de que a doação

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

dos pais a filhos é válida, independentemente da concordância de todos estes, devendo-se apenas considerar que ela importa em adiantamento da legítima. Como tal – e quando muito – o mais que pode o herdeiro necessário, que se julgar prejudicado, pretender, e a garantia da intangibilidade da sua quota legitimária, que em linha de princípio só pode ser exercitada quando for aberta a sucessão, postulando pela redução dessa liberalidade até complementar a legítima, se a doação for além da metade disponível. (Resp 124220/MG Min. Cesar Asfor Rocha, data: 13/04/1998 pg: 00126)

Nula é a doação da totalidade de bens a um filho, com prejuízo de outros descendentes, na parte que exceder o disponível. (fls. 7424)

O ven. acórdão, com amparo no art. 1176 do Código Civil de 1916, afasta, com inteira procedência a pretensão exposta no recurso, dado que não poderia o doador, em decorrência da existência de herdeiros necessários, dispor de mais da metade de seus bens.

Diz AGOSTINHO ALVIM, in Da Doação - Revista dos Tribunais - 1963 - págs. 166/167:

Com efeito, se um viúvo que tem dois filhos e possui um milhão de cruzeiros, doar a um estranho seiscentos mil cruzeiros, a doação será inoficiosa, porque a legítima dos filhos estará comprometida.

Qualquer dos filhos poderá desde logo intentar ação para anular a doação, na parte excessiva.

Mas se este mesmo homem doar seiscentos mil cruzeiros a um de seus dois filhos, tal doação não será inoficiosa, e outro filho carecerá de ação.

E isto porque, sendo de duzentos e cinqüenta mil cruzeiros a sua legítima, aquela doação não a terá desfalcado.

O pai, nas condições supostas, poderá doar a um dos filhos até setecentos e cinqüenta mil cruzeiros, a saber toda a legítima desse filho e todo o disponível dêle pai.

O art. 1.176 proíbe a doação inoficiosa; mas o conceito de inoficiosidade está no art. 1.790, parágrafo único:

"Considera-se inoficiosa a parte da doação, ou do dote, que excede a legítima e mais a metade disponível."

Note-se que o art. 1.176, sabiamente, não veda a doação que ultrapassar a metade dos bens, e sim a que ultrapassar aquilo de que o testador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

Ora, esta última quota, como vimos, será a metade, se a doação for a estranho: mas se a doação for a um dos filhos, só haverá inoficiosidade se ultrapassar a metade dos bens do doador, mais a legítima do filho donatário.

Ministro Fernando Gonçalves

Ainda, segundo o recurso, cuidando-se de doação com encargo, regulada pelo art. 1167 do Código Civil de 1916, não teria ela (doação) perdido o caráter de liberalidade no tocante ao valor do ônus imposto, não se lhe aplicando a regra do art. 1176, ao declarar a nulidade da doação inoficiosa. Em suma, a pretensão é de se descontar o encargo do valor da doação para depois se partilhar o excesso.

O acórdão, louvando-se no julgado singular, com inteira precisão, dispõe sobre o tema:

A doação analisada é na modalidade modal ou com encargos, pois, na certidão de f. 12 e verso, consta que 'os doadores gravaram os bens em questão de inalienabilidade e impenhorabilidade enquanto os doadores vivem, assumindo o adquirente a obrigação de sustentar os doadores, sendo que caso estas obrigações não forem cumpridas pelo adquirente os bens voltarão ao patrimônio dos doadores' (grifei).

A doação com encargo, como ensina Maria Helena Diniz, em seu livro Curso de Direito Civil Brasileiro, é 'aquela em que o doador impõe ao donatário uma incumbência em seu benefício, em proveito de terceiro ou do interesse geral'.

Diante disto, o donatário/Requerido adquiriu todos os bens de propriedade do doador e, crescendo seu patrimônio, tendo, no entanto, para tornar o ato completamente válido, que cumprir o encargo de sustentar os doadores. Não pode, agora, querer o donatário descontar o encargo do valor da doação para após retirar a parte inoficiosa, pois seria ilógico já que, o encargo, era condição de validade e perfectibilidade do ato, encargo este somente do donatário. A doação, em si, não é nula, apenas será atingido por nulidade o excesso da legítima. Não há como transferir o encargo à Requerida, que é parte estranha a doação, vez que a parte que será a ela transferida será apenas aquela a que tem direito em decorrência de direitos hereditários diante do falecimento de seu pai.

Indefere-se, então, qualquer tipo de restituição ou compensação referente aos gastos despendidos em relação ao encargo da doação. (fls. 1.034/1.035).” (fls. 7426)

E depois, mais uma vez, procedentemente, afirma:

Saliente-se, aqui, que a contraprestação pelos serviços prestados devido aos encargos da doação estão sendo auferidos pelo ora requerido, já que continuará com 75% da propriedade dos bens, pois, graças à doação ficou com a integralidade da parte disponível da herança (50%), situação esta possível, apenas, graças ao cumprimento do encargo (art. 1.180, do CC). (fls. 7427)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

A verdade é que, como anota AGOSTINHO ALVIM, o pai que doa excessivamente (não exclusivamente) a um dos filhos, "peca contra o estado de pai, o dever, o ofício de pai. Por isso a doação é inoficiosa".

De outro lado, as instâncias ordinárias não assentaram o caráter remuneratório da doação e qualquer exclusão da letra do art. 1176 do Código Civil de 1916, que condena as doações inoficiosas, como adverte o parecer ministerial, implicará, necessariamente, em investigação probatória, vedada pela súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Ainda nesta linha, entende o recorrente ter havido infração aos arts. 128, 459 e 460 do Código de Processo Civil, pela decisão lançada nos embargos de declaração, *verbis*:

Quanto à afirmativa de que a doação com encargo desnatura a doação feita caso o valor do encargo seja superior ao da própria doação realizada, pugnando pela aplicação do art. 1.167 do Código Civil.

"Além da vasta argumentação utilizada no sentido de que a doação feita não poderá, mesmo nos casos de doação com encargo, ultrapassar a parte disponível do doador, o que não reproduziremos, acrescente-se que o argumento despendido encontra barreiras, também, nas disposições do art. 1.175 do Código Civil (fls. 7447)

Haveria o julgado decidido fora dos limites traçados pelas partes. Os dispositivos, em causa, com a devida vênia, não foram prequestionados, nem na apelação e nem nos embargos de declaração, ausente, portanto, a revelação da questão federal. Em nenhum momento, o recorrente fez menção a eventual julgamento fora dos limites impostos pelas partes e nenhuma questão de direito sob este aspecto foi ventilada. Apenas no especial houve a tardia arguição.

De igual forma, não houve prequestionamento em relação aos arts. 20 e 21 do Código de Processo Civil, ressaltando a decisão de embargos a ausência de insurgência quanto à fixação dos ônus da sucumbência em primeiro grau, levando, inclusive, o Vice-Presidente do Tribunal de Justiça, no despacho de admissibilidade (fls. 7492/7494) a invocar as súmulas 282 e 356 do Supremo Tribunal Federal.

A questão da indenização e retenção por benfeitorias necessárias edificadas nos imóveis, negados pelo acórdão, com violação aos arts. 516 e 517 do Código Civil de 1916, também não faz sentido, na medida em que o pleito, consoante o julgado, inclusive nos declaratórios, deveria ser formulado pela via reconventional ou por ação autônoma, até mesmo para viabilizar o exercício do direito de defesa da recorrida.

Adequado, sob todos os aspectos, o parecer ministerial, *verbis*:



Ministro Fernando Gonçalves

Para arrematar, nesse tocante, a coima de infração, por igual, ao art. 517, do Código Civil, não abona a pretensa vulneração ao art. 516, do mesmo Estatuto, mas, antes, torna altamente questionável a aplicação desse último. De fato, no art. 516, prescreve o Código Civil o direito à indenização do possuidor de boa-fé e, no art. 517, ao de má-fé. Os preceitos legais, portanto, são antagônicos e não há, no campo estrito do recurso especial, espaço para a discussão da escolha de uma das regras normativas. De qualquer forma, por tudo quanto se falou, não há violação aos arts. 516 e 517 do Código Civil. (fls. 7516)

Anote-se, com âncoras no entendimento pretoriano que a "menção genérica de realização de benfeitorias" é insuficiente para o reconhecimento da retenção, máxime na espécie onde há envolvimento, consoante alegação, de benfeitorias úteis e necessárias, reclamando posicionamento diverso daquele adequadamente adotado pelo Tribunal de origem investigação probatória.

Os arts. 834 e 838 do Código de Processo Civil também não foram violados. A recorrida, de nacionalidade alemã, residente na Alemanha, em Suttgart, segundo se colhe dos autos, teve deferido, por força do disposto no art. 835, do Código de Processo Civil, pedido de prestação de caução (fls. 965). É bem verdade, como destaca o ven. acórdão (fls. 7416), que não foi observado o prazo consignado para o oferecimento da garantia, insurgindo-se, na ocasião, o ora recorrente (fls. 965), sendo, no entanto, a objeção rejeitada pelo MM. Juiz, com determinação da lavratura do respectivo termo.

Na apelação o tema foi novamente agitado, malgrado - antecedentemente, em duas ocasiões, mais precisamente em 03.12.97 e 08.07.98, não haver o recorrente, com vista do processo, apresentado impugnação. Neste contexto, destaca o ven. acórdão:

Ora, se a partir da data de sua intimação para falar nos autos não explanou seu inconformismo, por meio do recurso cabível, não o impugnando naquela data, não pode, agora, em grau recursal, pretender sua reforma, haja vista estar preclusa tal análise.

O artigo 473 do CPC, assim aduz:

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

A propósito, esclarece Humberto Theodoro Júnior:

"O processo é um caminhar sempre para frente, subordinando-se a prazos contínuos e peremptórios (arts. 178 e 183). 'Em processo, a capacidade da parte está sempre condicionada pelo tempo'. Assim, 'decorrido o prazo, extingue-se, independentemente de declaração judicial, o direito de praticar o ato' (art. 183).

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Tem-se, de tal forma, a preclusão temporal, que se apresenta como 'um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual.' (Curso de Direito Processual Civil, 12ª ed., Forense, 1994, v. 1, p. 526). (fls. 7416/7417)

Não há, portanto, como se recusar a ocorrência da preclusão, consistente na perda de um direito processual pelo esgotamento do prazo para o exercício desta faculdade. Como acentua o em. Vice-Presidente, Des. ALCIDES AGUIAR, em seu despacho de admissibilidade, "devia o recorrente ter interposto agravo de instrumento da decisão que aceitou o bem caucionado, e não aguardar o julgamento do mérito..." (fls. 7493).

Quanto ao pretendido dissenso pretoriano, relativamente à prestação de caução, o acórdão do antigo Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, cuja colação é limitada à transcrição da ementa, além de não se prestar à comprovação da divergência, pois o processo, naquela hipótese, foi extinto em decorrência de não ter sido aceita a garantia, no caso, houve rejeição da impugnação, sem posição de recurso pela parte interessada. As hipóteses, apesar da falta de confronto analítico, regimentalmente exigido, são diversas.

No tocante à verba de patrocínio, matéria agitada apenas nos embargos de declaração, impende destacar o seguinte: a sentença deu pela procedência parcial do pedido, declaração nula da doação em sua parte (25%) inoficiosa (o pedido inicial reclama o reconhecimento do direito à metade dos bens), carreando ao recorrente o ônus do pagamento das despesas processuais "e honorários de advogado, fixados estes em R\$ 15.000,00 (quinze mil reais), nos termos do art. 20, § 4º, do Código Instrumental Civil" e por haver a recorrida decaído de parte mínima (art. 21, parágrafo único do Código de Processo Civil).

Na apelação o tema não foi ventilado e no julgamento dos embargos de declaração opostos obteve a seguinte disciplina:

O primeiro tópico suscitado foi o de omissão no tópico referente à análise da sucumbência recíproca, já que a autora decaiu de 50% de seu pedido.

Entretanto, ao nos deportarmos à peça recursal constante às fls. 1.039/1051, não deslumbramos qualquer insurgência quanto ao modo em que o togado a quofixou os ônus sucumbenciais, não podendo agora, em embargos declaratórios, pretender sua análise já que, como sabemos, o artigo 535 do Código de Processo Civil aponta que dito recurso é cabível, apenas, nas hipóteses de existência de contradição, omissão e obscuridade. (fls. 7444)

Resulta, então, carecer do necessário prequestionamento a questão relativa à verba de patrocínio, dado que sobre ela não houve manifestação da instância revisora, salvo para esclarecer que a seu respeito não poderia discorrer apenas por

Ministro Fernando Gonçalves

força do princípio tantum devolutum quantum appellatum, porque a "extensão do efeito devolutivo, na dicção de BARBOSA MOREIRA, determina-se pela extensão da impugnação." Incidem, a toda evidência, os enunciados 282 e 356 da súmula do Supremo Tribunal Federal.

De outro lado, não há no especial argüição de maltrato à norma do art. 535 do Código de Processo Civil e sobre o ponto não foi indicada a ocorrência de eventual dissenso pretoriano, até porque, também neste ângulo, reclamado o necessário prequestionamento.

Não há, em decorrência, porque não revelada a questão federal, maltrato às normas declinadas dos arts. 20, 21, 458 e 459, caput, todas do Código de Processo Civil.

Quanto à prescrição da ação, com acerto o ven. acórdão destaca operar-se esta causa extintiva ao cabo de 20 (vinte) anos, amparado, inclusive, em precedente desta Turma, da lavra do Min. RUY ROSADO DE AGUIAR (Resp 151.935/RS). Diz a ementa:

VENDADO ASCENDENTE A DESCENDENTE. INTERPOSTA PESSOA. ANULAÇÃO. PRESCRIÇÃO. DATA INICIAL. DOAÇÃO INOFICIOSA. A prescrição da ação de anulação de venda de ascendente para descendente por interposta pessoa é de quatro anos e corre a partir da data da abertura da sucessão. Diferentemente, a prescrição da ação de nulidade pela venda direta de ascendente a descendente sem o consentimento dos demais, é de vinte anos e flui desde a data do ato de alienação. A prescrição da ação de anulação de doação inoficiosa é de vinte anos, correndo o prazo da data da prática do ato de alienação. Arts. 177, 178, 1.132 e 1.176, do CC. (fls. 7418)

A tese do recurso, no sentido da ocorrência da prescrição no espaço de 04 (quatro) anos, contados do registro do título de liberalidade, com amparo em precedente do TJDFT, não tem procedência, pois a hipótese naquele caso versada diz respeito à doação à concubina, simulada mediante compra e venda. A espécie cuida de nulidade de doação inoficiosa, sem nenhuma das nódoas declinadas no art. 178, § 9º, inc. V, do Código Civil de 1916.

A divergência jurisprudencial invocada não se perfaz, dado que os temas versados nesta demanda e aqueles dos acórdãos colacionados, apenas através das respectivas ementas, são diversos.

No caso do debate acerca da doação remuneratória, regulada pelo art. 1167, do Código Civil de 1916, (para remunerar ou retribuir serviços que ao doador foram prestados), o primeiro acórdão (ou a primeira ementa) do TJDFT, cuida de revogação de doação onerosa por ingratidão do donatário e, como mostra o pronunciamento ministerial, as instâncias ordinárias sustentam não se tratar de doação onerosa o tema do especial. Já o julgado do TJMG, cuida de bem doado e a possibilidade de

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ser ele (bem) dado em garantia hipotecária, enquanto não desfeita judicialmente ou por acordo a liberalidade.

O terceiro acórdão, do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, versa sobre doação remuneratória, mas este caráter da liberalidade na espécie foi afastado pelo Tribunal a quo, implicando o debate a respeito, como já anteriormente declinado, em maltrato à súmula 7.

Na seqüência, há invocação de acórdão do Superior Tribunal de Justiça, no tocante ao direito de retenção por benfeitorias. O tema foi devidamente analisado, não tratando as hipóteses colacionadas acerca de eventual boa ou má-fé, hipótese requerente para seu esclarecimento de investigação probatória, como, aliás, já assentado. O outro julgado, colacionado, pela ementa, à guisa de paradigma, dispõe sobre o direito do inquilino a indenização por benfeitorias. Tema completamente diverso.

Quanto ao mais, o recurso não indica onde publicados os acórdãos colacionados e nem há o confronto analítico indicativo da divergência, em desrespeito à norma regimental.

Ante o exposto, não conheço do recurso.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, o eminente Advogado mencionou existir um precedente oriundo desta Turma, admitindo o agravo retido contra a decisão que aprecia a impugnação ao valor da causa. Entretanto, nesse aspecto vou acompanhar o voto do Sr. Ministro Relator diante da situação peculiar de que aqui o valor da causa não vai repercutir na fixação dos honorários advocatícios. Penso então que seria um excesso de apego ao formalismo determinar-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem só para analisar o incidente referido.

No mais, estou de inteiro acordo com o Ministro Relator, uma vez que, para verificar-se a natureza modal da doação, haver-se-ia que descer ao exame do conjunto probatório coligido nos autos. Incide aí a Súmula n. 7-STJ.

Estou em acompanhar S. Exa. também em relação aos demais itens ventilados no recurso especial, abordados um a um no percuciente e brilhante voto proferido.

Não conheço do recurso especial.



Ministro Fernando Gonçalves

VOTO

**O EXMO. SR. MINISTRO ALDIR PASSARINHO JUNIOR
(PRESIDENTE):**

Srs. Ministros, também acompanho o voto do eminente Ministro-Relator, não conhecendo do recurso especial, com essa ressalva feita pelo Sr. Ministro Barros Monteiro.

Recurso Especial nº 258.389-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

RECORRENTE: HOSPITAL MATERNIDADE JUNDAI S/A

ADVOGADO: TARCÍSIO GERMANO DE LEMOS FILHO

RECORRIDO: CLÓVIS REIS DE BASTOS E CÔNJUGE

ADVOGADO: VLADIMIR MANZATO DOS SANTOS E OUTROS

EMENTA

CIVIL. INDENIZAÇÃO. MORTE. CULPA. MÉDICOS. AFASTAMENTO. CONDENAÇÃO. HOSPITAL. RESPONSABILIDADE. OBJETIVA. IMPOSSIBILIDADE.

1 - A responsabilidade dos hospitais, no que tange à atuação técnico-profissional dos médicos que neles atuam ou a eles sejam ligados por convênio, é subjetiva, ou seja, dependente da comprovação de culpa dos prepostos, presumindo-se a dos preponentes. Nesse sentido são as normas dos arts. 159, 1521, III, e 1545 do Código Civil de 1916 e, atualmente, as dos arts. 186 e 951 do novo Código Civil, bem com a súmula 341 - STF (É presumida a culpa do patrão ou comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto.).

2 - Em razão disso, não se pode dar guarida à tese do acórdão de, arrimado nas provas colhidas, excluir, de modo expresso, a culpa dos médicos e, ao mesmo tempo, admitir a responsabilidade objetiva do hospital, para condená-lo a pagar indenização por morte de paciente.

3 - O art. 14 do CDC, conforme melhor doutrina, não conflita com essa conclusão, dado que a responsabilidade objetiva, nele prevista para o prestador de serviços, no presente caso, o hospital, circunscreve-se apenas aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam, permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa).

* In: Revista de Direito Renovar, vol. 41, p. 375.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

4 - Recurso especial conhecido e provido para julgar improcedente o pedido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do recurso e lhe dar provimento. Divergiram apenas pela fundamentação os Ministros Jorge Scartezzini e Barros Monteiro. Ausente, justificadamente o Ministro **Fernando Gonçalves**.

Brasília, 16 de junho de 2005 (data de julgamento).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

CLÓVIS REIS DE BASTOS e sua mulher ajuizaram ação de indenização contra o HOSPITAL E MATERNIDADE JUNDIAÍ S/A, LUIS ROBERTO DE OLIVEIRA e RUBENS CRUZ NEVES visando o recebimento de uma indenização em virtude do falecimento da menor Juliana Fernanda da Silveira Bastos, filha do casal, ocorrido nas dependências daquele nosocômio e ocasionado por conduta negligente dos dois últimos, médicos credenciados do plano de saúde mantido e administrado pelo primeiro.

O pedido foi julgado procedente, com a condenação dos réus solidariamente ao pagamento de pensão mensal equivalente a 01 (um) salário mínimo, de 01 de dezembro de 1995 a 01 de junho de 2020, ou até a morte dos autores, caso ocorra antes, reconhecido o direito de acrescer. Foram condenados ainda a pagar o valor de R\$ 12.000,00 (doze mil reais), a título de dano moral, em razão da morte da filha (fls. 371/404).

Às apelações interpostas, pela Terceira Câmara de Férias de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo - Relator o Des. ALFREDO MIGLIORE - foi dado parcial provimento para excluir o pensionamento (condenação por danos materiais), com manutenção, entretanto, da verba relativa ao dano moral, entendendo - ainda - aquela Corte não demonstrada a culpa dos médicos, respondendo o estabelecimento hospitalar de forma objetiva.

Esta a ementa do acórdão:

RESPONSABILIDADE CIVIL.

Atendimentos hospitalares prestados por médicos ligados ao Hospital-réu - Impossibilidade de definição de culpa, pela prova dos autos de qualquer

Ministro Fernando Gonçalves

dos réus médicos - Relevância, contudo, dos indícios que fazem presumir, face o benefício da dúvida (art. 47 do C.D.C.), de que alguma falha existiu, ou por médicos, ou por serviços vinculados ao Hospital - Ação indenizatória improcedente contra os médicos e parcialmente procedente contra o Hospital em que a menor que faleceu foi atendida - Descabimento da verba de danos materiais, de vez que filha menor não é devedora alimentar dos pais - Exegese do art. 1.537, II, do C.Ci. - Recursos providos em parte. (fls. 460)

Os embargos de declaração opostos pelo Hospital e Maternidade Jundiá S/A foram rejeitados por guardar o recurso, segundo o acórdão (fls. 478/480), caráter infringente.

No especial, o Hospital, com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, assinala maltrato aos art. 159, 1521, III, e 1523, todos do Código Civil de 1916 e ao art. 14 da Lei 8.078/90 (CDC), bem como dissenso jurisprudencial com julgados de outros tribunais e com a súmula 341 do Supremo Tribunal Federal.

Sustenta o recorrente não ser cabível a sua responsabilização de modo objetivo, porquanto a relação que se instaura na espécie é de cunho subjetivo, ou seja, dependente da verificação de culpa que, no seu caso, na qualidade de preponente, aceita-se seja presumida, desde que caracterizada a dos prepostos. Aduz que o Tribunal de origem, ao assim decidir, incide em verdadeira contradição, pois, apesar de afastar, de modo claro e expresso, a culpa dos médicos, impõe-lhe ao mesmo tempo, de modo ilógico, a condenação.

Conclui então que, ausente a culpa dos prepostos, afastado está, em consequência, o próprio nexos causal, sendo descabida a condenação.

Sem contra-razões, o recurso teve admitido o seu processamento (fls. 519-522), ascendendo os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

O ven. acórdão, ao excluir a responsabilidade dos médicos Luis Roberto de Oliveira e Rubens Cruz Neves, pondera não ter havido, pelo menos quanto a este, erro de diagnóstico ou falta de adequação em sua conduta. Ressalta – ainda – não ter esta situação sido afirmada pela perícia, mas considera que a "previsibilidade do resultado, embora não assumido, constituiu a essência de culpabilidade e que, em situações de normalidade não parecia previsível ao cardiologista o que aconteceria depois, ou seja, a elevação da temperatura da menor já com anemia e com problemas

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

neuroológicos congênitos, a tal ponto que sofreu crise convulsiva, "desmaiou" (fls. 333), e apesar da pressa com que foi levada de táxi ao nosocômio réu, acabou falecendo." (fls. 463/464)

Já em relação ao primeiro facultativo - Dr. Luis Roberto de Oliveira - foi destacada a sua recomendação no sentido da internação da criança, em 1º de dezembro de 1995, hipótese, contudo, recusada pela genitora sob o argumento de que teria condições de tratar da filha em casa. E diz: "Era razoável, portanto, crer, como fez esse demandado" (Dr. Luis Roberto de Oliveira) "que a criança nesse momento não apresentasse risco de vida" (fls. 463). E, então, arremata o julgado:

Impressiona ao leigo e, mesmo ao jurista, o que consta em "manchetes" e editorial de jornais (fls. 21/24), mas a verdade é que, a teor da nossa legislação, não vejo como declarar qualquer dos dois médicos (ou sete, se considerarmos os outros que constam ter, de alguma forma, prestado diretamente serviços médicos, entre 27/11 e 01/12 à filha dos autores: drs. Pedro, Rubens, Laerte, Lígia e Euvaldo) como obrando com qualquer modalidade de culpa.

Acrescente-se que a recusa da co-autora Jane Maria à internação da filha horas antes de morrer, afasta a argüição relevante feita na Sentença quanto à perda de chance de vida ou sobrevida da menor, imputável ao médico-pediatra. É que a recusa dos genitores à autópsia da filha impediu que se definisse, com maior grau de certeza, a "causa mortis" desta.

Diante do exposto, não vejo como declarar a procedência da lide em referência aos médicos Luiz Roberto de Oliveira e Rubens Cruz Neves. (fls. 464/465)

Assentadas estas premissas, o exame acerca da responsabilização objetiva do Hospital é destacada nas considerações que se seguem:

Considero, contudo, quanto ao Hospital e Maternidade ser objetiva sua responsabilidade, pois todos os médicos e Serviços prestados à filha dos acionantes foram-no por e através de médicos desse nosocômio. Eventual erro de algum dos médicos não comprovado, e até de atendimentos, por indícios relevantes, podem adjetivar esta responsabilidade. A saber: a alta fornecida a 28/11; a leitura conflitante da radiologia; o entendimento contestado de obrigatoriedade de internação pelo médico dr. Luiz Roberto; a alegada "certa demora" quanto ao último atendimento da infeliz menor; e, bem assim, atendimentos que podem até ser corretos clinicamente, mas sem maior respeito ao desespero e atenções à filha enferma; e, por último, a circunstância de que todos os médicos estariam ligados ou vinculados ao Hospital demandado e ao Convênio deste, implicam em responsabilidade objetiva do Hospital, porque era possível (não certeza), se outra fosse a forma de atendimentos, no mínimo sobrevida da menor; e, até, evitar o falecimento. (fls. 465)

Ministro Fernando Gonçalves

Como se observa, o tema em debate é limitado à possibilidade de imposição de responsabilidade objetiva do hospital, quando não tenha o seu corpo clínico agido com culpa no atendimento de paciente.

A r. sentença informa que o atendimento médico da menor "foi feito com base no convênio GAME", sendo os médicos credenciados. Este convênio – ainda de acordo com a sentença – é administrado pelo hospital, "que é quem seleciona os profissionais e faz o pagamento dos honorários" (fls. 396). Então, assevera o julgado de primeiro grau, demonstrada a conduta imperita do preposto (não se exige relação empregatícia) deflui a responsabilidade do nosocômio.

Sucedo, porém, que o acórdão – expressamente – exclui a responsabilidade dos dois médicos, conforme já transcrito, não comportando a matéria na sede especial maiores comentários e indagações, dado que a sua completa e adequada elucidação reclama a toda evidência investigação probatória, vedada pela súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

O importante é destacar que da exclusão da culpa dos médicos (prepostos) resulta conseqüente e necessariamente a exclusão da culpa do hospital (preponente), como, aliás, *mutatis mutandis*, apenas para realçar a imprescindibilidade do atuar culposo do preposto, já foi decidido por este Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Resp 259816 - RJ - Rel. o Min. SÁLVIO DE FIGUEIREDO TEIXEIRA, *verbis*:

DIREITO CIVIL. AÇÃO INDENIZATÓRIA. HOSPITAL. FALECIMENTO DE PACIENTE. ATENDIMENTO POR PLANTONISTA. EMPRESA PREPONENTE COMO RÉ. CULPA DOS PREPOSTOS. OBRIGAÇÃO DE INDENIZAR. DANOS MORAIS. QUANTIFICAÇÃO. CONTROLE PELA INSTÂNCIA ESPECIAL. POSSIBILIDADE. VALOR. CASO CONCRETO. INOCORRÊNCIA DE ABUSO OU EXAGERO. RECURSO DESACOLHIDO.

I - Nos termos do enunciado nº 341 da súmula/STF, "é presumida a culpa do patrão ou do comitente pelo ato culposo do empregado ou preposto".

II - Comprovada a culpa dos prepostos da ré, presente a obrigação desta de indenizar.

III - O valor da indenização por dano moral sujeita-se ao controle do Superior Tribunal de Justiça, recomendando-se que, na fixação da indenização a esse título, o arbitramento seja feito com moderação, proporcionalmente ao grau de culpa, ao nível sócio-econômico da parte autora e, ainda, ao porte econômico da ré, orientando-se o juiz pelos critérios sugeridos pela doutrina e pela jurisprudência, com razoabilidade, valendo-se de sua experiência e do bom senso, atento à realidade da vida e às peculiaridades de cada caso.

IV - No caso, diante de suas circunstâncias, o valor fixado a título de danos morais mostrou-se razoável. (DJ de 27.11.2000)

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Nos arraias da doutrina, seja pelo ângulo do conceito clássico de responsabilidade, seja pela ótica do Código de Defesa do Consumidor, o entendimento prevalente é de que a reparação em face da casa de saúde, em princípio, apenas terá lugar quando provada a culpa ou dolo do médico.

O insigne RUI STOCO em seu Tratado de Responsabilidade Civil - 6ª edição - Ed. Revista dos Tribunais - com extrema acuidade esclarece de modo definitivo a questão, com apoio de vários doutrinadores de peso, dentre eles AGUIAR DIAS, CAIO MÁRIO e RUY ROSADO DE AGUIAR JR, destacando o seguinte:

A questão mais polêmica que surge é a que pertine à seguinte indagação: quando a responsabilidade deve ser carreada ao médico, pessoalmente, e quando se deve atribuí-la ao hospital?

A nós parece que se impõe examinar primeiro se o médico é contratado do hospital, de modo a ser considerado como seu empregado ou preposto.

Se tal ocorrer, aplica-se a surrada e vetusta regra de que o empregador responde pelos atos de seus empregados, serviços ou prepostos (Código Civil, art. 932, III).

Aliás, Aguiar Dias demonstrou o alcance e largueza desse conceito de preposto em atividades que tais ao afirmar:

"O médico responde também por fato de terceiro. Este é o caso dos proprietários e dos diretores das casas de saúde, responsáveis pelos médicos, enfermeiros e auxiliares. Considera-se incluído nesta espécie de responsabilidade também o proprietário não-médico dos hospitais e clínicas, explicando que essa responsabilidade é nitidamente contratual, e advertindo que a noção de preposto, neste domínio, não se confunde com a que se lhe empresta no terreno extracontratual, porque, no caso em apreciação, é em virtude de uma garantia convencional implícita que o contratante responde pelos fatos de seus auxiliares. E tal garantia é devida pelo proprietário da casa de saúde, pelo fato danoso do médico assalariado" (op. cit., p. 292-293).

Se o médico atuar no respectivo hospital mediante vínculo empregatício, será empregado submetido às ordens da sociedade hospitalar. Se com ela mantiver contrato de prestação de serviços, deve ser considerado seu preposto e, nas duas hipóteses, aquela sociedade responderá pelos atos culposos daquele profissional. O hospital, contudo, terá direito de reaver o que pagar através de ação regressiva contra o causador direto do dano.

Mas se o médico não for preposto mas profissional independente que tenha usado as dependências do nosocômio por interesse ou conveniência do paciente ou dele próprio, em razão de aparelhagem ou qualidade das acomodações, ter-se-á de apurar, individualmente, a responsabilidade de cada qual.

Desse modo, se o paciente sofreu danos em razão do atuar culposos exclusivo do profissional que o pensou, atuando como prestador de serviços autônomo, apenas este poderá ser responsabilizado.

Ministro Fernando Gonçalves

Se, contudo, apurar-se manifestação incorreta do estabelecimento, através de ação ou omissão de seus dirigentes, empregados ou prepostos, podendo ser estes médicos, enfermeiros e funcionários em geral, então poderá responder apenas o hospital, se a ação ou omissão culposa deles dimana, ou o hospital e o médico, solidariamente, se ambos obraram com culpa. (fls. 725)

E mais adiante, colacionando trabalho apresentado pelo Min. RUY ROSADO no IV Congresso Internacional sobre Danos, realizado em Buenos Aires - Argentina - em 1995, expõe:

... "o hospital não responde objetivamente, mesmo depois da vigência do Código de Defesa do Consumidor, quando se trata de indenizar danos produzido por médico integrante de seus quadros, pois é preciso provar a culpa deste para somente depois se ter como presumida a culpa do hospital". (fls. 729)

E arremata RUI STOCO:

Cabe, finalmente, obter a total ausência de sentido lógico-jurídico se, em uma atividade de natureza contratual em que se assegura apenas meios adequados, ficar comprovado que o médico não atuou com culpa e, ainda assim, responsabilizar o hospital por dano sofrido pelo paciente, tão-somente em razão de sua responsabilidade objetiva e apenas em razão do vínculo empregatício entre um e outro.

Perceba-se, porque importante, que o caput do art. 14 do CDC condicionou a responsabilização do fornecedor de serviços à existência de "defeitos relativos à prestação de serviços".

Tal expressão, embora em contradição com o princípio adotado no próprio artigo da lei, induz culpa, máxime quando se trate de atividade médica, cuja contratação assegura meios e não resultado (salvo com relação às cirurgias estéticas e não reparadoras), de modo que o resultado não querido não pode ser rotulado de "defeito".

Este só se configura quando a lesão ao paciente resultar de procedimento totalmente desviado dos padrões e, portanto, com culpa evidente do seu causador. (fls. 729)

Neste contexto, a conclusão única é de que na responsabilização do hospital por ato praticado por médico, não tem aplicabilidade a teoria objetiva, pois o que se põe em exame é o trabalho do facultativo, com incidência, inclusive, da norma do § 4º do art. 14 do Código de Defesa do Consumidor.

Significa isso dizer que, no caso específico dos hospitais, será objetiva a responsabilidade apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia), etc e não aos serviços técnicos-profissionais dos médicos que ali atuam ou que tenham alguma relação com o nosocômio (convênio por exemplo), permanecendo estes na relação subjetiva de preposição (culpa) já iterativamente mencionada.

Em conclusão, pois, adotando-se a linha da responsabilidade subjetiva, se os médicos que cuidaram da filha dos autores não têm culpa pela morte da criança, constatação extraída do acórdão recorrido, com base nas provas dos autos e, por isso mesmo, como já declinado, imune ao crivo do especial, ut súmula 7-STJ, afigure-se, no mínimo, sem propósito, diante destes fundamentos, condenar o Hospital e Maternidade Jundiá S/A.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe dou provimento para julgar improcedente o pedido inicial, condenando os autores a pagarem as custas e honorários advocatícios, estes à razão de 10% sobre valor da causa.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO BARROS MONTEIRO:

Sr. Presidente, no caso, como os votos antecedentes são concordantes e divergem tão-somente no ponto alusivo à fundamentação, acompanho, em princípio, o voto que V. Exa. está proferindo, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento. A meu ver, a responsabilidade do hospital é objetiva. Então, a discussão em torno desse assunto perde relevo já que, de todo modo, não há o necessário nexos de causalidade.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

Sr. Presidente, acompanho o voto do Sr. Ministro-Relator pela fundamentação, conhecendo do recurso especial e dando-lhe provimento.



VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Ministro JORGE SCARTEZZINI: Cuida-se de Recurso Especial interposto por HOSPITAL MATERNIDADE JUNDIAÍ S/A, sendo recorridos CLOVIS REIS DE BASTOS e cônjuge, contra v. aresto (fls. 459/466) que, face à morte da filha dos mesmos, não obstante excluindo expressamente a atuação culposa dos médicos credenciados ao nosocômio e prestadores do atendimento à vítima, responsabilizou de forma objetiva o hospital ora recorrente, condenando-lhe à reparação de danos morais.

Cumprе ressaltar que, in casu, o pleito indenizatório referente à morte da menor embasou-se totalmente na negligência do atendimento ministrado à mesma pelos facultativos, da qual decorreria a responsabilidade do hospital por ato de seus prepostos (deveras, vedada a realização de autópsia, restou inviabilizada a definição da causa mortis e, em consequência, a eventual imputação do evento diretamente ao nosocômio).

Nesta esteira, consoante se infere do voto prolatado pelo e. Ministro Relator **Fernando Gonçalves**, "o acórdão - expressamente - exclui a responsabilidade dos dois médicos, conforme já transcrito, não comportando a matéria, em sede especial, maiores comentários e indagações, dado que a sua completa e adequada elucidação reclama a toda evidência investigação probatória, vedada pela Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça."

Explanando, ainda, que "da exclusão da culpa dos médicos (prepostos) resulta consequente e necessariamente a exclusão da culpa do hospital (preponente)", conclui o e. Ministro Relator que "na responsabilização do hospital por ato praticado por médico, não tem aplicabilidade a teoria objetiva", admitindo-a "apenas no que toca aos serviços única e exclusivamente relacionados com o estabelecimento empresarial propriamente dito, ou seja, aqueles que digam respeito à estadia do paciente (internação), instalações físicas, equipamentos, serviços auxiliares (enfermagem, exames, radiologia)".

Pois bem, melhor examinado a questão, conquanto não entenda inaplicável, em tese, a responsabilização objetiva de estabelecimento hospitalar, ainda que decorrente de ato de médico seu empregado ou preposto, nos termos, indistintamente, dos arts. 933 c/c 932, III, do CC/2002, ou 14, caput, do CDC (cf., a respeito, SERGIO CAVALIERI FILHO, in "Programa de Responsabilidade Civil", 5ª ed., São Paulo, Malheiros Ed., 2004), tenho que, na hipótese sub iudice perfaz-se inviável atribuí-la ao recorrente.

Com efeito, embasando-se o evento danoso exclusivamente na atuação médica culposa dos prepostos do recorrente, e excluída expressamente a respectiva ocorrência, verifica-se, por conseguinte, a supressão do próprio nexo de causalidade entre a conduta do hospital e a morte da menor, requisito imprescindível tanto à aferição da responsabilidade com base na teoria subjetiva como objetiva. Em outros

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

termos, tenho que, in casu, da exclusão da culpa dos médicos resulta, conseqüente e necessariamente, a exclusão do nexu causal entre a conduta do hospital e o evento danoso, imprescindível à responsabilização subjetiva ou objetiva do mesmo.

Consignadas tais ressalvas, acompanho, pela conclusão, o voto do e. Ministro Relator.

Recurso Especial nº 112.254-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

RECORRENTE: CLÓVIS DOMINGOS DANDARO E CÔNJUGE

ADVOGADO: JOANILSON BARBOSA DOS SANTOS E OUTRO

RECORRIDO: ALCIDES WALDOMIRO DANDARO E OUTROS

ADVOGADO: ANTÔNIO ALMUSSA FILHO E OUTRO

EMENTA

CIVIL. DOAÇÃO INOFICIOSA.

1. A doação ao descendente é considerada inoficiosa quando ultrapassa a parte que poderia dispor o doador, em testamento, no momento da liberalidade. No caso, o doador possuía 50% dos imóveis, constituindo 25% a parte disponível, ou seja, de livre disposição, e 25% a legítima. Este percentual é que deve ser dividido entre os 6 (seis) herdeiros, tocando a cada um 4,16%. A metade disponível é excluída do cálculo.

2. Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Os Ministros Aldir Passarinho Junior, Jorge Scartezini, Barros Monteiro e Cesar Asfor Rocha votaram com o Ministro Relator.

Brasília, 16 de novembro de 2004 (data de julgamento).

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

* Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 187, p. 335.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Por CLÓVIS DOMINGOS DÂNDARO E DIRCE SCHIAVINATO DÂNDARO foi ajuizada ação ordinária contra ALCIDES VALDOMIRO DÂNDARO, MARIA DIRCE RODRIGUES DÂNDARO, ANTONIA MARILDA DÂNDARO MAXIMINO. LUIZ CARLOS MAXIMINO, MARIA JOSÉ DÂNDARO RISSATO, LUIZ ARNALDO RISSATO, FATIMA AUGUSTA DÂNDARO BONFIM, JOSÉ VAZ BONFIM E ANTONIO PEDRO DÂNDARO, visando a declaração de nulidade de doação realizada por Domingos Dândaro, falecido em 19.08.87, e Dozolina Gemente Dândaro, pais do primeiro requerente, na parte excedente da metade da qual o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento. O pedido foi julgado procedente, declarando nula a doação feita para os réus por Domingos Dândaro, dos imóveis matriculados sob os n.ºs. 21.639, 21.640, 21.641 e 21.642, referentes à parte inoficiosa, correspondente a 25% de cada um, determinando a expedição de mandado de cancelamento ao cartório de Registro de Imóveis, após o trânsito em julgado.

Após rejeitados embargos de declaração, inconformados, apelaram os réus e os autores, pretendendo estes a reforma da sentença para reconhecer que a parte inoficiosa é de 8,33% dos imóveis doados e aqueles, preliminarmente, a decretação de nulidade do decisum, em razão do julgamento antecipado da lide, e, no mérito, a fixação do percentual de 4,16% em relação a cada imóvel.

A Quinta Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, afastando a preliminar de nulidade da sentença, nega provimento ao apelo dos autores e dá provimento ao recurso dos réus em acórdão assim sintetizado:

Anulatória de doação na parte inoficiosa. Arguição de existência de adiamento de legítima em favor dos autores. Irrelevância. Circunstância se eventualmente caracterizada poderá autorizar, em sede de inventário, a exigibilidade de colação de bens. Inoficiosidade que deve ser reconhecida com base no patrimônio existente no momento da liberalidade. Recurso dos réus provido para fixação do percentual de inoficiosidade que corresponde à porção em que a legítima do autor foi desrespeitada. (fls. 123)

Sobreveio, então, o presente recurso especial, interposto por Clóvis Domingos Dândaro e outra, com fundamento nas letras "a" e "c" do permissivo constitucional, assinalando violação aos arts. 1.178 e 1.790, ambos do Código Civil, bem como dissídio pretoriano, pedindo, ao final, que seja reconhecido como parte inoficiosa o correspondente a 8,33% de cada um dos imóveis doados, em razão de a doação ter sido realizada de ascendente para descendente, devendo ser conservado o direito de igualdade na herança.

Ministro Fernando Gonçalves

Apresentadas as contra-razões e admitido o recurso na origem, ascenderam os autos a esta Corte, manifestando-se a douta Subprocuradoria-Geral da República pelo seu desprovimento.

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

O cerne da controvérsia gira em torno do valor fixado pelo Tribunal de origem, relativo à parte inoficiosa da doação, correspondente a 4,16% de cada um dos imóveis doados, valendo transcrever excerto do acórdão recorrido ao asseverar:

Observe-se que a nulidade, na forma do artigo 1.176 do Código Civil, existe tão-somente em relação à parte que exceder à de que o doador, no momento da liberalidade, poderia dispor em testamento.

É nula, pois, insista-se, a doação na parte que vulnera a legítima e que se chama inoficiosa; mas, a nulidade só atinge a porção excedente, no que tem de imodesta, no excesso da legítima; a liberalidade deverá ser assim reduzida às devidas proporções (Washington de Barros Monteiro, Curso de Direito Civil, Saraiva, 1975, página 127).

Deve-se consignar que na sistemática do Código Civil, inexistente qualquer impedimento à disposição pelo doador de sua parte disponível, mesmo que for em benefício de seus herdeiros. Tanto assim que como preleciona Sílvio Rodrigues nada impede ao testador "declarar que a gratificação, levada a efeito em vida, se deve incluir em sua metade disponível, pois, é seu propósito melhor aquinhoar determinado herdeiro, em detrimento dos outros" (Sílvio Rodrigues, in Direito Civil, Volume 7, Direito das Sucessões, Saraiva, 1975, página 287).

Vê-se que a quota disponível é "a porção do patrimônio do finado de que pode ele dispor, por testamento, sem qualquer restrição" (Sílvio Rodrigues, in Direito Civil, Volume 7, Direito das Sucessões, Saraiva, 1975, página 199).

O mesmo conceito de quota disponível é aplicável, no caso de disposição por doação, em face ao que decorre do artigo 1.176 do Código Civil." (fls. 129/130)

O artigo 1.790 do Código Civil estabelece que "o que renunciou à herança, ou dela foi excluído, deve, não obstante, conferir as doações recebidas para o fim de repor a parte inoficiosa" sendo que o § único deste dispositivo ao dispor que "considera-se inoficiosa a parte da doação, ou do dote, que exceder a legítima emais a metade disponível", não constitui impedimento à livre disposição da parte disponível. Consoante ainda explica

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

o Professor Sílvio Rodrigues "a idéia que inspira o mandamento legal é a de que a liberalidade feita ao renunciante ou ao indigno pode ser de tal vulto que absorva não apenas a parte disponível do de cujus, mas também a parte da legítima de seus herdeiros necessários. Por isso que a liberalidade deve ser conferida, para o fim de ser ela reduzida ao limite legal, ou seja, para o fim de reportar-se a parte inoficiosa. Parte inoficiosa é a que excede à legítima do descendente, mais a porção disponível do testador" (Obra citada, página 287). (fls. 130/131)

O artigo 1.178 é norma jurídica inserta no Livro III do Código Civil relativo ao Direito das Obrigações e traz disposição geral a respeito do contrato de doação, sem qualquer conteúdo voltado ao direito sucessório, ou especificamente no tocante à isonomia entre filhos e herdeiros. A regra simplesmente estabelece que salvo disposição em contrário, a doação em comum a mais de uma pessoa entende-se distribuída entre elas por igual. Isto quer dizer que a norma atinge os donatários que são partes no contrato de doação.

Destarte, a disposição não tem qualquer proveito relativamente aos autores que não são partes no impugnado contrato de doação. (fls. 131/132)

O doador falecido possuía 50% dos imóveis, e portanto, a divisão deverá ser feita na seguinte forma: 25% constituem a parte disponível e que poderia ser objeto integral de doação. Os outros 25% constituem a legítima dos herdeiros necessários. No que se refere a estes últimos 25% (legítima), o mesmo deve ser dividido entre os seis herdeiros, cabendo a cada um 4,16%. (fls. 132)

De início, consoante ressaltado no julgado a quo, não há falar em violação ao art. 1.178 do Código Civil, que versa sobre matéria alheia às questões debatidas nos autos, referentes à sucessão.

Outrossim, aplicável ao caso em tela do disposto no art. 1.790 do Código Civil, porquanto cuida a espécie de doação de ascendente para descendentes, das quais pretendem os recorrentes seja reconhecida a parte inoficiosa.

Entretanto, o cálculo a ser realizado é diverso daquele declinado nas razões de recurso, onde pretendido o reconhecimento como parte inoficiosa o percentual de 8,33% de cada um dos imóveis doados, como forma de manutenção do direito de igualdade na herança.

A propósito, vale transcrever a lição de Sílvio Venosa, *in* Direito das Sucessões, Ed. Atlas, edição de 2001, *verbis*:

A doação ao descendente será considerada inoficiosa quando for superior a sua parte legítima, mais a parte disponível. A invalidade não é total. Só no que suplantiar esse cálculo aritmético. Nesse caso, é feita a redução até caber nesse limite. Os sucessores nomeados no testamento só recebem se sobrar patrimônio após tais reduções.

Ministro Fernando Gonçalves

Consideremos o exemplo no qual existem dois filhos. A doação foi feita quando o patrimônio do doador era de 2.000. O valor da doação foi de 1.600. Há uma parte inoficiosa. Isso porque, quando da doação, o titular do patrimônio tinha como sua parte disponível o valor de 1.000 (a metade do acervo). A outra metade de 1.000 constituía a legítima dos dois filhos, cabendo 500 para cada um. A doação avançou em 100 da legítima do filho não donatário, porque o valor da mesma não poderia ultrapassar 1.500. A inoficiosidade refere-se, portanto, ao valor de 100, que deve ser repostado pelo herdeiro-donatário.

Outro não é o escólio de Carlos Maximiliano, citado por J.M. Carvalho Santos, in Código Civil Brasileiro Interpretado, Direito das Sucessões, 11ª edição, Ed. Livraria Freitas Bastos S.A:

Considera-se inoficiosa a parte da doação ou do dote, que exceder a legítima e mais a porção disponível. O Código define aqui o que seja parte inoficiosa, a cuja reposição estão obrigados o indigno e o renunciante, por incidir a doação em tais condições sôbre a parte indisponível da herança.

Conforme assinala CARLOS MAXIMILIANO, a lei completou, neste dispositivo, em prol do renunciante da herança, o determinado no art. 1.176: enquanto êste retira aos donatários o que não cabe na cota disponível, aquêle conserva em poder do renunciante o que não vai além da soma da cota referida com a legítima (Obra e loc. cits.).

Esclarece, abaixo, que não há contradição entre os dois textos: "Em verdade, os atos benéficos jamais poderão prejudicar a legítima; por isso, o primeiro preceito anula a parcela excedente da cota disponível; porém o herdeiro necessário tem direito à reserva; logo prevalece a dádiva que cabe na sua legítima e comotambém é lícito a cada um a metade do seu patrimônio, segue-se a conclusão de ser válido o dom igual em valor à soma da reserva individual do filho com a íntegra da cota disponível do espólio" (Obra e loc. cits, a nota 3)

Então, adequado o cálculo do ven. acórdão, porquanto apenas se pode reputar inoficiosa a doação naquilo que ultrapassa a parte de que poderia dispor o doador, em testamento, no momento da liberalidade. Como já declinado, o doador, na dicção do julgado, possuía 50% dos imóveis, constituindo 25% a parte disponível, ou seja, de livre disposição, e 25% a legítima. Este percentual é que deve ser dividido entre os 6 (seis) herdeiros, tocando a cada um 4,16%. A metade disponível é excluída do cálculo.

Quanto ao dissenso pretoriano, como bem lembrado no despacho de admissibilidade, aplica-se a súmula 13 do Superior Tribunal de Justiça, porquanto o acórdão paradigma, a exemplo do julgado recorrido, é também do Tribunal de Justiça de São Paulo.

Não conheço do recurso.

Habeas Corpus* nº 8.914-MG

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

IMPTE: CLÁUDIA CECÍLIA DE ALMEIDA E SILVA

IMPDO: SEGUNDA CÂMARA CRIMINAL DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE MINAS GERAIS

PACTE: HAMILTON FRANCISCO CRUZ

EMENTA

PENAL. HC CONCURSO APARENTE DE NORMAS. CONSUNÇÃO DO CRIME DE FAVORECIMENTO À PROSTITUIÇÃO PELO DE RUFIANISMO. ORDEM CONCEDIDA.

1. Menor, trabalhando para o paciente, com a função de fazer programas com homens e mulheres, com ele dividia o dinheiro auferido, sendo, então, patente a sua condição de sócio oculto do incapaz que, na dicção de NÉLSON HUNGRIA, funcionava como sócio de indústria.

2. Nestas circunstâncias, não obstante o angariamento de clientes a indicar, *in thesi*, o favorecimento à prostituição, este delito foi absorvido pelo de rufianismo, pela preponderância do indevido proveito, consubstanciado na participação nos lucros. Em suma, o menor exercia a prostituição e o paciente dela tirava proveito direto, numa espécie de sociedade. 3. Ordem concedida para excluir da condenação a pena relativa ao crime do art. 228 do Código Penal.

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, conceder a ordem para excluir da condenação a pena relativa ao crime do artigo 228 do Código Penal, mantida, quanto ao mais, a f. sentença. Vencido o Ministro Fontes de Alencar. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Hamilton Carvalhido e Vicente Leal. Ausente, por motivo de licença, o Ministro William Patterson.

* Revista do Superior Tribunal de Justiça, n. 134, p. 525 .

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Brasília, 16 de novembro de 1999 (data de julgamento).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Trata-se de ordem de *habeas corpus* impetrado pela advogada CLÁUDIA CECÍLIA DE ALMEIDA E SILVA em favor de HAMILTON FRANCISCO CRUZ, condenado pela prática dos crimes tipificados nos arts. 228, § 1º (favorecimento da prostituição) e 230, § 1º (rufianismo), ambos do Código Penal.

O recurso de apelação interposto, postulando a absolvição ou o acolhimento da tese do concurso aparente de normas, ocorrente em um crime e outro, foi improvido pela Segunda Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

Busca-se, então, por via do presente *writ*, ver reconhecido o concurso aparente de normas, entendendo a subscritora da peça vestibular ser óbvio para sua resolução a tese de que o "rufião necessariamente favorece a prostituição porque vive e extrai o seu sustento dela. Mas comete um único crime porque o favorecimento integra a sua estrutura." (fls. 08)

Prestadas as informações (fls. 80) a Subprocuradoria-Geral da República, através do Dr. Wagner Natal Batista (fls. 93/97), opina pela concessão da ordem.

Os autos vieram ao STJ por força da EC 22/99 (fls. 99).

É o relatório.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES (RELATOR):

Segundo relata a denúncia estampada às fls. 60/61, o paciente, em 1993, houve por bem admitir como empregado em sua casa o menor Douglas Luiz Azeredo de Oliveira, com a função de "Fazer programas com homens e mulheres" e com ele dividir o dinheiro obtido. Com esta finalidade anúncios eram veiculados pela imprensa. Numa quinta-feira, o menor foi mandado à cidade de Oliveira, ocasião em que, após a prática de atos libidinosos, acabou por matar o cliente.

Foi então, denunciado o paciente como incurso nas penas dos arts. 228, § 1º e 230, § 1º, c/c o art. 69, todos do Código Penal, e condenado à pena de 3 (três) anos de reclusão pelo crime de favorecimento à prostituição e mais 3 (três)



Ministro Fernando Gonçalves

anos pelo crime de rufianismo, totalizando 6 (seis) anos de reclusão, bem como a satisfazer obrigação pecuniária correspondente a 10 (dez) dias-multa. Regime de cumprimento semi-aberto (fls. 35).

Houve apelação, arguindo-se seis preliminares: 1) ausência de motivação do recebimento da denúncia; 2) nulidade da citação; 3) nulidade a partir do interrogatório por ausência de comunicação do direito ao silêncio; 4) nulidade por falta de intimação ao defensor das audiências das testemunhas, por precatória; 5) inversão tumultuária na ordem do processo e 6) existência de provas obtidas ilicitamente. No mérito, o recurso firma a tese da absolvição.

Todas as preliminares arguidas foram objeto de debate e decisão pelo Tribunal de origem, destacando o relator, eminente Des. JOSÉ ARTHUR, quanto ao mérito, ao exame do contexto probatório, o seguinte:

A vítima Douglas Luiz Azeredo de Oliveira, então com 14 (quatorze) anos de idade, às fls. 12 e verso, afirmou perante a autoridade policial. "que trabalha para um rapaz de nome Hamilton; que a função do informante é fazer programas com homens e mulheres; que por cada programa o informante cobra a importância de três mil cruzeiros reais, sendo o informante obrigado a dividir o dinheiro dos programas com Hamilton, que é o proprietário da casa. (fls. 57)

Nos embargos de declaração opostos, a ocorrência do concurso aparente de normas foi levantada, fixando o julgado, no entanto, que as condutas ficaram devidamente caracterizadas (fls. 23). Reza o acórdão:

... assevera o embargante (paciente) que "o favorecimento confunde-se com o rufianismo, porque o rufião, com a sua atividade também favorece a prostituição, mas a lei distingue as diversas ações pelo fato de haver peculiaridades que devem ser tratadas separadamente ...

Segundo ANÍBAL BRUNO, o "fato definido em uma lei ou de disposição de lei pode estar compreendido no fato previsto em outra, de sentido mais amplo. Então, é essa disposição mais larga que vai aplicar-se à hipótese. É o princípio da consunção. Pode ocorrer isso quando o fato previsto em uma norma figura como elemento constitutivo do tipo delituoso definido em outra, conduta inicial, meio para realizá-lo ou parte do todo que ele representa. " Direito Penal - Parte Geral- Tomo I - Forense - 1967 - pág. 262.

In casu, vênia devida ao parecer ministerial, a conduta do paciente, já devidamente declinada, cristaliza apenas e tão somente o crime de rufianismo, consistente em tirar proveito da prostituição alheia, participando diretamente dos lucros. É o recebimento, segundo HUNGRIA, de dinheiro ou vantagem de pessoa

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

prostituída. Pressupõe habitualidade e fim de lucro, *desideratum* alheio ao crime de favorecimento à prostituição (HUNGRIA), porquanto, neste caso, se o móvel visado for o rédito, além da pena de privação de liberdade, haverá, também, a sanção pecuniária (§ 3º, do art. 228, do CP).

Ora, o menor, trabalhando para o paciente, com a função de fazer programas com homens e mulheres, com ele dividia o dinheiro auferido. Patente, deste modo, a condição de empresário, de sócio oculto do menor que, na dicção, mais uma vez, de HUNGRIA, funcionava como sócio de indústria.

Nestas circunstâncias, não obstante o angariamento de clientes a indicar, *in thesi*, o favorecimento à prostituição, este delito, a meu sentir, foi absorvido pelo de rufianismo, pela preponderância do indevido proveito, consubstanciado na participação nos lucros. E tanto isto é vero que a sentença não aplicou a pena do § 3º, do art. 228, do Código Penal, consistente na multa. Houve apenas a sanção pecuniária do art. 230 do CP, na hipótese obrigatória.

Em suma, o menor exercia a prostituição e o paciente dela tirava proveito direto, numa espécie de sociedade.

Ante o exposto, concedo a ordem para excluir da condenação a pena relativa ao crime do 228 do Código Penal, mantida, quanto ao mais, a r. sentença.

VOTO-VENCIDO

O EXMO. SR. MINISTRO FONTES DE ALENCAR:

Senhor Ministro **Fernando Gonçalves**, rogo vênias a V. Exa. para negar o *habeas corpus* e o faço pela seguinte razão: que os dois tipos penais subsistem, cada um isoladamente, e podem se conjugar não há dúvida nenhuma. Ora, em um caso concreto - é a minha visão - para se excluir um delito por via de *habeas corpus* parece-me que não dá por que exige o aprofundamento da prova. É preciso examinar a prova para que o fato receba classificação. Se no processo comum deu-se-lhe uma classificação, aplicou-se a pena em relação a dois delitos - e como V. Exa. - bem lembrou as zonas cinzentas que os avizinham - não seria por via do *habeas corpus* que se iria penetrar na midundência da prova para se excluir um ou outro.

Por isso, rogando vênias a V. Exa., nego o *habeas corpus*.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO VICENTE LEAL (PRESIDENTE):

Srs. Ministros. acompanho o Sr. Ministro-Relator e explicito meu ponto de vista, no sentido de que o *habeas corpus* é um remédio processual de rito célere,



Ministro Fernando Gonçalves

que não comporta no seu curso ilação probatória; mas se a prova está completa e pré-constituída nos autos do processo de *habeas corpus*, dela o órgão judiciário tem que conhecer e decidir. O que não cabe no âmbito do *habeas corpus* é a busca de provas, que não estão condensadas no processo; mas, se a prova está inclusa à peça exordial, o órgão judiciário tem que dela conhecer e decidir. Como proclamado pelo Sr. Ministro-Relator, o quadro fático demonstrado no processo afasta a existência do concurso.

Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

RÉU: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: ISMAEL MEDEIROS (EM CAUSA PRÓPRIA) E OUTRO

EMENTA

CRIMINAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. CRIME DE CORRUPÇÃO PASSIVA. CONFIGURAÇÃO.

1. Há condições de se viabilizar a ação penal, quando os fatos descritos revelam, em tese, infração penal. Para o recebimento da denúncia basta a simples "suspeita", transformada em indícios, não se exigindo entre o fato demonstrado e o fato que se infere, uma certeza tão evidente e certa, como no caso de condenação.

2. O delito de corrupção é unilateral, tanto que legalmente existem duas formas autônomas, conforme a qualidade do agente. A existência de crime de corrupção passiva não pressupõe necessariamente o de corrupção ativa.

3. Denúncia recebida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, receber a denúncia, nos termos do voto do Ministro Relator. Também, por decisão unânime, determinar, com base no art. 29 da Lei Complementar nº 35, de 14 de março de 1979, o afastamento do réu das funções de Juiz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Afirmou suspeição o

* In: Diário da Justiça, de 26/04/2004.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Ministro Jorge Scartezzini. Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Edson Vidigal, Fontes de Alencar, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Ministro Relator. Licenciado o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, sendo substituído pelo Ministro Carlos Alberto Menezes Direito.

Brasília, 03 de dezembro de 2003 (data de julgamento).

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Trata-se de denúncia oferecida pela Subprocuradoria-Geral da República contra PAULO THEOTÔNIO COSTA, brasileiro, casado, magistrado, residente e domiciliado no Estado de São Paulo, e ISMAEL MEDEIROS, também brasileiro, advogado, com escritório na cidade de Campo Grande - Mato Grosso do Sul - pelos seguintes fatos e fundamentos:

1) Em junho de 1997 foi constituída a empresa THEMA - Empreendimento - Participação - Incorporação - Construção e Comércio Ltda, tendo como sócios Paulo Theotônio Costa, com 80% das quotas sociais, e seu irmão Manoel Tomaz Costa, fixando-se a data de 02 de janeiro de 1998 para início das atividades empresariais;

2) Em abril de 1998, Paulo Theotônio Costa e sua mulher Marisa Nittolo Costa adquiriram de Manoel Tomaz Costa e de Theotônio dos Reis Costa, irmão e sobrinho do primeiro, as quotas sociais de KROONNA CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO LTDA. Em novembro de 1998 Paulo Theotônio Costa veio a transferir as quotas que detinha na Thema (80%) para a Kroonna, resultando, então, o quadro seguinte: Thema tem como sócios Manoel Tomaz Costa (20%) e Kroonna (80%), de modo que as duas empresas - Thema e Kroonna - têm como sócios principais Paulo Theotônio Costa e sua mulher Marisa Nittolo Costa;

3) Nos autos do Inq. 281, em trâmite no Superior Tribunal de Justiça, foram solicitadas diligências pela Secretaria da Receita Federal, mediante ações fiscais nas pessoas físicas e jurídicas referidas, resultando a lavratura de autos de infração;

4) Na empresa Thema, em consequência da ação fiscal, houve a alegação de haver o negócio, para início de suas atividades no setor da construção civil, recebido dois empréstimos: o primeiro, em janeiro de 1998, no valor de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) e o segundo, dez dias após, em 12 de janeiro de 1998, no valor de R\$ 521.000,00 (quinhentos e vinte e um mil reais), ambos de Ismael Medeiros, consoante contratos exibidos à fiscalização;



Ministro Fernando Gonçalves

5) Na empresa Kroonna foi constatado que também seus recursos tiveram origem em vários contratos de mútuo, inclusive um de R\$ 113.000,00 (cento e treze mil reais) celebrados com Ismael Medeiros;

6) Na verdade, segundo revelam as investigações, relata o Ministério Público Federal, estes empréstimos jamais existiram. Serviram de meio para Paulo Theotônio Costa ocultar a natureza de valores recebidos indevidamente, como vantagem pela prolação, na qualidade de Juiz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, de decisão favorável ao Grupo Bamerindus;

7) Em 1995 foi decretada a intervenção nas instituições financeiras componentes do Grupo Econômico, com sede em Salvador - Bahia. O Grupo Bamerindus, com sede em Curitiba - Paraná - tinha, nesta época, celebrado diversas operações concomitantes e recíprocas com empresas do Grupo Econômico, tornando-se, em consequência, reciprocamente devedores e credores. Tinha, então, o Grupo Bamerindus um crédito com o Grupo Econômico de R\$ 185.604.418,79 (cento e oitenta e cinco milhões, seiscentos e quatro mil, quatrocentos e dezoito reais e setenta e nove centavos) e um débito para com este Grupo de R\$ 136.162.054,49 (cento e trinta e seis milhões, cento e sessenta e dois mil, cinqüenta e quatro reais e quarenta e nove centavos);

8) Decretada a intervenção e posterior liquidação do Grupo Econômico foi encarregado o Departamento Jurídico do Grupo Bamerindus para promover estudos no sentido de viabilizar o recebimento do crédito. Participaram, então, os advogados Antônio Augusto Ferreira Porto e José Francisco Machado de Oliveira, integrantes do Departamento Jurídico, chefiado pelo Diretor João Antônio Vieira. Decidiu-se pelo ajuizamento de ação ordinária visando a compensação dos créditos e débitos existentes nos dois conglomerados. Em agosto de 1996, no foro federal - Seção Judiciária de São Paulo - pelos causídicos em apreço - foi distribuída a demanda, sendo, no entanto, a petição inicial, em primeiro lugar, assinada por Ismael Medeiros, a quem havia sido feito um substabelecimento;

9) A ação, nominada como de compensação parcial com pedido de tutela antecipada, nada obstante constar dos respectivos contratos, como foro de eleição o de Curitiba, Salvador ou Rio de Janeiro, foi proposta em São Paulo, apontando-se como réu o Banco Central do Brasil, para justificar o foro federal;

10) A distribuição foi manual (única realizada naquele dia) por ordem do Diretor do Foro, Juiz Federal Marcelo Mesquita Saraiva, da 15ª Vara. Esta distribuição, sob a alegação de urgência, foi feita às 19:00 horas, após a audiência normal de distribuição. No entanto, segundo o Ministério Público Federal, os dados da Internet informam que a distribuição daquele processo (manualmente) teria ocorrido às 12:06 horas, em contraposição ao determinado no Provimento 41, de 1990, do Conselho da Justiça Federal da Terceira Região, que reza ser a distribuição feita sob a supervisão e responsabilidade do Juiz Federal Distribuidor e não do Juiz Federal Diretor do Foro. Não havia, pois, fundamento para distribuição pelo Diretor do Foro e nem havia urgência, pois o Juiz Diretor, fazendo a distribuição

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

manual para ele próprio apenas no dia seguinte (14 de agosto) foi apreciar e deferir a liminar, autorizando a compensação;

11) Em 04 de setembro de 1996 as empresas do Grupo Econômico foram citadas e, no dia 06 de setembro, pelo Grupo Bamerindus foi requerido o aditamento da inicial para inclusão de mais um crédito a ser compensado. Houve indeferimento, seguindo-se a interposição de agravo de instrumento. O recurso que parece não ter sido protocolado foi ao Diretor da Subsecretaria de Registros e Informações Processuais - Ricardo Ângelo Canale - sendo, então, consultado ao Juiz Paulo Theotônio Costa como proceder na distribuição, diante de possível conexão do agravo com o mandado de segurança impetrado pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A contra ato do Presidente do Tribunal Regional Federal/3ª Região, relativo a anulação de ato administrativo, o qual (MS) fora distribuído, no Órgão Especial - a ele (Paulo Theotônio Costa). Apesar da existência de várias outras ações distribuídas no Tribunal, onde era parte o Bamerindus, pelo Juiz Paulo Theotônio Costa foi determinada a distribuição do agravo a ele, por dependência (19.09.96). Em 30.09.96 por ele foi determinada a retificação da distribuição para constar ser o feito de competência da 1ª Turma e não do Órgão Especial, quando a dependência tinha por base o mandado de segurança;

12) Em 17 de outubro de 1996, o Juiz Paulo Theotônio Costa, reconhecendo o equívoco ao determinar a distribuição por dependência, dada a ausência de correlação entre o agravo e o mandado de segurança, manda o processo a livre distribuição. Nesta altura o Grupo Econômico já havia sido citado e agravado da concessão de tutela antecipada pela 15ª Vara Federal - Juiz Marcelo Mesquita Saraiva. O agravo foi protocolado, dando azo a nova consulta do Diretor Ricardo Ângelo Canale ao Juiz Theotônio Costa, agora, sobre a eventual conexão com o agravo primitivo, tirado pelo Bamerindus. Este agravo, do Bamerindus, ainda não tinha sido redistribuído (em decorrência do equívoco da distribuição manual, por dependência) quando o advogado veio a requerer a urgente redistribuição manual para apreciação do pedido de aditamento da inicial, deferida pelo Presidente do Tribunal Regional Federal/3ª Região, sendo sorteado o Juiz Paulo Theotônio Costa;

13) O agravo tirado pelo Banco Econômico, contra a antecipação de tutela, foi, agora, distribuído por dependência ao Juiz Paulo Theotônio Costa que, anteriormente (17.10.96), já negara o efeito suspensivo no outro agravo, do Bamerindus, sobre o pleito de aditamento à inicial, mantida a autorização para a compensação;

14) Em 27 de dezembro de 1996, Grupo Bamerindus e Grupo Econômico celebraram transação, requerendo a extinção do processo, deferida por sentença do Juiz Marcelo Mesquita Saraiva (25.02.97). Houve desistência e homologação em relação aos agravos (96.03.074262-7 e 96.03.080056-2);

15) Extrai-se do contexto, anota o Ministério Público Federal, que o Grupo Bamerindus foi beneficiado por uma decisão concessiva de tutela antecipada, cuja vigência foi propiciada pela ação de Paulo Theotônio Costa, a quem os agravos



Ministro Fernando Gonçalves

foram distribuídos manualmente, possibilitando o recebimento de crédito devido por Grupo sob intervenção extrajudicial, em montante de mais de R\$ 150.000.000,00 (cento e cinquenta milhões de reais). A manipulação da distribuição, garantindo a manutenção da tutela, não era novidade para o Juiz Paulo Theotônio Costa, afastado de suas funções (Inq. 231), sob a acusação de falsificação dos registros de distribuição;

16) Por ele foi recebido do Grupo Bamerindus, através de Ismael Medeiros, Thema e Kroonna pelo menos R\$ 686.000,00 (seiscentos e oitenta e seis mil reais). Ismael de Medeiros fora simples intermediário e suas declarações de renda de 1996 e 1997 (ano-base), somente apresentadas em 2000, revelam que, inscrito na OAB em 1995, teve como rendimentos exclusivos, nestes dois anos, honorários recebidos da Bastec e do Banco Bamerindus S.A. O primeiro de R\$ 1.300.000,00 (um milhão e trezentos mil reais) e o segundo de R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais), consoante contratos, dentre eles aquele em que contratado pelo Bamerindus, para o fim específico de proceder à compensação do crédito, promovendo "os estudos de viabilidade para a solução da causa ... bem como a estratégia de atuação ...". Consta ter ele - Ismael Medeiros - escritórios em Campo Grande e São Paulo, mas, nos endereços, nada foi encontrado e nem existem escritórios de advocacia. Aliás, endereço em São Paulo - Rua Cristiano Viana, 627 - apt. 71 - é de Vera Lúcia Haddad, funcionária do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e que exercia o cargo de Chefe de Gabinete de Paulo Theotônio Costa;

17) De outra parte, não consta do cadastro do Tribunal Regional Federal da 3ª Região o registro de nenhum feito de responsabilidade de Ismael Medeiros como advogado que, na época dos fatos ora noticiados, 1996/1997, acabara de obter inscrição na OAB - Seção Mato Grosso do Sul. E mais: não teve ele qualquer participação na elaboração da petição inicial da ação de compensação e nem no processo, dele não se recordando os procuradores do Bamerindus. É certo haver subscrito a inicial. Mas foi só. Apenas recebeu a vultosa soma de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais), da qual, pelo menos, R\$ 686.000,00 (seiscentos e oitenta e seis mil reais) foram repassados a Paulo Theotônio Costa, a título de empréstimo às empresas Thema e Kroonna;

18) Ismael Medeiros mantém laços de amizade com Paulo Theotônio e seu irmão Manoel Tomaz, conforme depoimento de Acidônio Ferreira, também fornecedor de recursos para aquelas duas empresas;

19) Por fim, não seria a primeira vez que o Grupo Bamerindus se beneficiaria com os favores de Paulo Theotônio Costa, como o caso da autorização, sem que tivesse competência para tanto, de instalação de uma agência no saguão do Fórum Federal Ministro PEDRO LESSA, dando, inclusive, oportunidade a uma ação civil pública, extinta pelo Órgão Especial do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão de ter determinado a retirada do estabelecimento bancário do local.

Deste modo e nestas circunstâncias, entende o Ministério Público Federal haver Paulo Theotônio Costa, para prolatar as decisões em comento, recebido,

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

pelo menos, R\$ 686.000,00 (seiscentos e oitenta e seis mil reais), transferidos por Ismael Medeiros à Thema e à Kroonna, a título de empréstimo. O recebimento se deu em razão do ofício de Juiz da Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, vantagem indevida, com infração dos deveres funcionais e o princípio da imparcialidade.

Em conseqüência, denuncia PAULO THEOTÔNIO COSTA e ISMAEL MEDEIROS como incurso nas penas do artigo 317 (corrupção passiva) e seu § 1º, c/c os arts. 29 e 30, todos do Código Penal, com aplicação da penalidade prevista no art. 92, I (perda do cargo).

Foi requerida - ainda - a quebra do sigilo bancário e fiscal de Ismael Medeiros, no período compreendido entre 1994 e 2002, bem como requisição à Receita Federal de procedimento fiscal (cópia) instaurado naquela repartição.

Na forma do disposto no art. 4º, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, foi determinada a notificação dos acusados (fls. 23), oferecendo, em primeiro lugar, Paulo Theotônio Costa a resposta de fls. 5482 onde, resumidamente, sustenta:

1) A denúncia foi distribuída, por prevenção, ao Relator, em função do Inq. 281, no qual se busca investigar suposto enriquecimento ilícito auferido por Roberto Luiz Ribeiro Haddad e Paulo Theotônio Costa. Mas não teria havido qualquer diligência naquele inquérito apta a desencadear a presente ação penal, até porque houve, em abril de 2001, o desmembramento daquele procedimento. Do mesmo modo no Inq. 302, resultante do desmembramento do Inq. 281 não há diligência, mas apenas ações para fins de apuração de ilícitos tributários. Logo a presente ação penal deveria ter sido livremente distribuída, diante da falta de prevenção;

2) A peça de acusação seria inepta, por não descrever o fato criminoso em todas suas circunstâncias, inclusive não atribuindo ao acusado conduta amoldada ao tipo penal do art. 317 do Código Penal. Não indica o autor da proposta de vantagem indevida e nem quem teria impulsionado o acusado à prática do ato de ofício no exercício de suas funções. Não declina o prévio ajuste entre o corrupto e o corruptor, mencionando a vantagem de forma obscura;

3) De outro lado, a denúncia não se ampara em suporte probatório mínimo, não sendo lícita a prova ocultada, colhida fora da sede própria do foro privilegiado;

4) Não há tipicidade na conduta descrita pela acusação, posto que inexistente qualquer decisão de Paulo Theotônio Costa que tenha aproveitado ao Grupo Bamerindus. Não houve, também, sua participação na distribuição para definir o Relator do agravo tirado pelo Bamerindus e, por conexão, daquele de interesse do Econômico. A distribuição foi realizada pelo Presidente do Tribunal Regional Federal - Juiz Sebastião de Oliveira Lima. Por ele - Paulo Theotônio Costa - nenhuma decisão foi prolatada acerca da manutenção ou não da tutela antecipada impondo a compensação. A ilação de que, apesar da distribuição por prevenção do agravo em 19 de setembro de 1996 e, apenas em 17 de outubro seguinte, haver ele - acusado - reconhecido o equívoco, determinando livre distribuição, contrasta

Ministro Fernando Gonçalves

e é desmentida pelo fato de designação para integrar comissão de concurso para Juiz Federal substituto, na mesma época, com grande esforço no exame, inclusive da vida pregressa dos candidatos;

5) Enfim, menciona não ser o único sócio das empresas Thema e Kroonna, e, em nenhum momento, estiveram elas sob sua gerência e que os mútuos referidos na denúncia efetivamente existiram e foram pagos.

Em ato subsequente, pela advogada Marisa Nittolo Costa, em decorrência do substabelecimento de fls. 109, foi aditada a resposta preliminar, ut fls. 91/108. É que, de início, por equívoco do serviço judiciário, foi o acusado notificado sem que a denúncia se fizesse acompanhar da documentação constante dos três (3) anexos que acompanham o processado (fls. 48). O erro foi corrigido (fls. 48v.), dando, no entanto, espaço para o aditamento em referência que contém, em síntese, o seguinte:

1) A prova é ilícita porque colhida diretamente pelo Ministério Público Federal, que não tem legitimidade para proceder à investigação preparatória da ação penal. Há um simulacro de investigação criminal;

2) O acusado nunca exerceu a gerência das sociedades Thema e Kroonna. A primeira, desde sua constituição, foi gerenciada por Manoel Tomaz Costa e a segunda por Marisa Nittolo Costa;

3) O empréstimo feito por Ismael de Medeiros, financiador do empreendimento imobiliário "Residencial Morada dos Pássaros", deu-se em virtude de sua amizade com Manoel Tomaz Costa. Foram empréstimos regularmente contabilizados e quitados, conforme documentação própria. O início dos pagamentos foi em 17.12.99 e cerca de 90% do total foram realizados antes de 23 de outubro de 2002, data da notificação do acusado na presente ação penal;

4) Ismael Medeiros foi contratado pela empresa Bastec Tecnologia e Serviços Ltda e pelo Banco Bamerindus do Brasil S/A para serviços de assessoria e advocacia contenciosa com o fim específico de obter compensação de créditos recíprocos com empresas do Grupo Econômico, fazendo, inclusive, estudos de viabilidade para solução da causa e definição da estratégia de atuação. Os honorários foram estabelecidos em 1% (um por cento) do total dos créditos, condicionado o pagamento ao êxito da empreitada. Valor de hum milhão e meio a verba de patrocínio. Não há, portanto, a desqualificação dos serviços, conforme distorcida interpretação da Procuradoria da República recolhida diretamente nas sedes de São Paulo e Paraná, com usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça;

5) O serviço foi prestado, com Ismael subscrevendo, inclusive, a petição inicial, havendo o serviço jurídico do Banco atestado e reconhecido sua efetiva prestação, consoante declarações de João Antônio de Vieira Filho, responsável pela sua contratação;

6) Quanto a Paulo Theotônio Costa não houve de sua parte a prática de qualquer ato na ação proposta pelo Bamerindus, de compensação parcial com pedido de tutela antecipada contra o Econômico. O feito teve curso na primeira

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

instância, junto à 15ª Vara Federal de São Paulo. O mesmo se diga em relação à distribuição do processo. Já o agravo (96.03.074262-7), interposto em 18.09.96 pelo Bamerindus, distribuído por dependência ao MS 95.03.086911-0, a partir de informação administrativa, uma vez constatado o equívoco na atuação, sendo ele da competência da Turma e não do Órgão Especial, foi determinada a sua livre distribuição, justificando a demora havida nesta providência a atuação do acusado Paulo Theotônio Costa na comissão de concurso para Juiz Federal substituto. De qualquer modo, atendendo requerimento do Banco, foi promovido novo sorteio, sendo então o agravo a ele distribuído, com indeferimento do efeito suspensivo do pedido pelo Bamerindus. Por fim, após vários procedimentos, inclusive requisição de informações ao Juiz da causa, sobreveio petição de desistência do recurso, devidamente homologada. Assim, a atuação de Paulo Theotônio Costa foi contrária aos interesses do Bamerindus, sendo fantasiosa a versão da denúncia;

7) O agravo do Banco Econômico, para cassar a tutela antecipada deferida pela 15ª Vara Federal, nos autos da ação ordinária 96.0023714-0, foi realmente distribuído ao acusado Paulo Theotônio Costa em razão da conexão com o outro agravo (Bamerindus - 96.03.074262-7) e, no despacho do pedido de concessão do efeito suspensivo, houve por bem condicionar o exame à chegada das informações requisitadas ao juízo de origem. O pedido de desistência superveniente veio a frustrar o pleito, não havendo, mais uma vez, decisão benéfica ao Bamerindus;

8) Por fim, acentua haver o Banco Central do Brasil acordado com a transação levada a termo pelos dois bancos, não existindo nos autos prova que dê sustentação à acusação.

Com o aditamento em causa (fls. 91/107) foram oferecidos os documentos de fls. 110/179, com manifestação do Ministério Público Federal, como mais adiante se verá.

A defesa apresentada por Ismael Medeiros, em causa própria (fls. 223/250), contém, em resumo, as seguintes alegações:

1) Que a pena mínima para o delito do art. 317 do Código Penal é de 01 (um) ano, sendo-lhe, portanto, assegurado o benefício da suspensão do processo, nos termos do art. 89 da Lei 9.099/95, impondo-se pronunciamento do Ministério Público Federal a respeito;

2) que a denúncia é inepta, porquanto os fatos narrados não levam ao crime do art. 317 do Código Penal, mesmo porque sua atuação teve por base a condição de advogado;

3) que, a exemplo da arguição do acusado Paulo Theotônio Costa, não há prevenção, pois os fatos investigados nos Inquéritos 281 e 302 são genéricos e não guardam pertinência com os presentes;

4) que, como advogado, prestava serviços para a Brastec e para o Bamerindus, dado que sempre teve militância profissional em empresas

Ministro Fernando Gonçalves

do sistema financeiro e bancário, sendo, então, pelo Superintendente deste banco (Dr. Jair Jacob Mocelin), em função de seu conhecimento, contratado para uma tentativa de solução do problema, quando, então, veio a sugerir a aplicação da desconsideração da personalidade jurídica das empresas envolvidas;

5) que por ele foi elaborada uma minuta da petição inicial que, após debatida pela diretoria do banco, foi aprovada, conforme declaração do Diretor Jurídico, ora exibida (fls. 255). Foi, então, celebrado o respectivo contrato de prestação de serviços de advocacia, com previsibilidade, em especial, para a área de assessoramento da empresa acerca do tema;

6) que o foro de São Paulo era o competente para a ação de compensação, porque os contratos geradores de débitos e créditos a serem compensados foram celebrados naquela cidade. Diz ainda, sobre o aditamento à inicial para inclusão de novos créditos, haver se posicionado contra;

7) que o valor dos honorários percebidos é de apenas 1% (um por cento) do total dos débitos compensados (R\$ 1.500.000,00) e que o pagamento, a seu pedido, foi feito em dinheiro, por causa dos indícios de liquidação extrajudicial do banco. Relata ainda que o pagamento em espécie teve também por motivação não constranger o Diretor Jurídico do Bamerindus, com o depósito do valor em outro estabelecimento. *"Assim, optou por recebê-los em moeda corrente, mantendo-os entesourados em seu poder"* (fls. 243);

8) que foi convidado por Manoel Thomaz Costa, já no início de 1998, a se associar à empresa Thema, no empreendimento imobiliário que seria erguido em Campo Grande - MS - e financiado pela Caixa Econômica Federal. Para financiar o início da empreitada, lhe foi oferecida a participação de 20% do lucro líquido apurado, estimando-se que até a liberação do financiamento, a empresa necessitava de um aporte de R\$ 600.000,00 (seiscentos mil reais). Por ele e a Thema, então, foram celebrados dois contratos de mútuo. À empresa foram repassadas as parcelas (a) de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) em 02.01.98 e (b) R\$ 521.000,00 (quinhentos e vinte e um mil reais), em 12.01.98. Foi avençado - ainda - que os contratos de empréstimo seriam substituídos por um contrato de sociedade por conta de participação;

9) que, posteriormente, o financiamento foi negado pela Caixa Econômica Federal e, para evitar a paralização da obra, novos empréstimos foram realizados não só à Thema, mas, também, à Kroonna que assumira o empreendimento;

10) que os negócios realizados não guardam relação com Paulo Theotônio Costa, já havendo o acusado, inclusive, recebido R\$ 1.059.597,49 (um milhão, cinquenta e nove mil, quinhentos e noventa e sete reais e quarenta e nove centavos), sendo o negócio lícito. A afirmação de ser "advogado novo e inexperiente" reflete simples idéia preconceituosa.

Com a defesa os documentos de fls. 251/257.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

O Ministério Público Federal, ouvido na forma do art. 5º, da Lei 8.038, de 1990, trouxe a lume o pronunciamento de fls. 261/277, onde analisadas, ponto por ponto, as defesas oferecidas, com debate das teses levantadas.

Em outra manifestação (fls. 286/295) a defesa de Paulo Theotônio Costa fez juntar aos autos os documentos de fls. 296/440, novamente ouvida a Subprocuradoria-Geral da República (fls. 443/444).

Deferido o pedido de vista de fls. 284, formulado por Ismael Medeiros (fls. 452), com a ressalva lançada no despacho de fls. 282, houve reiteração do pedido de suspensão condicional do processo (art. 89, da Lei 9.099/93), com juntada de outros documentos (fls. 462/509).

Por fim, o pronunciamento ministerial de fls. 512/513.

É o relatório.



Embargos de Declaração na Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

EMBARGANTE: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

EMBARGADO: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO COM NÍTIDO CARÁTER INFRINGENTE. IMPOSSIBILIDADE DE ACOLHIMENTO.

1 - Não ocorrentes as hipóteses insertas no art. 619 do CPP, tampouco equívoco manifesto no julgado recorrido, não merecem acolhida os embargos que se apresentam com nítido caráter infringente, onde se objetiva rediscutir a causa.

2 - Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Os Ministros Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de

* In: Diário da Justiça, p. 148, de 07/06/2004.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Ministro Relator. Impedido o Ministro Jorge Scartezzini. Ausentes, justificadamente, o Ministro Nilson Naves, substituído pelo Ministro Paulo Gallotti, e os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Hamilton Carvalhido.

Brasília, 19 de maio de 2004 (data de julgamento).

MINISTRO EDSON VIDIGAL, Presidente

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator



Agravo Regimental na Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

AGRAVANTE: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL. PROCESSO PENAL. INTERROGATÓRIO. DELEGAÇÃO DE SUA REALIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NÃO APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA.

1. O interrogatório, consoante pacífico entendimento doutrinário e jurisprudencial, é meio de prova e de defesa.

2. Pode sua realização, a teor da letra do § 1º, do art. 9º, da Lei 8.038, de 28 de maio de 1990, ser delegada a juiz ou membro de tribunal com competência territorial no local de cumprimento da carta de ordem, dispondo, em idêntico sentido, o Regimento Interno do STF - art. 239, § 1º - e, também, o Regimento Interno do STJ - art. 225, § 1º.

3. O princípio da vinculação do Juiz não vigora no processo criminal brasileiro, ausente prejuízo para a defesa, dado que a letra do art. 196 do Código de Processo Penal, admite a possibilidade de nova inquirição, caso necessário.

4. Agravo regimental desprovido.

* In: Diário da Jutiça, p. 172, de 20/09/2004.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Ministros Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, os Ministros Edson Vidigal, Carlos Alberto Menezes Direito, Gilson Dipp e Francisco Falcão.

Brasília, 18 de agosto de 2004 (data de julgamento).

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

Agravo Regimental na Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

AGRAVANTE: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTROS

AGRAVADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

EMENTA

PROCESSUAL PENAL. TESTEMUNHAS DA DENÚNCIA. EQUÍVOCO DO MP NA DIGITAÇÃO DOS NOMES. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Constatado equívoco do Ministério Público na digitação dos nomes das testemunhas, sem que do pedido de substituição formulado transpareça qualquer objetivo de frustrar o disposto no art. 41 do Código de Processo Penal, nada impede o seu acolhimento, obedecidas evidentemente as cautelas previstas no art. 397 deste diploma processual.

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental. Os Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Luiz Fux, Hélio Quaglia Barbosa, Nilson Naves, Barros Monteiro, Francisco Peçanha

* In: Diário da Justiça, p. 118, de 23/05/2005.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Martins, Ari Pargendler, José Delgado e José Arnaldo da Fonseca votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Humberto Gomes de Barros e Carlos Alberto Menezes Direito e, ocasionalmente, os Ministros Edson Vidigal, Cesar Asfor Rocha, Paulo Gallotti, Francisco Falcão e Castro Meira. O Ministro Paulo Gallotti foi substituído pelo Ministro Hélio Quaglia Barbosa. Licenciado o Ministro Franciulli Netto, sendo substituído pelo Ministro Castro Meira.

Brasília, 4 de maio de 2005 (data de julgamento).

MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator



Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

REVISOR: MINISTRO FELIX FISCHER

AUTOR: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

RÉU: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)

RÉU: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

EMENTA

PENAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. MAGISTRADO. CONDENAÇÃO. CO-AUTORIA. ADVOGADO.

1. O crime de corrupção passiva, consoante antiga, mas ainda atual jurisprudência, "somente se perfaz, quando fica demonstrado, mesmo através de indícios, que o funcionário procurou alienar ato de ofício."
2. O exame dos indícios resultantes do contexto probatório levam à conclusão de que houve entre os co-partícipes (magistrado e advogado) uma concorrência efetiva para a prática do delito de corrupção passiva.
3. Denúncia procedente, com imposição das penalidades previstas lei.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, julgar procedente a denúncia e condenar Paulo Theotônio Costa à pena de três anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de trinta e seis dias/multa, considerado o dia/multa um salário-mínimo na data do fato; condenar Ismael Medeiros à pena de três anos de reclusão, a ser cumprida em regime aberto, e ao pagamento de multa de trinta e seis dias/multa, considerado o dia/multa um salário-mínimo à data do fato. Como efeito da condenação, Paulo Theotônio Costa perde o cargo de Juiz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Os Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Nancy

* In: Revista dos Tribunais, n. 880, p. 496.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Andrighi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki e Nilson Naves votaram com o Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Ministro Cesar Asfor Rocha. Sustentaram oralmente a Dra. Lindôra Maria Araújo, Subprocuradora-Geral da República, o Dr. Rogério Marcolini, pelo réu Paulo Theotônio Costa, e o Dr. Marcus Aurélio Dias de Paiva, pelo réu Ismael Medeiros.

Brasília, 1º de outubro de 2008. (data de julgamento)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FERNANDO GONÇALVES:

Na assentada do dia 03 de dezembro de 2003 (fls. 605), por unanimidade de votos, pela Corte Especial, foi recebida denúncia oferecida contra PAULO THEOTÔNIO COSTA, brasileiro, casado, Juiz do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, e ISMAEL MEDEIROS, também brasileiro e advogado nos auditórios da cidade de Campo Grande - Estado do Mato Grosso do Sul - como incurso nas penas do artigo 317 e seu § 1º, c/c os arts. 29 e 30, todos do Código Penal, com aplicação da medida prevista no art. 29 da Lei Complementar 35/79, tudo conforme acórdão de fls. 571/607 que, por cópia, acompanha o presente relatório. Oportuno destacar que os embargos de declaração opostos foram julgados (fls. 615/622) e rejeitados.

Ainda pela Corte Especial foi negado provimento ao agravo regimental tirado por Paulo Theotônio Costa contra despacho delegando a realização de seu interrogatório ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Nesta conformidade, após interrogados (fls. 663/668 e 757/795), os acusados apresentaram defesa prévia, arrolando testemunhas (fls. 674/675 - Ismael Medeiros e 705/708 - Paulo Theotônio Costa), com requerimento por este último de várias diligências.

Como deferido pedido de substituição de duas testemunhas pelo Ministério Público Federal, houve agravo regimental interposto por Paulo Theotônio Costa. O recurso foi desprovido - fls. 1029/1036.

Ouvidas as testemunhas e realizadas as diligências requeridas, inclusive quebra do sigilo bancário de Ismael Medeiros, apresentaram as partes suas alegações finais:MPF - fls. 1506/1522; Paulo Theotônio Costa - fls. 1541/1591 e Ismael Medeiros - fls. 1593/1630.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - ALEGAÇÕES FINAIS - fls. 1506/1522.

O Ministério Público Federal sustenta, em resumo, que os fatos articulados na denúncia estão devidamente comprovados, dado que Paulo Theotônio Costa teria promovido a distribuição fraudulenta do Agravo de Instrumento 96.03.080056-2, onde impugnada decisão de primeira instância garantindo ao Grupo Bamerindus a compensação de seus créditos com outros havidos pelo Grupo Econômico, à época em liquidação extrajudicial. Diz ainda que, malgrado as negativas, posto não haver o Juiz Paulo Theotônio Costa prolatado qualquer decisão naquele agravo, o expediente deu azo ao Bamerindus alcançar seu objetivo de compensar créditos no valor de, aproximadamente, cento e cinquenta milhões de reais.



Ministro Fernando Gonçalves

É que, ciente dos obstáculos existentes para reaver seus créditos, o Bamerindus veio a buscar por via de "ação de compensação parcial com pedido de tutela antecipada" o reconhecimento da possibilidade da compensação de "débitos e créditos" existentes entre os dois grupos (Bamerindus e Econômico).

Nada obstante não ter participado dos estudos para o ajuizamento daquela demanda e de não ser advogado "acostumado a trabalhar" para o Grupo Bamerindus, a petição inicial foi firmada também por Ismael Medeiros, eleito o foro da cidade de São Paulo para o ajuizamento, figurando no pólo passivo o Banco Central do Brasil.

A ação contra o Grupo Econômico foi distribuída manualmente, às 19:00 horas, do dia 13 de agosto de 1996, para a Décima Quinta Vara Federal de São Paulo. No dia seguinte, a medida antecipatória foi deferida, permitindo a compensação. Apesar de já citado o Banco Econômico, em 06 de setembro seguinte, houve, por parte do Bamerindus, aditamento da inicial para inclusão de mais um crédito a ser compensado. O pleito foi negado, sendo, então, interposto o agravo de instrumento - AG96.03.074262-7 - que, mediante consulta de servidor do Regional, acerca de eventual prevenção com um mandado de segurança, foi distribuído, por dependência, ao outro agravo. Mais tarde, admitido equívoco no fato, foi encaminhado à livre distribuição pelo Juiz Paulo Theotônio Costa.

Em função destes acontecimentos, expõe o Ministério Público Federal, o primitivo agravo (96.03.080056-2), onde o Grupo Econômico impugna o deferimento da compensação, foi distribuído, por dependência daquele outro (96.03.074262-7), ao Juiz Paulo Theotônio Costa que deferiu o pleito de efeito suspensivo à chegada das informações requisitadas ao primeiro grau, propiciando a compensação dos créditos. Neste contexto, teria havido a distribuição fraudulenta do AG 96.03.074262-7 (relativo ao indeferimento do pedido de aditamento para inclusão de mais um crédito pelo Bamerindus), gerando, em contrapartida, a prevenção para o AG96.03.080056-2, onde, obliquamente com o aguardo das informações para exame do pedido de efeito suspensivo, foi propiciada a consumação da compensação. A liminar em causa foi negada e para a prática do ato o magistrado recebeu do Bamerindus, através do corréu Ismael Medeiros, vantagem indevida, correspondente ao valor de R\$ 680.000,00 (seiscentos e oitenta mil reais).

Para atribuir ares de legitimidade ao recebimento, por Paulo Theotônio Costa foram criadas duas empresas, nas quais figura como sócio majoritário: Thema Empreendimento, Participação, Incorporação, Construção e Comércio Ltda e a KROONA CONSTRUÇÃO E COMÉRCIO LTDA que, na prática, nunca funcionaram, salvo na construção do Conjunto Residencial "Morada dos Pássaros", na cidade de Campo Grande - MS. Entre 1997 e 2001 pela Thema foi declarado à Receita Federal lucro zero. A Kroona, adquirida pelo acusado em 1998, também teve atuação pífia no período e nos anos seguintes.

Do montante auferido por Ismael Medeiros, a título de honorários de advogado da BASTEC e do BAMERINDUS, houve migração de uma parte para o acusado Paulo Theotônio Costa, recebida em espécie, servindo os contratos de mútuo e os recibos exigidos apenas por este para mascarar a prática de corrupção. Na verdade, à época destes fatos, Ismael Medeiros não auferia rendimentos anuais superiores a vinte e seis mil reais, estando - assim - comprovado o delito.

A prova testemunhal deixa patenteado não haver Ismael participado da elaboração da petição inicial de compensação de créditos e nem funcionado - ainda

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

que eventualmente - como advogado do Grupo Bamerindus. O endereço por ele declinado, em 12 de agosto de 1996, é o mesmo de Vera Lúcia Haddad, servidora do Tribunal Regional Federal da 3ª Região e lotada no Gabinete de Paulo Theotônio Costa.

A contratação de Ismael de Medeiros pelo Bamerindus foi desmentida pelo depoimento do Dr. João Antônio Vieira Filho (fls. 1289/1300 - 5º vol.).

Pede, em consequência, o Ministério Público Federal a condenação dos acusados nas penas do art. 317, § 1º, do Código Penal, com perda do cargo por Paulo Theotônio Costa.

PAULO THEOTÔNIO COSTA - ALEGAÇÕES FINAIS - fls. 1541/1591.

Aduz que contra ele, nos últimos quatro anos, foram oferecidas sete (7) denúncias. Três (3) foram rejeitadas por atipicidade de conduta; uma foi arquivada em razão da extinção da punibilidade e duas foram recebidas, sendo esta uma delas. Há ainda uma outra (APN 458) de lavagem de dinheiro.

Reitera o acusado a preliminar de maltrato ao princípio do Juiz Natural, dada a ausência de prevenção que justificasse a distribuição desta ação ao Relator. Argui ainda cerceamento de defesa decorrente da inépcia da denúncia que não descreve circunstanciadamente os fatos que remetem à imputação de prática de crime. Ausência de justa causa para a ação penal que carece de um mínimo de substrato probatório, dado que os poucos elementos foram coligidos diretamente pelo órgão da acusação, com usurpação da competência do Superior Tribunal de Justiça e violação da garantia do foro privilegiado.

Expõe que, segundo a acusação, teria ele promovido a distribuição fraudulenta de um agravo (96.03.074262-7), na intenção de fazer parecer achar-se prevento para conhecer do outro agravo (96.03.080056-2), garantindo ao Grupo Bamerindus a compensação de seus créditos com outros havidos pelo Grupo Econômico.

Relata, então, haver em 05.08.96 o Banco Bamerindus do Brasil S/A e a Bastec Tecnologia e Serviços Ltda firmado contrato de serviços de assessoria e advocacia contenciosa com o advogado Ismael Medeiros com o fim específico de obter a compensação dos créditos que tinham junto as empresas do Banco Econômico. Foram pactuados honorários no valor de R\$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais).

Acentua que a forma de obter a recuperação dos créditos vinha sendo debatida internamente no Bamerindus, quando Ismael Medeiros, em encontro com Jair Jacob Mocelin, Vice-Presidente do Banco, na fazenda de propriedade de Valdo Batista, também diretor da instituição financeira, aventar a hipótese de se fazer a postulação judicialmente, sendo, então, ajuizada a demanda em 13.08.96, acompanhada a inicial de outorga de poderes a Ismael Medeiros que a subscrevia, juntamente com os advogados Antônio Augusto Ferreira Porto e José Francisco Machado de Oliveira.

Descreve - ainda - consoante depoimento do Juiz Federal Marcelo Mesquita Saraiva - as circunstâncias em que ocorreu a distribuição, feita pelo sistema tipo "bingo", normal à época e na presença de várias pessoas. Por aquele magistrado, em 14 de agosto de 1996, foi deferida a tutela antecipada, possibilitando a compensação dos créditos, citado o Banco Econômico, na pessoa de seu procurador, em 04 de setembro de 1996. No dia 06 seguinte, por uma das empresas do Grupo Bamerindus, através de aditamento, foi pedida a inclusão de outro crédito. Indeferido o pedido, porque



Ministro Fernando Gonçalves

formulado após a citação da parte contrária, sobreveio, pelo Grupo Bamerindus, a interposição de agravo, declinando a peça do recurso ser Ismael Medeiros, apesar de não subscrevê-la, um dos representantes do recorrente (Ag 96.03.074262-7).

Este agravo, uma vez identificada conexão com o mandado de segurança 95.03.0869110, foi distribuído por dependência ao Juiz Paulo Theotônio Costa, Relator daquela impetração, haja vista consulta formulada pelo servidor Ricardo Ângelo Canale que, segundo informa, teria assim agido em confiança a seus assessores.

No dia 25 de setembro de 1996, dando conta do equívoco na autuação, pois a competência para o julgamento de agravo é de órgão fracionário, foi determinada a retificação, para constar ser competente a Primeira Turma. Feita a retificação os autos voltaram à conclusão do Juiz Paulo Theotônio Costa, em 02 de outubro, que, atarefado com as atribuições de banca de concurso, apenas no dia 17 de outubro veio a reconhecer o equívoco, determinando a sua livre distribuição, hipótese confirmada pelo relato da testemunha Lúcia Helena de Vasconcelos Vaz. Ocorre que àquela altura, estando o acusado ainda vinculado à banca examinadora de concurso para Juiz Federal Substituto, pelo Grupo Econômico, em 09 de outubro de 1996, foi interposto agravo de instrumento (96.03.080056-2) contra o deferimento da antecipação de tutela pedida pelo Grupo Bamerindus. Neste mesmo dia, foi formulada consulta sobre a possível conexão com o agravo 96.03.074262-7. Aodespachar o recurso, no dia 17, pelo acusado foi determinado o seu encaminhamento ao Juiz ao qual distribuído o agravo 96.03080056-2.

Os advogados do Bamerindus, no entanto, postularam ao Presidente do TRF/3ª Região - Juiz Sebastião de Oliveira Lima - a redistribuição do agravo (96.03.074262-7) que foi feita pelo método manual (ausente o Distribuidor), voltando, então, o feito à relatoria do acusado, sendo negado o efeito suspensivo (inclusão de outro crédito para fins de compensação). Como havia conexão entre os agravos, foi determinada, então, pelo acusado a distribuição a ele, por prevenção, do agravo 96.03.080056-2 (impugnando a concessão da tutela antecipada). O pedido de efeito suspensivo foi diferido para depois das informações. Só que, neste período, antes do julgamento dos dois agravos pela Turma, as partes celebraram acordo, homologado pela 1ª instância no dia 25 de fevereiro de 1997, com a prévia aquiescência do Banco Central do Brasil, prejudicados ambos os recursos.

Quanto à contratação de Ismael Medeiros pelo Bamerindus para prestação de serviços de advocacia, assinala haver o Diretor Jurídico desta instituição, Dr. João Antônio Vieira Filho, firmado declaração atestando aquela avença, com pagamento de honorários de um milhão e quinhentos mil reais. Reporta-se - ainda - aos depoimentos de Valdo Batista, ex-diretor do banco, e Antônio Augusto Ferreira Porto, colacionando, em parte, o teor da contestação oferecida pelo Bamerindus na ação de improbidade administrativa proposta pelo Ministério Público Federal.

No tocante às empresas KROONA E THEMA e ao empreendimento imobiliário "Morada dos Pássaros", relata que este teve origem com capital acumulado em mais mais de 30 anos de atividades profissionais, incluindo 10 anos de magistratura, além de bens havidos com o matrimônio e por herança. Foi, então, constituída com Manoel Tomaz Costa (irmão do acusado Paulo Theotônio Costa) a empresa Thema: 80% das cotas de Paulo Theotônio Costa e 20% de Manoel Tomaz Costa. O objetivo da sociedade era a construção do "Condomínio Morada dos Pássaros".

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

Nada obstante - prossegue - o aporte inicial de capital (R\$ 96.000,00) era insuficiente e o pedido de financiamento foi negado pela Caixa Econômica Federal porque a Thema fora constituída há menos de um ano. Foi, assim, que o acusado e sua mulher adquiriram a empresa Kroona, constituída há mais tempo, com o fim de viabilizar as exigências da Caixa Econômica Federal. A Thema foi incorporada pela Kroona e, apesar disto, o financiamento não foi concedido.

Segue, então, a necessidade dos empréstimos obtidos junto ao co-réu Ismael Medeiros, cujos recursos são originários dos honorários recebidos como advogado do Bamerindus, no caso da compensação de créditos, consoante depoimentos, não apenas de Ismael, mas de diversas testemunhas.

O empréstimo, afirma a defesa de Paulo Theotônio Costa, foi pago com juros e correção monetária, de acordo com farta prova documental (fls. 1570/71).

No mais e em resumo, sustenta não haver prova da prática do crime de corrupção, com análise, já em parte relatada, da distribuição da ação de compensação e a ausência de sua participação ou interferência no caso. Sustenta não haver prolatado nenhuma decisão, pois a antecipação de tutela na ação de compensação foi deferida em primeira instância pelo juiz Federal Marcelo Mesquita Saraiva e o Ministério Público Federal não mostra a prática de qualquer ato de ofício suficiente à caracterização do delito (fls. 1881).

Diz ainda pairar dúvida acerca da ocorrência do crime, impondo-se a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

ISMAEL MEDEIROS - ALEGAÇÕES FINAIS (fls. 1593/1630).

Esclarece e confirma a existência do contrato para prestação de serviços de advogado para o Grupo Bamerindus, conforme, inclusive, informação do liquidante desta instituição bancária (anexo 3 - doc. 16) e de seu depoimento pessoal e o de Valdo Batista de Sousa e outras testemunhas.

Diz ainda não existir nada de errado no fato de seu endereço profissional ser o mesmo de Vera Lúcia Haddad, cujo apartamento mobiliado foi por ele alugado por 3 meses, justamente na época da contratação pelo Bamerindus.

Sustenta não ter havido pagamento de vantagem indevida; que o primeiro empréstimo feito à Kroona, de R\$ 52.000,00 (cinquenta e dois mil reais) foi quitado integralmente em dezembro de 1999, através do cheque 00181285, sacado contra o HSBC-Bamerindus S/A; o outro, de R\$ 521.000,00 (quinhentos e vinte e um mil reais), depositado na conta da Thema (CEF - ag. Pantanal - Campo Grande-MS), em 12 de janeiro de 1998; o último, de R\$ 113.000,00 (cento e treze mil reais), consta de contrato celebrado com a Kroona, sucessora da Thema, em 03 de outubro de 1998.

Diz ainda que, à época dos fatos (setembro/outubro de 1996), não conhecia Paulo Theotônio Costa e o negócio, posteriormente realizado, é legítimo, não existindo no caso fato típico a ser punido.

É o relatório.

Ao eminente Ministro Revisor.

Embargos de Declaração na Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

REVISOR: MINISTRO FELIX FISCHER

EMBARGANTE: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)

EMBARGANTE: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

EMENTA

CRIMINAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUIÇÃO RELATIVA AO JULGAMENTO DA AÇÃO PENAL. COMPOSIÇÃO DA CORTE ESPECIAL DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PRECLUSÃO. EFEITOS INFRINGENTES. MATÉRIAS JÁ DECIDIDAS. REJEIÇÃO.

1. Prevalece no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que a letra do art. 93, XI, da CF, com a redação dada pela EC 45, apenas se aplica aos Tribunais de prova, haja vista que sua composição é inteiramente distinta destas Cortes intermediárias.

2. A Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça teve sua composição reduzida para 15 (quinze) membros através da Portaria 434, de 29 de setembro de 2008 (DJ eletrônico de 30.09.08). Na data do julgamento, em 01 de outubro de 2008, os advogados dos embargantes, sustentando oralmente, nada arguíram, incidindo a norma do art. 571, VIII, do Código de Processo Penal – STF – HC 72072-SP.

3. Vale acrescentar ainda, por oportuno, que aos tribunais compete privativamente elaborar seus regimentos (art. 96, I, a, CF). Ademais, na alteração regimental, quanto à nova composição da Corte Especial, foram respeitados os parâmetros do art. 93, XI, da CF, relativamente aos números mínimo (11) e máximo (25) de julgadores.

* In: Diário da Justiça Eletrônico, de 21/05/2009.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

4. A arguição, em sede de embargos de declaração, além disto, é inviável, porque não ocorre constrangimento ilegal ou manifesta situação de abuso de poder (STF – HC 84739/SP – HC 84420/PI, HC 83999/RS – HC 83115/SP e HC 82138/SC).

5. Embargos de declaração opostos à guisa de omissões, contradições e ambiguidades mas que, na verdade, revolvem matérias já decididas, algumas, inclusive, quando do recebimento da denúncia, apresentam-se como infringentes e não com caráter de integração.

6. Embargos de declaração (2) rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Os Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Nancy Andrichi, Laurita Vaz, Luiz Fux, João Otávio de Noronha e Nilson Naves votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, os Ministros Cesar Asfor Rocha e Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Ministro Francisco Falcão.

Brasília, 06 de maio de 2009. (data de julgamento)

MINISTRO ARI PARGENDLER, Presidente

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

Embargos de Declaração nos Embargos de Declaração na Ação Penal nº 224-SP*

RELATOR: MINISTRO FERNANDO GONÇALVES

REVISOR: MINISTRO FELIX FISCHER

EMBARGANTE: ISMAEL MEDEIROS

ADVOGADO: MARCUS AURÉLIO DIAS DE PAIVA

EMBARGADO: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

INTERES.: PAULO THEOTÔNIO COSTA

ADVOGADO: FERNANDO NEVES DA SILVA E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. ARGUIÇÃO QUE NÃO TRADUZ UMA DAS HIPÓTESES LEGAIS (ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL).

1. Documentação constante de anexo, apensado por linha ao processo, antecedentemente ao julgamento do mérito da ação penal, onde não utilizado qualquer dado ou feita qualquer referência, por mínima que seja, ao seu conteúdo, não invalida o processo, máxime quando esteve à disposição das partes, sem nenhum impedimento de acesso.

2. É vedado, consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal, deduzir-se, em sede de recurso integrativo, "ex novo" alegações de ofensa à Constituição que não foram formuladas no momento oportuno, até porque ausente qualquer violação.

3. Carece de fundamento e não retratam a verdade as inserções do recurso da existência no processo de "provas secretas", "provas sigilosas" e, também, de eventual "impedimento de acesso", que se resumem em meras e vazias alegações, sem validade ou consistência.

4. Embargos de declaração rejeitados.

* In: Diário da Justiça Eletrônico, de 29/6/2009.

Coletânea de Julgados e Momentos Jurídicos dos Magistrados no TFR e no STJ

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração. Os Ministros Felix Fischer, Aldir Passarinho Junior, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Laurita Vaz, Luiz Fux, Nilson Naves e Ari Pargendler votaram com o Ministro Relator. Ausentes, justificadamente, o Ministro Gilson Dipp e, ocasionalmente, o Ministro João Otávio de Noronha. Licenciada a Ministra Nancy Andrighi.

Brasília, 17 de junho de 2009. (data de julgamento)

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA, Presidente

MINISTRO FERNANDO GONÇALVES, Relator

