

# REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB

Nº 09/2014

O *Repertório de Jurisprudência IOB* traz, mais uma vez, o que de mais atual consta de informações jurisprudenciais e doutrinárias. Veja o que temos de mais relevante publicado nesta edição nº 9.

No Vol. III, a Professora Cristiane Avancini Alves assevera que a relação entre a medicina, as novas tecnologias e os limites da vida – seus início e fim – tem suscitado temas que instigam nossa reflexão e nos remetem à delimitação de situações que influenciam nossa tomada de decisão nesse contexto. Termos como “diretivas antecipadas de vontade”, “testamento vital”, “testamento biológico” são apenas alguns exemplos que trazem o debate na delimitação de tratamentos quanto ao fim de vida.

No Vol. II, o Cons. Vitalício da OAB/BA, Eurípedes Brito Cunha (*in memoriam*), afirmou que a doutrina, aproveitando o conceito de dano moral, veio a concluir que o abuso da utilização de medidas protelatórias insistentes além de atingir normas legais e a própria CF maltrata, também, o sentimento anímico da parte. Esse abuso de provimentos protelatórios, mesmo através de recursos legais, constitui dano moral processual passível de punição econômica.

Já no Vol. I, o Procurador Alan Pereira de Araújo aduz que o art. 14 da MP 449, de 03.12.2008, concede remissão de dívidas tributárias, nos termos do art. 172 do Código Tributário Nacional, de temporalidade elevada e valores não significativos, considerados de difícil recuperação, em homenagem ao princípio constitucional da eficiência. Contudo, não há que se falar em crédito de difícil recuperação (incobrável) quando este se encontra garantido pela penhora, caso em que o juiz deve determinar o prosseguimento da execução nos seus trâmites regulares. O valor do débito inscrito na Dívida Ativa da União, para fins de concessão da remissão autorizada na referida norma, deve ser apurado por sujeito passivo (seja ele pessoa física ou jurídica), não cabendo a sua apuração somente pelo valor do débito objeto de cada execução fiscal ou certidão de dívida.

Também merece destaque a *Seção Jurisprudência Comentada*, na qual destacamos os seguintes assuntos e autores:

Vol. III – acórdão do TJSP sobre plano de saúde, comentado por Cristiano Heineck Schmitt.

Vol. II – acórdão do TST sobre responsabilidade do clube de futebol por lesão de atleta, comentado por Gustavo Lopes Pires de Souza.

Vol. I – acórdão do STJ sobre pena de demissão do serviço público, comentado por Francisco Mafra.

Lembramos sempre do Serviço de Atendimento ao Assinante no *site* [www.iob.com.br/fale\\_conosco](http://www.iob.com.br/fale_conosco) ou pelos telefones (11) 2188-7900 (Grande São Paulo) ou 0800-7247900 (demais localidades), para quaisquer esclarecimentos, sugestões e colaboração.

Desejamos a você uma excelente leitura!

Atenciosamente,

Eliane Beltramini

Gerente Editorial e de Consultoria



# REPERTÓRIO DE JURISPRUDÊNCIA IOB

1ª QUINZENA DE MAIO – Nº 09 – 2014

CIVIL, PROCESSUAL, PENAL E COMERCIAL

VOLUME III

## ÍNDICE

Ementa	Página	Ementa	Página
<b>DOCTRINA</b>			
Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: Considerações sobre Linguagem e Fim de Vida (artigo de Cristiane Avancini Alves) .....	3/33101 343	Medida cautelar satisfativa – bloqueio de matrícula de imóveis – arquivamento provisório dos autos – violação do contraditório e da ampla defesa (STJ) .....	3/33081 310
Tipo Penal do Artigo 89 da Lei de Licitações: Novo Entendimento dos Tribunais Superiores (artigo de Sandra Silveira Wunsch).....	3/33100 334	Multa – litigância de má-fé – ITCMD – revisão da verba honorária (STJ) .....	3/33080 309
<b>JURISPRUDÊNCIA COMENTADA</b>		Propriedade industrial – patente de medicamento – ação de nulidade (STJ) .....	3/33079 309
Impossibilidade de Reajuste por Mudança de Faixa Etária de Consumidor Idoso em Contrato de Plano de Saúde: Comentários ao Acórdão Proferido no Julgamento da Apelação Cível nº 0010305-93.2012.8.26.0011 do TJSP (por Cristiano Heineck Schmitt) .....	3/33099 323	Recuperação judicial – aval – obrigação cambiária autônoma – prosseguimento da execução individual (STJ) .....	3/33078 308
<b>EMENTÁRIO</b>		Representação processual	
<b>Civil, Processual Civil e Comercial</b>		– Recurso – ausência de procuração – inexistência (STJ) ....	3/33077 308
Ação anulatória – escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios – direito pessoal (STJ) .....	3/33098 316	– Advogado subscritor – ausência de procuração (STJ) .....	3/33076 307
Ação monitória – cheque prescrito – <i>causa debendi</i> (STJ) ....	3/33097 316	– Ausência de procuração originária – irregularidade (STJ) .	3/33075 307
Ação popular – constrição de bens – execução imediata de sentença – impetração contra ato judicial – via excepcional (STJ) .....	3/33096 315	Responsabilidade civil – hospital – erro médico (STJ) .....	3/33074 307
Alienação fiduciária – veículo – pena de perdimento (STJ) ..	3/33095 315	Sociedade empresária – uso indevido de nome fantasia – ação de obrigação de não fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais (STJ) .....	3/33073 306
Carta de arrematação – expedição – alegação de vício no procedimento (STJ) .....	3/33094 315	<b>Penal e Processual Penal</b>	
Contrato		Corrupção de menores – concurso de pessoas – uso de arma de fogo – natureza formal – consumação (TRF 5ª R.) .....	3/33072 306
– De mútuo – desconto em folha de pagamento – cláusula inerente à espécie contratual – supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor – impossibilidade (STJ) .....	3/33093 315	Crime ambiental	
– De participação financeira – cautelar de exibição de documentos – requerimento administrativo prévio – necessidade (STJ) .....	3/33092 314	– Exploração de recursos minerais – prévia autorização – inexistência (TRF 1ª R.) .....	3/33071 305
Desapropriação – utilidade pública – laudo pericial (STJ) ....	3/33091 314	– Pesca no lago – princípio da insignificância – aplicabilidade (TJDFT) .....	3/33070 305
Execução		Crime contra incolumidade pública – tráfico de drogas – pena – alteração do regime – possibilidade (TJSC) .....	3/33069 305
– Arrematação – desfazimento – ocupação do imóvel – vício no edital (STJ) .....	3/33090 313	Crime contra o sistema de telecomunicação – radio pirata – sem autorização da Anatel – materialidade e autoria – comprovação (TRF 3ª R.) .....	3/33068 304
– Cédula de crédito industrial – pessoa jurídica (STJ) .....	3/33089 313	Crime de contrabando	
– Provisória – honorários advocatícios – não cabimento (STJ) .....	3/33088 311	– Jogo de azar – máquinas caça-níqueis – dolo – comprovação (TRF 1ª R.) .....	3/33067 304
Falência		– Prescrição da pretensão punitiva – princípio da insignificância – inaplicabilidade (TRF 3ª R.) .....	3/33066 304
– Conflito positivo de competência – recuperação judicial – alienação do controle acionário da recuperanda – sucessão de ônus e obrigações (STJ) .....	3/33087 311	Crime de descaminho – constituição definitiva do crédito tributário – desnecessidade (STJ) .....	3/33065 303
– Incorporadora – ação de anulação de leilão extrajudicial – Lei nº 4.591/1964 – destituição (STJ) .....	3/33086 311	Crime de favorecimento da prostituição – exploração sexual – <i>habeas corpus</i> – inadequação da via eleita (TJCE) .....	3/33064 302
Fraude à execução – penhora não registrada – prova da má-fé – omissão não caracterizada (STJ) .....	3/33085 311	Execução penal – diminuição – considerável decréscimo – possibilidade (TRF 5ª R.) .....	3/33063 301
Honorários de advogado – sucumbência – cessão de crédito – direito autônomo do causídico – precatório (STJ) .....	3/33084 310	Falsificação de documento público – uso de documento falso – prescrição retroativa – extinção da punibilidade (TRF 5ª R.) .....	3/33062 301
Liquidação extrajudicial – operadora de plano privado de assistência à saúde – suspensão das execuções em curso – subsistência das penhoras (STJ) .....	3/33083 310	Falsidade ideológica – prescrição retroativa – reconhecimento (TRF 5ª R.) .....	3/33061 301
Litisconsórcio – Código de Processo Civil, art. 509 – aplicabilidade (STJ) .....	3/33082 310	Prova – rescisão contratual – cláusula penal – contrato de co-gestão – infração – ônus da prova – degravação – impedimento (TJSP) .....	3/33060 300
		Tráfico internacional de entorpecente – causa de diminuição de pena – inaplicabilidade (STF) .....	3/33059 300
		Tráfico internacional de pessoas – prostituição – formação de quadrilha – autoria e materialidade – condenação (TRF1ª R.) .....	3/33058 300

**IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda.****Diretor Executivo:** Elton José Donato**Diretor Comercial:** Leonardo Gomes da Silva**Diretora de Marketing:** Adriana Maia**Gerente Editorial e de Consultoria:** Eliane Beltrami**Gerente de Produtos:** Vlamir Neves**Coordenador Editorial:** Cristiano Basaglia**Redatores Jurídicos:** Fernanda Figueiredo Reis, Herica Eduarda Geromel Vasques, Mayara Ramos Turra Sobrane, Simone Costa Saletti Oliveira e Valdinéia de Cássia Tessaro de Souza**Revisão e Diagramação:** Dois Pontos Editoração**MATRIZ (SP)****Administração e Redação****Colaboradores****Tributário, Constitucional e Administrativo:** Aires F. Barreto, Alcides Jorge Costa, Bernardo Ribeiro de Moraes, Brandão Machado, Érico Andrade, Fernando Dantas Casillo Gonçalves, Hamilton Dias de Souza, Heleno Taveira Tôres, Hugo de Brito Machado, Ives Gandra da Silva Martins, José

Carlos Francisco, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, Marcos André Vinha Catão, Marco Aurélio Greco, Nelson Monteiro Neto, Odete Medaur, Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho, Paulo A. Caliendo V. da Silveira, Paulo Celso Bergstrom Bonilha, Ricardo Mariz de Oliveira, Sacha Calmon Navarro Coelho, Vicente Greco Filho, Vittorio Cassone, Zélia Luiza Pierdoná.

**Trabalhista e Previdenciário:** André Luiz Menezes Azevedo Sette, Amauri Mascaro Nascimento, Arion Sayão Romita, Claudio Armando Couce de Menezes, Erica Paula Barcha Correia, Floriano Correa Vaz da Silva, Gualdo A. Formica, Guilherme Alves de Mello Franco, Gustavo Filipe Barbosa Garcia, Jorge Luiz Souto Maior, José Pitas, Márcio Túlio Viana, Marcus Orione G. Correia, Mário Antônio Lobato de Paiva, Sergio Pinto Martins, Thereza Christina Nahas, Wagner D. Giglio, Wladimir Novaes Martinez.**Civil, Processual, Penal e Comercial:** Álvaro Villaça Azevedo, Carlos Alberto Bittar Filho, Damásio Evangelista de Jesus, Demócrito Ramos Reinaldo Filho, Eduardo Franco Cândia, Fábio Maria De-Mattia, Flávio Eduardo Turessi, João Baptista Villela, João Batista Lopes, Luiz Flávio Gomes, Luiz Manoel Gomes Júnior, Luiz Rodrigues Wambier, Marcelo Andrade Féres, Ronaldo Batista Pinto, Rui Stoco, Walter Piva Rodrigues, Yusef Said Cahali.**IMPORTANTE:****Pedido e Remessa de Cópia Integral de Acórdãos**

A remessa e o pedido de cópia integral de acórdão ementado de interesse do assinante podem ser feitos das seguintes formas:

• **E-mails:** iob.juridico@iob.com.br e pesquisa@iob.com.br• **Correio:** À IOB Informações Objetivas Ltda., A/C: REPERJ, Rua Antonio Nagib Ibrahim, 350 – Água Branca – São Paulo – CEP 05036-060• **Horário de atendimento:** das 8h30min às 17h30min• **Central de Atendimento ao Cliente:** (11) 2188-7900 e 0800-7247900

Todos os pedidos, independentemente do meio de solicitação escolhido, deverão conter o número da respectiva assinatura.

No pedido deve ser mencionado o número que precede a publicação das ementas no Repertório de Jurisprudência IOB, inclusive o número do volume (ou seja, I, II ou III).

As opiniões emitidas em artigos assinados são de inteira responsabilidade dos seus autores.

**Proibida a reprodução parcial ou total de qualquer matéria sem prévia autorização da IOB.****O Repertório de Jurisprudência IOB é uma publicação quinzenal da IOB Informações Objetivas Publicações Jurídicas Ltda. com circulação nacional. Tiragem superior a 6.000 exemplares.****REPOSITÓRIO AUTORIZADO DE JURISPRUDÊNCIA****Tribunal Regional Federal da 1ª Região**

Portaria nº 08, de 15 de maio de 1995 (DJU 2 de 16 de maio de 1995, p. 29011)

**Tribunal Regional Federal da 2ª Região**

Decisão do Plenário de 1º de junho de 2000 no Processo nº 1999.02.01.057040-0

**Tribunal Regional Federal da 3ª Região**

Portaria nº 01, de 3 de agosto de 1999 (DJU 2 de 17 de agosto de 1999, p. 325)

**Tribunal Regional Federal da 4ª Região**

Portaria nº 2, de 14 de agosto de 2000 (DJU 2 de 21 de agosto de 2000, p. 465)

**Tribunal Regional Federal da 5ª Região**

Despacho de 24 de agosto de 2000 – nº 10 (DJU 2 de 31 de agosto de 2000, p. 1155)

**Supremo Tribunal Federal**

Processo nº 311.108 – Registro nº 046-09, de 20 de novembro de 2009 (DJe 25 de novembro de 2009)

(Os acórdãos do STF estampados correspondem, na íntegra, às cópias obtidas em sua Secretaria de Documentação)

**TELEFONES ÚTEIS IOB**

MATRIZ	DDD	ADMINISTRAÇÃO	VENDAS	RENOVAÇÃO	COBRANÇA	ATENDIMENTO DE ACÓRDÃOS	CURSOS AO VIVO	LIVRARIA
São Paulo	11	2188-7900	2188-7777 0800-7247777	2188-7900 0800-7247900	2188-7900 0800-7247900	2188-7051	2188-7777	0800-724-7777

**REFERÊNCIA CRUZADA**Você também encontra referência dos assuntos publicados no *Repertório de Jurisprudência IOB* no produto SÍNTESENET.Entre agora mesmo no site [online.sintese.com](http://online.sintese.com), faça um cadastro e acesse. Confira!– Informações: (11) 0800-724-7560 ou (11) 6886-7560 – [www.iobestore.com.br](http://www.iobestore.com.br)**REVISTAS TEMÁTICAS**

- Revista SÍNTESE Direito Civil e Processual Civil
  - Revista SÍNTESE Direito de Família
  - Revista SÍNTESE Direito Penal e Processual Penal
- Informações: (11) 0800-724-7560 ou (11) 6886-7560  
– [www.iobestore.com.br](http://www.iobestore.com.br)

**Tabela anual para localização cronológica de Ementas – RJ**

Ano	Ementas	Ano	Ementas
2003	3/19791 a 3/20986	2009	3/26867 a 3/28064
2004	3/20987 a 3/22170	2010	3/28065 a 3/29237
2005	3/22171 a 3/23336	2011	3/29238 a 3/30390
2006	3/23337 a 3/24505	2012	3/30391 a 3/31573
2007	3/24506 a 3/25685	2013	3/31574 a 3/32706
2008	3/25686 a 3/26866	2014	a partir de 3/32707

## Doutrina

3  
33101**Diretivas Antecipadas de Vontade e Testamento Vital: Considerações sobre Linguagem e Fim de Vida**

CRISTIANE AVANCINI ALVES

Professora do Curso de Direito da UniRitter – Porto Alegre/RS, Pesquisadora do Laboratório de Pesquisa em Bioética e Ética na Ciência – Hospital de Clínicas de Porto Alegre/RS, Membro do Instituto de Estudos Culturalistas – IEC.

**RESUMO:** A relação entre a medicina, as novas tecnologias e os limites da vida – seus início e fim – tem suscitado temas que instigam nossa reflexão e nos remetem à delimitação de situações que influenciam nossa tomada de decisão nesse contexto. Termos como “diretivas antecipadas de vontade”, “testamento vital”, “testamento biológico” são apenas alguns exemplos que trazem o debate na delimitação de tratamentos quanto ao fim de vida. Especificamente para este artigo, a análise será centrada no debate em torno da possibilidade de se deixar documento que disponha como determinada pessoa gostaria (ou não) de ser tratada pela equipe médica em caso de não poder manifestar sua vontade de forma autônoma. Alguns países já possuem legislação específica a respeito, o que auxilia na contextualização do tema e na reflexão quanto à efetiva implementação desse processo de tomada de decisão no contexto brasileiro.

**PALAVRAS-CHAVE:** Diretivas antecipadas; testamento; autonomia.

**ABSTRACT:** The relation between medicine, new technologies and the limits of life – its beginning and end – has raised issues that prompt our thinking and lead us to the definition of situations that influence our decision-making in this context. Terms such as “advance directives”, “living will”, “biological will” are just some examples that bring the debate on the delimitation of treatments for the end of life. Specifically for this article, the analysis will focus on the debate about the possibility of structuring a specific document which could determine how a person would like (or not) to be treated by medical staff in case of not being able to express, autonomously, the own will. Some countries already have specific legislation on the subject, which helps to contextualize the issue and reflection regarding the effective implementation of this decision-making process in the Brazilian context.

**KEYWORDS:** Advance directives; will; autonomy.

**SUMÁRIO:** Introdução; 1 “Diretivas antecipadas de vontade”: conceito e adequação da linguagem; 2 Redes sociais e a publicização de um “último desejo”; 3 Delimitação jurídica do instituto civil “testamento”; 3.1 Percepção histórica; 3.2 Características civis do testamento; 4 Legislação estrangeira; 4.1 Lei norte-americana; 4.2 Lei espanhola; 4.3 Panorama italiano; 4.4 Caso latino-americano: a lei uruguaia; 4.5 Movimento inverso: notícia holandesa; 5 Análise do contexto brasileiro; Conclusão; Referências.

**INTRODUÇÃO**

E se somos Severinos  
iguais em tudo na vida,  
morremos de morte igual,  
mesma morte severina:  
que é a morte de que se morre  
de velhice antes dos trinta,  
de emboscada antes dos vinte  
de fome um pouco por dia  
(de fraqueza e de doença  
é que a morte severina  
ataca em qualquer idade,  
e até gente não nascida)<sup>1</sup>

A obra *Morte e vida severina*, de João Cabral de Melo Neto, retrata as dificuldades do viver em território árido do Nordeste brasileiro. A busca (e, no poema, caminhada) por uma vida mais digna nos leva à reflexão da fragilidade desse viver e, assim, do morrer. Parafraseando o autor, ao morrermos de morte igual, mesma morte severina, percebemos que as condições em que se situa esse morrer não possibilita outras formas de viver ou morrer. Na atualidade, o avanço da tecnologia biomédica modifica o nosso olhar sobre o início e o fim da vida. Novas circunstâncias e situações instigam nosso pensar e nosso agir quanto à formação familiar, bem como em relação à busca de tratamento para determinada patologia, cenário que modifica e não mais delimita a cronologia do morrer – como acontece na morte severina.

Esses diferenciados contornos quanto ao fim da vida chamam a uma reflexão bioética e jurídica, porque a publicação de documentos normativos sobre o tema tem suscitado amplo debate social, que se reflete na prática médica. Em 31 de agosto de 2012, o Conselho Federal de Medicina dispôs, por meio de resolução, acerca das chamadas “dire-

<sup>1</sup> MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida severina*. Rio de Janeiro: Ponto de Leitura, 2009.

tivas antecipadas de vontade”, tema que será objeto deste trabalho. A publicação dessa resolução suscitou o debate midiático<sup>2</sup>, sobretudo quanto à discussão a respeito da autonomia do paciente, do médico e, ainda, quanto à linguagem: tem-se utilizado o termo “testamento vital” como sinônimo deste documento, tornando-se importante refletir acerca desse novo contexto e suas denominações.

## 1 “DIRETIVAS ANTECIPADAS DE VONTADE”: CONCEITO E ADEQUAÇÃO DA LINGUAGEM

O Conselho Federal de Medicina (CFM) publicou a Resolução nº 1.995/2012, que trata das chamadas “diretivas antecipadas de vontade”. Elas são definidas como “o conjunto de desejos, prévia e expressamente manifestados pelo paciente, sobre cuidados e tratamentos que quer, ou não, receber no momento em que estiver incapacitado de expressar, livre e autonomamente, sua vontade”. O referido documento tem sido, contudo, divulgado sob a denominação de “testamento vital”, denominação que pode suscitar ambiguidades se não for corretamente delimitada.

Além da questão relativa à linguagem, o tema remete à interface entre as esferas privada e pública, na medida em que alguns casos paradigmáticos sobre o assunto surgiram por meio de debate público expostos pela imprensa, e que passaram por uma longa e, muitas vezes, conflituosa estruturação jurídica na sua definição. Um exemplo é o chamado “caso Cruzan”. Na década de 80, uma jovem norte-americana, Nancy Cruzan, sofreu acidente automobilístico no estado de Missouri, nos Estados Unidos, com diagnóstico de dano cerebral permanente. Ela sobreviveu por meio de procedimentos de nutrição e hidratação assistida por alguns anos, até que os pais e esposo solicitaram a retirada desse procedimento. Os médicos negaram-se a atender esse pedido sem autorização judicial. Em 1990, o Tribunal de Missouri acolheu o pedido da família. Entre os argumentos da decisão, consta que Nancy, quando tinha 20 anos, teria relatado a uma colega de quarto de que não queria ser mantida viva por meio de aparelhos caso ocorresse algo que a deixasse com menos da metade de suas capacidades normais de vida autônoma. Após o acidente, constatou-se que ela se encontrava em estado de manifesta incapacidade<sup>3</sup>.

A doutrina brasileira tem atribuído denominações diversas às “diretivas antecipadas de vontade”. Podemos citar os seguintes exemplos: “testamento biológico”, “testamento vital”, “diretrizes antecipadas de tratamento”, “declaração antecipada de vontade”, “declaração antecipada de tratamento”, “declaração prévia de vontade do paciente terminal”, “living will”. Algumas dessas expressões são transpostas ou traduzem termos já utilizados em legislações ou contex-

2 ALVES, Cristiane Avancini. Fim de vida e linguagem. *Jornal Zero Hora*, 12 de setembro de 2012, p. 16.

3 Na lápide de Nancy Cruzan está a seguinte inscrição: “Nascida em 20 de julho de 1957. Partiu em 11 de janeiro de 1983. Em paz em 26 de dezembro de 1990” (TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, *accanimento terapeutico* e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 10, v. 39, jul. a set. 2009, p. 15.

tos estrangeiros, como é o caso de “living will” e “advance directives” nos Estados Unidos<sup>4</sup>, “testamento biológico” na Itália<sup>5</sup>, “vontades antecipadas” na Espanha<sup>6</sup>.

Há países que possuem normativa específica sobre o tema, enquanto outros estão em processo de estruturação legislativa que levou a questionamentos acerca de como dispor de nossa própria vontade quanto a tratamentos que poderiam (ou não) ser realizados ao fim de vida. Essa dúvida em relação à aplicabilidade de documento realizado para essa finalidade propiciou a criação de diferenciadas manifestações dessa vontade – entre elas, destacam-se as redes sociais e suas repercussões.

## 2 REDES SOCIAIS E A PUBLICIZAÇÃO DE UM “ÚLTIMO DESEJO”

O surgimento de redes sociais<sup>7</sup> por meio da Internet é um fenômeno que tem transposto diversas situações privadas para a esfera pública. *Status* pessoal e variadas informações anteriormente compartilhadas por meio de contato pessoal, preferencialmente privadas, podem ser disponibilizadas na Internet, e todos os membros que fazem parte de determinado grupo poderão ter acesso a esses dados.

Entre as inovações trazidas por esse contexto, uma associação italiana criou aplicativo na rede social Facebook para publicizar o chamado “testamento biológico”<sup>8</sup>, indicado, neste caso, com o nome “The Last Wish” (o último desejo)<sup>9</sup>. Por meio desse aplicativo, o usuário da rede pode indicar dois “executores testamentários”, que irão ativar, no

4 CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da “The Patient Self-Determination Act”. *Bioética*, 1993, 1:157-163.

5 Entre vasta bibliografia sobre o tema, cita-se: SESTA, Michele. Riflessioni sul testamento biologico. *Famiglia e diritto*, 2008, 4, 407; BUSNELLI, Francesco Donato. *Bioetica e diritto privato*: frammenti di un dizionario. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001. p. 24; BALLARINO, Tito. Eutanasia e testamento biologico nel conflitto di leggi. *Rivista di Diritto Civile*, anno LIV, n. 1, p. 69-85, gennaio-febbraio 2008.

6 *Repercusión e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia*. Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona. Barcelona, enero de 2010.

7 De acordo com Raquel Recuero: “Uma rede social é definida como um conjunto de dois elementos: atores (pessoas, instituições ou grupos) e suas conexões (Wasserman e Faust, 1994; Degenne e Forsé, 1999). Trata-se, assim, de uma abordagem focada na estrutura social, na qual ‘individuals cannot be studied independently of their relations to others, nor can dyads be isolated from their affiliated structures’ (Degenne e Forsé, 1999, p. 3)” (RECUERO, Raquel da Cunha. Um estudo do capital social gerado a partir de redes sociais no Orkut e nos Weblogs. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 28, p. 88, dez. 2005).

8 Termo comumente utilizado na Itália para referimento às diretivas antecipadas de vontade.

9 Notícia publicada no jornal *Corriere della Sera* de 8 de março de 2011. Disponível em: [www.corriere.it](http://www.corriere.it). Outras informações, ainda, em: ALVES, Cristiane Avancini. Biotestamento? O Facebook te ajuda. *Correio do Povo*, 23 de março de 2011, a. 116,

caso de morte desse usuário, a publicação de mensagem previamente escolhida por ele para ser publicada no seu perfil. O serviço permite, ainda, enviar mensagens privadas aos amigos do Facebook, bem como um último adeus aos familiares, e o testamento biológico poderá ser visualizado por todos os membros da rede. Os idealizadores do serviço entendem que a rede social pode ser um meio de publicar e, assim, respeitar a escolha da pessoa quanto ao tratamento médico que quer receber no seu final de vida. Essa escolha deve ser realizada em estado de consciência. A iniciativa levanta, ainda, duas questões: a criação da chamada “identidade digital *post mortem*” na Internet e, também, traz o alerta para casos de preenchimento de formulários que não tragam os dados corretos do usuário, o que pode espalhar notícias falsas sobre a morte de determinada pessoa<sup>10</sup>.

Percebe-se, nesse sentido, uma delicada interface entre as esferas pública e privada no tratamento de dados pessoais e decisórias, e a rápida inovação das práticas virtuais, que nos instiga a refletir sobre a validade desse tipo de publicação de vontade. Para visualizar com mais clareza o tema, é importante verificar a terminologia utilizada. É adequado utilizar a palavra “testamento” para nos referirmos às vontades relativas ao tratamento de fim de vida?

### 3 DELIMITAÇÃO JURÍDICA DO INSTITUTO CIVIL “TESTAMENTO”

#### 3.1 Percepção histórica

É a partir da ideia de testamento civil que se utiliza a expressão “testamento vital”. O testamento civil é regulado pelo Código Civil brasileiro (CCB), que data de 2002, mas é interessante perceber que, no Brasil colonial, por volta do século XVIII, o testamento era sempre utilizado como meio de garantia da vontade em questões patrimoniais e não patrimoniais. Homens e mulheres, temendo uma morte inesperada, tomavam as suas precauções antecipadamente e procuravam um tabelião para registrar as suas decisões “quanto à recompensa daqueles que os tinham ajudado nas suas enfermidades e velhice”<sup>11</sup>.

n. 174, p. 02; *Zero Hora*, 2 de abril de 2011, a. 47, n. 16.645, p. 18.

10 A discussão sobre a possibilidade de “trivialização” de quem é incluído como “amigo” em redes sociais é trazida por Alex Primo, que afirma que, “apesar de poder-se acessar informações sobre quem *eu* registra como ‘amigo’ nesses sistemas, um observador externo não pode ter certeza que tais pessoas são de fato *vós* sem que acompanhe as interações entre esses sujeitos no tempo e os entreviste”. O autor relata casos em que o registro no sistema e a própria apresentação pública do outro como “amigo” não comprova “um relacionamento íntimo real entre *eu* e outros” (PRIMO, Alex. O aspecto relacional das interações na Web 2.0. *E-Compós*, Brasília, v. 9, p. 1-21, p. 09, 2007).

11 Estudo sobre a percepção histórica do testamento civil: Maria Beatriz Nizza da Silva, citada por Eduardo de Oliveira Leite. SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Vida privada e cotidiana no Brasil. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XXI, 2004. p. 300.

Na época, era ainda precário o sistema de organização judiciária, seja pela ausência de cartórios na vastidão do território nacional, seja pela dificuldade de acesso aos recursos formais estabelecidos pela metrópole. Por isso, as pessoas recorriam aos tabeliães. Era prática comum chamar o tabelião para redigir “as últimas vontades daqueles que se achavam acamados e temendo-se da morte”<sup>12</sup>. É interessante perceber que o testamento não era apenas privilégio das elites da terra: segmentos sociais menos favorecidos (mulheres, escravos) também se utilizavam do testamento, porque ele era importante não apenas para a instituição de herdeiros e distribuição de bens, mas, também, “para as disposições quanto ao funeral e cuidados com a alma mediante a celebração de missas”.

O testamento não se referia apenas às questões patrimoniais, mas, também e igualmente, a disposições de caráter não patrimonial:

Nestas disposições testamentárias encontramos duas classes de preocupações: em primeiro lugar, a expressão de uma religiosidade forte que coloca acima de tudo os cuidados com a alma, não só da testadora, mas de todos aqueles a quem ela estava ligada, inclusive os próprios escravos; em segundo lugar, o desejo de proteger os elementos mais desprotegidos da família, ou seja, os membros do sexo feminino, filhas, netas e sobrinhas.<sup>13</sup>

Essas indicações nos mostram a importância referente à possibilidade que cada pessoa física tem de dispor livremente de seu patrimônio ou de tomar decisões de ordem não patrimonial, que vão produzir efeitos depois da morte. Aqui, temos o princípio da autonomia como norteador dessas questões, especialmente porque a autonomia reconhece e garante a existência de um âmbito particular de atuação do sujeito, com eficácia normativa<sup>14</sup>. Ela se torna, portanto, fator importante na análise da elaboração de uma diretiva antecipada de vontade e na sua repercussão fática.

#### 3.2 Características civis do testamento

O atual Código Civil dispõe: “Art. 1.857. Toda pessoa capaz pode dispor, por testamento, da totalidade dos seus bens, ou de parte deles, para depois de sua morte”. O § 2º do mesmo artigo indica que: “São válidas as disposições testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado”. Neste ponto, é importante ressaltar que o testamento tem a característica *mortis causa*, ou seja, ele vai produzir efeitos apenas depois da morte do testador. Portanto, antes, ele não produz nenhum efeito, não

12 Citações deste parágrafo em: SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Vida privada e cotidiana no Brasil. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XXI, 2004. p. 300-301.

13 SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Vida privada e cotidiana no Brasil. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XXI, 2004. p. 301.

14 AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 9, p. 26, dez. 1999.

vincula o testador ao negócio, porque ele, o testador, pode revogá-lo livremente, conforme dispõe o art. 1.858 do CCB: “O testamento é ato personalíssimo, podendo ser mudado a qualquer tempo”.

Embasando-se historicamente o instituto, já existiam, no direito romano, definições de testamento que se assemelham à percepção atual. Por exemplo, o jurista Modestino dizia: “Testamento é a justa manifestação de nossa vontade sobre aquilo que queremos que se faça depois da morte”. Para Ulpiano, também jurista: “Testamento é a manifestação de última vontade feita de forma solene, para valer depois da morte”. Ainda, etimologicamente, testamento deriva de *testatio mentis*, isto é, “atestação da vontade”<sup>15</sup>.

As características essenciais do testamento também podem auxiliar nessa reflexão. Tem-se que o testamento é um *negócio jurídico*, porque estamos diante de um fato praticado pelo *de cuius*, ou seja, por aquele que faleceu, cujos efeitos jurídicos são os que previu e quis, de acordo com a lei; é um *negócio jurídico personalíssimo*, porque é o próprio disponente quem emite a declaração de vontade; é ato unilateral, porque se tem uma vontade solitária e independente do próprio testador; é *negócio formal e solene*, porque visa a oferecer maiores garantias, autenticidade e segurança à manifestação de vontade do testador; é um *negócio jurídico revogável* porque, sendo ato de disposição de última vontade, ele está, até o fim, na dependência da vontade do testador; é, por fim e como exposto acima, um *negócio jurídico mortis causa*, porque só produz efeitos depois da morte do testador.

Repete-se e ressalta-se este ponto: se no testamento civil, temos disposições que irão valer para depois da morte; nas “diretivas antecipadas de vontade”, temos disposições referentes a atos anteriores à morte. A pessoa que decide documentar, por escrito, sua vontade quanto ao tratamento que quer receber em estado de inconsciência expressa essa mesma vontade em vida. Portanto, e logicamente, não após a sua morte.

Essa percepção revela-se na elaboração de leis que regulamentam a atuação dos profissionais da saúde quanto à aplicabilidade de documento que ateste essa vontade. Enquanto, no Brasil, não há uma lei específica para o tema, alguns países possuem essa regulamentação.

## 4 LEGISLAÇÃO ESTRANGEIRA

### 4.1 Lei norte-americana

Conforme referido anteriormente<sup>16</sup>, o caso Cruzan suscitou amplo debate na sociedade norte-americana quanto à manifestação de vontade relativamente a tratamento que se gostaria (ou não) de receber em caso de impossibilidade

15 Informações e citações deste parágrafo em: LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XXI, 2004. p. 306.

16 Ver item 1.

de consciente e autônoma de expressão no momento de internação. A denominada “The Patient Self-Determination Act (PSDA)” foi aprovada pelo Congresso dos Estados Unidos, tornando-se vigente no país a partir de 1º de dezembro de 1991<sup>17</sup>. A PSDA apresenta três formas de efetivar as diretivas antecipadas, definidas, nessa lei, como “Advance Directives”:

- a) manifestação explícita da própria vontade (*living will*);
- b) poder permanente do responsável legal ou curador para o cuidado da saúde (PRCS – *durable power of attorney for health care*), sendo importante ressaltar que *attorney*, neste caso, não quer dizer especificamente “advogado”, mas uma pessoa investida de poder para representar a outra;
- c) decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico (DACM – *advance care medical directive*).

O *living will* busca responder à seguinte pergunta: quais as providências a serem tomadas para um paciente incapacitado de exercer a autonomia, mas que, em estado anterior de lucidez, manifestou-se a respeito por meio de documento escrito? Para tanto, o documento poderá conter a indicação do tratamento médico que seria desejado, bem como a recusa de possíveis tratamentos específicos em caso de total incapacidade de decisão. Portanto, a pessoa pode determinar que não sejam tomadas medidas inúteis e ineficazes, bem como de que não vai ser objeto de cuidados que possam produzir benefícios mínimos em relação às pesadas cargas neles implicadas, ou que venham a prolongar o seu estado de inconsciência. Tem-se, assim, um direito fundado no princípio da autonomia do paciente.

O poder permanente do responsável legal ou curador para o cuidado da saúde (PRCS – *durable power of attorney for health care*) busca responder à questão: quem vai agir como responsável pelo paciente? A resposta vai determinar a pessoa à qual o médico deverá encaminhar-se para obter o consentimento informado e, assim, tomar as decisões cabíveis. Importante notar que a PSDA não estabelece condições especiais para a nomeação do curador ou responsável pelo doente.

Por fim, a decisão ou ordem antecipada para o cuidado médico (DACM – *advance care medical directive*) envolve as duas opções precedentes, em que a pessoa, depois da consulta com o seu médico, familiares ou amigos, decide, de forma precisa, o tipo de atendimento ou cuidados que quer ou não quer receber em um futuro estado de paciente terminal – e pode indicar um curador. Essas determinações devem ser acrescentadas ao prontuário do paciente.

A lei norte-americana surge na esteira do já citado caso Cruzan, contexto que levou a Suprema Corte dos EUA

17 As indicações citadas neste artigo referentes aos pontos específicos da lei norte-americana foram obtidas em: CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da “The Patient Self-Determination Act”. *Bioética*, 1993, 1:157-163.

a reconhecer, em 1990, a proteção outorgada pela Constituição ao direito dos pacientes de recusarem o tratamento que mantém a vida, incluída a alimentação artificial. Ressalta-se, aqui, um ponto importante: a lei reconheceu, nesses casos, a imunidade civil e criminal dos médicos que venham a suspender tratamento.

Tem-se que a expressão *living will* não pode ser literalmente traduzida para a língua portuguesa, pois *will* pode indicar tanto o desejo de algo que se queira que aconteça no futuro<sup>18</sup>, bem como se constituir no documento em que se declara qual o destino que se deseja dar aos próprios bens<sup>19</sup>. Portanto, associar essa expressão à palavra testamento pode gerar ambiguidades e, assim, desqualificar a real importância do documento.

#### 4.2 Lei espanhola

Na Espanha, a Lei nº 41/2002 regula a autonomia do paciente e os direitos e obrigações em matéria de informação e documentação clínica<sup>20</sup>. No quadro espanhol, tem-se uma diferente denominação daquelas elencadas no início deste trabalho: o art. 11 da lei refere-se a “*instrucciones previas*”.

Dispõe esse artigo que, por meio do documento de “*instrucciones previas*”, uma pessoa maior de idade, capaz e livre, pode manifestar antecipadamente sua vontade, com o objetivo de que essa vontade se cumpra no momento em que a pessoa se encontre em uma situação em que não seja capaz de expressar essa vontade pessoalmente. Indica, ainda, a possibilidade de designar um representante que sirva como interlocutor entre o médico e a equipe médica para procurar cumprir as instruções prévias<sup>21</sup>. Essas instruções deverão

18 “You use *will* to indicate that you hope, think, or have evidence that something is going to happen or be the case in the future”, “use *will* to indicate someone’s intention to do something”, “You use *will* in order to make promises and threats about what is going to happen or be the case in the future” (Collins Cobuild Dictionary, 2006).

19 “A *will* is a document in which you declare what you want to happen to your money and property when you die” (Collins Cobuild Dictionary, 2006).

20 *Ley 41/2002, de 14 de noviembre, básica reguladora de la autonomía del paciente y de derechos y obligaciones en materia de información y documentación clínica*. A legislação espanhola pode ser encontrada no seguinte endereço eletrônico: <http://www.boe.es> – “Sede electrónica de la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado”.

21 “1. Por el documento de *instrucciones previas*, una persona mayor de edad, capaz y libre, manifiesta anticipadamente su voluntad, con objeto de que ésta se cumpla en el momento en que llegue a situaciones en cuyas circunstancias no sea capaz de expresarlos personalmente, sobre los cuidados y el tratamiento de su salud o, una vez llegado el fallecimiento, sobre el destino de su cuerpo o de los órganos del mismo. El otorgante del documento puede designar, además, un representante para que, llegado el caso, sirva como interlocutor suyo con el médico o el equipo sanitario para procurar el cumplimiento de las *instrucciones previas*.”

fazer parte da “*história clínica*”<sup>22</sup> do paciente e poderão ser revogadas em qualquer momento<sup>23</sup>.

Um ponto interessante é o chamado “registro nacional de instruções prévias”, criado pelo “Ministerio de Sanidad y Consumo”, para assegurar a eficácia dessas instruções em todo o território nacional. O Real Decreto nº 124/2007, que regula o registro nacional de “*instrucciones previas y el correspondiente fichero automatizado de datos de carácter personal*”<sup>24</sup>, dispõe, em seu art. 2, que

*la inscripción en el registro nacional de instrucciones previas asegura la eficacia y posibilita el conocimiento en todo el territorio nacional de las instrucciones previas otorgadas por los ciudadanos que hayan sido formalizadas de acuerdo con lo dispuesto en la legislación de las comunidades autónomas.*<sup>25</sup>

O documento indica, ainda, que a unidade encarregada desse registro será responsável por adotar as medidas necessárias que garantam a confidencialidade, a segurança e a integridade dos dados de caráter pessoal nele contidos.

#### 4.3 Panorama italiano

A iniciativa relativamente ao aplicativo “*The Last Wish*” anteriormente citado surgiu na Itália, país em que o cenário quanto a disposições relativas ao fim de vida ganhou contornos midiáticos. Um caso em especial suscitou esse debate: a italiana Eluana Englaro sofreu grave acidente de carro aos 21 anos de idade, ficando em estado vegetativo por 17 anos, até a interrupção de sua alimentação artificial. O caso passou por diversas instâncias judiciais, pois o pai de Eluana afirmava que a filha havia manifestado sua contrariedade quanto à manutenção artificial da vida em diversos momentos. O recolhimento de testemunhos de pessoas próximas a Eluana não foi suficiente para a efetiva retirada de tratamento, juntamente com o fato de que o caso ganhou as páginas dos jornais e inflamou o debate político do país<sup>26</sup>.

22 “3. No serán aplicadas las *instrucciones previas contrarias al ordenamiento jurídico*, a la ‘*lex artis*’, ni las que no se correspondan con el supuesto de hecho que el interesado haya previsto en el momento de manifestarlas. En la historia clínica del paciente quedará constancia razonada de las anotaciones relacionadas con estas previsiones.”

23 “4. Las *instrucciones previas* podrán revocarse libremente en cualquier momento dejando constancia por escrito.”

24 Disponível em: <[http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases\\_datos/doc.php?id=BOE-A-2007-3160](http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2007-3160)>. Acesso em: maio 2011.

25 Tradução livre: “A inscrição no registro nacional de instruções prévias assegura a eficácia e possibilita o conhecimento em todo o território nacional das instruções prévias outorgadas pelos cidadãos que as tenham formalizado de acordo com o disposto na legislação das comunidades autônomas”.

26 É possível buscar diversas notícias sobre o tema nas versões online dos jornais italianos *Corriere della Sera* e *La Repubblica*, que realizaram ampla cobertura a respeito. Ainda, é vasta a doutrina italiana que trata sobre esse delicado tema, conforme já indicado na nota 5, podendo-se acrescentar, entre outras, as seguintes indicações: PATTI, Salvatore. La fine della vita e la dignità della morte. *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 5, 390; SCALISI, Antonio. Il diritto a morire: profili problematici. *Famiglia e di-*



Durante a votação de um projeto de lei relativo à alimentação e hidratação artificial no Senado italiano em 9 de fevereiro de 2009, Eluana faleceu. Os parlamentares decidiram retirar de pauta o texto e transferir o debate para o documento relativo ao “*testamento biológico*” e os casos de fim de vida. Atualmente, tramita na Câmara italiana projeto de lei sobre o chamado “*testamento biológico*”, pois não existe texto legal que regulamente as decisões relativas ao fim de vida no país. A base jurídica relativamente a essa questão tem sido a Constituição italiana, que, em seu art. 32, dispõe que ninguém pode ser obrigado a um determinado tratamento sanitário, a não ser por disposição de lei<sup>27</sup>.

É interessante citar o fato de que muitas prefeituras, em virtude dessa insegurança jurídica e contraposição de ideologias em relação ao caso, começaram a recolher manifestações escritas de vontade de cidadãos que assim decidissem proceder. Por exemplo, o “Comune de Massa”, na Toscana, elaborou formulário de declaração substitutiva de ato notarial para a entrega de testamento biológico perante um funcionário do “Comune”<sup>28</sup>. Contudo, esses registros foram considerados sem qualquer eficácia jurídica pelos Ministros da Saúde, do Bem-Estar e do Interior italianos. Entendeu-se que o recolhimento de diretivas antecipadas de vontade<sup>29</sup> por parte das Prefeituras era ilegítimo, por se tratar de matéria de competência legislativa do Estado<sup>30</sup>.

A criação de um aplicativo no Facebook por parte de uma associação italiana surge, dessa forma, no contexto de ampla e delicada discussão quanto à elaboração de norma legal sobre o tema. Há quem conteste a necessidade de uma

ritto, 2009, 11, 1069; TRIPODINA, Chiara. Il risvolto negativo del diritto alla salute: il diritto di rifiutare le cure. Studio in prospettiva comparata di due recenti casi italiani: il caso Welby e il caso Englaro. In BALDUZZI, Renato. *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria: spunti e materiali per l'analisi comparata*. Il Mulino, 2009.

27 “Art. 32. La Repubblica tutela la salute come fondamentale diritto dell'individuo e interesse della collettività, e garantisce cure gratuite agli indigenti. Nessuno può essere obbligato a un determinato trattamento sanitario se non per disposizione di legge. La legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana.”

28 Notícia disponível em: <http://www.lucacoscioni.it/rassegnas-tampa/testamento-biologico-massa>. Em outro exemplo, os residentes no município de Pisa poderiam entregar a própria declaração de testamento biológico de acordo com as modalidades definidas em documento específico previsto pelo município. Instruções disponíveis em: <http://www.comune.pisa.it/urp/testamentobiologicopdf.pdf>.

29 A expressão “testamento biológico” tem sido a comumente adotada, atualmente, na questão de disposições de tratamento quanto ao final de vida, mas é importante indicar que as expressões “*dichiarazioni anticipate di volontà*”, “*dichiarazione anticipata di trattamento*”, a denominada DAT, ou, ainda, “*bio-testamento*”, são outras formas de indicar o mesmo instituto no País.

30 Notícia publicada no Jornal *La Repubblica* em 19 de novembro de 2010, sob o título “*Il governo blocca il biotestamento – non validi i registri dei Comuni*”. Disponível em: [http://www.repubblica.it/cronaca/2010/11/19/news/biotestamento\\_circolari-9290090/](http://www.repubblica.it/cronaca/2010/11/19/news/biotestamento_circolari-9290090/).

específica legislação a respeito: “*Una legge sbagliata*” (“uma lei errada”) é parte do título de uma carta de um reconhecido médico italiano publicada em jornal de grande circulação ao então *premier* italiano Silvio Berlusconi, afirmando ser melhor não ter lei do que promulgar o atual projeto de lei em tramitação na Câmara sobre o testamento biológico<sup>31</sup>. Assim, a incerteza jurídica quanto às medidas adotadas em tratamentos relativos ao final da vida fez com que a própria população procurasse publicizar sua vontade pela Internet, seja por meio de aplicativos nas redes sociais, seja por meio de sites específicos sobre a questão<sup>32</sup>.

#### 4.4 Caso latino-americano: a lei uruguaia

Na América Latina, tem-se a “*Ley n° 18.473 – Voluntad Anticipada*”, de 2009. Seu art. 1° dispõe que tem o direito de se opor a tratamentos e procedimentos médicos (salvo no caso de afetar ou poder afetar a saúde de terceiros) a pessoa maior de idade, psiquicamente apta, de forma voluntária, consciente e livre<sup>33</sup>. O art. 2° indica que a expressão antecipada da vontade será feita por escrito com a assinatura do titular e das testemunhas, que também poderá manifestar-se na presença de um escrivão público, documentando-se em escritura pública ou ata notarial. Importante ressaltar que, em qualquer das formas em que se realize, ela deverá ser incorporada na “*historia clínica*” do paciente<sup>34</sup>.

A referida lei dispõe, ainda, que não poderão ser testemunhas: o médico, funcionários vinculados ao médico ou funcionários da instituição de saúde em que o titular seja paciente (art. 3°); a “*voluntad anticipada*” poderá ser revogada por escrito ou oralmente, a qualquer momento (art. 4°); no caso de não ter expressado sua vontade, a suspensão de tratamento do paciente será uma decisão feita pelo cônjuge ou “*concubino*” ou, na sua ausência, dos familiares em primeiro grau e, se houver concorrência entre os familiares referidos, será requerida unanimidade na decisão (art. 7°).

Importante indicar que, em todos os casos de suspensão de tratamento de que trata a lei, o médico terá de comu-

31 VERONESI, Umberto. Texto publicado no jornal *Corriere della Sera* em 11 de maio de 2011. Disponível em: [http://archivios-torico.corriere.it/2011/maggio/01/Lettera\\_Aperta\\_una\\_Legge\\_Sbagliata\\_co\\_8\\_110501044.shtml](http://archivios-torico.corriere.it/2011/maggio/01/Lettera_Aperta_una_Legge_Sbagliata_co_8_110501044.shtml).

32 Por exemplo: “*Lamiascelta.it = il network del testamento biologico*”. Disponível em: <http://www.lamiascelta.it/>.

33 “*Artículo 1° Toda persona mayor de edad y psíquicamente apta, en forma voluntaria, consciente y libre, tiene derecho a oponerse a la aplicación de tratamientos y procedimientos médicos salvo que con ello afecte o pueda afectar la salud de terceros. [...]*”. A referida lei está disponível em: <http://200.40.229.134/leyes/TextoLey.asp?Ley=18473&Anchor=>>. Publicada no DO 21.04.2009, n. 27714.

34 “*Artículo 2° La expresión anticipada de la voluntad a que refiere el artículo anterior se realizará por escrito con la firma del titular y dos testigos. En caso de no poder firmar el titular, se hará por firma a ruego por parte de uno de los dos testigos. También podrá manifestarse ante escribano público documentándose en escritura pública o acta notarial. Cualquiera de las formas en que se consagre deberá ser incorporada a la historia clínica del paciente.*”

nicar à Comissão de Bioética da instituição (quando essas existam) esse fato, e a Comissão deverá se pronunciar num prazo de 48 horas. Se não houver pronunciamento nesse prazo, será considerada tacitamente aprovada a suspensão do tratamento. Do mesmo modo, as instituições de saúde deverão comunicar todos os casos de suspensão de tratamento à “Comisión de Bioética y Calidad Integral de la Atención de la Salud del Ministerio de Salud Pública” (art. 8º). Ainda, tem-se a ressalva de “não discriminação” presente no art. 11, que afirma que as instituições públicas e privadas de prestação de serviços de saúde não podem condicionar a aceitação do usuário com base em ele ter ou não ter um documento de vontade antecipada<sup>35</sup>.

#### 4.5 Movimento inverso: notícia holandesa

É interessante perceber, nesse contexto, o que se pode denominar de “movimento inverso”: na Holanda, a eutanásia é legalizada, mas existem grupos que, preocupados com a possibilidade de uma “eutanásia involuntária”, criaram cartões com os dizeres “por favor, ressuscite-me” (*please DO resuscitate me*). Ressalta-se que a eutanásia possui características diferentes daquelas em análise neste texto<sup>36</sup>, mas a relação que se estabelece advém do fato de que uma notícia publicada no jornal eletrônico *BioEdge* afirma que um grupo evangélico tornou acessíveis os procedimentos relativos ao *living will*, que especifica que o paciente quer a manutenção do tratamento no caso de ele não poder expressar sua vontade. A reportagem intitula-se “*Living wills for people who will to live*”<sup>37</sup>, estabelecendo um jogo de palavras entre os sentidos de *will*, qual seja, uma espécie de testamento em vida para pessoas que desejam viver.

### 5 ANÁLISE DO CONTEXTO BRASILEIRO

A discussão relativa à possibilidade de se legislar sobre a elaboração de um documento que expresse a vontade do paciente quanto ao tratamento ao qual ele quer ser submetido em caso de manifesta incapacidade de decisão é parte do cenário brasileiro, que não possui lei sobre o assunto. Anteriormente ao debate sobre as diretivas antecipadas de vontade, tem-se a discussão acerca da chamada ortotanásia, que possui importante conexão com o tema ora em análise.

Tramita, no Congresso Nacional, o Projeto de Lei nº 6.715, de 2009, que prevê alterar o Código Penal para excluir de ilicitude a ortotanásia<sup>38</sup>, ou seja, o relatório do referido projeto requer a permissão da “interrupção de me-

35 “Artículo 11. Las instituciones públicas y privadas de prestación de servicios de salud no condicionarán la aceptación del usuario ni lo discriminarán basándose en si éstos han documentado o no su voluntad anticipada.”

36 Essa diferenciação será indicada no item 5 deste artigo.

37 COOK, Michael. Living wills for people who will to live. *BioEdge*, 7 May 2011. Disponível em: <[http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics\\_article/9516](http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/9516)>.

38 Comissão de Seguridade Social e Família. Projeto de Lei nº 6.715, de 2009 (Apenso os PLS 3.002/2008, 5.008/2009 e 6.544/2009). Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia.

didias terapêuticas desproporcionais e extraordinárias para a manutenção artificial da vida de pacientes em situação de morte iminente e inevitável atestada por dois médicos”. Exige o consentimento do paciente ou de seu responsável e define ortotanásia “como morte correta e em seu devido tempo, sem prolongação irracional e cruel para o doente”.

O Código de Ética Médica também denota a ausência de ilicitude na prática da ortotanásia. Em seu art. 41, dispõe que:

É vedado ao médico:

[...] Abreviar a vida do paciente, ainda que a pedido deste ou de seu representante legal.

Parágrafo único. Nos casos de doença incurável e terminal, deve o médico oferecer todos os cuidados paliativos disponíveis sem empreender ações diagnósticas ou terapêuticas inúteis ou obstinadas, levando sempre em consideração a vontade expressa do paciente ou, na sua impossibilidade, a de seu representante legal.<sup>39</sup>

Em São Paulo, foi promulgada a Lei Estadual nº 10.241/1999, que permite ao paciente recusar tratamentos dolorosos ou extraordinários para tentar prolongar a vida. Contudo, questiona-se a validade dessa norma à luz da “competência privativa reservada pela Constituição à União para legislar em matéria criminal”<sup>40</sup>. O debate a respeito da ortotanásia ganhou mais contornos após a publicação da Resolução nº 1.805/2006 do CFM, que, em seu art. 1º, dispõe: “É permitido ao médico limitar ou suspender procedimentos e tratamentos que prolonguem a vida do doente em fase terminal, de enfermidade grave e incurável, respeitada a vontade da pessoa ou de seu representante legal”.

A citada resolução passou por questionamento judicial por meio de ação civil pública promovida pelo Ministério Público Federal (MPF) do Distrito Federal (DF), que foi julgada improcedente pela Justiça Federal do DF sob os argumentos de que: a) o CFM tem competência para editar a Resolução nº 1.805/2006, que não versa sobre direito penal, e, sim, sobre ética médica e consequências disciplinares; b) a ortotanásia não constitui crime de homicídio, interpretando-se o Código Penal à luz da Constituição Federal; c) a edição da resolução não determinou modificação significativa no dia a dia dos médicos que lidam com pacientes terminais, e os incentiva a descrever exatamente os procedimentos que adotam e os que deixam de adotar, em relação a pacientes terminais, permitindo maior transparência e possibilitando maior controle da atividade médica.

Semelhantes questões foram suscitadas com a edição da Resolução nº 1.995/2012 do CFM, que dispõe a respeito das Diretivas Antecipadas de Vontade. O Ministério Público

Autor: Senado Federal. Relator: Deputado José Linhares. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).

39 Disponível em: [www.cfm.org.br](http://www.cfm.org.br). Acesso em: 30 abr. 2013.

40 TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, *accanimento terapeutico* e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 10, v. 39, p. 12, jul. a set. 2009.

Federal de Goiás ingressou com ação civil pública em janeiro de 2013 propondo a declaração de inconstitucionalidade e ilegalidade da referida resolução, por entender que ela: a) extravasou os limites do poder regulamentar; b) impôs riscos à segurança jurídica, com base no art. 5º, *caput*, e inciso XXXVI da Constituição Federal; c) alijou a família de decisões que lhe são de direito, com base no art. 226, *caput*, da CF; d) estabeleceu instrumento inidôneo para o registro de “diretivas antecipadas de pacientes”, ao entender ser inacessível a todos o conteúdo do prontuário e, assim, levar à ausência de mecanismo de controle quanto à atuação do médico.

A Justiça Federal de Goiás, por sua vez, indeferiu o pedido liminar feito pelo MPF<sup>41</sup>, por entender que: a) o CFM não extrapolou os poderes normativos outorgados pela Lei nº 3.268/1957<sup>42</sup>, tendo a resolução apenas regulamentado a conduta médica ética diante da situação fática de o paciente externar a sua vontade quanto aos cuidados e tratamentos médicos que deseja ou não receber; b) a resolução é constitucional e coaduna-se com o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que assegura ao paciente em estado terminal o recebimento de cuidados paliativos e não o submete, contra sua vontade, a tratamentos que prolonguem o seu sofrimento e não tragam mais qualquer benefício; c) a manifestação de vontade do paciente é livre, com base no art. 107 do CC<sup>43</sup>; d) para a validade das diretivas antecipadas de vontade, observa-se o art. 104 do CC<sup>44</sup>; portanto, não é necessário que a resolução reitere a previsão legal.

Além dos argumentos referidos acima, pode-se falar no debate que se estabelece entre as esferas civil e penal relativamente à aplicação dos arts. 15 do CC e 146, § 3º, I, do CP. O art. 15 do CC dispõe que “ninguém pode ser constrangido a submeter-se, com risco de vida, a tratamento médico ou a intervenção cirúrgica”. Contudo, a redação desse dispositivo pode levar à interpretação de que haveria obrigação de se aceitar tratamento ou cirurgia sem risco de vida<sup>45</sup>, contrariando-se o panorama ético e jurídico exposto. O art. 146, § 3º, I, do CP assim dispõe:

Art. 146. Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena – detenção, de três meses a um ano, ou multa.

41 Decisão da Justiça Federal datada em março de 2013. Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/liminar-cfm-paciente-terminal.pdf>>. Acesso em: 30 abr. 2013.

42 “Dispõe sobre os Conselhos de Medicina, e dá outras providências”. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L3268.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L3268.htm)>. Acesso em: 30 abr. 2013.

43 “Art. 107. A validade da declaração de vontade não dependerá de forma especial, senão quando a lei expressamente a exigir.”

44 “Art. 104. A validade do negócio jurídico requer: I – agente capaz; II – objeto lícito, possível, determinado ou determinável; III – forma prescrita ou não defesa em lei.”

45 Observação de: RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 22 (8): 1749-1754, ago. 2006.

[...]

§ 3º Não se compreendem na disposição deste artigo:

I – a intervenção médica ou cirúrgica, sem o consentimento do paciente ou de seu representante legal, se justificada por iminente perigo de vida.

No panorama ora analisado, encontra-se a indicação de que deve prevalecer a autonomia privada do paciente, sob o entendimento de que, “ao impor pela força a aplicação de medida curativa expressamente não autorizada por pessoa adulta e suficientemente informada, então, estará ele, médico, praticando crime de constrangimento ilegal”<sup>46</sup>.

Importante ressaltar a diferenciação de termos: a ortotanásia caracteriza-se pelo respeito à decisão do paciente em fase terminal de enfermidade grave e incurável de limitar ou suspender procedimento e tratamento que prolonguem sua vida, sendo garantidos os cuidados necessários quanto a uma assistência integral, enquanto que as diretivas antecipadas de vontade tratam de decisão realizada em estado anterior de enfermidade, no caso em que, verificada ou ocorrida essa enfermidade, o paciente se encontre em estado de inconsciência, não podendo manifestar sua vontade de forma livre e autônoma. Ainda, fundamental não confundir ambas as situações, que enaltecem e efetivam a autonomia e a beneficência de tratamento, bem como a ética médica, com a prática de eutanásia, que se constitui em indução, com intenção, a óbito, com a autorização consciente da pessoa que passa por determinado tipo de sofrimento, não necessariamente em estado terminal. No Brasil, esta prática não é permitida<sup>47</sup>.

Nesse contexto, a elaboração de uma lei específica que regulamente as diretivas antecipadas de vontade suscita duas reflexões: se, por um lado, a lei tornaria legalmente protegidos médicos e funcionários quanto à adoção da declaração antecipada de vontade do paciente, por outro lado tem-se a importância de uma lei bem redigida, atenta e sensível ao contexto clínico, para que possa ser efetiva diretriz de ação jurídica e social. O tema requer uma acurada verificação do uso da linguagem e de sua efetiva aplicação no caso concreto, para que uma possível lei traga elementos agregadores no processo decisório, e não o engessamento da prática num momento de necessária clareza na interpretação e aplicação do documento.

## CONCLUSÃO

Os temas que envolvem o fim de vida remetem a delimitadas e importantes reflexões, na medida em que lidamos, de

46 REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal: jurisprudência em debate, crimes contra a pessoa*. Miguel Reale Júnior, Janaína Conceição Paschoal; coordenador Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: GZ, v. 1, 2011. p. 188. Importante indicar, ainda, a observação do autor de que “outra consequência está na não tipificação da omissão do médico, ao deixar de impor o tratamento não autorizado pelo paciente, apesar de necessário, como crime de omissão de socorro”.

47 ALVES, Cristiane Avancini. Eutanásia em discussão. *Zero Hora*, 6 de março de 2013, p. 15.

forma contundente, com nossa humanidade. O jurista italiano Stefano Rodotà afirma que os contornos do sofrimento ou da dor não são apenas físicos, mas, também, socioculturais; por isso, a dor não se deixa entrapolar nas formais categorias jurídicas, mas o Direito não deixa de a seguir porque, se a tecnologia médica pode levar ao chamado “*accanimento terapeutico*”, ou seja, a uma obstinação terapêutica na manutenção da vida a todo e qualquer custo, a esfera jurídica tem buscado entender e vislumbrar se é possível falar em um “direito de morrer com dignidade”<sup>48</sup>. Trata-se, segundo ele, de um olhar a ser lançado sobre a cura paliativa, que busca estabelecer o balanço entre a redução da dor e a redução (e não interrupção) da vida<sup>49</sup>.

O referido olhar é estendido ao âmbito das diretivas antecipadas de vontade. A sua efetivação vai ao encontro do reconhecimento da autonomia do paciente, autonomia que, em nenhum momento, vem a destituir a autonomia do médico. Pelo contrário, a Resolução nº 1.995/2012 busca

reconhecer a alteridade presente nesta relação, na qual as decisões devem ser compartilhadas. Da responsabilidade individual, nesta perspectiva de compartilhamento, surge a noção de corresponsabilidade. Não há uma submissão, mas sim o mútuo reconhecimento de uma copresença ética na relação médico-paciente.<sup>50</sup>

Este cenário perfectibiliza uma visão integral ao tratamento do paciente, e traz a reflexão quanto ao que denominamos “fator temporalidade”, ou seja, à possibilidade de mudança, a qualquer momento, das diretivas, em virtude de novo posicionamento pessoal frente a determinado tratamento ou circunstância que altere nossa percepção frente ao fim de vida; e, em caso de manifesta incapacidade do paciente, seu representante poderá lançar esse olhar no sentido de verificar, por exemplo, a descoberta de novo tratamento durante o processo de tomada de decisão que possa trazer benefícios efetivos ao paciente. Por meio desse balanceamento entre autonomia e beneficência, busca-se o compartilhamento e o adequado tratamento que deve ser dado ao paciente de acordo com seu quadro clínico, compartilhando-se e conectando-se elementos bioéticos e jurídicos na análise do caso concreto. Utilizar, portanto, o termo “testamento vital” requer uma adequada contextualização, na medida em que testamento indica disposições a serem efetivadas após a morte, e vital refere-se à vida, sua conservação e essencialidade: se a

48 RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli Editore, 2006. p. 212.

49 Segundo Rodotà: “O direito de morrer com dignidade converte-se não apenas em negar a obstinação terapêutica, mas, também, na busca de toda a cura que possa aliviar a dor, ainda que essa busca venha a diminuir o tempo de vida”. Originalmente: “*Il diritto di morire con dignità si converte non solo nel rifiuto dell'accanimento terapeutico, ma pure nella richiesta di tutte le cure in grado di alleviare il dolore, anche se da ciò può derivare un accorciarsi della vita*” (RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli Editore, 2006. p. 213).

50 ALVES, Cristiane Avancini; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. *Revista HCPA*, 2012, 32(3):358-362.

denominação for, simplesmente, exposta sem qualquer reflexão, ela poderá não ser adequadamente identificada como manifestação autônoma, livre, e, sobretudo, para tratamento ou tomadas de decisão a serem realizados em e para a vida.

O contexto apresentado remete à relação entre o princípio bioético da beneficência, o princípio da autonomia e o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, da CF)<sup>51</sup>. Essa conexão entre princípios e os dispositivos citados no decorrer do texto direciona a uma análise quanto à totalidade e conexões de elementos que o tema em questão suscita, bem como nos instiga a frisar que a pessoa humana é o “valor-fonte”<sup>52</sup> de nosso ordenamento jurídico, e, assim, é a ela que devemos dirigir nossa reflexão na complementariedade e complexidade das questões que tratam dos limites da vida.

## REFERÊNCIAS

ALVES, Cristiane Avancini. Biotestamento? O Facebook te ajuda. *Correio do Povo*, 23 de março de 2011, a. 116, n. 174, p. 02; *Zero Hora*, 2 de abril de 2011, a. 47, n. 16.645, p. 18.

\_\_\_\_\_. Fim de vida e linguagem. *Zero Hora*, 12 de setembro de 2012, p. 16.

\_\_\_\_\_. Eutanásia em discussão. *Jornal Zero Hora*, 6 de março de 2013, p. 15.

\_\_\_\_\_; FERNANDES, Márcia Santana; GOLDIM, José Roberto. Diretivas antecipadas de vontade: um novo desafio para a relação médico-paciente. *Revista HCPA*, 2012, 32(3):358-362.

AMARAL NETO, Francisco dos Santos. Autonomia privada. *Revista do CEJ: Centro de Estudos Judiciários*, Brasília, n. 9, dez. 1999.

BALLARINO, Tito. Eutanásia e testamento biológico nel conflitto di leggi. *Rivista di Diritto Civile*, anno LIV, n. 1, p. 69-85, gennaio-febbraio 2008.

BUSNELLI, Francesco Donato. *Bioetica e diritto privato: frammenti di un dizionario*. Torino: G. Giappichelli Editore, 2001.

CLOTET, Joaquim. Reconhecimento e institucionalização da autonomia do paciente: um estudo da “The Patient Self-Determination Act”. *Bioética*, 1993, 1: 157-163.

COMISSÃO de Seguridade Social e Família. Projeto de Lei nº 6.715, de 2009 (Aposos os PLs 3.002/2008, 5.008/2009 e 6.544/2009). Altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), para excluir de ilicitude a ortotanásia. Autor: Senado Federal. Relator: Deputado José Linhares. Disponível em: [www.camara.gov.br](http://www.camara.gov.br).

51 Pode-se, ainda, referir o art. 5º, III, da CF: “Ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante”.

52 Expressão de: REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963. p. 74.

COOK, Michael. Living wills for people who will to live. BioEdge, 7 May 2011. Disponível em: <[http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics\\_article/9516](http://www.bioedge.org/index.php/bioethics/bioethics_article/9516)>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XXI, 2004.

MELO NETO, João Cabral de. *Morte e vida severina*. Rio de Janeiro: Ponto de Leitura, 2009.

PARGENDLER, Mariana Souza. A ressignificação do princípio da autonomia privada: o abandono do voluntarismo e a ascensão do valor de autodeterminação da pessoa. Pesquisa orientada na Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS) pela Professora Dra. Judith Martins-Costa, no âmbito do Programa de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC, do CNPq. Trabalho premiado com Destaque e Prêmio Jovem Pesquisador do XIV Salão de Iniciação Científica da UFRGS. Disponível em: <[http://www.ufrgs.br/propeq/livro2/artigo\\_mariana.htm](http://www.ufrgs.br/propeq/livro2/artigo_mariana.htm)>. Acesso em: 06 jan. 2005.

PATTI, Salvatore. La fine della vita e la dignità della morte. *Fam. Pers. Succ.*, 2006, 5, 390. SCALISI, Antonio. Il diritto a morire: profili problematici. *Famiglia e diritto*, 2009, 11, 1069.

PRIMO, Alex. O aspecto relacional das interações na Web 2.0. *E-Compós*, Brasília, v. 9, p. 1-21, 2007.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Direito penal: jurisprudência em debate, crimes contra a pessoa*. Miguel Reale Júnior, Janaína Conceição Paschoal; coordenador Miguel Reale Júnior. Rio de Janeiro: GZ, v. 1, 2011.

REALE, Miguel. *Pluralismo e liberdade*. São Paulo: Saraiva, 1963.

RECUERO, Raquel da Cunha. Um estudo do capital social gerado a partir de redes sociais no Orkut e nos Weblogs. *Revista Famecos*, Porto Alegre, n. 28, p. 88, dez. 2005.

REPERCUSIÓN e impacto normativo de los documentos del Observatorio de Bioética y Derecho sobre las voluntades anticipadas y sobre la eutanasia. Elaborado por el Grupo de Opinión del Observatori de Bioètica i Dret Parc Científic de Barcelona. Barcelona, enero de 2010.

RIBEIRO, Diaulas Costa. Autonomia: viver a própria vida e morrer a própria morte. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, 22 (8): 1749-1754, ago. 2006.

RODOTÀ, Stefano. *La vita e le regole: tra diritto e non diritto*. Milano: Feltrinelli Editore, 2006.

SESTA, Michele. Riflessioni sul testamento biologico. *Famiglia e diritto*, 2008, 4, 407.

SILVA, Maria Beatriz Nizza da. Vida privada e cotidiana no Brasil. Apud LEITE, Eduardo de Oliveira. *Comentários ao novo Código Civil*. Rio de Janeiro: Forense, v. XXI, 2004.

TEPEDINO, Gustavo; SCHREIBER, Anderson. O extremo da vida: eutanásia, *accanimento terapeutico* e dignidade humana. *Revista Trimestral de Direito Civil*, a. 10, v. 39, jul. a set. 2009.

TRIPODINA, Chiara. Il risvolto negativo del diritto alla salute: il diritto di rifiutare le cure. Studio in prospettiva comparata di due recenti casi italiani: il caso Welby e il caso Englaro. In: BALDUZZI, Renato. *Sistemi costituzionali, diritto alla salute e organizzazione sanitaria: spunti e materiali per l'analisi comparata*. Il Mulino, 2009.

VERONESI, Umberto. Texto publicado no Jornal *Corriere della Sera* em 11 de maio de 2011. Disponível em: <[http://archivistorico.corriere.it/2011/maggio/01/Lettera\\_Aperta\\_una\\_Legge\\_Sbagliata\\_co\\_8\\_110501044.shtml](http://archivistorico.corriere.it/2011/maggio/01/Lettera_Aperta_una_Legge_Sbagliata_co_8_110501044.shtml)>.

3

33100

### Tipo Penal do Artigo 89 da Lei de Licitações: Novo Entendimento dos Tribunais Superiores

SANDRA SILVEIRA WÜNSCH<sup>1</sup>

*Graduada em Direito pela UniRitter – Campus Porto Alegre/RS e em Secretariado Executivo pela PUCRS (Porto Alegre/RS), Especializada em Gestão Estratégica para Escritórios de Advocacia e Departamentos Jurídicos (Unisinos/RS).*

RESUMO: Versa o presente estudo sobre a recente mudança de entendimento evidenciada nos Tribunais Superio-

res, no que tange ao elemento subjetivo do tipo penal do art. 89 da Lei de Licitações. Para tanto, o texto é embasado inicialmente na doutrina, ao discorrer a respeito da Lei nº 8.666/1993, da dispensa e da inexigibilidade e do art. 89, e, posteriormente, em julgados do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça.

PALAVRAS-CHAVE: Licitações; Lei nº 8.666/1993; dispensa e inexigibilidade.

ABSTRACT: The present study aims to focus on the recent change of understanding evidenced on the Superior Courts, about the subjective element of the penal norm from article 89 of the Bidding Law. Therefore, the text is based initially on the legal literature when writes about the Law number 8.666/1993, of waiver and non- requirement for holding a bid and the article 89, and later in cases decided in Supreme Court and Superior Court.

<sup>1</sup> <http://lattes.cnpq.br/9785013616177384>.

KEYWORDS: Bids; Law 8.666/1993; waiver and unenforceability.

## INTRODUÇÃO

O Estado brasileiro, no âmbito da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, destina um volume significativo de recursos para aquisição de bens e serviços necessários ao desenvolvimento das atividades do Poder Público.

Para garantir que os recursos sejam aplicados adequadamente, as compras e os serviços precisam ser realizados de forma a garantir o melhor preço, sem desprezar os padrões de isonomia, qualidade e eficiência. Assim, torna-se essencial a realização de licitações transparentes e econômicas, requisitos que se relacionam diretamente com publicidade e concorrência.

Nessa linha, o Decreto-Lei nº 2.300/1986, vigente até então, é substituído em 21 de junho de 1993 pela Lei nº 8.666. Tendo o art. 126 da lei especial revogado expressamente o Decreto-Lei nº 2.300/1986, além de outras legislações correlatas.

A nova legislação sofreu um incremento considerável, passando de 90 para 126 artigos.

Pode-se dizer que a essência constitucional das licitações e dos contratos administrativos está no art 37, inciso XXI, da Constituição Federal<sup>2</sup>.

Destaca-se que as hipóteses legais de dispensa e inexigibilidade de licitações estão dispostas nos arts. 24 e 25 da Lei de Licitações, respectivamente, cuja inobservância acarreta a prática penal prevista no art. 89 desta lei.

Necessário ressaltar que o tipo penal do art. 89 está diretamente relacionado aos arts. 24 e 25, não se comunicando com o art. 17, todos da Lei nº 8.666/1993. Tanto o art. 24 como o art. 17 preveem situações de dispensa de licitação, sendo que o primeiro elenca hipóteses em que a licitação pode ser dispensável, trabalhando com a discricionariedade, trazendo o legislador uma margem de liberdade, enquanto o segundo elenca hipóteses em que a licitação está dispensada, determinando o legislador, sem margem de liberdade, que, em determinados casos, a Administração Pública não fará licitação.

Há divergência na doutrina no que tange à dispensa e à inexigibilidade de licitação: uma corrente entende que não afrontam os princípios constitucionais, pois as hipóteses que afastam o dever de licitar estão revestidas de características que as tornam harmoniosas com tais princípios; entretanto,

2 Art. 37, XXI, CF/1988: “Ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

outra corrente entende que se criou um meio para burlar uma exigência constitucional, qual seja, a de licitar.

A dispensa depende de uma hipótese fática e só é lícito dispensar a licitação em face de expressa autorização legal, enquanto que a inexigibilidade pressupõe inviabilidade de competição, por isso o rol de inexigibilidade jamais se esgotará, já que o *caput* do art. 25 da Lei de Licitações se refere de forma ampla à inviabilidade de competição, abraçando, assim, hipóteses jurídicas futuras, não previsíveis atualmente.

Além do exposto, cabe ressaltar que a contratação por inexigibilidade só se aplica para a atuação em caso específico; para casos de serviços contínuos à licitação, far-se-á imprescindível.

Há a necessidade de se diferenciar a inviabilidade de competição, nos termos *supra*, que levam à inexigibilidade de licitação, da licitação fracassada e da licitação deserta. A licitação fracassada ocorre quando a Administração Pública percebe que todos os licitantes apresentam documentação errada ou apresentam propostas não condizentes, enquanto que a licitação deserta ocorre pela falta de concorrentes, ausência de participantes<sup>3</sup>.

Pelo exposto, pode-se resumir a distinção entre dispensa e inexigibilidade da seguinte forma: na dispensa vislumbra-se a noção de obrigatoriedade, a existência de fundamento legal para não licitar, enquanto a inexigibilidade está em confronto com a noção de viabilidade.

## CRIMES LICITATÓRIOS

A Lei nº 8.666/1993, que dispõe sobre licitações, tem por fim concretizar a determinação contida no art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, cujo bem jurídico a ser tutelado é a moralidade administrativa, especialmente em relação aos princípios da competitividade e da isonomia<sup>4</sup>.

A Lei de Licitações, amparada em princípios constitucionais, e por meio de seus tipos penais, tem por fim a proteção do patrimônio público contra atos danosos, visando a resguardar o interesse da Administração Pública consubstanciada na lisura do processo licitatório.

Discorre Justen Filho sobre a natureza das penas cominadas pela nova legislação:

Existiria um descompasso entre o espírito da nova legislação e os princípios para os quais se volta o Direito Penal. Tratando-se da chamada “criminalidade econômica”, a lei poderia ter utilizado mais amplamente sanções de cunho pecuniário ou restritivas de direito e deixar em segundo plano as penas privativas de liberdade.<sup>5</sup>

3 DI PIETRO, Maria Sylvania Zanella. *Direito administrativo*. 12. ed. São Paulo: Atlas, 2000. p. 306.

4 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 603.

5 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 826.

Na visão de Justen Filho, trata-se de condutas que apresentam “uma danosidade e um grau de reprobabilidade valorados como de extrema gravidade”. Dessa forma, “a opção legislativa retratou uma vocação da sociedade”<sup>6</sup>.

Os delitos tipificados pela Lei nº 8.666/1993 não admitem a modalidade culposa, são sempre dolosos, por isso imperiosa a análise da consciência do agente, se atuou conscientemente com o propósito de frustrar a vontade do legislador.

Dispõe o art. 89 da Lei nº 8.666/1993:

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

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

Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público.<sup>7</sup>

Em abordagem sucinta, Nucci apresenta a seguinte classificação:

Próprio (só pode ser cometido por servidor público); formal (não exige resultado naturalístico para a consumação, consistente em efetivo prejuízo para a Administração). [...] de forma livre (pode ser cometido por qualquer meio eleito pelo agente); comissivo (os verbos indicam ações), nas formas *dispensar* e *inexigir*, mas omissivo (consiste em abstenção). [...] instantâneo (a consumação se dá em momento determinado); de perigo abstrato (independente de qualquer lesão ao bem jurídico tutelado); unissubjetivo (pode ser cometido por um só agente); plurissubjetivo (cometido por intermédio de vários atos) ou unissubsistente (cometido num único ato), conforme o meio eleito pelo agente; admite tentativa na forma plurissubsistente.<sup>8</sup>

Justen Filho apresenta a distinção entre os crimes previstos no *caput* e no parágrafo único do art. 89:

O crime do *caput* do art. 89 tem por materialidade a conduta de promover a contratação direta indevidamente. Trata-se de crime cuja configuração pressupõe a qualidade de funcionário público numa acepção ampla. A conduta criminosa somente pode ser consumada por um sujeito investido da condição de agente estatal e no exercício da competência para deliberar sobre o aperfeiçoamento de contratação administrativa sem li-

citação. Já o crime do parágrafo único do art. 89 da Lei nº 8.666 envolve a conduta de um particular, que pode ou não integrar os quadros de uma pessoa administrativa. Mas, se integrar os quadros dessa pessoa, o sujeito não é o titular da competência para deliberar sobre a contratação direta.<sup>9</sup>

Nucci, ao comentar o art. 89 da Lei nº 8.666/1993, inicia abordando a relação com a Lei de Lavagem de Capitais, uma vez que delitos relativos às licitações e aos contratos administrativos conseqüentemente permitem a prática do crime de lavagem de dinheiro, o que não é raro de acontecer, pois “quem concretiza negócio fraudulento, normalmente envolvendo altas cifras, com órgãos públicos, busca ocultar a origem ou o destino do montante atingido”; da mesma forma, o administrador que participa da ilegalidade com o particular<sup>10</sup>.

Segundo Freitas, o artigo em pauta é o de maior ocorrência na prática dos crimes licitatórios, merecedor, portanto, de “atenção especial”<sup>11</sup>.

França entende que,

ao dispensar ou não exigir o processo licitatório fora das hipóteses previstas nesta lei, o agente administrativo incorre nesse crime e fica sujeito às penalidades cabíveis. De acordo com o parágrafo único, aquele que se beneficiar dessa dispensa também incorrerá na mesma pena.<sup>12</sup>

A referida situação é excepcionada pelas hipóteses de dispensa e inexigibilidade de licitação, previstas nos arts. 24 e 25 da lei em estudo. Entretanto, quando a licitação é afastada indevidamente, em descumprimento à disposição legal, ou deixa de observar as formalidades pertinentes, ocorre a incidência do art. 89 da Lei de Licitações.

Bitencourt entende, no que tange ao descumprimento das formalidades, que:

Curiosamente, nesta hipótese o legislador exageradamente formalista criminaliza, o que, de plano, nos parece abusivo, um *error in procedendo*, o qual poderia muito bem ser resolvido no plano puramente administrativo, com as sanções que lhes são próprias.<sup>13</sup>

6 Idem, p. 827.

7 Brasil. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Legislação Complementar. Saraiva 3 em 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

8 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Coleção leis penais e processuais comentadas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2013. p. 468-469.

9 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 832.

10 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Coleção leis penais e processuais comentadas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2013. p. 463.

11 FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 51.

12 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 174.

13 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 130.

Ainda nessa linha discorre o autor:

Outra particularidade que chama a atenção é a gravidade das sanções cominadas, para condutas que, no máximo, representariam algum perigo para a Administração Pública, pois não lhes é exigido a produção de qualquer dano ao patrimônio público.<sup>14</sup> (grifo meu)

Entretanto, a situação posta por Bitencourt não se evidencia mais nos Tribunais Superiores, perante a recente mudança de entendimento no sentido de que não basta o dolo genérico, exigindo-se o dolo específico aliado à demonstração do efetivo prejuízo causado ao Erário.

Com o novo entendimento, a mera ausência da necessária licitação, aliada à consciência do autor quanto à obrigatoriedade de promover a licitação, não mais poderá constituir crime, pois, para que este se configure, haverá, ainda, a necessidade da efetiva comprovação do prejuízo causado à Administração Pública.

Antes de adentrar na análise dos elementos objetivo e subjetivo do tipo, cabe apresentar o conceito destes na ótica de Lenza:

O tipo objetivo corresponde ao comportamento descrito no preceito primário da norma incriminadora, desconsiderando-se o estado anímico do agente, isto é, sem a análise de sua intenção. O tipo subjetivo, de sua parte, corresponde à atitude psíquica interna que cada tipo objetivo requer.

[...]

É de ver, contudo, que todo tipo de crime doloso possui um elemento subjetivo implícito: o dolo e, nos crimes culposos, um elemento normativo tácito: a culpa.<sup>15</sup>

Para Baltazar Jr., nos crimes de licitações o tipo objetivo contempla, no *caput*, “duas formas comissivas: dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei e uma omissiva: deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade”<sup>16</sup>.

O tipo subjetivo é o dolo, consubstanciado na ação livre e consciente de fraudar o procedimento licitatório. Sobre o elemento subjetivo específico, além do dolo, Baltazar apresenta três correntes:

- a) para a primeira, que considero acertada, é suficiente o dolo, sem mais, não se exigindo elemento subjetivo específico;
- b) para a segunda, que não encontra respaldo no texto legal, é exigido o fim específico de causar dano ao erário ou de beneficiar o particular contratado;

14 Idem, p. 130.

15 LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 303.

16 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 604.

c) variante exige o dolo específico ou elemento subjetivo do tipo apenas para a modalidade do parágrafo único.<sup>17</sup>

Vale ressaltar que os julgados citados por Baltazar Jr. não ultrapassam o ano de 2010. Outrossim, menciona o autor, ao discorrer sobre o dolo eventual, haver dois entendimentos, que “é admitido” e que “não é admitido”, sem destacar a corrente majoritária<sup>18</sup>.

A seguir o posicionamento de Nucci, Costa Jr. e Bitencourt sobre o elemento subjetivo.

Para Nucci, o elemento subjetivo é o dolo, não reconhecendo a existência de elemento subjetivo específico. O autor cita julgados de 2008<sup>19</sup> e 2010<sup>20</sup> para demonstrar que a “simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que, para a configuração do tipo penal ali previsto, exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo”; em outras palavras, “o desvalor da ação se esgota no dolo”, não exige ânimo ou finalidade específica, sendo desnecessária a análise dos motivos que levaram o agente a dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses legais<sup>21</sup>.

No que tange à participação, com base nos julgados apresentados por Nucci e já referidos, o elemento subjetivo se configura na consciência de cada concorrente “de que sua ação está dirigida para a ocorrência do resultado que a lei penal visa coibir [...]”<sup>22</sup>.

Assevera Costa Jr. que o elemento subjetivo:

É a vontade consciente e livre do agente público de dispensar ou de não exigir a licitação, ou a vontade de não cumprir o procedimento formal referente à dispensa ou à inexigibilidade, inteirado da ilicitude da omissão.

O dolo é sempre genérico.

Para o *extraneus* (estranho aos quadros do funcionalismo público), o dolo genérico é representado pela vontade consciente e livre de concorrer para a dispensa, a inexigência ou a não-observância das formalidades pertinentes à dispensa ou a não-exigibilidade. O benefício auferido pelo *extraneus*, decorrente da dispensa ou da inexigência, não deverá estar obrigatoriamente na órbita de sua vontade. É uma decorrência fática da conduta, necessária ao aperfeiçoamento do tipo, mas

17 Idem, p. 606-607.

18 Idem, p. 607.

19 Recurso Especial nº 991.880/RS, 5ª T., Rel. Min. Felix Fischer, Julgado em 28.02.2008, Publicado 28.04.2008.

20 *Habeas Corpus* nº 153.097/DF, 5ª T., Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Julgado em 15.04.2010, Publicado em 10.05.2010.

21 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Coleção leis penais e processuais comentadas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2013. p. 464.

22 Idem, p. 464.



que poderá não ser diretamente abrangida pelo elemento subjetivo.<sup>23</sup>

Costa Jr., na mesma linha de Baltazar, discorre sobre a possibilidade do dolo eventual, admitindo este nos casos em que “o agente, tendo dúvida quanto à ilegalidade, assume o risco de fazer a dispensa ou de declarar a inexigibilidade ainda que regular”. No caso do parágrafo único, o autor reconhece a exigência do dolo genérico e do específico<sup>24</sup>.

Ainda nesta temática, ou seja, do elemento subjetivo, Bitencourt faz as seguintes ponderações:

O tipo subjetivo é constituído de um elemento geral – dolo –, que, por vezes, é acompanhado de elementos especiais – intenções e tendências –, que são elementos acidentais, conhecidos como elementos subjetivos especiais do injusto ou do tipo penal. Neste tipo, antecipando, não há previsão da necessidade de qualquer elemento subjetivo especial, como demonstraremos adiante.

[...]

O elemento subjetivo das condutas descritas neste art. 89 da Lei de Licitações é o dolo, constituído pela consciência e a vontade de realização das condutas descritas, quais sejam, dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou a inexigibilidade.<sup>25</sup>

Em síntese, para Bitencourt, qualquer das três condutas, dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, deve ser praticada de forma voluntária e consciente pelo sujeito ativo.

Nessa senda, sintetizando, o autor define “dolo é a vontade de realizar o tipo objetivo, orientada pelo conhecimento de suas elementares no caso concreto”, complementando: “Mas a essência do dolo deve estar na vontade, não de violar a lei, mas de realizar a ação e obter o resultado”<sup>26</sup>.

No entender de Bitencourt, a configuração do dolo exige dois elementos, a consciência e a vontade: “A consciência (previsão ou representação) daquilo que se pretende praticar (dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses legais, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou a inexigibilidade)” e “vontade, incondicionada, que também deve abranger ação ou omissão (conduta), o resultado e o nexa causal”. Segue o autor: “O dolo, puramente psicológico, completa-se com a vontade e a consciência da ação, do

resultado tipificado como injusto e da relação de causalidade, sem qualquer outro elemento constitutivo”<sup>27</sup>.

Ainda, na visão de Bitencourt, o tipo do art. 89, *caput*, não exige qualquer elemento subjetivo especial, como determinados crimes, pois nesse não há “uma finalidade transcendente – um especial fim de agir –, como, por exemplo, para si ou para outrem (art. 157); com o fim de obter (art. 159); em proveito próprio ou alheio (art. 180) etc.”<sup>28</sup>.

Nesse sentido, o entendimento de Bitencourt é contrário ao de Justen Filho, conforme evidenciado a seguir:

O elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para concretizar o crime, então teria que admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a concretização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta.<sup>29</sup>

Resumindo, Justen Filho entende que a mera intenção de não realizar a licitação em casos em que há previsão expressa sobre tal necessidade não é suficiente para configuração do ato ilícito, sendo necessária a demonstração de vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao Erário<sup>30</sup>.

Referindo-se ao parágrafo único do art. 89, Justen Filho escreve que exige um elemento subjetivo específico e diferenciado; além do dolo, havendo o particular tomado parte na concretização da ilegalidade, deve-se buscar a intenção de se beneficiar da dispensa ou inexigibilidade da licitação<sup>31</sup>.

É enfatizado por Nucci que:

[...] o particular, ao fornecer bens ou serviços à Administração, sem ter tomado parte na ilegalidade cometida pelo servidor, que agiu por interesses escusos quaisquer, ainda que tenha lucro, não pode ser responsabilizado criminalmente. [...] Assim, no caso o servidor dispensa a licitação, mas o particular não tome parte em qualquer ato ilegal, que lhe diga respeito, ainda que se beneficie da contratação indevida, é incabível a punição.<sup>32</sup>

27 Idem, p. 161-162.

28 Idem, p. 164.

29 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 831.

30 Idem, p. 831.

31 Idem, p. 832.

32 NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Coleção leis penais e processuais comentadas.

23 COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal das licitações*. Comentários aos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 17.

24 Idem, p. 18.

25 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 159-160.

26 Idem, p. 160.

Pelo exposto, em relação ao elemento subjetivo do tipo penal em análise, percebe-se que, com exceção de Justen Filho, o entendimento dos demais doutrinadores citados, Baltazar Jr., Nucci, Costa Jr. e Bitencourt, está em descompasso com o novo entendimento vislumbrado pelos Tribunais Superiores, que passou a considerar que o tipo pressupõe, além do dolo genérico, o dolo específico de causar dano ao Erário e a caracterização do efetivo prejuízo, o que é ratificado pelos julgados que seguem.

Entendimento presente no Supremo Tribunal Federal, conforme ressaltado no voto do Ministro Dias Toffoli, em julgamento realizado no dia 29 de março de 2012:

[...]

4. Não restou, igualmente, demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida, por parte dos réus, a superar a necessidade de realização da licitação. *Presupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.*<sup>33</sup> (grifo meu)

Questão presente também nas decisões do Superior Tribunal de Justiça. Nos julgados que seguem, a Ministra Laurita Vaz manifesta-se acerca da recente mudança, enfatizando o novo entendimento:

1. *A jurisprudência desta Corte Superior passou a considerar indispensável a presença de dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo para a configuração do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 (leading case: APn 480/MG, Corte Especial, Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/o Ac. Min. Cesar Asfor Rocha, DJe de 15.06.2012).*<sup>34</sup> (grifo meu)

**HABEAS CORPUS – PROCESSUAL PENAL – DELITO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993 – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO – CRIME DO ART. 1º, INCISO II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 – INÉPCIA DA DENÚNCIA – ORDEM DE HABEAS CORPUS CONCEDIDA**

1. A controvérsia relativa à caracterização do delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 tem sido objeto de divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, orientando-se este Tribunal Superior, inicialmente, no sentido de que o ilícito em questão constituiria crime

de mera conduta, sendo dispensável, para a sua configuração, a existência do dolo específico de fraudar o erário ou do efeito prejuízo à Administração Pública. Precedentes.

2. Contudo, em recente julgado, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, ao analisar hipótese semelhante à dos autos, assentou que, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei de Licitações, é necessário demonstrar o dano causado ao erário, bem assim o dolo específico em produzir o resultado lesivo.<sup>35</sup> (grifo meu)

Vale destacar que Baltazar Jr., ao discorrer sobre o elemento subjetivo específico, além do dolo, apresenta três correntes, sendo que, para a segunda, “é exigido o fim específico de causar dano ao erário ou de beneficiar o particular contratado”, possibilidade que segundo o autor “não encontra respaldo no texto legal”. Enfatiza o autor que considera a primeira hipótese a acertada, na qual a consumação se dá pelo mero ato de dispensa ou inexigibilidade, não exigindo o prejuízo para a administração<sup>36</sup>.

Sobre a consumação, o posicionamento de Baltazar Jr. diverge do entendimento atual evidenciado nos Tribunais Superiores, os quais estão decidindo em conformidade com a segunda hipótese apresentada, ou seja, da necessidade do fim específico de causar dano ao Erário.

Aduz Costa Jr. que:

Perfaz-se o crime de dispensa da licitação no instante em que o agente público contratar obra ou serviço, adquirir ou locar imóvel sem promover a necessária licitação, fora dos casos previstos em lei, retroanalizados.

Aperfeiçoa-se a modalidade de inexigência de licitação quando o agente público não promovê-la, fora dos casos enumerados em lei. Tratando-se, como se trata, de delito omissivo, não se configura a tentativa.

[...]

Quanto ao parágrafo único, a infração se consuma com a vantagem da dispensa ou da inexigibilidade.<sup>37</sup>

Em relação ao concorrente particular e parágrafo único do art. 89, Freitas comenta a intenção do legislador, em seu entender, de restringir o alcance da norma no que tange ao concurso de pessoas, “exigindo além da prova da coautoria ou participação, seja ainda demonstrado que o concorrente auferiu vantagem, benefício consciente em celebrar o contrato com o Poder Público”<sup>38</sup>.

35 *Habeas Corpus* nº 190.782/BA, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, Julgado em 11.12.2012, Publicado em 17.12.2012.

36 BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 607.

37 COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal das licitações*. Comentários aos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 16-17.

38 FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 59-60.

7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2013. p. 469-470.

33 Inquérito nº 3077, T. P., Rel. Min. Dias Toffoli, Julgado em 29.03.2012, Publicado em 25.09.2012.

34 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 152.782/SP, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, Julgado em 07.02.2013, Publicado em 18.02.2013.

Justen Filho ressalta uma relação de dependência existente entre a consumação do parágrafo único e do *caput* do art. 89, versando sobre a impossibilidade do reconhecimento do crime do parágrafo único sem a consumação do crime previsto no *caput*<sup>39</sup>.

Em outras palavras, somente pode haver a tipificação da conduta do particular contratado sem licitação (art. 89, parágrafo único) se for reconhecido que um agente estatal cometeu o crime de dispensar ou inexistir indevidamente a licitação (art. 89, *caput*).<sup>40</sup>

Por outro lado, a situação inversa pode ocorrer, já que a configuração do crime do *caput* não implica, necessariamente, o reconhecimento do crime do parágrafo único. Em síntese, “[...] o crime do parágrafo único não é um mero acessório da consumação do crime do *caput* do art. 89”<sup>41</sup>.

Com relação às penas, observa França que “as sanções aos crimes licitatórios restringem-se à multa e à detenção, inexistindo previsão de penas alternativas, sequer para os crimes de menor potencial ofensivo”<sup>42</sup>.

#### ANÁLISE DE JULGADOS DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA E SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Inicialmente, dando ênfase às palavras de Greco Filho<sup>43</sup> em palestra realizada no Instituto Brasileiro de Ciências Criminais – IBCCrim sobre “Aspectos Criminais da Lei de Licitações”, observa-se a escassez da jurisprudência na área, sendo um trabalho para garimpeiros, o que é confirmado na prática, principalmente quando a consulta limita-se ao art. 89 da lei em questão.

A presente análise teve por base julgados selecionados dos últimos cinco anos – 2009 a 2013 –, sendo vinte e dois do Superior Tribunal de Justiça e quinze do Supremo Tribunal Federal.

A análise teve por objetivo identificar quando se deu a mudança de entendimento percebida no posicionamento atual dos Tribunais Superiores, uma vez que tal posicionamento não é mencionado pelos doutrinadores, nem nas obras mais recentes, editadas em 2012 e 2013.

#### Julgados do Superior Tribunal de Justiça – STJ

Os vinte e dois acórdãos analisados do STJ se distribuem em um agravo regimental no agravo de instrumento,

39 JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 833.

40 Idem, p. 833.

41 Idem, p. 833.

42 FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 174.

43 GRECO FILHO, Vicente; DAHER, Flávio Rodrigues Calil. 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais. Palestra “Aspectos Criminais da Lei de Licitações”. IBCCrim, 28 ago. 2012.

duas ações penais, três recursos especiais, quatro agravos regimentais no recurso especial e doze *habeas corpus*; destes, treze foram julgados pela 5ª Turma e sete pela 6ª Turma, sendo que as duas ações penais foram julgadas pela Corte Especial.

Destaca-se que, recentemente, a Corte Superior de Justiça “passou a considerar indispensável a presença de dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo para a configuração do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993”, entendimento firmado conforme ementa:

PROCESSUAL PENAL – PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO RECEBIDO COMO AGRAVO REGIMENTAL – LEI DE LICITAÇÕES – CRIME DE DISPENSA OU INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS – PRETENSÃO QUE DEMANDA ANÁLISE DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO – IMPOSSIBILIDADE – AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO

[...]

1. A jurisprudência desta Corte Superior passou a considerar indispensável a presença de dolo específico de causar dano ao erário e da caracterização do efetivo prejuízo para a configuração do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 (*leading case*: APn 480/MG, Corte Especial, Relª Min. Maria Thereza de Assis Moura, Rel. p/o Ac. Min. Cesar Asfor Rocha, Julgado em 29.03.2012, DJe 15.06.2012).

[...]

3. Decisão agravada que se mantém pelos seus próprios fundamentos.

4. Agravo regimental desprovido.<sup>44</sup>

Esse entendimento, pacificado com precedentes da Corte Especial (Ação Penal nº 480/MG) e do Supremo Tribunal Federal, vai em sentido oposto ao aplicado há anos pelo Superior Tribunal de Justiça, de que o crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações é de mera conduta, não se exigindo, portanto, a demonstração do efetivo prejuízo para a sua consumação.

Quando do julgamento da Ação Penal nº 480/MG, não houve unanimidade, sendo o voto da Relatora Maria Thereza de Assis Moura acompanhado pela Ministra Nancy Andrighi; os demais Ministros acompanharam o voto do Relator do acórdão, Ministro Cesar Asfor Rocha.

Dessa forma, a simples conduta de realizar a dispensa ou a inexigibilidade fora das hipóteses legais, por si só, não será suficiente para a configuração do crime tipificado no art. 89 da Lei de Licitações.

Nesse contexto, da lavra do Ministro Og Fernandes, no julgamento do *Habeas Corpus* nº 171.152 de 2010 colhe-se:

44 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 152.782/SP, 5ª Turma, Relª Min. Laurita Vaz, Julgado em 07.02.2013. Publicado em 18.02.2013.

*HABEAS CORPUS* – DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS – ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993 – COMPROVAÇÃO DE DOLO ESPECÍFICO OU PREJUÍZO À ADMINISTRAÇÃO – DESNECESSIDADE

[...]

Segundo iterativa jurisprudência desta Casa de Justiça, o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é de mera conduta, não havendo a exigência, para sua caracterização, da comprovação do dolo específico de fraudar o erário ou de causar prejuízo à Administração. Precedentes.<sup>45</sup>

Corroborando, e também no intuito de verificar na prática a aplicação do novo entendimento, vale a colação que segue:

*HABEAS CORPUS* – PROCESSUAL PENAL – DELITO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993 – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO – CRIME DO ART. 1º, INCISO II, DO DECRETO-LEI Nº 201/1967 – INÉPCIA DA DENÚNCIA – ORDEM DE *HABEAS CORPUS* CONCEDIDA

[...]

1. A controvérsia relativa à caracterização do delito do art. 89 da Lei nº 8.666/1993 tem sido objeto de divergência tanto na doutrina quanto na jurisprudência, orientando-se este Tribunal Superior, inicialmente, no sentido de que o ilícito em questão constituiria crime de mera conduta, sendo dispensável, para a sua configuração, a existência do dolo específico de fraudar o erário ou do efeito prejuízo à Administração Pública. Precedentes.

2. Contudo, em recente julgado, a Corte Especial deste Superior Tribunal de Justiça, ao analisar hipótese semelhante à dos autos, assentou que, para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei de Licitações, é necessário demonstrar o dano causado ao erário, bem assim o dolo específico em produzir o resultado lesivo. Precedentes.

[...]

5. Ordem de *habeas corpus* concedida para, reconhecendo a falta de justa causa, trancar a ação penal.<sup>46</sup>

*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO – 1. NÃO CABIMENTO – MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL – RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL – MEDIDA IMPRESCINDÍVEL À SUA OTIMIZAÇÃO – EFETIVA PROTEÇÃO AO DIREITO DE IR, VIR E FICAR – 2. ALTE-

RAÇÃO JURISPRUDENCIAL POSTERIOR À IMPETRAÇÃO DO PRESENTE *WRIT* – EXAME QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL – 3. PATROCÍNIO DE EVENTO ESPORTIVO – DISPENSA DE LICITAÇÃO – ART. 89, *CAPUT*, DA LEI Nº 8.666/1993 – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DO DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E DE EFETIVO DANO AO ERÁRIO – AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL – 4. ORDEM NÃO CONHECIDA – *HABEAS CORPUS* CONCEDIDO DE OFÍCIO

[...]

3. Para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é imprescindível a comprovação do dolo específico de fraudar a licitação, bem como de efetivo prejuízo ao Erário. Precedentes da Corte Especial e do Supremo Tribunal Federal.

[...]

6. Ordem não conhecida. *Habeas corpus* concedido de ofício para extinguir a ação penal movida contra o paciente, ante a patente falta de justa causa de prosseguir.<sup>47</sup>

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO ANTERIORMENTE À PUBLICAÇÃO DO ACÓRDÃO QUE REJEITOU OS EMBARGOS – INTEMPESTIVIDADE – NÃO OCORRÊNCIA – EMBARGOS OPOSTOS PELO CORRÉU – DESNECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO – SÚMULA Nº 418/STJ – AGRAVO PROVIDO PARA ADMITIR O RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO – RECURSOS ESPECIAIS – PENAL – DISPENSA DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS – ABSOLVIÇÃO EM PRIMEIRO GRAU – CONDENAÇÃO EM SEDE DE APELAÇÃO – OMISSÃO NO JULGADO QUANTO À NECESSIDADE DE LESÃO AO ERÁRIO PÚBLICO – NÃO OCORRÊNCIA – TESE DEVIDAMENTE ANALISADA EM CONSONÂNCIA COM ANTERIOR JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE – OFENSA AO ART. 619/CPP – NÃO OCORRÊNCIA – DISPENSA DE LICITAÇÃO – SITUAÇÃO EMERGENCIAL OU CALAMITOSA – NÃO CONFIGURAÇÃO – FALTA DE TEMPO HÁBIL PARA A CONCLUSÃO DO PROCEDIMENTO – DESÍDIA OU MÁ GESTÃO DOS ADMINISTRADORES QUE NÃO JUSTIFICA A DISPENSA DE LICITAÇÃO – DOLO GENÉRICO – CONFIGURAÇÃO – PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA – DOLO ESPECÍFICO DE FRAUDAR O ERÁRIO – VERIFICAÇÃO – INVIABILIDADE – NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA – ABSOLVIÇÃO – AGRAVO PROVIDO, COM PROVIMENTO DO RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO PELOS AGRAVANTES – RECURSO ESPECIAL DE WELLINGTON PARCIALMENTE PROVIDO

[...]

45 *Habeas Corpus* nº 171.152/SP, 6ª T., Rel. Min. Og Fernandes, Julgado em 21.09.2010, Publicado em 11.10.2010.

46 *Habeas Corpus* nº 190.782/BA, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, Julgado em 11.12.2012, Publicado em 17.12.2012.

47 *Habeas Corpus* nº 207.494/DF, 5ª T., Rel. Min. Marco Aurélio Bellize, Julgado em 09.10.2012, Publicado em 17.10.2012.

VII – A jurisprudência da Terceira Seção desta Corte que já foi orientada no sentido do acórdão recorrido, isto é, da desnecessidade de resultado naturalístico, como o efetivo prejuízo ao Erário, para a configuração do delito descrito no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

VIII – No entanto, a mais recente jurisprudência da Corte Especial deste Tribunal e do Supremo Tribunal Federal encontra-se agora orientada no sentido de que para a configuração do delito em questão é necessário, além do dolo genérico, um especial fim de agir, qual seja, o prejuízo ao Erário.

IX – Caso em que os acusados dispensaram a licitação sob o pretexto de se tratar de situação emergencial ou calamitosa, nos termos do art. 24, IV, da Lei nº 8.666/1993.

X – A desídia, má gestão, inércia ou a falta de planejamento não se inserem no conceito de situação emergencial ou calamitosa a justificar uma contratação direta por dispensa de licitação.

XI – Caso em que restou verificado que os recorrentes agiram com “vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação”, isto é, o dolo direto consubstanciado na “vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório”, eis que, como consequência de sua imprevidência administrativa, acabaram por dispensar a licitação, diante da falta de tempo hábil para a conclusão do procedimento, ao fundamento de que se tratava de situação emergencial ou calamitosa.

X – Nos termos do mais recente precedente do Supremo Tribunal Federal, não restou demonstrada, no entanto, a “intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação”, e essa verificação demandaria numa análise do contexto fático e probatório dos autos, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o teor da Súmula nº 7 desta Corte.

XII – Diante da impossibilidade de se verificar o dolo específico na conduta dos acusados, agora necessário para a configuração do delito, deve ser cassado o acórdão condenatório e restabelecida a sentença absoluta.

[...] <sup>48</sup>

Percebe-se, na jurisprudência citada, que o posicionamento é alinhado ao novo entendimento, enquanto que, na jurisprudência que segue, a manifestação se dá na linha de crime de mera conduta:

AGRAVOS REGIMENTAIS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECURSO DE LUIZ CARLOS: APLICAÇÃO DA SÚMULA Nº 182 DESTA CORTE – JOSÉ AMÉRICO: ALEGADO ERRO MATERIAL NA CONTAGEM DO PRAZO PARA INTERPOSIÇÃO DO ARESP – NÃO OCOR-

RÊNCIA – PREQUESTIONAMENTO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS – IMPOSSIBILIDADE – HELDER RODRIGUES: ALEGADA OFENSA AO ART. 619 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL – OMISSÕES NÃO CONFIGURADAS – ARGUIDA COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL – ARGUMENTAÇÃO RECURSAL DEFICIENTE – INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 284 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – AUSÊNCIA DE SIMILITUDE FÁTICA ENTRE OS ARESTOS RECORRIDO E PARADIGMA APTA A CARACTERIZAR O DISSÍDIO PRETORIANO – TIPO PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993 – DELITO DE MERA CONDUTA – FIXAÇÃO DA PENA-BASE ACIMA DO MÍNIMO LEGAL – MOTIVAÇÃO SUFICIENTE – AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO POR LUIZ CARLOS NÃO CONHECIDO E, OS DEMAIS RECURSOS, DESPROVIDOS

[...]

De acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, o delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as formalidades pertinentes à dispensa.<sup>49</sup>

Observa-se, nos acórdãos que seguem, que ambos foram julgados em 22.05.2012; não obstante, o entendimento da Ministra Laurita diverge do entendimento do Ministro Sebastião:

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL – RECURSO DE ANTÔNIO NADIR BIGATI: RAZÕES ENVIADAS VIA FAC-SÍMILE – CONTAGEM DO PRAZO PARA APRESENTAÇÃO DOS ORIGINAIS – PRAZO CONTÍNUO – INOBSERVÂNCIA DO DISPOSTO NO ART. 2º DA LEI Nº 9.800/1999 – INTEMPERIDADE – ATO DA CORREGEDORIA GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO QUE ALTERA O PRAZO RECURSAL – ÔNUS DO AGRAVANTE – RECURSO NÃO CONHECIDO – AGRAVO DE ANTONIO MEDITREZORO: INCIDÊNCIA DOS VERBETES SUMULARES NºS 7 E 83 DESTA CORTE – RECURSO DESPROVIDO

[...]

4. A decisão recorrida encontra-se de acordo com a jurisprudência deste Tribunal Superior, que firmou entendimento de que o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 é de mera conduta, no qual não se exige dolo específico de fraudar o erário ou causar efetivo prejuízo à Administração Pública, bastando, para sua configuração, que o agente dispense licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixe de observar as for-

48 Recurso Especial nº 1315077/DF, 5ª T., Rel. Min. Gilson Dipp, Julgado em 28.08.2012, Publicado em 05.09.2012.

49 Agravo Regimental no Recurso Especial nº 92.923/RS, 5ª T., Relª Min. Laurita Vaz, Julgado em 02.08.2012, Publicado em 13.08.2012.

malidades pertinentes à dispensa. Aplicação da *Súmula nº 83 desta Corte*.<sup>50</sup> (grifo nosso)

**HABEAS CORPUS – CRIMES DE LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 92 DA LEI Nº 8.666/1993) – PRETENSÃO DE TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – ATIPICIDADE DAS CONDUTAS – EXCEPCIONALIDADE – (I) ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993 – DOLO ESPECÍFICO DE LESIONAR OS COFRES PÚBLICOS E EXISTÊNCIA DE DANO AO ERÁRIO – DEMONSTRAÇÃO – AUSÊNCIA – (II) ART. 92 DA LEI Nº 8.666/1993 – ATIPICIDADE – DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DIRETO (CONSCIÊNCIA E VONTADE) – INDISPENSÁVEL À CONFIGURAÇÃO DO CRIME – INEXISTÊNCIA**

[...]

2. Conforme entendimento *recentemente pacificado nesta Corte Superior de Justiça*, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, devem ficar demonstradas a intenção dos agentes em lesionar os cofres públicos e a *existência de dano ao Erário* (APn 480/MG, Relator p/o Acórdão Ministro Cesar Asfor Rocha, julgado em 29.03.2012).<sup>51</sup> (grifo nosso)

Percebe-se que, no primeiro, a Súmula nº 83<sup>52</sup> do Superior Tribunal de Justiça foi invocada indevidamente, pois a orientação deste não se firmava mais nesse sentido, com novo entendimento pacificado através do julgamento da APn 480/MG em 29.03.2012.

Tal divergência evidencia o marco do período de transição, já que, dos acórdãos julgados em datas anteriores, apenas um traz o novo entendimento; nos demais, o voto dos Ministros segue o entendimento do Ministro Jorge Mussi, com pequenas variações:

**HABEAS CORPUS – DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO – ART. 89 DA LEI Nº 8.666/1993 – COMPETÊNCIA – OBJETO TUTELADO – INTERESSES, BENS OU SERVIÇOS DA UNIÃO – JUSTIÇA FEDERAL – ART. 109, IV, DA CF – CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO – [...] ATIPICIDADE DA CONDUTA – AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO ERÁRIO – CRIME FORMAL OU DE CONSUMAÇÃO ANTECIPADA QUE NÃO DEMANDA RESULTADO NATURALÍSTICO – EIVA NÃO EVIDENCIADA – ORDEM DENEGADA**

1. O delito denunciado (art. 89 da Lei nº 8.666/1993) se perfaz com a simples conduta de afastar a regra – realização de procedimento licitatório – fora das hipóteses legais ou sem observar as regras estabelecidas para dispensá-lo ou inexigi-lo, não se demandando, para sua configuração, efetivo prejuízo ao Erário.

50 Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 141.099/PR, 5ª Turma, Relª Min. Laurita Vaz, Julgado em 22.05.2012, Publicado em 05.06.2012.

51 *Habeas Corpus* nº 202.937/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior, Julgado em 22.05.2012, Publicado em 17.09.2012.

52 Súmula nº 83 do STJ: “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida”.

2. “O tipo penal descrito no art. 89 da Lei de Licitações busca proteger uma série variada de bens jurídicos além do patrimônio público, tais como a moralidade administrativa, a legalidade, a impessoalidade e, também, o respeito ao direito subjetivo dos licitantes ao procedimento formal previsto em lei” (REsp 1.073.676/MG).

3. O art. 89 da Lei nº 8.666/1993, portanto, cuida de crime de consumação antecipada, cuja natureza afasta o resultado naturalístico para sua configuração.

4. Ordem denegada.<sup>53</sup>

Em suma, dos vinte e dois acórdãos, a questão mais relevante consiste na configuração do ilícito pela mera conduta, ou seja, na desnecessidade de resultado naturalístico, ou da existência do dolo específico, além do genérico, demonstrando real dano causado ao Erário ou em produzir o resultado lesivo.

### Julgados do Supremo Tribunal Federal – STF

A composição atual do STF é de dez membros, o Presidente mais nove Ministros, que compõem a 1ª e 2ª Turmas. Com exceção dos julgamentos realizados pelo Tribunal Pleno, que conta com a participação do Presidente, Ministro Joaquim Barbosa, configurando a participação de 100% de seus membros, os demais julgamentos realizados pela 1ª e 2ª Turmas contam apenas com a presença dos membros que as compõem, ou seja, de regra, nove dos dez Ministros julgam matéria penal, independentemente do crime.

Das dezesseis ementas selecionadas, constata-se que oito foram julgadas pelas Turmas (cinco *habeas corpus*, um recurso ordinário em *habeas corpus*, um agravo de instrumento e um agravo em recurso extraordinário) e oito pelo Tribunal Pleno (seis inquéritos policiais e duas ações penais).

A questão do dolo simples e a intenção de produzir prejuízo aos cofres públicos estão presentes na decisão da Ação Penal nº 527, julgada improcedente:

[...] 2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. 3. O simples fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado, hipótese em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva.<sup>54</sup>

53 *Habeas Corpus* nº 139.946/PR, 5ª Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, Julgado em 08.11.2011, Publicado em 17.11.2011.

54 Ação Penal nº 527, Tribunal Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli, Julgado em 16.12.2010, Publicado em 04.04.2011.

Ratifica-se o entendimento desta Corte, que, conforme já referido quando da análise dos julgados do STJ, passou a considerar, além do dolo geral de dispensar ou inexigir fora das hipóteses legais, o dolo específico, ou seja, a intenção de causar dano ao Erário e da caracterização do real prejuízo para a configuração do delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993.

Desta forma, a classificação do crime tipificado no art. 89, *caput*, passou de crime formal para crime material.

Identificação dos julgados selecionados para análise

#### Superior Tribunal de Justiça

Ação Penal: 480/MG e 558/PR;

Agravo Regimental no Agravo: 1354330/MG;

Agravo Regimental no Agravo de Recurso Especial: 152.782/SP, 92.923/RS, 141.099/PR e 1084961/RS;

*Habeas Corpus*: 190.782/BA, 207.494/DF, 174.787/DF, 204.285/PE, 133.367/SE, 164.172/MA, 202.937/SP, 218.767/PA, 139.946/PR, 84.579/PI, 105.074/SP e 171.152/SP;

Recurso Especial: 1315077/DF, 1244666/RS e 1133875/RO.

#### Supremo Tribunal Federal

Agravo Regimental no Agravo de Instrumento: 752181;

Ação Penal: 527;

Agravo Regimental na Ação Penal: 493;

Embargos Declaratórios no Recurso Extraordinário: 681329;

*Habeas Corpus*: 112907, 109093, 104017, 107263 e 103725;

Inquérito: 3077, 3108, 2482, 2527, 3016 e 2677;

Recurso em *Habeas Corpus*: 113277.

## CONCLUSÕES

Resta evidenciada a importância do tema, tendo em vista que o desvio do dinheiro público afeta todas as esferas da sociedade, o que justifica ser o certame licitatório a regra das contratações da Administração Pública.

Assim, no intuito de evitar afronta aos preceitos constitucionais, a licitação deve mostrar-se desnecessária para que seja dispensada, ou impossível para que seja inexigível, pois, de outra forma, será inconstitucional.

Ressalta-se haver uma real preocupação com os princípios constitucionais – legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência –, em conformidade com o que preceitua o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal.

Pelo presente estudo se concluiu que o novo entendimento adotado nos Tribunais Superiores, inicialmente pelo Supremo Tribunal Federal, em 2011, e a partir de março 2012 pelo Superior Tribunal de Justiça, é de exigir, além da intenção do agente de fraudar o Erário, a comprovação do efetivo prejuízo.

O entendimento anterior se dava no sentido de ser irrelevante a existência de prejuízo ao Erário, bastando a realização de um dos verbos nucleares do tipo, *dispensar* ou *inexigir*, para a sua configuração.

O delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993 possui como elementar típica, para o Superior Tribunal de Justiça e Supremo Tribunal Federal, a produção de resultado danoso ao Erário; assim, na inexistência deste não há de se falar em perfectibilização de tal ilícito penal, o que parece mais coerente com um Estado Democrático de Direito.

Por tal mudança, o crime que antes era formal, agora é material, ou seja, a intenção do agente por si só não basta, há a necessidade de um resultado danoso para a configuração do delito.

Outrossim, ao analisar a conduta daquele que se beneficia da ilegalidade cometida pelo *intraneus*, com a qual tenha concorrido, incriminada pelo parágrafo único do aludido dispositivo, não se verifica mudança no entendimento dos referidos Tribunais.

## REFERÊNCIAS

- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. *Direito penal das licitações*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. Legislação Complementar. Saraiva 3 em 1. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- COSTA JR., Paulo José da. *Direito penal das licitações*. Comentários aos artigos 89 a 99 da Lei nº 8.666, de 21.06.1993. São Paulo: Saraiva, 1994.
- DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 1998.
- FRANÇA, Maria Adelaide de Campos. *Comentários à lei de licitações e contratos da administração pública*. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2004.
- FREITAS, André Guilherme Tavares de. *Crimes na lei de licitações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- GRECO FILHO, Vicente; DAHER, Flávio Rodrigues Calil. 18º Seminário Internacional de Ciências Criminais. Palestra “Aspectos Criminais da Lei de Licitações”. IBCCrim, 28 ago. 2012.
- JUSTEN FILHO, Marçal. *Comentários à lei de licitações e contratos administrativos*. 12. ed. São Paulo: Dialética, 2008.
- LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Leis penais e processuais penais comentadas*. Coleção leis penais e processuais comentadas. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 1, 2013.

## Jurisprudência Comentada

3

33099

**Impossibilidade de Reajuste por Mudança de Faixa Etária de Consumidor Idoso em Contrato de Plano de Saúde: Comentários ao Acórdão Proferido no Julgamento da Apelação Cível nº 0010305-93.2012.8.26.0011 do TJSP**

CRISTIANO HEINECK SCHMITT

*Doutor e Mestre em Direito pela UFRGS, Pós-Graduado pela Escola da Magistratura do Rio Grande do Sul – Ajuris, Advogado, Professor da PUCRS e de Curso de Pós-Graduação.*

SUMÁRIO: 1 Acórdão; 2 Comentários; Referências.

## 1 ACÓRDÃO

Tribunal de Justiça de São Paulo

4ª Câmara de Direito Privado

Apelação Cível nº0010305-93.2012.8.26.0011

Apelante: Sul América Companhia de Seguro Saúde S/A

Apelado: Sebastião Cuel

Relator: Des. Milton Paulo de Carvalho Filho

Julgado em 16.05.2013, DJ 17.05.2013

EMENTA: PLANO DE SAÚDE – Ação declaratória para anulação de cláusula contratual cumulada com pedido de devolução de parcelas pagas. Discriminação etária vedada pelo Estatuto do Idoso. O prazo prescricional para a hipótese é decenal (CC, art. 205). Abusividade caracterizada. Vedação ao reajuste com fundamento etário para o idoso. Ofensa à Lei nº 10.741/2003, aplicável mesmo aos contratos de tratos sucessivos firmados antes de sua edição. Aplicação da Súmula nº 91 deste egrégio Tribunal. Devolução dos valores pagos a partir da citação da ré, momento em que se questionou a validade das disposições da avença e se instituiu o indébito. Sucumbência mantida. Recurso parcialmente provido.

ACÓRDÃO: Vistos, relatados e discutidos estes autos do Apelação nº 0010305-93.2012.8.26.0011, da Comarca de São Paulo, em que é apelante Sul América Seguro Saúde S/A, é apelado Sebastião Cuel, acordam, em 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: “Deram provimento em parte ao recurso. V.u.”, de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão. O julgamento teve a participação dos Exmo. Desembargadores Maia da Cunha (Presidente sem voto), Fábio Quadros e Natan Zelinschi de Arruda. São Paulo, 16 de maio de 2013.

RELATÓRIO: Inconformada, apela a ré, alegando preliminar de prescrição da pretensão dos autores, visto que à hipótese aplicar-se-ia o disposto no art. 206, § 1º, inciso II, alínea b, do Código Civil. No mérito, aduz, em síntese, a ausência de abusividade nos aumentos sucessivos do valor do

prêmio do seguro e dos reajustes que a ele se aplicam, pois estavam contratualmente previstos, inexistência de afronta a qualquer dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e a inaplicabilidade da Lei nº 9.656/1998 e do Estatuto do Idoso à relação entre as partes, posto que firmada antes de suas edições. Quanto à restituição dos valores pagos, alega que não foram feitas cobranças indevidas e que por isso não há que se falar em reembolso de quantias pagas a maior (fls. 174/196). Houve resposta (fls. 200/202). É o relatório.

VOTO: O recurso é de ser parcialmente provido. Inicialmente, cabe afastar a preliminar de prescrição alegada pela apelante em suas razões de recurso. O presente caso não se subsume ao descrito no inciso II do § 1º do art. 206 do Código Civil (prazo anual). Por outro lado, impõe-se a aplicação de prazo prescricional decenal, tendo em vista as peculiaridades próprias dos contratos de plano de saúde, consoante remansoso entendimento jurisprudencial: *PLANO DE SAÚDE – Prêmio mensal Idoso. Reajuste por mudança de faixa etária. Ação voltada a questionar a legalidade. Reajuste previsto no contrato. Usuário que completa 60 anos de idade após a entrada em vigor do Estatuto do Idoso. Sentença de improcedência. Inocorrência de prescrição. Aplicação do art. 205 do Código Civil. Contrato não adaptado aos preceitos da Lei nº 9.656/1998. Irrelevância. Aplicação das normas de natureza pública e cogente do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), ainda que o usuário tenha completado os 60 anos de idade após sua entrada em vigor. Súmula nº 91 deste Tribunal de Justiça. Obrigação de trato sucessivo. Abusividade reconhecida do reajuste por mudança de faixa etária. Devolução das quantias pagas a maior. Ação que se julga parcialmente procedente. Apelação provida em parte (TJSP, Apelação nº 0026593, 73.2011.8.26.0554, 4ª CDPriv., Rel. Carlos Henrique Miguel Trevisan, J. 31.05.2012) (realce e grifos não originais). No mesmo sentido: *TJSP, Apelação nº 00142773, 50.2009.8.26.0011, 3ª CDPriv., Rel. Donegá Morandini, J. 15.03.2011; TJSP, Apelação nº 00464092, 73.2010.8.26.0011, 6ª CDPriv., Rel. Sebastião Carlos Garcia, J.03.02.2011; TJSP, Apelação nº 0229183, 14.2009.8.26.0100, 4ª CDPriv., Rel. Des. Teixeira Leite, J. 07.07.2011. Superada a preliminar, passa-se à análise do mérito. Os contratos de plano de saúde são classificados pela doutrina como de trato sucessivo (ou de execução diferida no futuro), que se renovam periodicamente a cada contraprestação. No caso concreto, embora tenha sido avençado anteriormente à vigência do Estatuto do Idoso e da Lei nº 9.656/1998, os referidos diplomas deverão ser aplicados às renovações automáticas do contrato. Assim, as cláusulas contratuais que previam majoração da mensalidade para beneficiários idosos em razão da idade produziram efeitos até o momento anterior à vigência da Lei nº 10.741/2003. Após o advento do diploma, essas disposições tornaram-se abusivas, por afrontarem expressa disposição legal, de ordem pública e cogente, o que torna insubsistente a alegação de violação a ato jurídico perfeito. É, portanto, forçoso reconhecer que, a partir da promulgação da Lei nº 10.741/2003, tornaram-se nulas as cláusulas contratuais que prevejam reajuste no valor do prêmio do plano de saúde para beneficiários idosos, com fundamento em sua idade. Os índices de reajuste do valor da contraprestação do contrato firmado entre as partes deverão limitar-se quantitativa-**



vamente e periodicamente aos padrões fixados pela ANS. Sobre a aplicabilidade do Estatuto do Idoso é válido conferir: *Civil e processo civil. Plano de saúde. Reajuste de mensalidades em razão exclusivamente de mudança da faixa etária do segurado-idoso. Vedação. Cláusula abusiva e, portanto, nula. O interesse social que subjaz do Estatuto do Idoso exige sua incidência aos contratos de trato sucessivo, assim considerados os planos de saúde, ainda que firmados anteriormente à vigência do Estatuto Protetivo. Jurisprudência dominante no STJ. Redução dos honorários advocatícios. Possibilidade. Recurso parcialmente provido* (Apelação nº 0001444-55.2010, 7ª CDPriv., Rel. Des. Luiz Antonio Costa, J. 30.11.2011) (realce não original). Esse é também o entendimento da doutrina, encontrado na lição de Francisco Eduardo Loureiro ao tratar dos planos de seguro de saúde: *O requisito da parceria contratual pelo prazo de dez anos foi revogado pela superveniência do Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que em seu art. 15, § 3º, assim dispõe: “É vedada a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade”. Em resumo, hoje não mais há possibilidade de variação do preço após os 60 anos, independentemente do tempo do contrato (Responsabilidade civil na área de saúde, Regina Beatriz Tavares da Silva (Coord.), Ed. Saraiva, 2007, p. 316) (realce e grifo não originais). Sobre a abusividade tratada, fundamenta o ilustre Desembargador Enio Zuliani, integrante desta colenda Câmara, que não caberia aplicar o reajuste de mudança de faixa etária para consumidores que festejam mais de sessenta anos, como é o caso dos autos, porque esse redimensionamento econômico dos contratos de plano de saúde asfixiam as chances de conservação do negócio e comprometem o estatuto geral editado para proteção dos idosos [Lei nº 10.741, de 01.10.2003]* (Apelação nº 0011036-60.2010, 4ª CDPriv., Rel. Des. Enio Zuliani, J. 21.07.2011). Este egrégio Tribunal também já cristalizou o entendimento segundo o qual, *ainda que a avença tenha sido firmada antes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária* (Súmula nº 91). Nesse sentido: *ASSISTÊNCIA MÉDICA – Contrato de seguro saúde. Reajuste por faixa etária. Ocorrência de abusividade nesses reajustes. Aplicabilidade, no caso em foco, das normas das Leis nºs 9.656/1998 e 10.741/2003. Cláusula contratual abusiva. Devolução das quantias pagas de forma simples. Recurso da seguradora provido em parte* (TJSP, Apelação nº 0041706-51.2009, 4ª CDPriv., Rel. Teixeira Leite, J. 24.11.2011). *Plano de saúde. Aumento na mensalidade por mudança de faixa etária. Apelante que completou 60 anos. Inadmissibilidade. Ilegalidade e abusividade no reajuste da mensalidade, em razão da idade do beneficiário com mais de 60 anos. Aplicação do Estatuto do Idoso, do CDC e da Lei nº 9.656/1998, sem ofensa ao ato jurídico perfeito. Inteligência da Súmula nº 91 do TJSP. Sentença reformada. Recurso provido* (TJSP, Apelação nº 0013819, 75.2011.8.26.0565, 2ª CDPriv., Rel. José Joaquim dos Santos, J. 03.04.2012). Quanto aos valores a serem restituídos, ressalte-se que somente deverão ser devolvidos ao autor aqueles pagos a maior a partir da citação da ré, pois somente com a formação da relação jurídica processual triangular, integrada pelos litigantes e pelo Estado-juiz, as cláusulas contratuais

reputadas abusivas foram questionadas. Até o pedido de desconstituição desta parte do negócio jurídico entabulado entre as partes, o contrato reputava-se válido, sem que se pudesse falar de indébito de suas prestações, sendo impossível, portanto, cogitar de sua repetição. Neste sentido é o entendimento mais recente desta colenda Câmara: *Isto porque, na hipótese, a devolução de forma simples deve ocorrer somente dos pagamentos dos prêmios realizados depois da citação da Sul América, já que antes disso o autor não reclamou da cobrança e continuou usufruindo os benefícios. A partir da data em que houve oficialmente queixa sobre a ilegalidade dos reajustes é que se poderá cogitar de devolução das quantias pagas, porque antes não havia indébito os prêmios são pagos para efeito de obtenção de benefícios contratuais respectivos e era polêmica a questão, somente agora pacificada pela jurisprudência do STJ que reconheceu a predominância do Estatuto do Idoso* (Apelação nº 0002630, 79.2012.8.26.0011, 4ª CDPriv., Rel. Enio Zuliani, J. 16.08.2012). *O apelo fica acolhido apenas no tocante ao momento a partir do qual a restituição das quantias cobradas indevidamente deve ocorrer. A citação constituiu a ré em mora, motivo pelo qual é que a partir dela devem ser devolvidas as importâncias pagas a maior. Desse modo, como a ação foi proposta em janeiro de 2012 e a partir de fevereiro do mesmo ano a autora teve autorização para pagar a mensalidade sem os reajustes, não há que se falar em devolução de valores anteriormente pagos* (Apelação nº 0001515- 23.2012.8.26.0011, 4ª CDPriv., Rel. Carlos Trevisan, J. 30.08.2012). *Plano de saúde. Contrato antigo. Nulidade de cláusula abusiva. Reajuste anual e por faixa etária. Aplicação do Estatuto do Idoso para contrato firmado anteriormente à sua vigência. Sentença improcedente. Proibição de reajustes na mudança de faixa etária. Cláusula obscura. Adoção dos índices da ANS. Repetição, referente às parcelas vencidas a partir da citação. Valores pagos a maior que deverão ser devolvidos, de forma simples, com atualização. Recurso provido em parte* (Apelação nº 0002568, 60.2011.8.26.0565, 4ª CDPriv., Rel. Fábio Quadros, J. 16.08.2012) (realces não originais). Ante o exposto, de rigor reconhecer a abusividade no aumento das mensalidades, decorrente da discriminação em razão da idade do autor, que importou cobrança de valores diferenciados, para determinar a devolução dos valores pagos em excesso a partir da citação da apelante na presente ação. A distribuição dos ônus da sucumbência deve permanecer inalterada, posto que o apelado decaiu apenas de pequena parte de seu pedido. Por tais fundamentos, dá-se parcial provimento ao recurso.

## 2 COMENTÁRIOS

A origem da lide repousa na ação judicial promovida pelo consumidor Sebastião Cuel contra Sul América Seguros Saúde S.A., sustentando que, quando do ingresso do pleito, possuía 61 anos de idade, sendo segurado da fornecedora desde 14.02.1980. Após ter completado 60 anos, o contrato do autor, de seguro-saúde, sofreu um reajuste por mudança de faixa etária, o que elevou a mensalidade do mesmo. Nesse sentido, em março de 2011, a prestação do autor era de R\$ 1.015,34, tendo sido elevada para R\$ 1.486,52 em abril/2011, praticamente cinquenta por cento de aumento.

Diante desse cenário, o autor reputa que o reajuste praticado se mostra abusivo e ilegal.

Com supedâneo no Código de Defesa do Consumidor e no Estatuto do Idoso, o autor requereu o reconhecimento da ilegalidade da cláusula permissiva do reajuste aplicado, de forma que voltasse a ser cobrado o montante de R\$ 1.015,34, cifra essa anterior a abril de 2011. Também restou postulado pelo autor que fosse condenada a seguradora a devolver-lhe os valores cobrados indevidamente após o reajuste impugnado, montante esse a ser acrescido de atualização monetária e de juros legais.

Em primeira instância, foi julgada procedente a demanda, declarando-se a nulidade do aumento por mudança de faixa etária a partir dos 60 anos do autor, e que restou imposto, vedando-se novos reajustes por esse motivo, mantidos apenas os anuais periódicos previstos em contrato e autorizados pela ANS – Agência Nacional de Saúde Complementar. Além disso, restou a seguradora condenada a restituir ao autor “os valores pagos a maior a partir de abril de 2011, corrigidos monetariamente desde cada pagamento e acrescidos de juros de mora de 1% ao mês desde a citação”.

Inconformada, a Sul América interpôs recurso de apelação. Para melhor análise do julgado proveniente da 4ª Câmara de Direito Privado do Tribunal de Justiça de São Paulo, passamos a dividir nossa análise em três fatores principais versados no acórdão em comento: prescrição da pretensão do autor, afronta ou não a dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e inaplicabilidade da Lei nº 9.656/1998 e do Estatuto do Idoso ao contrato do autor e restituição dos valores pagos a maior em decorrência do reajuste por mudança de faixa etária.

#### a) Sobre a prescrição da pretensão do autor

Salienta a seguradora que o direito do consumidor de reivindicar a revisão do contrato acerca da eventual abusividade da cláusula de reajuste de mudança de fixa etária após o atingimento dos sessenta anos de idade estaria prescrita, tendo-se em vista o art. 206, § 1º, inciso II, do Código Civil. Esse dispositivo prevê o lapso temporal de um ano para ajuizar-se “a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuência do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão”.

Há que se registrar que o caso analisado não representa reivindicação do consumidor acerca de valores a receber em caso de sinistro verificado sobre bem segurado, mais sim de decretação de nulidade de cláusula que reputa abusiva, por importar em reajuste ilegal do preço da mensalidade, bem como de pretensão à restituição de valores pagos a maior. Tal cenário sequer se enquadra na ideia de vício do serviço ou defeito do serviço, que, à luz dos arts. 26 e 27 do CDC, estariam cingidos a prazos de vão de trinta a noventa dias, ou até cinco anos. Na situação enfocada, não havendo prazo determinado pela lei acerca de ação revisional de

contrato de seguro-saúde, correta a aplicação do art. 205 do Diploma Civil, atuando como cláusula geral, permitindo-se a discussão no prazo de até dez anos a contar da prática que se reputa abusiva.

#### b) Sobre a alegação de inexistência de afronta a dispositivo do Código de Defesa do Consumidor e a inaplicabilidade da Lei nº 9.656/1998 e do Estatuto do Idoso à relação havida entre as partes

No recurso de apelação, sustenta a seguradora não ter violado nenhuma disposição do diploma consumerista, sendo que ao contrato entabulado entre as partes não incide a Lei nº 9.656/1998, que regulamenta os contratos de assistência privada à saúde, tampouco o Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003. Assim, de acordo com a tese da seguradora, o reajuste lançado sobre o autor da ação, a título de mudança de faixa etária, é correto e legítimo.

Na interpretação do tipo negocial abordado, há que ser registrada a natureza de contrato de trato sucessivo, uma vez que o vínculo formado protraí-se no tempo. Durante o período de existência do vínculo entre as partes, o usuário dos serviços da seguradora continuará usufruindo desses por tempo indeterminado, desde que continue adimplindo normalmente suas prestações que remuneram essas atividades.

Diante da relevância que é apresentada por esse tipo negocial, isto é, a contratação de serviços voltados à preservação da saúde do consumidor e, ser for o caso, também a de seus familiares vinculados ao mesmo plano, o legislador pátrio se convenceu de que era necessário blindar este modelo contratual contra qualquer situação de rescisão unilateral por parte do fornecedor. Como aduz o inciso II do parágrafo único do art. 13 da Lei nº 9.656/1998, somente é permitido o desfazimento do acordo diante de inadimplência informada previamente ao consumidor ou de fraude praticada por esse. Esse mesmo art. 13 ressalta que o contrato de plano de saúde terá renovação automática a partir do vencimento do prazo inicial de vigência. Assim, em princípio, o vínculo com a seguradora ou operadora do plano de saúde estende-se de acordo com vontade do usuário.

Sobre os contratos cativos de longa duração, característica também presente na configuração do contrato de plano de saúde, é usual sua celebração por meio de condições gerais ou mediante instrumentos de adesão<sup>1</sup>. Nesse sentido, ensina Claudia Lima Marques: “A catividade há de ser entendida no contexto do mundo atual, de indução ao consumo de bens materiais e imateriais, de publicidade massiva e métodos agressivos de *marketing*, de graves e renovados riscos na vida em sociedade, e de grande insegurança quanto ao futuro”. A autora trabalha a dependência, no caso, como sinônimo da catividade, pois os contratos cativos envolvem serviços cuja finalidade é preservar o *status* do consumidor e de sua família, bem como os atributos da segurança, concessão

<sup>1</sup> Por se tratarem de instrumento pré-confeccionados pelo fornecedor, esses modelos restringem a liberdade negocial dos consumidores, que devem se conformar com as regras às quais devem aderir, e que não forma objeto de tratativas anteriores.

de crédito, moradia, saúde e educação qualificada<sup>2</sup>. Nesses tipos negociais, a prestação protraí-se no tempo, envolvendo serviços contínuos e geralmente prestados por fornecedores indiretos (terceiros), sem exprimir que as obrigações, nesses casos, sejam divisíveis no tempo, sendo estruturas que se fundam na confiança, no convívio reiterado, na manutenção do potencial econômico e na qualidade dos serviços, pois trazem implícita a expectativa de mudanças das condições sociais, econômicas e legais na sociedade nestes vários anos de relação contratual. Como assegura a jurista, “a satisfação da finalidade perseguida pelo consumidor (por exemplo, futura assistência médica para si e sua família) depende da continuação da relação jurídica fonte de obrigações. A capacidade de adaptação, de cooperação entre contratantes, de continuação da relação contratual é aqui essencial, básica”<sup>3</sup>.

Assim, sendo um contrato de execução diferida no tempo, o mesmo deve estar ajustado à legislação de regência que sucede a sua pactuação, em especial, em se tratando de normas cogentes e de proteção a interesse público e social, como é o caso do diploma consumerista, da Lei nº 9.656/1998 e do Estatuto do Idoso.

Quanto à defesa do consumidor, essa trata-se de garantia fundamental, assim prevista no art. 5º, inciso XXXII, da Constituição Federal, impondo sua observação tanto pelo Estado, que deverá promovê-la, bem como pelo mercado, isto é, pelos fornecedores em geral, que deverão abster-se da prática de atos abusivos contra os consumidores. No mesmo sentido, a proteção do idoso deflui de comando constitucional prescrito no art. 230 da Carta Maior, sendo que o seu valor se traduz também em direito fundamental, embora deslocado do rol do art. 5º referido, mas com a mesma força e hierarquia. Assim, o Estatuto do Idoso também possui sua cogência confirmada por estar concretizando e consolidando um direito fundamental de proteção do hipervulnerável que é a pessoa idosa.

Quando se trata de invocarem-se direitos consubstanciados na Lei nº 9.656/1998, cuja vigência plena dá-se somente a partir de 2 de janeiro de 1999, o argumento contra esta interpretação, normalmente levantado pelas administradoras de contratos de planos de saúde, ou seguradoras, envolve a possibilidade de infração à Constituição Federal de 1988, especificamente no que tange ao inciso XXXVI do *caput* do art. 5º. Referido dispositivo prevê, como garantia fundamental a proteção do ato jurídico perfeito, o que, sob a ótica dos fornecedores de planos de saúde estaria sendo violado pela aplicação de dispositivos da Lei nº 965/1998 a contratos celebrados anteriormente à sua vigência.

Embora o contrato de seguro-saúde do autor tenha sido ajustado em 1980, não há como se cogitar não deva o mesmo ser adaptado ao CDC, ao Estatuto do Idoso e à Lei nº 9.656/1998. Cabe registrar que, a todo ano, o contrato sofre um reajuste, de forma que possa fazer frente aos eventuais custos que a assistência ao consumidor possa gerar. No

2 MARQUES, Claudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. p. 68.

3 Idem, p. 75.

entanto, caso esse consumidor não faça uso de nenhum serviço ofertado pela seguradora, isto não lhe confere o direito de reaver as somas pagas, pois entende-se que a prestação da fornecedora está cumprida pelo fato de ter assegurado o risco. Assim, se um dado contrato pode ser adaptado economicamente no tempo, não se compreende porque não poderia sê-lo também no ponto de vista normativo, ainda mais por regras que tornem a relação entabulada mais harmônica e equilibrada.

O art. 4º, inciso I, do CDC exalta a condição inseparável de vulnerabilidade da figura do consumidor, o que se trata de constatação mundial, haja visto o risco que deflui da inserção de serviços e produtos no mercado de consumo, exigindo-se um nível de proteção adequado e satisfatório à potencial vítima desses fatores. Assim, não perde a atualidade o manifesto do Presidente John F. Kennedy, direcionado ao Congresso norte-americano, em 1962, ressaltando que todos somos consumidores, o que enseja a promoção de um nível de proteção adequado a quem exerce esse papel em sociedade. Consumir é um ato corriqueiro e natural que, como acentua Carlos Eduardo Tambussi, parece ter existido sempre. No caso, o Presidente Kennedy restou estimulado a propagar a ideia do dever de salvaguarda dos consumidores em decorrência da desastrosa experiência colhida com o uso do medicamento “Talidomida”, que prometia conter os enjoos da gravidez, embora o resultado tivesse redundado em um grande conjunto de fetos deformados. Assim, exaltou o Presidente Kennedy a necessidade de legislar-se sobre responsabilidade civil decorrente de produtos industrializados, preservando-se, de alguma forma, a esfera jurídica do adquirente desses produtos dos abusos registrados no mercado<sup>4</sup>. Esse mesmo estadista, aliás, referiu que todos somos consumidores, conclusão essa que reforça o caráter democrático do direito do consumidor, útil a todos em sociedade, e lhe confere ainda mais legitimidade, não só jurídica, mas moral, não se tratando de um direito corporativo, ou oportunista, que vise a uma supremacia injustificável sobre o fornecedor, impondo a ele um prejuízo propositado.

No caso, também resta indagada possibilidade de aplicação do Estatuto do Idoso, Lei nº 10.741/2003, em especial do § 3º de seu art. 15, o qual proíbe seja o idoso, indivíduo de sessenta anos ou mais, discriminado diante da contratação do plano ou do seguro de saúde. Acerca dessa perspectiva, têm entendido os Tribunais pátrios que essa regra é cogente, sendo que, em termos práticos, inviabiliza reajustes por mudança de faixa etária para consumidores que aportam aos sessenta anos. Nessa hipótese, permitido o indicado reajuste, o aumento lançado sobre o plano do usuário poderia representar verdadeira “cláusula barreira”, que impedisse a continuidade na manutenção do referido contrato.

Interessante, nesse sentido, é o entendimento do Tribunal de Justiça de São Paulo, representado pela Súmula nº 91 dessa Corte, que atesta a aplicação do Estatuto do Idoso a contratos de planos de saúde celebrados anteriormente a sua vigência: “Ainda que a avença tenha sido firmada an-

4 TAMBUSI, Carlos Eduardo. *El consumo como derecho humano*. Buenos Aires: Universidad, 2009. p. 30.

tes da sua vigência, é descabido, nos termos do disposto no art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o reajuste da mensalidade de plano de saúde por mudança de faixa etária”.

Nessa seara, bastante incisivo sobre o assunto é o resultado do julgamento do recurso especial apreciado pela Terceira Turma do Superior Tribunal de Justiça e que afastou qualquer possibilidade de reajuste por mudança de faixa etária a consumidor com mais de 60 anos, ainda que seu contrato fosse anterior ao Estatuto do Idoso<sup>5</sup>. Tal posicionamento

5 Acerca da ementa do julgado, passamos a transcrevê-la: “Direito civil e processual civil. Recurso especial. Ação revisional de contrato de plano de saúde. Reajuste em decorrência de mudança de faixa etária. Estatuto do idoso. Vedada a discriminação em razão da idade. O Estatuto do Idoso veda a discriminação da pessoa idosa com a cobrança de valores diferenciados em razão da idade (art. 15, § 3º). Se o implemento da idade, que confere à pessoa a condição jurídica de idosa, realizou-se sob a égide do Estatuto do Idoso, não estará o consumidor usuário do plano de saúde sujeito ao reajuste estipulado no contrato, por mudança de faixa etária. A previsão de reajuste contida na cláusula depende de um elemento básico prescrito na lei e o contrato só poderá operar seus efeitos no tocante à majoração das mensalidades do plano de saúde, quando satisfeita a condição contratual e legal, qual seja, o implemento da idade de 60 anos. Enquanto o contratante não atinge o patamar etário preestabelecido, os efeitos da cláusula permanecem condicionados a evento futuro e incerto, não se caracterizando o ato jurídico perfeito, tampouco se configurando o direito adquirido da empresa seguradora, qual seja, de receber os valores de acordo com o reajuste predefinido. Apenas como reforço argumentativo, porquanto não prequestionada a matéria jurídica, ressalte-se que o art. 15 da Lei nº 9.656/1998 faculta a variação das contraprestações pecuniárias estabelecidas nos contratos de planos de saúde em razão da idade do consumidor, desde que estejam previstas no contrato inicial as faixas etárias e os percentuais de reajuste incidentes em cada uma delas, conforme normas expedidas pela ANS. No entanto, o próprio parágrafo único do aludido dispositivo legal veda tal variação para consumidores com idade superior a 60 anos. E mesmo para os contratos celebrados anteriormente à vigência da Lei nº 9.656/1998, qualquer variação na contraprestação pecuniária para consumidores com mais de 60 anos de idade está sujeita à autorização prévia da ANS (art. 35-E da Lei nº 9.656/1998). Sob tal encadeamento lógico, o consumidor que atingiu a idade de 60 anos, quer seja antes da vigência do Estatuto do Idoso, quer seja a partir de sua vigência (1º de janeiro de 2004), está sempre amparado contra a abusividade de reajustes das mensalidades com base exclusivamente no alçar da idade de 60 anos, pela própria proteção oferecida pela Lei dos Planos de Saúde e, ainda, por efeito reflexo da Constituição Federal que estabelece norma de defesa do idoso no art. 230. A abusividade na variação das contraprestações pecuniárias deverá ser aferida em cada caso concreto, diante dos elementos que o Tribunal de origem dispuser. Por fim, destaque-se que não se está aqui alçando o idoso a condição que o coloque à margem do sistema privado de planos de assistência à saúde, porquanto estará ele sujeito a todo o regramento emanado em lei e decorrente das estipulações em contratos que entabular, ressalvada a constatação de abusividade que, como em qualquer contrato de consumo que busca primordialmente o equilíbrio entre as partes, restará afastada por norma de ordem pública. Recurso especial não conhecido” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 809.329/RJ, 3ª T., Recorrente: Amil Assistência Médica Internacional Ltda., Recorrido: Oracy Pinheiro

revela incremento quanto à proteção do consumidor idoso. Embora ainda se aguarde uma resolução do Supremo Tribunal Federal sob a aplicação das novas regras do setor também

Soares da Rocha, Relª Min. Fátima Nancy Andrihgi, Brasília, Distrito Federal, 25 de março de 2008. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 2 abr. 2011). Contudo, recentemente viu-se decisão do STJ, com a qual não concordamos, esboçando tese divergente do que até se constituía na sua jurisprudência. Por meio desse aresto, permitiu-se o reajuste por mudança de faixa etária, em contratos de planos de saúde, mesmo em se tratando de consumidor idoso, desde que observados requisitos como a previsão do aumento no instrumento negocial, bem como o fato de esse não ser desarrazoado, onerando demasiadamente o segurado. Nesse sentido, veja-se a ementa do julgado: “DIREITO CIVIL – CONSUMIDOR – PLANO DE SAÚDE – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – CLÁUSULA DE REAJUSTE POR MUDANÇA DE FAIXA ETÁRIA – INCREMENTO DO RISCO SUBJETIVO – SEGURADO IDOSO – DISCRIMINAÇÃO – ABUSO A SER AFERIDO CASO A CASO – CONDIÇÕES QUE DEVEM SER OBSERVADAS PARA VALIDADE DO REAJUSTE – 1. Nos contratos de seguro de saúde, de trato sucessivo, os valores cobrados a título de prêmio ou mensalidade guardam relação de proporcionalidade com o grau de probabilidade de ocorrência do evento risco coberto. Maior o risco, maior o valor do prêmio. 2. É de natural constatação que quanto mais avançada a idade da pessoa, independentemente de estar ou não ela enquadrada legalmente como idosa, maior é a probabilidade de contrair problema que afete sua saúde. Há uma relação direta entre incremento de faixa etária e aumento de risco de a pessoa vir a necessitar de serviços de assistência médica. 3. Atento a tal circunstância, veio o legislador a editar a Lei Federal nº 9.656/1998, rompendo o silêncio que até então mantinha acerca do tema, preservando a possibilidade de reajuste da mensalidade de plano ou seguro de saúde em razão da mudança de faixa etária do segurado, estabelecendo, contudo, algumas restrições e limites a tais reajustes. 4. Não se deve ignorar que o Estatuto do Idoso, em seu art. 15, § 3º, veda ‘a discriminação do idoso nos planos de saúde pela cobrança de valores diferenciados em razão da idade’. Entretanto, a incidência de tal preceito não autoriza uma interpretação literal que determine, abstratamente, que se reputa abusivo todo e qualquer reajuste baseado em mudança de faixa etária do idoso. Somente o reajuste desarrazoado, injustificado, que, em concreto, vise de forma perceptível a dificultar ou impedir a permanência do segurado idoso no plano de saúde implica na vedada discriminação, violadora da garantia da isonomia. 5. Nesse contexto, deve-se admitir a validade de reajustes em razão da mudança de faixa etária, desde que atendidas certas condições, quais sejam: a) previsão no instrumento negocial; b) respeito aos limites e demais requisitos estabelecidos na Lei Federal nº 9.656/1998; e c) observância ao princípio da boa-fé objetiva, que veda índices de reajuste desarrazoados ou aleatórios, que onerem em demasia o segurado. 6. Sempre que o consumidor segurado perceber abuso no aumento de mensalidade de seu seguro de saúde, em razão de mudança de faixa etária, poderá questionar a validade de tal medida, cabendo ao Judiciário o exame da exorbitância, caso a caso. 7. Recurso especial provido” (Brasil, Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial nº 866840/SP, Recorrente: Bradesco Saúde S.A., Recorrido: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor – IDEC, Brasília, Distrito Federal, 7 de junho de 2011. Disponível em: [www.stj.jus.br](http://www.stj.jus.br). Acesso em: 22 ago. 2011). Assinale-se que essa posição diferenciada não representa a jurisprudência dessa Corte.

aos contratos anteriores, em decorrência da ADIn 1.931<sup>6</sup>, na qual se debate a aplicação da Lei de Planos de Saúde a contratos anteriores a sua vigência, o Superior Tribunal de Justiça segue construindo sua jurisprudência sobre o tema, sendo visível a preservação dos direitos dos usuários do sistema de saúde suplementar, em especial o consumidor idoso.

Em verdade, o principal fundamento adotado pelo Superior Tribunal de Justiça para entender como abusivas quaisquer tentativas de aumento por mudança de faixa etária para indivíduos com 60 anos de idade ou mais é o Estatuto do Idoso (Lei nº 10.741/2003), que, através do § 3º do seu art. 15, afastou tal possibilidade, sendo que essa norma passou a vigor a partir de janeiro de 2004. Dessa forma, o Superior Tribunal de Justiça, em prol da proteção dos indivíduos hipervulneráveis<sup>7</sup>, como são os idosos, permite o uso da proteção ventilada pelo Estatuto do Idoso, mesmo em contratos celebrados anteriormente à sua vigência. Logo, a aplicação do Estatuto do Idoso, como também da Lei de Planos de Saúde, a contratos anteriores às respectivas vigências, atesta a hermenêutica consubstanciada na teoria do “diálogo das fontes”. Como refere Claudia Lima Marques, o CDC opera com cláusulas gerais, como a da conduta segundo os ditames da boa-fé objetiva, e combate abusos e desequilíbrios negociais prejudiciais ao consumidor. Assim, restará legitimado o Magistrado a considerar que a novel legislação consolidou o que já era abusivo e ofensivo segundo o CDC, compatibilizando as normas que regem uma mesma situação de forma que suas incidências ao caso concreto possam promover a melhor proteção do consumidor<sup>8</sup>.

No que tange ao Superior Tribunal de Justiça, essa Corte consolidou sua jurisprudência acerca da aplicação do CDC aos contratos de plano de saúde por meio de sua Súmula nº 469. Sobre a aplicação de preceitos da Lei nº 9.656/1998 a contratos anteriores a sua vigência, tal filosofia já restava confirmada pelo mesmo Tribunal, por meio da Súmula nº 302, a qual consubstancia o direito do usuário de plano de saúde de não ver limitado o período de cobertura para eventos de saúde, o qual somente poderá ser delimitado pelo médico-assistente, sendo reputada abusiva a cláusula negocial que imponha restrição temporal. Portanto,

6 Brasil. Supremo Tribunal Federal, Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.931, Requerente: Confederação Nacional de Saúde – CNS, Requerido: Presidente da República, Rel. Min. Marco Aurélio, Brasília/DF. Julgamento pendente. Disponível em: [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Acesso em: 14 maio 2011.

7 Sobre a hipervulnerabilidade no mercado de consumo, vide o nosso SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009.

8 Atribui-se a criação da aludida teoria ao Professor alemão Erik Jayme, tendo a mesma recebido importante contribuição de Claudia Lima Marques. Nesse sentido, SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2 – A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 149.

o entendimento de aplicação do CDC, do Estatuto do Idoso e da Lei de Planos de Saúde a contratos anteriores às respectivas vigências não é restrito apenas a casos de reajustes por mudança de faixa etária.

Providenciar-se a aplicação retroativa dos referidos diplomas legais não reduz a violação do ato jurídico perfeito. Embora se trate de direito fundamental, esse fator não é um critério absoluto<sup>9</sup>, devendo ser interpretado com base no princípio da proporcionalidade. Nesse caso, é necessário pensar-se em uma isonomia e justiça distributiva que devem ser buscadas a partir de um juízo de proporcionalidade, que, por sua vez, reclama a adequação entre um ou vários fins da norma e os meios utilizados à concretização deles. Dessa maneira, os meios utilizados para se alcançar determinado fim devem ser apropriados. Na conformação da relação meio-fim da norma, no caso indicado, há uma adequação em deferir a retroatividade de dispositivo que preserva o interesse público depositado na proteção do idoso, cuja salvaguarda é uma finalidade explicitamente anunciada pela CF/1988. Nesse passo, não se vislumbra excesso nos “limites indispensáveis à conservação do fim legítimo desejado (proteção do consumidor idoso), sendo ela necessária ou exigível”<sup>10</sup>.

Há que se entender que, à medida que envelhece o indivíduo, diminui a sua capacidade laboral, estando, muitas vezes, aposentado quando aporta aos sessenta anos de idade. Nesse momento, ser compelido a assumir um custo maior no financiamento do plano de saúde implicaria o esgotamento de sua possibilidade contributiva, tendo que abandonar o contrato. Por outro lado, estaria sendo esquecido o fato de

9 Norberto Bobbio ensina que não há direitos fundamentais absolutos. Aliás, ao referir-se à expressão “direitos do homem”, ressalta ser essa muito vaga, sendo que as tentativas de definição nesta seara são, na sua maioria, tautológicas, do tipo “direitos do homem são os que cabem ao homem enquanto homem”, e, por vezes, indicam apenas um estatuto desejado para esses direitos, mas sem traçar-lhes conteúdo, como, por exemplo, “direitos do homem são aqueles que pertencem, ou deveriam pertencer, a todos os homens, ou dos quais nenhum homem pode ser despojado”. Nesse aspecto, tem-se, na ilusão de um fundamento absoluto de alguns direitos, um obstáculo à introdução de novos direitos, que se apresentam total ou parcialmente incompatíveis com aqueles. Nesse aspecto, as dificuldades impostas ao desenvolvimento de direitos sociais, ante a teoria jusnaturalista que defendia o fundamento absoluto da propriedade (BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. p. 22).

10 NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberto. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 33, out./dez. 2010. Aponam os autores o que segue: “Por fim, a permissão da retroatividade da lei aos contratos assinados antes do Estatuto do Idoso é proporcional em sentido estrito, pois na aferição da relação custo-benefício, o custo (possibilidade da retroatividade da lei aos atos jurídicos perfeitos) é pequeno em relação ao benefício (proteção do consumidor idoso), que é enorme, ou seja, na ponderação entre danos causados e os resultados a serem obtidos, estes últimos devem prevalecer” (idem, p. 33).

que este mesmo consumidor, quando jovem, pode ter contribuído com mensalidades por período superior a vinte anos ou mais, investimento esse que garantiu o crescimento da empresa, que, agora, imputa-lhe valores não realizáveis. Tal conduta, devemos entender, rompe com a ideia de cooperação que deflui do princípio da boa-fé objetiva, incidente nas relações de consumo por força do art. 4º, inciso III, e art. 51, inciso IV, além de ferir a solidariedade que deve permear as relações em sociedade, esculpida no art. 3º, inciso I, da Constituição Federal.

Aliás, é uma premissa estrutural do contrato de seguro ou de plano de saúde envolver a solidariedade entre os participantes, de forma que os indivíduos saudáveis acabem custeando o tratamento dos doentes, os quais concretizam o risco (álea) inerente a essa espécie negocial.

A falta de cuidado com o idoso, remetendo sua prestação a patamares não realizáveis, reflete também um forma de discriminação contra esse sujeito. Além do já indicado art. 15, § 3º, do Estatuto do Idoso, o art. 14 da Lei nº 9.656/1998 ressalta que, “em razão da idade do consumidor, ou da condição de pessoa portadora de deficiência, ninguém pode ser impedido de participar de planos privados de assistência à saúde”. Contudo, autorizando-se o reajuste por mudança de faixa após os sessenta anos do consumidor, inviabilizando sua continuidade econômica pelo usuário, estar-se-á dando vazão a uma forma de expulsão de pessoas de idade avançada, impedindo-as de participar do plano. Soma-se a essa filosofia protetiva o inciso IV do art. 39 do Código de Defesa do Consumidor, o qual assevera que é prática abusiva vedada ao fornecedor “prevaler-se da fraqueza ou ignorância do consumidor, tendo em vista sua idade, saúde, conhecimento ou condição social, para impingir-lhe seus produtos ou serviços”. E tanto cláusulas quanto práticas abusivas redundam em nulidade.

Assinala-se, igualmente, que a elevação de valores sobre o contrato de plano de saúde, tal como praticada, implica desequilíbrio negocial ao consumidor, o que configura cláusula abusiva, nula de pleno direito, nos termos do art. 51, *caput*, inciso IV e § 1º, incisos II e III.

### c) Sobre a restituição dos valores pagos a maior em decorrência do reajuste por mudança de faixa etária

Quanto aos valores a serem restituídos, ficou assentado no julgado sob análise que somente deverão ser devolvidos ao autor aqueles pagos a mais a partir da citação da seguradora. Nesse sentido, justifica-se essa interpretação pelo fato de que somente após esse ato processual, que formou a triangulação da relação jurídica processual, possam ser reputadas abusivas as cláusulas questionadas. Assim, anteriormente a esse fato, o contrato deveria ser reputado válido.

Acerca dessa posição do Tribunal de Justiça de São Paulo, não concordamos com a mesma. Sobre cláusulas abusivas, o *caput* do art. 51 do CDC dispõem serem estas nulas de pleno direito. Diante de uma nulidade, a sistemática dessa invalidade impõe que sejam considerados nulos todos os atos contaminados por ela, de forma que sobre a sua decretação deve incidir uma perspectiva de retroatividade ex

*tunc*, apagando-se os efeitos gerados sobre o manto dessa irregularidade. Assim, se à luz do CDC, do Estatuto do Idoso e da Lei nº 9.656/1998 é considerada abusiva a cláusula negocial de reajuste por mudança de faixa etária para sujeitos que completam sessenta anos de idade, todos os valores aplicados sobre o autor deveriam ser-lhe restituídos, não sendo possível crer que somente se possa colher a invalidade a partir do momento em que passou a reclamar, como se a ausência de manifestação anterior convalidasse o passado de nulidades. Outrossim, tratando-se de um hipervulnerável, pode-se cogitar das dificuldades vivenciadas pelo autor quanto ao diagnóstico e solução possíveis ao abuso do qual foi acometido, o que demanda tempo. Ainda mais incisiva deveria ser também a aplicação do art. 42, parágrafo único, do CDC, que poderia garantir a esse usuário a restituição em dobro de todos os valores indevidos que tivesse pago à operadora. No entanto, registra-se que a jurisprudência pátria entende, na sua maioria, que, havendo cláusula sobre a qual pendente discussão judicial, a cobrança decorrente da mesma redundaria unicamente em restituição simples de valores ao consumidor.

### REFERÊNCIAS

- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Editora Campos, 1992. 220p.
- GREGORI, Maria Stella. *Planos de saúde: a ótica da proteção do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. 210p.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005. 1346p.
- \_\_\_\_\_. Planos privados de assistência à saúde. Desnecessidade de opção do consumidor pelo novo sistema. Opção a depender da conveniência do consumidor. Abusividade de cláusula contratual que permite a resolução do contrato coletivo por escolha do fornecedor (parecer). *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 31, p. 129 a 169, jul./set. 1999.
- \_\_\_\_\_. Solidariedade na doença e na morte: sobre a necessidade de “ações afirmativas” em contratos de planos de saúde e de planos funerários frente ao consumidor idoso. In: SARLET, Ingo (Org.). *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Comentários à Lei de Plano de privado de assistência à saúde*. 2. ed. Saraiva: São Paulo, 2000. 338p.
- NISHIYAMA, Adolfo Mamoru; DENSA, Roberto. A proteção dos consumidores hipervulneráveis: os portadores de deficiência, os idosos, as crianças e os adolescentes. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 76, p. 13-45, out./dez. 2010.
- SCHMITT, Cristiano Heineck. A “hipervulnerabilidade” do consumidor idoso. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 70, p. 139-171, abr./jun. 2009.

\_\_\_\_\_. *Cláusulas abusivas nas relações de consumo*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2010.

\_\_\_\_\_. Cláusulas de restrição de transplantes em planos de saúde não são abusivas: comentários aos acórdãos do STJ que julgaram o REsp 378.863/SP e os respectivos embargos de divergência e agravos regimentais. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 64, p. 223 a 234, out./dez. 2007.

\_\_\_\_\_. Direito à cobertura de custeio de remoção aérea como dever de auxílio à recuperação do consumidor do plano de saúde, *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 60, p. 259 a 258, jul./set. 2007.

\_\_\_\_\_. Indenização por dano moral do consumidor idoso no âmbito dos contratos de planos e de seguros privados de

assistência à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, n. 51, p. 130 a 153, jul./set. 2004.

\_\_\_\_\_. Reajustes em contratos de planos e de seguros de assistência privada à saúde. *Revista de Direito do Consumidor*, n. 60, out. 2006.

SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima. Visões sobre os planos de saúde privada e o Código de Defesa do Consumidor. In: SCHMITT, Cristiano Heineck; MARQUES, Claudia Lima, LOPES, José Reinaldo de Lima PFEIFFER, Roberto Augusto Castellanos (Coord.). *Saúde e responsabilidade 2 – A nova assistência privada à saúde*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

TAMBUSSI, Carlos Eduardo. *El consumo como derecho humano*. Buenos Aires: Universidad, 2009. 224p.

## Ementário

### CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E COMERCIAL

#### 3 33098 Ação anulatória – escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios – direito pessoal

“Processo civil. Conflito de competência. Ação anulatória. Escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios. Direito pessoal. Direito real imobiliário. Competência do foro do domicílio do réu. Artigos analisados. Arts. 95 e 100 do CPC. 1. Ação declaratória de nulidade de escritura pública de cessão e transferência de direitos possessórios, ajuizada em agosto de 2009, da qual foi extraído o presente conflito de competência, concluso ao Gabinete em 07.05.2010. 2. Discute-se a competência para julgamento de ação declaratória de cessão de direitos possessórios, considerando o disposto no art. 95 do CPC e a existência de outras duas ações, em que se discute a posse do bem, e que tramitam no foro da situação deste. 3. A partir da exegese da norma do art. 95 do CPC, na hipótese do litígio versar sobre direito de propriedade, vizinhança, servidão, posse, divisão e demarcação de terras e nunciação de obra nova, a ação correspondente deverá necessariamente ser proposta na comarca em que situado o bem imóvel, porque a competência é absoluta. 4. Por outro lado, a ação, ainda que se refira a um direito real sobre imóvel, poderá ser ajuizada pelo autor no foro do domicílio do réu ou, se o caso, no foro eleito pe-

las partes, se não disser respeito a nenhum daqueles direitos especificados na segunda parte do art. 95 do CPC, haja vista se tratar de competência relativa. 5. Na hipótese, conforme apontado pelo juízo suscitante, o litígio analisado não versa sobre nenhum direito real imobiliário, mas sobre a eventual nulidade da escritura de cessão de posse de imóvel, por razões formais. Aliás, é importante mencionar, nesse contexto, que nem mesmo a posse do imóvel é objeto da presente ação. 6. Não há competência absoluta do foro da situação do bem para o julgamento da presente ação, sendo inaplicável o art. 95 do CPC. A competência é relativa, devendo ser fixada de acordo com as regras do art. 100 do CPC. 7. Nem mesmo poder-se-ia pensar em conexão entre a ação declaratória e as ações de reintegração de posse e embargos de terceiro porque não se vislumbra identidade de pedidos ou de causa de pedir, conforme prevê o art. 103 do CPC, para autorizar a reunião dos processos. 8. Conflito conhecido, para declarar a competência do Juízo de Direito de São José do Ouro/RS.” (STJ – CC 111.572 – (2010/0068019-9) – 2ª S. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJe 15.04.2014)

#### 3 33097 Ação monitoria – cheque prescrito – causa *debendi*

“Agravo regimental. Agravo em recurso especial. Ação monitoria. Cheque prescrito. *Causa debendi*. 1. A jurisprudência desta Corte já firmou entendimento, em julgamento sob o rito do art. 543-C do CPC, que ‘em ação monitoria

fundada em cheque prescrito, ajuizada em face do emitente, é dispensável menção ao negócio jurídico subjacente à emissão da cártula’ (REsp 1.094.571/SP, Min. Luis Felipe Salomão, 2ª Seção, Julgado em 04.02.2013, DJe 14.02.2013). 2. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 460.624 – (2014/0004442-9) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 15.04.2014)

**3**  
**33096** **Ação popular – constrição de bens – execução imediata de sentença – impetração contra ato judicial – via excepcional**

“Processual civil. Administrativo. Ação popular. Constrição de bens. Execução imediata de sentença. Impetração contra ato judicial. Via excepcional. Teratologia do ato coator. Impossibilidade de recurso. Requisitos presentes. Possibilidade no caso concreto. Direito líquido e certo. 1. Cuida-se de recurso ordinário interposto contra acórdão que considerou a via mandamental inadequada – sob o pálio da Súmula nº 267/STF – para combate ao ato judicial no qual o juízo de primeira instância determinou a imediata execução da sentença (constrição de bens de um dos réus) em ação popular. Foi interposta apelação, com efeito suspensivo do teor da sentença e, mesmo assim, mantida a execução. 2. O cabimento de mandado de segurança contra ato judicial somente ocorre excepcionalmente, havendo necessidade de que seja demonstrada a teratologia ou arbitrariedade do *decisum*, combinada com a inexistência de recurso possível. 3. No caso dos autos, o agravo de instrumento – que seria a via própria – não era dotado da possibilidade de atribuição de efeito suspensivo, uma vez que a ato coator data de 1994, ou seja, anterior a redação do art. 558 do Código de Processo Civil, na qual foi firmada tal inovação, trazida pela Lei nº 9.139/1995. Precedente: RMS 7761/PB, Rel. Min. José Delgado, 1ª Turma, DJ 03.05.1999, p. 97. 4. A teratologia da decisão judicial está evidenciada, pois o Magistrado de primeira instância, ao passo em que recebeu a apelação com efeito suspensivo, também determinou a execução imediata da sentença. Recurso ordinário provido.” (STJ – RMS 38.473 – (2012/0136300-5) – 2ª T. – Rel. Min. Humberto Martins – DJe 14.04.2014)

**3**  
**33095** **Alienação fiduciária – veículo – pena de perdimento**

“Processual civil e administrativo. Agravo regimental no recurso especial. Pena de perdimento de veículo. Alienação fiduciária. Violação do devido processo legal. Ausência de prequestionamento. Súmula nº 211/STJ. 1. Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu a ocorrência de ofensa ao devido processo legal no processo administrativo que determinou a aplicação da pena de perdimento de veí-

culo objeto de alienação fiduciária. 2. Não se conhece de recurso especial em relação a dispositivos que, a despeito da oposição de embargos de declaração, não foram apreciados na origem, haja vista a ausência do requisito do prequestionamento. Aplicação da Súmula nº 211/STJ. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-REsp 1.428.163 – (2014/0000531-5) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 15.04.2014)

**3**  
**33094** **Carta de arrematação – expedição – alegação de vício no procedimento**

“Processo civil. Alegação de vício no procedimento após a expedição da carta de arrematação. O *thema decidendum* deixou de ser enfrentado pela instância ordinária ao fundamento de que, após a expedição da carta de arrematação, ‘a argüição de nulidade, fundada em alegada violação dos arts. 687, § 5º, do Código de Processo Civil, e 5º, LV, da Constituição Federal, só pode ser apreciada em eventual demanda autônoma’ (e-STJ, fl. 114) – e essa motivação não foi impugnada nas razões do recurso especial. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 122.565 – (2011/0285117-9) – 1ª T. – Rel. Min. Ari Pargendler – DJe 11.04.2014)

**3**  
**33093** **Contrato de mútuo – desconto em folha de pagamento – cláusula inerente à espécie contratual – supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor – impossibilidade**

“Processo civil e direito civil. Agravo regimental. Contrato de mútuo. Desconto em folha de pagamento. Cláusula inerente à espécie contratual. Supressão unilateral da cláusula de consignação pelo devedor. Impossibilidade. Nulidade absoluta do contrato de mútuo. Não ocorrência. Sentença de interdição por incapacidade absoluta com trânsito em julgado. Efeitos *ex nunc*. Agravo regimental não provido. 1. É válida a cláusula que autoriza o desconto, na folha de pagamento do empregado ou servidor, da prestação do empréstimo contratado, a qual não pode ser suprimida por vontade unilateral do devedor, eis que da essência da avença celebrada em condições de juros e prazo vantajosos para o mutuário (REsp 728.6563/RS, 2ª Seção, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJU de 22.08.2005). 2. Segundo o entendimento desta Corte Superior, a sentença de interdição, salvo pronunciamento judicial expresso em sentido contrário, opera efeitos *ex nunc*. Precedentes. 3. No caso, como o contrato de mútuo objeto do presente processo foi celebrado muito antes da expedição da sentença de interdição, é certo que não foi alcançado pelos seus efeitos. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-REsp 1.152.996 – (2009/0158972-4) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 14.04.2014)



**3**  
**33092**

**Contrato de participação financeira – cautelar de exibição de documentos – requerimento administrativo prévio – necessidade**

“Processo civil. Brasil Telecom S/A. Contrato de participação financeira. Cautelar de exibição de documentos. Requerimento administrativo prévio. Necessidade. Cobrança da taxa de serviço. Legalidade. Art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404/1976. Cobrança dispensada. Argumentação recursal. Inexistência de correlação com o decidido. Incidência das Súmulas nºs 283 e 284 do STF. 1. Em ação de exibição de documento, carece de interesse de agir a parte que não demonstra ter apresentado requerimento administrativo para a obtenção de documentos nem comprova o pagamento da taxa de serviço quando exigido pela empresa com base no art. 100, § 1º, da Lei nº 6.404/1976. 2. É deficiente a argumentação que não guarda correlação com o decidido nos autos e não impugna a fundamentação do julgado recorrido. Súmulas nºs 283 e 284 do STF. 3. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 401.887 – (2013/0329213-3) – 3ª T. – Rel. Min. João Otávio de Noronha – DJe 15.04.2014)

**3**  
**33091**

**Desapropriação – utilidade pública – laudo pericial**

“Processual civil e administrativo. Desapropriação por utilidade pública. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Laudo pericial. Violação do art. 26 do DL 3.365/1994. Valor da indenização. Contemporaneidade à data da avaliação. 1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC. 2. O STJ firmou a jurisprudência de que, pela correta exegese do art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, nas ações de desapropriação por utilidade pública, o valor da indenização será contemporâneo à data da avaliação. 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-EDcl-Ag-RE 257.580 – (2012/0242530-7) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 15.04.2014)

**Comentário IOB**

Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial do DNIT, pela incidência da Súmula nº 83/STJ.

O agravante alega que ocorreu efetiva violação do art. 535, II, do CPC, porquanto não houve manifestação da Corte de origem sobre o princípio da contemporaneidade insculpido no art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/1941. Defende, ainda, a inaplicabilidade da Súmula nº 83/STJ no presente caso, uma vez que a jurisprudência colacionada não se amolda à espécie.

Pleiteou a reconsideração do *decisum* agravado ou a submissão do feito à Turma.

Discute-se a indenização por desapropriação para fins de utilidade pública de imóvel com área de 276,45m<sup>2</sup>, localizado nas

margens da BR-101, Km 114, Município de São José de Mipibu, Estado do Rio Grande do Norte.

A sentença acolheu o valor apurado no laudo pericial oficial, qual seja, R\$ 7.655,72, como justa indenização pelo imóvel desapropriado

O TRF da 5ª Região manteve a sentença integralmente.

Irresignado, o DNIT interpôs recurso especial (que foi inadmitido), no qual sustenta a tese de que há violação do art. 535, II, do CPC, por negativa de prestação jurisdicional e de que não foi observada a contemporaneidade de que trata o art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/1941 (que determina que o valor da indenização nas ações de desapropriação por utilidade pública deve ser contemporâneo ao momento da desapropriação). Alega que o acórdão recorrido violou o referido dispositivo legal.

O STJ negou provimento ao agravo regimental.

O Relator assim se manifestou:

“Registro que há casos peculiares, pois, em que o longo prazo entre o início da expropriação e a confecção do laudo pericial sugere a mitigação dessa regra. Contudo, na hipótese dos autos a diferença temporal entre a imissão na posse e a elaboração do laudo é de, aproximadamente, 2 anos.

Não vejo, portanto, como enquadrar o caso dos autos a qualquer excepcionalidade em relação à norma fixada no art. 26 do Decreto-Lei nº 3.365/1941, de modo que a indenização deve levar em consideração o valor do bem à época da avaliação.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o agravo regimental que contra ela se insurge.”

A Juíza Mônica Castro assim discorre sobre a desapropriação judicial:

“Vislumbra-se a disposição do art. 1.228 como a grande mola propulsora desse instituto. Diz o novo Código:

‘Art. 1.228. O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.

[...]

§ 4º O proprietário também pode ser privado da coisa se o imóvel reivindicando consistir em extensa área, na posse ininterrupta e de boa-fé, por mais de 5 (cinco) anos, de considerável número de pessoas, e estas nela houverem realizado, em conjunto ou separadamente, obras e serviços considerados pelo juiz de interesse social e econômico relevante.

§ 5º No caso do parágrafo antecedente, o juiz fixará a justa indenização devida ao proprietário; pago o preço, valerá a sentença como título para o registro do imóvel em nome dos possuidores.’ Essa desapropriação realizada diretamente pelo Poder Judiciário, sem intervenção prévia de outros Poderes, é figura nova em nosso sistema positivo.

Como lembra o eminente Supervisor da Comissão Elaboradora e Revisora do Código Civil, Professor Miguel Reale, surge uma nova via de desapropriação, instituto que não deve ser entendido como prerrogativa exclusiva dos Poderes Executivo ou Legislativo.

Em um mesmo artigo – § 4º do art. 1.228 – o legislador faz uso de vários conceitos jurídicos indeterminados: considerável para qualificar o número de pessoas; de interesse social e econômico para adjetivar as obras e serviços e extensa para identificar a área. Abre-se, então, um aparente ‘leque’ de possibilidades para o preenchimento do conteúdo jurídico desses conceitos pelo Magistrado que, conforme relatado, será o artífice dessa desapropriação.

Aparente porque um conceito jurídico indeterminado pode ser determinado pelo conhecimento técnico, pela experiência comum, pelos antecedentes históricos, dentre outros fatores.

Ou, de forma mais exata, indeterminado por ser de fácil ou difícil determinação, nunca impossível.

Assim, para preencher o conceito de considerável em relação ao número de pessoas, há de ficar entendido que devem elas pertencer a mais de um núcleo familiar.

Uma única família, por mais numerosa que seja, não pode preencher o conteúdo jurídico indicado, porque o que parece pretender o legislador é que a desapropriação transcenda o interesse individual, refira-se à comunidade, e não a um interesse homogêneo limitado a uma entidade familiar.

Igualmente, no que concerne a obras e serviços de interesse social e econômico, deve o Magistrado ter presente o caráter altruístico da medida, a afastar qualquer significado egoístico e, portanto, a visar os interesses de estabilidade social e não individuais dos ocupantes.

No que concerne à extensão, deverá verificar no contexto de situação do imóvel a área comum de semelhantes prédios na região." (A desapropriação judicial no novo código civil. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com).)

3  
33090

### Execução – arrematação – desfazimento – ocupação do imóvel – vício no edital

"Processual civil. Execução. Arrematação. Desfazimento. Vício no edital. Ausência de menção à ocupação do imóvel. Não acolhimento pelo tribunal de origem. Fundamento. Inovação recursal. Preclusão da matéria. Ponto não combatido no recurso especial. Súmula nº 283/STF. 1. Trata-se de recurso especial do arrematante com intuito de declarar nula a arrematação por vício no edital concernente à omissão acerca de ocupante do imóvel praceado. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC, sendo ainda imprescindível a demonstração da relevância dos supostos vícios, o que não se afigura no caso concreto. 3. O Tribunal de origem declarou prejudicada a discussão quanto à omissão no edital sobre a ocupação do imóvel, diante da 'delimitação por ele próprio (agravado/arrematante) feita quando de sua petição de fls. 201-202 dos autos de origem (cópia das fls. 215-216 destes autos)', ocasião em que 'a pretensão do agravado/arrematante de ver desfeita a arrematação fundou-se, juridicamente, em apenas um ponto, qual seja, o seu desconhecimento acerca da existência de dívidas junto ao condomínio em que se situa o imóvel praceado'. 4. A falta de combate sobre o fundamento principal que negou a pretensão da recorrida atrai a aplicação do óbice de admissibilidade do recurso especial previsto na Súmula nº 283/STF: 'É inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles'. 5. Agravo regimental não provido." (STJ – AgRg-Ag-REsp 435.481 – (2013/0373430-4) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 15.04.2014)

3  
33089

### Execução – cédula de crédito industrial – pessoa jurídica

"Civil e processual. Recurso especial. Execução. Cédula de crédito industrial. Pessoa jurídica. Aplicação dos recursos no incremento da atividade produtiva. Exceção de incompetência. Agravo de instrumento. Não provimento. 1. A jurisprudência do STJ não reconhece à empresa que utiliza os recursos oriundos de contrato bancário para o incremento da atividade produtiva a condição de consumidora final. Precedentes. 2. Segundo o art. 41, § 8º, do Decreto-Lei nº 413/1969, o foro competente para a cobrança 'será o da praça do pagamento da cédula de crédito industrial'. 3. Hipótese em que a cláusula de eleição de foro se limita a repetir regra da legislação de regência do título de crédito. 4. Improcedente a exceção de incompetência para deslocamento da execução da cédula de crédito industrial para o foro do domicílio da pessoa jurídica executada. 5. Recurso especial conhecido e provido." (STJ – REsp 873.608 – (2006/0169826-1) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 11.04.2014)

#### Comentário IOB

Cuida-se de recurso especial, em face de acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná que, nos autos de agravo de instrumento contra decisão que rejeitou exceção de incompetência oposta pela executada/recorrida nos autos de execução de cédula de crédito industrial, reformou a determinação de manutenção dos autos no foro de eleição, coincidente com o local de emissão da cédula e a praça de pagamento, em Curitiba, deslocando-os para a Comarca de Uraí, naquela mesma unidade federada, foro do domicílio da executada/recorrida.

A ementa possui a seguinte redação:

"Agravo de instrumento. Exceção de incompetência. Ação de execução. Cédula de crédito industrial. Aplicabilidade do CDC. Juízo competente. Foro do domicílio, do devedor. Facilitação da defesa dos direitos do consumidor (art. 6º, VIII, CDC). Decisão reformada. Recurso provido."

No especial, alega-se violação aos arts. 100, inciso IV, alíneas *b* e *d*, do CPC e 41, item 8º, do Decreto-Lei nº 413/1969 e má aplicação dos arts. 2º e 6º do CDC, além de divergência com julgados do STJ e de outros tribunais.

Sustentou a instituição financeira que não incide o CDC na espécie, pois a recorrida não é hipossuficiente, mas consumidora intermediária dos recursos inadimplidos por meio de título de crédito, cédula industrial, no valor R\$ 505.300,00, que foram destinados à expansão das atividades industriais, de sorte que o foro contratual não é abusivo porque corresponde ao previsto na legislação indicada, conforme entendimento sufragado em precedentes deste Tribunal.

Discute-se a aplicabilidade ou não à cédula de crédito industrial, em que figura como devedora a empresa recorrida, das disposições do Código de Defesa do Consumidor, a partir do que será possível o exame do acerto da decisão que acolheu a exceção de incompetência, afastando a cláusula de eleição de foro; as disposições do arts. 100, inciso IV, alíneas *b* e *d*, do CPC e do art. 41, § 8º, do Decreto-Lei nº 413/1969, segundo o qual "o foro competente será o da praça do pagamento da cédula de crédito industrial".

O STJ conheceu do recurso especial e deu provimento para desprover o agravo de instrumento.

Oportuno trazer trecho do voto da Relatora:

“Não paira mais dúvida a respeito da aplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor aos contratos celebrados pelas instituições financeiras (Súmula nº 297/STJ e ADIn 2591).

A jurisprudência predominante do STJ entende, todavia, que tal somente ocorre quando configurada relação de consumo, ou seja, quando o mutuário é o destinatário final dos recursos a serem empregados na sua própria subsistência.

Quando o empréstimo é tomado por empresa a fim de empregá-lo no financiamento de sua atividade econômica não se configura, a juízo dos precedentes majoritários, relação de consumo e, portanto, não incidem as normas protetivas do CDC.

Penso que o critério puramente finalístico pode ceder em face das circunstâncias do caso concreto, como, de resto, admitem alguns julgados deste Tribunal. Assim, por exemplo, não vejo diferença expressiva entre mutuário pessoa física que tome empréstimo para finalidades pessoais, eventualmente até supérfluas, e microempresa que se endivide para financiar sua atividade produtiva, havendo, na prática, confusão entre o patrimônio do micro-empresário e o da empresa.

No caso dos autos, a tomadora do empréstimo, mediante cédula de crédito industrial, no valor histórico de R\$ 505.300,00, em 15.04.1997, objeto de confissão de dívida no valor de 588.541,86 (quinhentos e oitenta e oito mil, quinhentos e quarenta e um reais e oitenta e seis centavos), em 01.09.2000, é cervejaria e o acórdão recorrido explicitou adequadamente o panorama de fato a partir do qual se possa examinar a adequação da incidência do CDC ao caso concreto.”

O ilustre Jurista Humberto Theodoro Júnior assim trata sobre as cédulas de crédito:

“Ao encaminhar o texto da primeira edição da MP 2.160-25/01 ao Presidente da República, o então Ministro Pedro Malan destacou o momento econômico vivido e justificou a necessidade de se dotar o mercado financeiro de liquidez: ‘Há muito tempo, o mercado financeiro necessita de um título de crédito que espelhe com realidade as relações jurídicas entre as instituições financeiras e seus clientes e que, principalmente, torne a formalização das diversas operações de crédito menos onerosa e complicada, conferindo maior flexibilidade e agilidade na mobilização do crédito, cumprindo assim, com a extraordinária função econômica para a qual foi concebida a primeira cédula, inspirada na legislação italiana, especificamente na Cambiale Agrária, utilizada na concessão de crédito para a atividade agropecuária, matéria de que cuidou o Decreto-Lei real nº 1.509, de 24 de julho de 1927 (que disciplinou o crédito agrário), regulamentado pelo Decreto Ministerial de 23 de janeiro de 1928, decreto esse que foi convertido na LEGGE 5 luglio 1928, nº 1.760’.

Em razão das características das transações financeiras atuais, que se revestem, na grande maioria das vezes, da forma de contratos de crédito rotativo, era preciso idealizar um modelo de título de crédito que se adaptasse à evolução do saldo devedor, satisfatoriamente flexível, mas ao mesmo tempo seguro para ambas as partes, credora e devedora. O Direito, todavia, não precisava inovar, revolucionar o campo dos títulos de crédito, para dar solução ao caso concreto. Aliás, confessa a Exposição de Motivos que as cédulas de crédito não são nem mesmo criação genuinamente brasileira, pois têm inspiração no direito italiano, qual seja, a cédula agrária criada no fim do século XIX. Não havia, pois, novidades nunca dantes enfrentadas. Ao contrário, a estrutura dos contratos rotineiros de abertura de crédito utilizados sob denominação de limite de cheque especial já é, há décadas, empregada em outras espécies de operações de crédito

bancárias servidas por títulos de crédito criados em leis específicas. Trata-se das cédulas de crédito rural, industrial, comercial e à exportação.

O incentivo legal ao financiamento bancário dos diversos segmentos da atividade econômica relevantes ao desenvolvimento nacional se deu, no século passado, através da criação de modernos títulos de crédito, concebidos não como documentos de mútuo, mas de abertura de crédito, ora com garantia real, ora com garantia fidejussória, ora sem qualquer garantia, a não ser a própria responsabilidade pessoal do creditado. Foi assim que surgiram as cédulas de crédito rural (DL 167/1967), as cédulas de crédito industrial (DL 413/69), a cédula de crédito à exportação e a nota de crédito à exportação (Lei nº 6.313/1975) e a cédula de crédito comercial e a nota de crédito comercial (Lei nº 6.840/1980).

A partir do final da década de 1930, quando o governo resolveu incrementar o financiamento da produção agropecuária do País, o contrato de abertura de crédito com garantia de penhor rural foi o grande instrumento jurídico utilizado para implemento da política creditícia oficial. Esses contratos, amparados na Lei nº 492, de 30.08.1937, sempre gozaram da força executiva, muito embora não fossem instrumento de mútuo, e sim de abertura de crédito. As execuções, desde então, se baseavam no conjunto do contrato de abertura de crédito e na conta gráfica da utilização do numerário posto à disposição do creditado. Essa prática foi intensivamente observada pelas Carteiras de Crédito Agrícola do Banco do Brasil e de outros estabelecimentos de crédito engajados no sistema de assistência creditícia aos produtores rurais, durante duas décadas, sem que ninguém pusesse em dúvida a força executiva dos contratos utilizados.

A liquidez e exequibilidade de tais títulos eram tão evidentes que o exemplo do crédito rural foi logo transplantado para o financiamento da indústria, tendo sido criados vários tipos de penhor industrial para garantir contratos de abertura de crédito similares aos que primeiramente se conceberam para a atividade campesina.

Quando o volume dos financiamentos rurais e industriais atingiu uma dimensão que se embarçava na complexidade dos contratos tradicionais, o legislador procurou criar títulos de crédito que os substituíssem e que se revestissem dos atributos da cartularidade própria das cambiais, os quais, porém, não deveriam afastar a essência da operação de financiamento, que se situava no mecanismo da abertura de crédito.

Depois de uma curta experiência com as cédulas da Lei nº 3.253/1957, o crédito rural passou a basear-se, fundamentalmente, nas cédulas de crédito rural instituídas pelo DL 167/1967, ainda hoje em vigor. Pouco tempo depois, a experiência seria transplantada para o financiamento da indústria, criando-se a cédula de crédito industrial, à imagem e semelhança da cédula de crédito rural. Mais tarde, a mesmíssima concepção de título de crédito viria a ser adotada pelas Leis nºs 6.313/1975 e 6.840/1980, na criação de títulos especiais para as operações de financiamento à exportação e ao comércio. Surgiram, assim, nos mesmos padrões da cédula de crédito rural, a cédula de crédito à exportação e a cédula de crédito comercial.

De fato, a iniciativa do Presidente da República, ao editar a MP 1.925/99, não contrasta com a evolução histórica dessa área do direito e da economia. Representa, isso sim, evolução natural do pensamento e da ideologia presentes. A exposição de motivos que acompanhou a primeira edição da medida provisória ora comentada retrata a intenção do Executivo de não romper com a tradição jurídica e jurisprudencial sobre o tema, tendo o Min. Pedro Malan consignado, expressamente, que houve a preocupação de manterem-se:

‘As mesmas características consagradas para as diversas espécies, inclusive aquelas relativas às responsabilidades cambiais, só que unificado em modelo-padrão. Por essa razão, o projeto esforça-se por aplicar corretamente a terminologia da linguagem jurídica, definindo, claramente, a sua característica de título de crédito, mantendo a tradição consagrada no direito brasileiro, da literalidade (existência de uma obrigação independente da relação fundamental); da autonomia (as obrigações cambiais são autônomas e independentes umas das outras) como definido no art. 43 do Decreto nº 2.044, de 31.12.1908 – lei interna, princípio esse que foi mantido na Lei Uniforme, no art. 7º do Anexo I; e da cartularidade (documento necessário ao exercício do direito que nele se contém, pois, na clássica definição de vivante, ‘título de crédito’ é o documento necessário para o exercício do direito literal e autônomo nele mencionado, definição essa acolhida *mutatis mutandi* pelo Direito brasileiro, do disposto no art. 1.508 do CC), conferindo-lhe liquidez e certeza e, enfim, possibilitando a sua transferência por endosso, total ou parcialmente, podendo constar, inclusive, o valor pelo qual será transferida.’

‘[...] Em razão da exigência de forma certa e determinada, isto é, da auto-suficiência da cédula de crédito bancário como documento de legitimação e prova dos direitos cambiários, preocupou-se o art. 4º do projeto em indicar os requisitos essenciais que ela deve conter, requisitos esses que inspiraram-se, como não poderia deixar de ser, nos mesmos princípios já consagrados nos diplomas de regência das cédulas de crédito rural e industrial.’

Conclui-se, pois, que a cédula bancária é mais um capítulo na evolução de um gênero: cédulas de crédito e, como tal, tudo aquilo que já se estudou, ensinou, ou decidiu em sede pretoriana, sobre a natureza, o regime jurídico, as regras gerais e os princípios norteadores das demais cédulas de crédito se aplica também às cédulas de crédito bancário.” (A cédula de crédito bancário. Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com).)

### 3 33088

#### Execução provisória – honorários advocatícios – não cabimento

“Agravo regimental. Recurso especial. Execução provisória. Honorários advocatícios. Não cabimento. Precedente da Corte Especial julgado sob o rito do art. 543-C do CPC. 1. A Corte Especial deste Tribunal, julgando Recurso Especial nº 1.291.736/PR, sob o rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, firmou entendimento no sentido de que é incabível a fixação de honorários advocatícios em execução provisória. 2. O recurso não trouxe nenhum argumento capaz de modificar a conclusão do julgado, a qual se mantém por seus próprios fundamentos. 3. Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-REsp 1.342.902 – (2012/0047309-0) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 14.04.2014)

### 3 33087

#### Falência – conflito positivo de competência – recuperação judicial – alienação do controle acionário da recuperanda – sucessão de ônus e obrigações

“Direito processual civil e falimentar. Conflito positivo de competência. Recuperação judicial. Alienação do con-

trole acionário da recuperanda. Sucessão de ônus e obrigações. Atos de execução. Competência do juízo em que se processa a recuperação judicial. 1. A partir da edição da Lei nº 11.101/2005, é competente o juízo da recuperação judicial para a prática de atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que se relacionem a créditos apurados em outros órgãos judiciais, bem como para decidir acerca da responsabilidade da recuperanda pelo pagamento de importâncias a que foram condenadas sociedades alegadamente integrantes de um mesmo grupo econômico. 2. Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP.” (STJ – CC 125.636 – (2012/0241620-7) – 2ª S. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJe 15.04.2014)

### 3 33086

#### Falência – incorporadora – ação de anulação de leilão extrajudicial – Lei nº 4.591/1964 – destituição

“Recurso especial. Ação de anulação de leilão extrajudicial. Lei nº 4.591/1964. Falência da incorporadora. Destituição. Continuidade da obra pelos adquirentes das unidades imobiliárias. Reexame de cláusulas contratuais e de provas. Inviabilidade. Súmulas nº 5 e nº 7/STJ. Deliberação em assembleia da utilização do rito previsto no art. 63 da Lei nº 4.591/1964. Validade. 1. A reforma do julgado demandaria interpretação de cláusulas contratuais e reexame do contexto fático-probatório, procedimentos vedados na estreita via do recurso especial, a teor das Súmulas nº 5 e nº 7/STJ. 2. É válida, desde que preenchidos os requisitos insertos na legislação de regência, a deliberação em assembleia sobre a utilização do procedimento de leilão extrajudicial previsto no art. 63 da Lei nº 4.591/1964. 3. Recurso especial não provido.” (STJ – REsp 1.168.579 – (2009/0233964-3) – 3ª T. – Rel. Min. Ricardo Villas Bôas Cueva – DJe 15.04.2014)

### 3 33085

#### Fraude à execução – penhora não registrada – prova da má-fé – omissão não caracterizada

“Direito civil e processual civil. Embargos de terceiro. Fraude à execução. Penhora não registrada. Prova da má-fé. Omissão não caracterizada. 1. A jurisprudência desta Casa é pacífica ao proclamar que, se os fundamentos adotados bastam para justificar o concluído na decisão, o julgador não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos utilizados pela parte. 2. Nos termos da Súmula nº 375/STJ: ‘O reconhecimento da fraude à execução depende do registro da penhora do bem alienado ou da prova de má-fé do terceiro adquirente’. 3. No caso dos autos, o Tribunal de origem entendeu caracterizada a fraude à execução, porque, no momento da alienação do bem, o adquirente tinha ciência do processo de execução em curso contra o alienante. Na linha

dos precedentes desta Corte, isto é o quanto basta para que se tenha por caracterizada a ‘má-fé’. 4. Recurso especial improvido.” (STJ – REsp 1.121.461 – (2009/0074155-0) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 14.04.2014)

3  
33084

**Honorários de advogado – sucumbência – cessão de crédito – direito autônomo do causídico – precatório**

“Processual civil. Agravo regimental. Cessão de crédito. Honorários advocatícios de sucumbência. Direito autônomo do causídico. Precatário. Habilitação do cessionário. Possibilidade. Requisitos. Matéria decidida sob o rito do art. 543-C do CPC. Agravo regimental improvido. I – No julgamento do REsp 1.102.473/RS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, a Corte Especial do STJ assentou a possibilidade de habilitação do cessionário de honorários advocatícios, desde que comprovada a validade do ato de cessão, por escritura pública, bem como discriminado, no precatório, o valor devido, a título de verba honorária. II – No caso, não há discriminação, no precatório, do valor dos honorários de advogado – que foram objeto de cessão de crédito –, pelo que não restou cumprido um dos requisitos exigidos para a habilitação do aludido crédito, na forma do decidido no REsp 1.102.473/RS, representativo da controvérsia. III – Agravo regimental improvido.” (STJ – AgRg-AgRg-REsp 1.247.116 – (2011/0050591-1) – 2ª T. – Relª Min. Assusete Magalhães – DJe 11.04.2014)

3  
33083

**Liquidação extrajudicial – operadora de plano privado de assistência à saúde – suspensão das execuções em curso – subsistência das penhoras**

“Direito civil e processual civil. Liquidação extrajudicial de operadora de plano privado de assistência à saúde. Suspensão das execuções em curso. Subsistência das penhoras. Dispositivos legais inaptos para amparar a tese recursal. Súmula nº 284/STF. 1. Os arts. 24-D da Lei nº 9.656/1998, 18, a, da Lei nº 6.024/1974, 39, 70 e 102 do Decreto-Lei nº 7.661/1945 não são suficientes para amparar a tese recursal de que a suspensão das execuções em curso determinada em razão da decretação de liquidação extrajudicial implica, também, o levantamento das penhoras já realizadas. 2. O conteúdo normativo dos dispositivos legais apontados como violados não é suficiente para respaldar a tese recursal defendida, o que atrai a incidência, por analogia, da Súmula nº 284/STF. 3. A subsistência da penhora não afeta o tratamento igualitário dos credores. 4. Recurso especial a que se nega provimento.” (STJ – REsp 1.159.521 – (2009/0201845-1) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 14.04.2014)

3  
33082

**Litisconsórcio – Código de Processo Civil, art. 509 – aplicabilidade**

“Processo civil. A norma do art. 509 do Código de Processo Civil só é aplicável aos casos de litisconsórcio unitário. Nos termos do art. 509, *caput*, do atual Código de Processo Civil, ‘o recurso interposto por um dos litisconsortes a todos aproveita, salvo se distintos ou opostos os seus interesses’, e assim também era no Código de Processo Civil de 1939, com a só diferença que neste se dizia ‘aproveitará’. A norma deve ser interpretada sob o influxo do art. 48 do Código de Processo Civil vigente, a cujo teor, ‘salvo disposição em contrário, os litisconsortes serão considerados, em suas relações com a parte adversa, como litigantes distintos; os atos e omissões de um não prejudicarão nem beneficiarão os outros’. A regra, portanto, é a de que os litisconsortes devem, cada qual, cumprir os ônus processuais (v.g., provas, recursos, etc.); a exceção diz respeito unicamente à aquela espécie de litisconsórcio em que a solução deve ser uniforme para todos os litisconsortes, quer dizer, quando se trata de litisconsórcio unitário. Embargos de declaração rejeitados.” (STJ – EDcl-EDcl-AgRg-AI 988.735 – (2007/0303095-3) – 1ª T. – Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho – DJe 15.04.2014)

3  
33081

**Medida cautelar satisfativa – bloqueio de matrícula de imóveis – arquivamento provisório dos autos – violação do contraditório e da ampla defesa**

“Processual civil. Cautelar satisfativa. Bloqueio de matrícula de imóveis. Arquivamento provisório dos autos. Violação do contraditório e da ampla defesa. Fundamentos do acórdão objurgado não atacados. Súmulas nº 182/STJ e nº 284/STF. 1. Na hipótese em exame, o Tribunal de origem entendeu ser possível o bloqueio cautelar de matrícula de imóvel, porém sempre como medida provisória, sendo incabível o arquivamento do processo sem garantir aos proprietários o contraditório e a ampla defesa. 2. Em recurso especial o recorrente deixa de impugnar especificamente todos os fundamentos da decisão objurgada. Incidência das Súmulas nºs 182/STJ e 284/STF, aplicada por analogia. 3. As medidas acautelatórias – sejam elas de natureza jurisdicional, sejam de natureza administrativa – mas que atingem a esfera jurídica de terceiros, não podem ter caráter permanente, ainda mais quando não existe processo regular em curso destinado a dirimir, em caráter definitivo, a controvérsia ou a dúvida jurídica que deu suporte à restrição imposta. Precedente do STJ. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-REsp 1.408.475 – (2013/0329902-8) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 15.04.2014)

3  
33080**Multa – litigância de má-fé – ITCMD – revisão da verba honorária**

“Processual civil e tributário. ITCMD. Violação ao art. 535 não configurada. Multa por litigância de má-fé. Revisão da verba honorária. Reexame do contexto fático-probatório dos autos. Súmula nº 7/STJ. 1. No que se refere à alegada afronta ao disposto no art. 535, inciso II, do CPC, verifico que o julgado recorrido não padece de omissão, porquanto decidiu fundamentadamente a *quaestio* trazida à sua análise, não podendo ser considerado nulo tão somente porque contrário aos interesses da parte. 2. Quanto à aplicação da multa por litigância de má-fé, a Corte local entendeu ‘a má-fé processual não restou caracterizada. Cabe ressaltar, neste ponto que, ‘para configuração da litigância de má-fé, deve estar presentes fortes indícios de atuação dolosa ou culposa da parte e prejuízo processual para a parte contrária. Neste particular há que se levar em consideração que a boa-fé se presume e a má-fé reclama prova ou fortes indícios’ (fl. 213, e-STJ). Desse modo, a análise da controvérsia é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula nº 7/STJ: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’. 3. O STJ atua na revisão da verba honorária somente quando esta tratar de valor irrisório ou exorbitante, o que não se configura neste caso. Assim, o reexame das razões de fato que conduziram a Corte de origem a tais conclusões significaria usurpação da competência das instâncias ordinárias. Dessa forma, aplicar posicionamento distinto do proferido pelo aresto confrontado implica reexame da matéria fático-probatória, o que é obstado a este Tribunal Superior, conforme determina a Súmula nº 7/STJ: ‘A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial’. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 461.653 – (2014/0006206-0) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 15.04.2014)

3  
33079**Propriedade industrial – patente de medicamento – ação de nulidade**

“Recurso especial. Propriedade industrial. Patente de medicamento. Ação de nulidade manejada contra ato do INPI que indeferiu pedido de patente. Pedido de patente depositado sob a égide da Lei nº 5.771/1971. Inaplicabilidade do acordo TRIPs. Entrada em vigor da Lei nº 9.279/1996. Possibilidade de depósito de patente *pipeline*. 1. Ao tempo da Lei nº 5.772/1971 não eram privilegiáveis e, portanto, não poderiam ser objeto de patente, produtos químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação. 2. O acordo TRIPs, incorporado ao ordenamento jurídico nacional pelo Decreto Presidencial nº 1.355/1994, permitiu

o patenteamento de produtos farmacêuticos (art. 27), mas suas disposições tornaram-se obrigatórias, no Brasil, somente a partir de 1º de janeiro de 2000, tendo em vista o prazo de extensão geral estabelecido no seu art. 65.2. 3. O pedido de patente de fármaco depositado no INPI em 1996 não poderia, portanto, ser deferido com base na Lei nº 5.772/1971 nem tampouco apreciado diretamente com base nas disposições do acordo TRIPs, cuja observância ainda não havia se tornado obrigatória. 4. Com a entrada em vigor da Lei nº 9.279/1996, surgiu para o autor possibilidade de desistir do pedido previamente depositado e apresentar outro requerendo a patente *pipeline*, desde de que cumpridos os requisitos dispostos na nova lei, o que não ocorreu. 5. Recurso especial improvido.” (STJ – REsp 1.127.971 – (2009/0046381-8) – 3ª T. – Rel. Min. Sidnei Beneti – DJe 14.04.2014)

**Comentário IOB**

Trata-se de ação ordinária (fls. 04/19) contra o Inpi, em que a autora afirmou que havia registrado patentes de produtos farmacêuticos (análogos de nucleotídeo) nos Estados Unidos em 17.09.1993 e 08.02.1994 e que resolveu estender essa patente para o Brasil, apresentando, para tanto, pedido de patente em 18.03.1996, quando já estaria em vigor o acordo TRIPs, que admitia o patenteamento de produtos e processo farmacêuticos e químicos.

O Inpi teria recusado o registro da patente requerida, afirmando que, com a entrada em vigor da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/1996, a requerente deveria ter abandonado o seu pedido de patente e efetuado um outro pedido de patente, nos termos do art. 229 da referida norma, a fim de que se convertesse o pedido de patente normal em um pedido de patente *pipeline*, o qual estaria subordinado a requisitos formais diferentes.

Na petição inicial, a autora argumentou, em síntese, que o pedido não poderia ter sido indeferido, porque a Lei nº 9.279/1996 apenas entrou em vigor em momento posterior à apresentação do pedido. Além disso, o seu art. 229 não exigiria a apresentação de um pedido novo em substituição àquele que já estava sob processamento.

Como ao tempo do requerimento já estava em vigor o TRIPs, que admitia o patenteamento de fármacos, deveria ter sido analisado e deferido, segundo sustenta o pedido de patente. Ao final, requereu a anulação do ato administrativo do Inpi que indeferiu o seu pedido de patente.

A sentença julgou improcedente o pedido, afirmando que a regra do TRIPs relativa à patenteabilidade de produtos farmacêuticos somente entraria em vigor em 01.01.2000. Desse modo, a possibilidade de deferimento da patente apresentada teria surgido, pela primeira vez no ordenamento nacional, com a Lei nº 9.279/1996, que entrou em vigor no dia 15.05.1997. Assim, como ao tempo da apresentação do pedido vigia o Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/1971), que vedava a concessão de patentes para produtos químicos e farmacêuticos, o Inpi teria decidido corretamente ao exigir a apresentação de novo pedido, nos termos do art. 229 da Lei nº 9.279/1996, editada posteriormente.

A autora apelou reeditando, em linhas gerais, os mesmos argumentos da petição inicial, tendo o Tribunal de origem negado provimento ao apelo.

Houve, então, a interposição do recurso especial aduzindo, em síntese, que o acordo TRIPs, que permitia o patenteamento de fármacos, ao contrário do que afirmado pelas instâncias de ori-

gem, já estava em vigor ao tempo em que depositado o pedido de patente.

Alegou que, muito embora o art. 65.2 do acordo TRIPs permitisse aos países signatários adiar a sua aplicação até 01.01.2000, o Brasil não teria se utilizado dessa prerrogativa, porque não se pronunciou expressamente a esse respeito. Dessa forma, as disposições convencionadas internacionalmente tiveram aplicação imediata em nosso País, ou seja, a partir de 1995. O Tribunal de origem, assim não o reconhecendo, teria violado os arts. 65.2, 70.2 do acordo TRIPs e também divergido de entendimento fixado em precedentes desta Corte. Apontou violação do art. 70.1 do mesmo acordo TRIPs, que apenas dispensa a observância dos termos acordados para os atos ocorridos anteriormente ao início da sua vigência, colhendo, portanto, os prazos em curso para os pedidos de patentes já formulados, mas pendentes de julgamento. A mesma orientação também se aplicaria por força do art. 6º, § 1º, da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro e do que reconhecido em precedentes do STF indicados no recurso especial.

Ainda sustentou que o art. 229 da Lei de Propriedade Industrial não poderia obrigar àqueles que já haviam depositado pedido de patente a converter esse pedido em pedido de patente *pipeline*. O disposto no art. 229 da Lei nº 9.279/1996 seria apenas uma faculdade, criada pela lei, com a finalidade de oferecer um processamento mais simples e rápido para a concessão de patentes. O STJ negou provimento ao recurso especial.

José Carlos Tinoco Soares, discorrendo sobre a possibilidade da alegação de nulidade da patente como matéria de defesa, ressaltou:

“[...] Trata-se de uma adoção mais ampliada do que já estava previsto no art. 188 do Decreto-Lei nº 7.903, de 27.08.1945, primeiro Código de Propriedade Industrial, ou seja: ‘Poderá constituir matéria de defesa na ação criminal a alegação de nulidade da patente ou registro em que a ação se fundar. A absolvição do réu, entretanto, não importará nulidade da patente ou do registro, que só poderá ser demandada pela ação competente.’”

O renomado autor, comentando o art. 183 da Lei nº 9.279/1996, explica que comete crime contra a propriedade industrial quem viola direito da patente de invenção ou de modelo de utilidade. Contudo, ressalva:

“[...] para a caracterização deste específico delito não deverão ser admitidas em juízo as simples expectativas de direito (pedidos de patente de invenção ou de modelo de utilidade) ou mesmo as patentes que já caíam no domínio público, pela decorrência do prazo legal, pela decretação de caducidade, por falta de pagamento de anuidade ou ainda pela sua anulação judicial, ou outra decisão da qual não caiba mais recurso.

Considerando, pois, a integral validade da patente de invenção ou de modelo de utilidade, comete crime contra uma ou outra aquele que fabrica, usa meio ou processo ou promove a sua aplicação ou utilização por si ou por terceiros, sem autorização do titular.” (*Lei de patentes, marcas e direitos conexos, Lei nº 9.279, de 14.05.1996*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. p. 101 e 275)

3  
33078

### Recuperação judicial – aval – obrigação cambiária autônoma – prosseguimento da execução individual

“Agravamento regimental no agravo em recurso especial. Recuperação judicial. Aval. Obrigação cambiária autônoma. Prosseguimento da execução individual em desfavor dos

avaliatas. Novação dos créditos que não alcança o aval. 1. O deferimento de recuperação judicial em face da sociedade empresária não suspende a execução do título de crédito em relação aos seus avaliadas, salvo do sócio com responsabilidade ilimitada e solidária, o que não é o caso. 2. ‘A novação do crédito não alcança o instituto do aval, garantia pessoal e autônoma por meio da qual o garantidor compromete-se a pagar título de crédito nas mesmas condições do devedor’ (AgRg-AREsp 96.501/RS, Rel. Min. João Otávio de Noronha, 3ª Turma, julgado em 06.08.2013, DJe 20.08.2013). 3. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 295.719 – (2013/0034642-0) – 4ª T. – Rel. Min. Luis Felipe Salomão – DJe 14.04.2014)

3  
33077

### Representação processual – recurso – ausência de procuração – inexistência

“Agravamento regimental. Agravo em recurso especial. Ausência de procuração outorgada aos advogados da recorrente. Enunciado nº 115 da Súmula do STJ. 1. Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos (Enunciado nº 115 da Súmula do STJ). 2. Agravo regimental a que se nega provimento.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 472.464 – (2014/0019148-8) – 4ª T. – Relª Min. Maria Isabel Gallotti – DJe 15.04.2014)

#### Comentário IOB

Cuida-se de agravo regimental interposto da decisão, proferida pelo Ministro Presidente do STJ, que não conheceu de agravo em recurso especial, tendo em vista a incidência do Enunciado nº 115 da Súmula do STJ.

A agravante sustentou, em síntese, ser inaplicável o óbice processual invocado à hipótese dos autos, sob o fundamento de que incide, na presente hipótese, o disposto no art. 13 do Código de Processo Civil.

O STJ negou provimento ao agravo regimental.

Oportuno trazer trecho do entendimento do Relator:

“Ora, a ausência de qualquer uma das peças que devem obrigatoriamente compor o agravo, tal como a procuração outorgada aos advogados da ora agravante, dá ensejo ao não-conhecimento do recurso.

Consoante reiterada e uníssona jurisprudência desta Corte, o recurso dirigido ao Superior Tribunal de Justiça deve estar acompanhado, desde o momento de sua interposição, do instrumento de procuração que outorga poderes ao advogado da recorrente, além da cadeia de substabelecimentos, tendo em vista o comando contido no Enunciado nº 115 da Súmula do STJ.”

Vejamos o art. 13 do Código de Processo Civil, que assim estabelece:

“Art. 13. Verificando a incapacidade processual ou a irregularidade da representação das partes, o juiz, suspendendo o processo, marcará prazo razoável para ser sanado o defeito.

Não sendo cumprido o despacho dentro do prazo, se a providência couber:

I – ao autor, o juiz decretará a nulidade do processo;

II – [...];

III – [...].”

Vale destacar alguns julgados:

“APELAÇÃO CÍVEL – ADVOGADO DO AUTOR SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS – NECESSIDADE DE INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEMANDANTE PARA CORRIGIR O VÍCIO DE REPRESENTAÇÃO – DESPESAS CONDOMINIAIS – EXECUÇÃO MOVIDA PELO CONDOMÍNIO EM FACE DE CONDÔMINO – INEXISTÊNCIA DE TÍTULO EXECUTIVO – CRÉDITO QUE APENAS SE REVESTE DE EXECUTIVIDADE QUANDO PREVISTO EM CONTRATO – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – 1. A extinção do feito por vício de representação processual reclama prévia intimação pessoal do autor, sendo insuficiente o ato intimatório endereçado exclusivamente ao advogado sem procuração. 2. No caso em tela, extrai-se dos autos que: (a) de fato, a inicial veio desacompanhada de instrumento de mandato; (b) a intimação para que o vício fosse sanado foi publicada somente no Diário da Justiça e dirigida apenas a um dos patronos das autoras; (c) de qualquer modo, o vício anteriormente existente foi sanado quando da interposição do apelo. 3. Outrossim, não era, de fato, cabível a extinção do feito sem resolução de mérito. Deve, pois, ser anulada a sentença, tendo em vista encontrar-se eivada por *error in procedendo*. No entanto, não se afigura necessário, aqui, o retorno do feito ao juízo de origem, uma vez que a causa já se encontra madura para julgamento, nos termos do art. 515, § 3º, do CPC. 4. A execução em testilha não diz respeito a créditos decorrentes de taxas de condomínio previstas em contrato de locação, tratando-se, ao revés, de execução proposta pelo condomínio em face de condômino. 5. A norma do art. 585, V, do CPC apenas se refere a despesas de condomínio cujo pagamento tenha sido pactuado em cláusula acessória de contrato de locação imobiliária. Ou seja: a via executiva assiste não ao condomínio, mas apenas ao locador que pretenda cobrar do locatário o valor de taxas condominiais cujo pagamento esteja previsto em contrato. 6. Patente, portanto, a carência de ação. 7. Recurso conhecido e provido.” (TJES, Ap 0011520-67.2011.8.08.0035, Rel. Des. Subst. Lyrio Regis de Souza Lyrio, DJe 22.01.2014)

‘APELAÇÃO – ANULATÓRIA DE DUPLICATA – PRELIMINAR DEFEITO DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL – INEXISTENTE – COMPRA E VENDA DE COMBUSTÍVEL – QUITAÇÃO NÃO COMPROVADA – ORIGEM DO DÉBITO NÃO DEMONSTRADA – AUSÊNCIA DE ACEITE NA DUPLICATA, BEM COMO DE COMPROVANTE DE ENTREGA DE MERCADORIAS – PROVA TESTEMUNHAL QUE NÃO ESCLARECE QUE OS PRODUTOS INDICADOS NAS NOTAS FISCAIS FORAM DE FATO RECEBIDOS PELA AUTORA INCUMBÊNCIA DO REQUERIDO, NOS TERMOS DO ART. 333, INCISO II, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL – RECURSO CONHECIDO E PROVIDO – 1. Não há que se falar em defeito na representação processual da empresa apelante, se o seu contrato social encontra-se juntado na ação cautelar de sustação de protesto em apenso aos autos principais. 2. A duplicata é título de crédito causal, sendo imprescindível à sua emissão a prévia existência de compra e venda mercantil. 3. A ação declaratória de nulidade de título é ação de índole negativa. Assim negada pela sacada de duplicata mercantil não aceita a existência de relação negocial que emprestasse respaldo à sua emissão, o ônus da prova acerca da existência da causa válida e eficaz a autorizar o saque do título transfere-se à pretensa credora. E, não produzida a respectiva prova pela emiteente, impõe-se declarado inexistente o débito representado na cartula, com a sua conseqüente anulação.’ (TJMS, Ap 0817811-10.2012.8.12.0001, 3ª C.Cív., Rel. Des. Marco André Nogueira Hanson, DJe 06.03.2014)

‘APELAÇÃO CÍVEL – AÇÃO DE COBRANÇA – SEGURO OBRIGATÓRIO DPVAT – INVALIDEZ – IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL DO AUTOR – CONCESSÃO DE PRAZO RAZOÁVEL PARA REGULARIZAÇÃO – AUTOR INTIMADO PESSOALMENTE – Juntada de procuração outorgando poderes apenas para tratar de qualquer assunto junto do consulado geral de Portugal no Brasil. Outorga específica. 2. Interpretação restritiva. Irregularidade não sanada. Art. 13, I, CPC. Nulidade do processo reconhecida de ofício. Ausência de pressuposto de constituição e desenvolvimento válido e regular. Extinção do feito sem resolução do mérito. Art. 267, IV, CPC. Apelo prejudicado.’ (TJPR, AC 1022300-0, 9ª C.Cív., Rel. Des. Domingos José Peretto, DJe 25.03.2014, p. 401)” (Disponível em: [online.sintese.com](http://online.sintese.com))

3  
33076

### Representação processual – advogado subscritor – ausência de procuração

“Agravos regimentais. Recurso especial. Processual civil. Advogado subscritor. Ausência de procuração. Súmula nº 115/STJ. Agravo regimental não conhecido.” (STJ – AgRg-REsp 1.258.310 – (2011/0134050-7) – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 15.04.2014)

3  
33075

### Representação processual – ausência de procuração originária – irregularidade

“Processual civil. Ausência de procuração originária. Irregularidade de representação. Incidência da Súmula nº 115/STJ. Precedentes. Agravo regimental não provido. 1. ‘Na instância especial é inexistente recurso interposto por advogado sem procuração nos autos.’ Súmula nº 115/STJ. 2. Na linha da jurisprudência do STJ, a regularidade da representação processual deve ser comprovada no ato da interposição do recurso. 3. Em casos como o presente, descabe a aplicação do art. 13 do Código de Processo Civil, e nem mesmo se admite que a juntada espontânea e posterior do documento faltante supra o vício originário. Precedentes do STJ. 4. Agravo regimental não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 446.419 – (2013/0384903-1) – 2ª T. – Rel. Min. Herman Benjamin – DJe 15.04.2014)

3  
33074

### Responsabilidade civil – hospital – erro médico

“Agravos regimentais no recurso especial. Direito civil. Erro médico. Responsabilidade civil do hospital por dano causado por médico integrante do corpo clínico. Acórdão recorrido proferido em consonância com o entendimento desta Corte. Súmula nº 83/STJ. Indenização por danos



morais. *Quantum* arbitrado. Revisão. Inviabilidade. Valor razoável. Súmula nº 7/STJ. Agravo regimental desprovido.” (STJ – AgRg-REsp 1.257.969 – (2011/0125421-0) – 3ª T. – Rel. Min. Paulo de Tarso Sanseverino – DJe 15.04.2014)

**3**  
**33073** **Sociedade empresária – uso indevido de nome fantasia – ação de obrigação de não fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e morais**

“Civil e processual civil. Agravo no agravo em recurso especial. Ação de obrigação de não fazer c/c pedido de indenização por danos materiais e compensação por danos morais. Uso indevido de nome fantasia de sociedade empresária. Prequestionamento. Ausência. Súmula nº 282/STF. Dissídio jurisprudencial. Inviabilidade. Fundamento do acórdão não impugnado. Súmula nº 283/STF. 1. A ausência de decisão acerca do dispositivo legal indicado como violado impede o conhecimento do recurso especial. 2. A ausência de prequestionamento do tema que se supõe divergente impede o conhecimento da insurgência veiculada pela alínea c do permissivo constitucional. 3. A existência de fundamento do acórdão recorrido não impugnado – quando suficiente para a manutenção de suas conclusões – impede a apreciação do recurso especial. 4. Agravo não provido.” (STJ – AgRg-Ag-REsp 439.130 – (2013/0392567-3) – 3ª T. – Relª Min. Nancy Andrighi – DJe 15.04.2014)

**PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**3**  
**33072** **Corrupção de menores – concurso de pessoas – uso de arma de fogo – natureza formal – consumação**

“Penal. Corrupção de menores. Art. 244-B do Estatuto da Criança e do Adolescente. Crime formal. Desnecessidade de exercício de efetiva influência sobre o menor. Roubo qualificado. Art. 157, § 2º, I e II, do CP. Crime contra empresa pública federal. Concurso de pessoas. Ameaça com arma de fogo. Roubo de dinheiro e celular da agência. Roubo de três celulares de clientes. Autoria comprovada. Valor probante inquestionável. Apelações do Ministério Público Federal e do réu providas em parte. 1. Agente que, na companhia de um menor de idade, no dia 28.10.2011, ingressou em uma Agência da Empresa de Correios e Telégrafos, na Cidade de Rosário do Catete/SE, e praticou, mediante o emprego de arma de fogo, o crime de roubo, subtraindo o valor de R\$ 33.920,75 (trinta e três mil, novecentos e vinte reais e setenta e cinco centavos), em dinheiro e 03 (três) aparelhos celulares, sendo dois de clientes do banco e um do agente de segurança da agência. 2. O eg. Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial Representativo da Controvérsia – REsp 1.127.954/DF, sedimentou entendimento de que

o crime de corrupção de menores, previsto no art. 244-B da Lei nº 8.069/1990, tem natureza formal, bastando para sua consumação a participação de menor de 18 (dezoito) anos no delito e na companhia de agente imputável, sendo irrelevante o fato de já estar ele corrompido. 3. Autoria e materialidade positivadas. Confissão em juízo. Prisão em flagrante com o os objetos do roubo. Roubo consumado. 4. Sentença que condenou o denunciado, pela prática dos delitos tipificados no art. 157, § 2º, I e II, e do Código Penal e 244-B da Lei nº 8.069/1990 (corrupção de menores), em concurso formal (art. 70, do CP), à pena de 06 (seis) anos, 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, correspondendo cada dia-multa ao valor de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, fixando o regime semi-aberto como o inicial de cumprimento de pena. 5. Apelação do MPF para aumentar a pena-base, elevar a qualificadora do § 3º do art. 157 do CP em fração superior a 1/3 e majorar a fração correspondente ao concurso formal, na fração de 3/8 (três oitavos), ao invés da fração de 1/4 (um quarto) aplicada na sentença, porque o réu teria praticado cinco delitos, sendo o roubo do dinheiro da agência, mais três celulares (dois de clientes e um da agência) e o crime de corrupção de menores. 6. Recurso do réu que pede a aplicação das atenuantes previstas no art. 65, I e III, *d*, do Código Penal (menor de 21 anos e confissão espontânea), posto que elas têm caráter objetivo, reduzindo-se a pena. 7. A dosimetria da pena deve ser aplicada, respeitando-se o sistema trifásico imposto pelo diploma penal, qual seja, a observância das circunstâncias judiciais do seu art. 59, seguidamente das agravantes e atenuantes e, ao fim, das causas de aumento ou diminuição de pena. 8. Havendo duas causas especiais de aumento de pena (no caso, uso de arma e concurso de pessoas), apenas uma delas deve incidir na terceira fase da aplicação da pena, devendo a outra ser utilizada como circunstância judicial desfavorável ao réu, justificando o aumento da pena-base. 9. Pena-base fixada na sentença em 04 (quatro) anos, tendo sido as circunstâncias judiciais pelo Juízo *a quo* favoráveis ao apelante. Uso de arma de fogo usada como circunstância judicial, nos termos do art. 59 do CP, para aumentar a pena-base no acórdão em 01 (um) ano, totalizando 05 (cinco anos de reclusão). 10. Presente a atenuante relativa à menoridade (art. 65, I, do Código Penal), por ser o apelante menor de 21 (vinte e um) anos à época dos fatos, reduzindo-se a pena em 01 (um) ano, retornando a pena-base para 04 (quatro) anos de reclusão, deixando de reduzir a pena pela confissão espontânea em face da incidência da Súmula nº 321 do STJ: ‘A incidência de circunstância atenuante não pode conduzir a redução da pena abaixo do mínimo legal’. 11. A majorante específica do concurso de pessoas aumenta a pena em apenas um 1/3 (um terço), como determinado na sentença, especialmente quando a majorante de emprego de arma de fogo foi deslocada para o rol de circunstâncias judiciais na primeira fase da dosimetria, ficando a pena em 05 (cinco)

anos e 04 (quatro) meses de reclusão. 12. O eg. Superior Tribunal de Justiça, julgando caso semelhante, na qual o réu fora denunciado por cinco crimes, por terem sido 05 (cinco) o número de vítimas de crime contra o patrimônio, elevou a sanção pelo concurso formal em 1/3 (um terço) – HC 173.068/RJ, Rel<sup>a</sup> Min. Laurita Vaz, 5<sup>a</sup> Turma, Julgado em 08.10.2013, DJe 16.10.2013. Possibilidade da manutenção da fração de 1/4 (um quarto) para o aumento da pena referente ao concurso formal (art. 70 do CP). 13. Manutenção da pena definitiva em 06 (seis) anos, 08 (oito) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 16 (dezesesseis) dias-multa, correspondendo cada dia-multa ao valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos. Regime semi-aberto como o inicial de cumprimento de pena. 14. Apelação do MPF provida em parte, apenas para aumentar a pena-base, e apelação do réu provida em parte, para aplicar a atenuante da menoridade, sem, todavia, haver alteração na pena definitivamente fixada.” (TRF 5<sup>a</sup> R. – ACr 0005274-91.2011.4.05.8500 – (9115/SE) – 3<sup>a</sup> T. – Rel. Des. Fed. Geraldo Apoliano – DJe 18.03.2014)

3  
33071

**Crime ambiental – exploração de recursos minerais – prévia autorização – inexistência**

“*Habeas corpus*. Art. 2º da Lei nº 8.176/1991 e art. 55 da Lei nº 9.605/1998. Justa causa para ação penal. Presente. Competência da Justiça Federal. Inépcia da denúncia. Não configurada. Prescrição e nulidade decorrente do indeferimento de prova pericial. Não ocorrência. Ordem denegada. I – A exploração de recursos minerais em território nacional, quer na superfície, quer no subsolo deste, depende de prévia autorização do Departamento Nacional de Produção Mineral – DNPM, sendo irrelevante que a área explorada seja privada ou que não seja de preservação permanente, pois tais circunstâncias não afastam a necessidade de autorização daquele órgão federal. Assim, independentemente do eventual dano ambiental decorrente da exploração ilícita, a inexistência de autorização do DNPM é bastante para evidenciar o interesse da União no caso como também a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito criminal. II – Inexistente a alegada inépcia da inicial acusatória que, entre os demais requisitos da denúncia apta ali presentes, apontou indícios suficientes da autoria delitiva do paciente não só por ser o sócio-administrador da pessoa jurídica Premoldados Itambé Ltda., mas também em face de outros indícios desse fato (testemunhos colhidos durante a investigação), o que, de todo modo, se sujeitará à devida análise e ponderação, durante a instrução criminal, com vistas a uma eventual condenação. III – Não configuradas no caso a alegada prescrição da pretensão punitiva estatal bem como a suposta nulidade decorrente do indeferimento da prova pericial requerida pelo réu, uma vez que, confor-

me pacífica jurisprudência sobre o tema, o recebimento da denúncia se dá nos termos do art. 396 do CPP e não do art. 399 do mesmo Código (na qual é prevista apenas a sua manutenção, caso não seja a hipótese de absolvição sumária), não tendo transcorrido, a toda evidência, o prazo de 4 (quatro) anos necessário à ocorrência do referido fenômeno jurídico, se considerado o marco correto de interrupção do prazo prescricional; tampouco há nulidade no fato de o Juiz *a quo* ter, fundamentadamente, indeferido, nos termos do art. 184 do CPP, prova que se mostra desnecessária ao esclarecimento da verdade. IV – Ordem denegada.” (TRF 1<sup>a</sup> R. – HC 0012025-89.2014.4.01.0000/MG – Rel. Juiz Fed. Conv. Lino Osvaldo Serra Sousa Segundo – DJe 04.04.2014)

3  
33070

**Crime ambiental – pesca no lago – princípio da insignificância – aplicabilidade**

“Penal. Processo penal. Crime ambiental. Pesca no Lago Paranoá. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Ausência da tipicidade material. Sentença absolutória. Recurso desprovido. 1. O princípio da insignificância tem aplicabilidade a qualquer espécie de crimes, salvo aqueles cometidos com emprego de violência ou grave ameaça à pessoa. 1.1 A aplicação do referido princípio, nos casos de delitos contra o meio ambiente, limita-se aos casos de pequeno grau de reprovabilidade social da conduta, diante da relevância do bem jurídico tutelado pela Constituição de 1988. 2. As circunstâncias do caso concreto demonstram que as condutas dos apelados não causaram lesão alguma ao meio ambiente, de modo a justificar a aplicação da lei penal. 3. Preenchidos os requisitos objetivos referentes ao princípio da insignificância, quais sejam, a ofensividade inexpressiva das condutas dos réus, a ausência de periculosidade social das ações praticadas por eles, o mínimo grau de reprovabilidade de seus comportamentos e a insignificância da lesão jurídica causada ao meio ambiente, é recomendável a manutenção da sentença absolutória recorrida. 4. A condenação penal não se justifica nem se sustenta quando presente apenas a tipicidade formal, fazendo-se necessária a demonstração da tipicidade material, que se encontra ausente no caso concreto. 5. Recurso desprovido.” (TJDFT – Pen 20130110670425 – (771608) – Rel. Des. Gilberto Pereira de Oliveira – DJe 28.03.2014)

3  
33069

**Crime contra incolumidade pública – tráfico de drogas – pena – alteração do regime – possibilidade**

“Apelação criminal. Crime contra a incolumidade pública. Tráfico de drogas. Sentença condenatória. Recurso do Ministério Público e da Defesa. Aventada nulidade da sentença ante a incoerência dos laudos periciais. Mácula

inexistente. Laudo de constatação preliminar que constitui peça meramente informativa. *Experts* do Instituto Geral de Perícias, ademais, que atestaram a existência das substâncias químicas cocaína e DMA ou DOB nos narcóticos periciados, listadas na Portaria nº 344/1998 da Anvisa, como de uso proscrito em todo o território nacional. Eiva rechaçada. Anseio do *Parquet* de excluir a causa especial de diminuição de pena contida no art. 33, § 4º, da Lei Antidrogas ou fixá-la em patamar mínimo. Pretensão da defesa, todavia, de majorá-la ao grau máximo. Acolhido o pleito ministerial para reduzir a benesse à fração mínima. Quantidade e natureza da droga apreendida que merecem especial relevo na aplicação do redutor. 912 comprimidos de cocaína e 74 micropontos de DOB e DMA. Fixação de nova reprimenda. *Quantum* que não autoriza a substituição da pena corporal por restritivas de direitos ou a concessão de Sursis. Postulada a modificação do regime inicial de cumprimento de pena. Possibilidade. Alterado o regime prisional para o semiaberto. Almejada a aplicação da pena de multa em conformidade com as diretrizes do art. 49 do Código Penal. Impossibilidade. Previsão legal específica. Inteligência do art. 43 da Lei nº 11.343/2006. Postulado o direito de recorrer em liberdade. Recurso não conhecido no particular. Juízo singular que já concedeu o benefício no decreto condenatório. Recurso do Ministério Público conhecido e provido e da defesa parcialmente conhecido e provido em parte.” (TJSC – ACr 2013.030901-8 – Rel. Des. Sérgio Rizelo – Dje 28.01.2014)

**3**  
**33068**

**Crime contra o sistema de telecomunicação – rádio pirata – sem autorização da Anatel – materialidade e autoria – comprovação**

“Penal. Apelação criminal. Rádio pirata sem autorização da Anatel. Art. 183 da Lei nº 9.472/1997. Materialidade e autoria comprovadas. Dolo configurado. Dosimetria. Pena-base reduzida ao mínimo. De ofício, prestação pecuniária para a União e pena de multa conforme o Código Penal. Apelo ministerial provido e da defesa parcialmente. 1. O acusado operava a rádio clandestina Canal Mais FM. O transmissor operava em 89,7Mhz, na frequência modulada de 88 a 108Mhz, com potência aproximada de 25 Watts. Desenvolvia clandestinamente atividade de telecomunicação sem a devida licença concedida pelo órgão competente (Anatel). 2. A materialidade vem amplamente demonstrada através da prisão em flagrante, laudos da Anatel, relatório técnico e fotográfico, boletim de ocorrência, auto de exibição e apreensão, laudo de exame no local e laudos de exame de equipamentos eletroeletrônicos. 3. Autoria demonstrada através da prisão em flagrante, prova testemunhal e interrogatório do réu perante a autoridade policial. 4. Dolo configurado por ter o réu admitido saber que a rádio não tinha autorização para funcionar. 5. Favoráveis ao réu as circunstâncias do art. 59 do Código Penal, foi reduzida

a pena-base no patamar mínimo, resultando ao final em 02 (dois) anos de detenção, em regime aberto. 6. A multa de R\$ 10.000,00 foi substituída, de ofício, por 10 (dez) dias-multa no piso legal. 7. Substituída a pena por prestação de serviços à comunidade, cujos detalhes de seu cumprimento competem ao juízo da execução, nos moldes do art. 66, V, a, da LEP, e prestação pecuniária de 02 (dois) salários-mínimos. Esta se destina, de ofício, à União Federal, de acordo com entendimento desta Turma. 8. Apelo da defesa parcialmente provido e da acusação integralmente provido.” (TRF 3ª R. – ACr 0009852-57.2008.4.03.6108/SP – 1ª T. – Rel. Des. Fed. José Lunardelli – Dje 26.03.2014)

**3**  
**33067**

**Crime de contrabando – máquinas caça-níqueis – caracterização**

“Penal e processual penal. Art. 334, § 1º, alínea c, do CP. Máquinas caça-níqueis. Crime de contrabando. Dolo comprovado. Materialidade e autoria comprovadas. I – Crime de contrabando suficientemente comprovado em todos os seus elementos, conforme tipificação prevista no art. 334, § 1º, c, do Código Penal. II – Não há que se falar em ausência de dolo ou em insuficiência de provas, pois a lesão ao bem jurídico tutelado é significativa e atentatória à moral, aos bons costumes e à ordem pública, uma vez que trata-se de equipamento empregado na prática de jogo de azar legalmente proibido em nosso País, irrelevante, portanto, o seu aspecto econômico. Precedentes. III – Apelação provida.” (TRF 1ª R. – ACr 0024690-28.2010.4.01.3800/MG – Rel. Des. Fed. Cândido Ribeiro – Dje 28.03.2014 – p. 930)

**3**  
**33066**

**Crime de contrabando – prescrição da pretensão punitiva – princípio da insignificância – inaplicabilidade**

“Penal. Processual penal. Preliminar de prescrição da pretensão punitiva rejeitada. Contrabando. Autoria e materialidade demonstradas. Propriedade das mercadorias. Irrelevância. Princípio da insignificância inaplicável. Desclassificação do delito. Impossibilidade. Dolo demonstrado. Pena fixada no mínimo legal. Impossibilidade de substituição da pena de prestação de serviços por prestação pecuniária. Apelação do réu desprovida. Sentença mantida. 1. No que tange a arguição de prescrição da pretensão punitiva estatal, verifico que não houve transito em julgado deste recurso para a acusação, não havendo como, então, falar-se em prescrição da pretensão punitiva, em sua modalidade retroativa, com base na pena concretamente aplicada. Ora, nos termos do art. 109, *caput*, do Código Penal, a prescrição, antes do trânsito em julgado para a acusação, regula-se pelo máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime que, no caso dos autos, é de quatro anos de reclusão, o que enseja

prazo prescricional de 8 (oito) anos, nos termos do art. 109, inciso IV, do Código Penal. Não tendo transcorrido tal lapso prescricional entre a data dos fatos (10.01.2008) e a data do recebimento da denúncia (01.06.2009 – fl. 41), bem como desta data até a data da publicação da sentença condenatória (fl. 91), não restou configurada a prescrição da ação penal em relação as condutas atribuídas ao réu Andre Luiz Tirolo.

2. Considerando que a utilização de máquinas caça-níqueis não é permitida no Brasil, restou caracterizada a ocorrência do delito de contrabando, motivo pelo qual entendo que o princípio da insignificância não se mostra aplicável ao caso concreto, pois a conduta descrita se mostra penalmente relevante.

3. Os equipamentos irregularmente importados se destinam à prática comercial de jogos de azar, notoriamente proibido em território nacional e cuja importação para tal finalidade não se viabilizaria regularmente em nenhuma hipótese, motivo pelo qual não há que se falar na insignificância da referida conduta que, no caso concreto, atingiu de forma plena a proibição da importação da mercadoria apreendida, cuja tutela abrange a segurança e a paz social.

4. Também não há que se falar em desclassificação do delito para enquadramento na contravenção penal de exploração de jogos de azar. O réu, no exercício de atividade comercial, fez uso da mercadoria de procedência estrangeira introduzida clandestinamente no País. Sendo sua ação subsumida, completamente, ao tipo penal previsto no art. 334, § 1º, c, do Código Penal.

5. No crime de contrabando o bem jurídico tutelado é a Administração Pública, diversamente do previsto para contravenção referente à exploração de jogos de azar, qual seja, os bons costumes.

6. A introdução irregular das mercadorias em território nacional restou comprovada pelo auto de exibição e apreensão de fl. 04 e pelos laudos de exame em máquinas eletrônicas realizados pelo Instituto de Criminalística da Secretaria de Segurança Pública do Estado de São Paulo (fls. 09/23), o que comprova a materialidade do delito.

7. No que se refere à autoria, restou comprovada pelo termo de declarações de fl. 06, confirmado pelo apelante em seu próprio interrogatório (fl. 81 – mídia de fl. 82), onde admitiu que mantinha os equipamentos em seu estabelecimento, mesmo após ter máquinas apreendidas em ocasião anterior.

8. As condições pessoais do acusado, trazidas à tona em seu interrogatório judicial, permitem inferir que ele sabia do caráter ilícito de ter consigo o equipamento apreendido, não se podendo aceitar que simplesmente ‘guardava’ a máquina para outras pessoas. Como por ele mesmo afirmado em seu interrogatório, possui 2º grau completo, tendo, inclusive, cursado o primeiro ano do curso de Direito.

9. Não havendo irresignação da defesa quanto à fixação da pena-base e com relação às demais fases de fixação da pena privativa de liberdade, tenho que a mesma deva ser mantida nos termos em que lançada, posto que observada a jurisprudência atual e os preceitos legais atinentes à matéria, não havendo necessidade de se reformá-la.

10. Quanto ao pedido de conversão da pena de prestação de

serviços comunitários em pena de prestação pecuniária por ter o réu outras atividades profissionais, tenho que o mesmo não merece prosperar, pois, mesmo alegando dificuldades em virtude de sua atividade profissional, nada trouxe aos autos que permitisse a este Relator aquilatar da efetiva necessidade de mudança, não sendo possível, desta feita, a conversão pretendida.

11. Preliminar rejeitada. Apelação do réu a que se nega provimento. Sentença mantida.” (TRF 3ª R. – ACr 0001795-86.2009.4.03.6117/SP – 5ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Fontes – DJe 21.03.2014)

3  
33065

### Crime de descaminho – constituição definitiva do crédito tributário – desnecessidade

“Recurso ordinário em *habeas corpus*. Descaminho. Crime formal. Desnecessidade de constituição definitiva do crédito tributário. Impossibilidade de equiparação com o crime de sonegação fiscal. Tutela de tributos regulatórios de mercado. Proteção primária do natural funcionamento da indústria nacional e do interesse econômico-estatal na estabilidade das relações de mercado. Lançamento definitivo do tributo: exigência que esvazia o conteúdo do injusto culpável, tornando-o quase inaplicável, por via hermenêutica. Regra da Súmula Vinculante nº 24/STF. Não incidência. Recurso desprovido.

1. O fato de um dos bens jurídicos tutelados pelo direito penal no crime de descaminho ser a arrecadação tributária não pode levar à conclusão de que sua natureza jurídica é a mesma do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990. De rigor conceder tratamento adequado às especificidades dos respectivos tipos, a fim de emprestar-lhes interpretação adequada à natureza de cada delito, considerado o sistema jurídico como um todo, à luz do que pretendeu o legislador ao editar referidas normas.

2. ‘Não se interpreta o direito em tiras; não se interpreta textos normativos isoladamente, mas sim o direito, no seu todo – marcado, na dicção de Ascarelli, pelas suas premissas implícitas’ (trecho do voto vista do Ministro Eros Grau, no julgamento pelo STF da ADPF 101/DF, Relª Min. Cármen Lúcia, Tribunal Pleno, DJe 01.06.2012).

3. A norma penal do art. 334 do Código Penal – elencada sob o Título XI: ‘Dos Crimes Contra a Administração Pública’ – visa a proteger, em primeiro plano, a integridade do sistema de controle de entrada e saída de mercadorias do país, como importante instrumento de política econômica. Engloba a própria estabilidade das atividades comerciais dentro do País, refletindo na balança comercial entre o Brasil e outros países. Na fraude pressuposta pelo referido tipo, ademais, há artifícios mais amplos para a frustração da atividade fiscalizadora do Estado do que o crime de sonegação fiscal, podendo referir-se tanto à utilização de documentos falsificados, quanto, e em maior medida, à utilização de rotas marginais e estradas clandestinas para fuga da fiscalização alfandegária.

4. A exigência de lançamento

tributário definitivo no crime de descaminho esvazia o próprio conteúdo do injusto penal, equivalendo quase a uma descriminalização por via hermenêutica, já que, segundo a legislação aduaneira e tributária, nesses casos incide a pena de perdimento da mercadoria, operação que tem por efeito jurídico justamente tornar insubsistente o fato gerador do tributo e, por conseguinte, impedir a apuração administrativa do valor devido. 5. A prática do descaminho não se submete à regra instituída pelo Supremo Tribunal Federal ao editar a Súmula Vinculante nº 24, expressa em exigir o exaurimento da via administrativa somente em ‘crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei nº 8.137/1990’. 6. Em suma: o crime de descaminho perfaz-se com o ato de iludir o pagamento de imposto devido pela entrada de mercadoria no País. Não é necessária a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido para a configuração do delito, embora este possa orientar a aplicação do princípio da insignificância quando se tratar de conduta isolada. Trata-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao *quantum* do imposto devido não integra o tipo legal. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e da 5ª Turma desta Corte. 7. Recurso desprovido.” (STJ – RHC 34.770/RS – (2012/0264072-0) – 5ª T. – Relª Min. Laurita Vaz – DJe 28.03.2014)

#### Comentário IOB

O vertente acórdão trata de recurso ordinário em *habeas corpus* interposto contra acórdão proferido assim ementado, *in verbis*:

“*Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Descaminho. Constituição definitiva do crédito tributário. Desnecessidade. Evasão de divisas. Crime-meio. Materialidade. Comprovação. Inépcia da denúncia. Art. 41 do CPP. A constituição definitiva do crédito tributário não se mostra indispensável para o início da persecução penal pelo delito de descaminho, uma vez que o ilícito em questão consuma-se independentemente da conclusão de eventual procedimento administrativo para apuração daquele. A caracterização do delito de evasão de divisas como crime-meio para prática do referido ilícito constitui questão a ser abordada na instrução criminal, não se mostrando adequado seu enfrentamento nos estreitos limites do *habeas corpus*, uma vez que reclama revolvimento de matéria fático-probatória. Havendo indicativos outros nos autos acerca da materialidade do delito, não apresenta maior relevância o fato de o laudo pericial não ser conclusivo quanto à origem do material apreendido, podendo, todavia, a questão ser debatida pelas partes durante a instrução do feito. Inepta é a denúncia que não permite que se entenda a acusação feita ao réu, impossibilitando, em consequência, que dela defenda-se. Se da leitura da inicial é possível compreender a imputação formulada, permitindo que os réus exerçam com efetividade, e de forma ampla, o consagrado direito à defesa, descabe falar em afronta ao art. 41 do Código de Processo Penal.”

A configuração do crime de descaminho independe de apuração administrativo-fiscal do valor do imposto não pago. A decisão é da 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça.

A Relatora mencionou em seu voto que aquele que ilude o controle aduaneiro para importar mercadorias, sem o pagamento dos devidos impostos, comete crime de descaminho, independentemente da apuração administrativo-fiscal do valor do im-

posto, por se tratar de um crime formal, diferentemente do que ocorre no crime de sonegação fiscal.

Vale trazer trecho do voto do Relator:

“O produto inserido no mercado brasileiro, fruto de descaminho, além de lesar o Fisco, enseja o comércio ilegal, concorrendo, de forma desleal, com os produzidos no País, de forma a gerar graves prejuízos para a atividade empresarial brasileira. Ao contrário do que ocorre no crime de sonegação fiscal, a consumação do descaminho não exige a apuração administrativo-fiscal do montante que deixou de ser recolhido. Cuida-se de crime formal, e não material, razão pela qual o resultado da conduta delituosa relacionada ao quantum do imposto devido não integra o tipo legal: se a fraude ocorre na alfândega, o delito resta consumado com a liberação da mercadoria; se ocorre em local diverso da aduana, consuma-se no momento da entrada ou da saída da mercadoria do País.

[...]

Há justa causa na hipótese.

Não se descarta de precedentes das 5ª e 6ª Turmas deste Superior Tribunal de Justiça corroborando a tese recursal, proferidas depois do julgamento, por esta Corte do HC 109.205/PR, de seguinte ementa:

‘PENAL – *HABEAS CORPUS* – DESCAMINHO – TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL – AUSÊNCIA DE PRÉVIA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO NA ESFERA ADMINISTRATIVA – NATUREZA TRIBUTÁRIA DO DELITO – ORDEM CONCEDIDA – 1. Consoante recente orientação jurisprudencial do eg. Supremo Tribunal Federal, seguida por esta Corte, eventual crime contra a ordem tributária depende, para sua caracterização, do lançamento definitivo do tributo devido pela autoridade administrativa. 2. O crime de descaminho, por também possuir natureza tributária, eis que tutela, dentre outros bens jurídicos, o Erário Público, deve seguir a mesma orientação, já que pressupõe a existência de um tributo que o agente logrou êxito em reduzir ou suprimir (iludir). Precedente. 3. Ordem concedida para trancar a ação penal ajuizada contra os pacientes no que tange ao delito de descaminho, suspendendo-se, também, o curso do prazo prescricional.’ (Relª Min. Jane Silva, Desembargadora convocada do TJMG, 6ª Turma, Julgado em 02.10.2008, DJe 09.12.2008)”

O Superior Tribunal de Justiça concluiu que o bem jurídico ferido pela prática de descaminho é maior do que o mero valor do imposto. A própria atividade comercial do País encontra-se abarcada, pois afeta a balança comercial entre o Brasil e outros países.

Diante do exposto, o STJ negou provimento ao recurso.

3  
33064

#### Crime de favorecimento da prostituição – exploração sexual – *habeas corpus* – inadequação da via eleita

“*Habeas corpus*. Favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável. Discussão acerca da autoria do delito. Inadequação da via eleita. Matéria fático-probatória que não pode ser conhecida em sede de *habeas corpus*. Excesso de prazo. Questão não apreciada pelo Juízo *a quo*. Vedação à supressão de instância. 1. O paciente é acusado do crime insculpido no art. 218-B (favorecimento da prostituição ou outra forma de exploração sexual de vulnerável) do Código Penal, tendo sido preso em flagrante na data de 12 de janeiro de 2014. 2. A via

estreita do *habeas corpus* não comporta dilação probatória acerca dos fatos, não sendo o meio adequado à discussão sobre a autoria do delito ou sobre as circunstâncias que o rodeiam se, para tanto, necessita-se da análise aprofundada das provas. 3. Impossibilidade de se conhecer da alegação de excesso de prazo na custódia cautelar, uma vez que não restou comprovado pelo impetrante que a autoridade impetrada teve oportunidade de se manifestar quanto a essa questão, sendo vedada a indevida supressão de instância. Precedentes desta Câmara Criminal. 4. Ordem não conhecida.” (TJCE – HC 0000137-52.2014.8.06.0000 – Rel. Luiz Evaldo Gonçalves Leite – DJe 28.03.2014)

**3**  
**33063**

**Execução penal – diminuição – considerável decréscimo – possibilidade**

“Penal. Agravo em execução penal. Pleito de diminuição de valores arbitrados a título de prestação pecuniária (pena restritiva de direitos). Assemelhada demanda acolhida no juízo da execução, importando em considerável decréscimo. Insurgência descolada da menor comprovação da impossibilidade de adimplemento. Não atendimento a decisório. Pretensão destituída de razoabilidade, ante a fixação, em definitivo, do razoável *quantum* de R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais). Pleito de decréscimo de valor para ínfimos R\$ 100,00 (cem reais) mensais que não se reveste de plausibilidade minimamente demonstrada. Agravo improvido. 1. Desmerece qualquer reforma o decisório ora agravado, visto que parametrado pelo absoluto senso de proporcionalidade, na medida em que já se operou significativo decréscimo do *quantum* inicialmente fixado a título de prestação pecuniária: de 01 (um) salário-mínimo mensal para R\$ 270,00 (duzentos e setenta reais) ao mês. 2. Não se furtou o Magistrado *a quo* de promover novel análise de sequenciado pleito com análogo desiderato. Ao contrário, demonstrou sensibilidade à postulação, desde que comprovada a impossibilidade mais de vez alegada. 3. Fato é que a impossibilidade de cumprimento da pena pecuniária não se houve demonstrada tanto na instância de piso, quanto em sede do presente recurso, daí o acerto do magistério do Ministério Público Federal – *custos legis* – ao discorrer em sentido contrário ao pedido. 4. Agravo improvido.” (TRF 5ª R. – AgEXP 0044164-20.2013.4.05.0000 – (1914/PE) – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas – DJe 24.02.2014)

**3**  
**33062**

**Falsificação de documento público – uso de documento falso – prescrição retroativa – extinção da punibilidade**

“Penal. Processual penal. Falsificação de documento público e uso de documento falso (arts. 297 e 304 do CP). Trânsito em julgado para a acusação. Prescrição retroativa.

Reconhecimento *ex officio*. Extinção da punibilidade. Exame da apelação criminal prejudicado. 1. Não havendo recurso de apelação do MPF (tendo, portanto, transitado em julgado a sentença para a acusação), calcula-se o prazo prescricional pela pena in concreto; na hipótese, foram três: i) 02 (dois) anos de reclusão para o crime de falsificação de documento; ii) 02 (dois) anos de reclusão para o crime de uso de documento falso; e iii) 60 (sessenta) dias-multa; 2. Passados, então, mais de 06 (seis) anos entre a data do recebimento da denúncia (22.05.2007, CF – fls. 52/53) e da prolação da sentença (02.08.2013, CF – fls. 367/381), constata-se lapso temporal suficiente para que seja reconhecida a prescrição retroativa pela pena aplicada, a gerar a extinção da punibilidade, a teor do que dispõe o art. 109, V, do CP, o qual prevê o prazo de 04 (quatro) anos para prescrição da pena superior a 01 (um) ano e não excedente a 02 (dois), comunicada para a pena de multa que tenha sido cominada (CP, art. 114, II); 3. Havendo a ocorrência da prescrição retroativa, é de ser reconhecida mesmo *ex officio*, matéria de ordem pública que é, jamais sujeita aos rigores da preclusão – Súmula nº 241 do extinto TFR; 4. Prescrição reconhecida *ex officio*, apelação criminal prejudicada, nos termos do pronunciamento da douta Procuradoria Regional da República.” (TRF 5ª R. – Acr 2007.81.00.006227-5 – (10812/CE) – 2ª T. – Rel. Des. Fed. Paulo Roberto de Oliveira Lima – DJe 14.03.2014)

**3**  
**33061**

**Falsidade ideológica – prescrição retroativa – reconhecimento**

“Penal. Apelação criminal da defesa. Arts. 299 e 304, ambos do Código Penal. Pena de 01 (um) ano de reclusão. Excluído o aumento pela continuidade delitiva. Súmula nº 497 do STF. Prescrição retroativa reconhecida. Art. 19 da Lei nº 7.492/1986. Dolo evidenciado. Fraude comprovada. Mantida a condenação. Regime aberto para início de cumprimento da pena. Art. 44 do CP. Substituição por restritivas de direito. Recurso parcialmente provido. 1. Súmula nº 146 do STF: ‘A prescrição da ação penal regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação’. 2. Considerando a pena de 01 (um) ano de reclusão (Súmula nº 497 do STF), verifica-se a ocorrência da prescrição dos crimes de uso de documento falso (art. 304 do CP) e de falsidade ideológica (art. 299 do CP), dado o lapso temporal observado entre a consumação do último ilícito penal (28.03.2007) e a data de recebimento da denúncia (12.05.2011). Incidem os regramentos estabelecidos nos arts. 109, V, c/c 110, §§ 1º e 2º, todos do Código Penal, aplicáveis na hipótese sem as alterações introduzidas pela Lei nº 12.234/2010. 3. Prescrição da pena de multa no mesmo prazo da pena privativa de liberdade, nos termos do art. 114, II, do Código Penal. 4. A de obtenção de financiamento

em instituição financeira mediante fraude é crime previsto no art. 19 da Lei nº 7.492/1986. Ao requerer cheques de pessoas conhecidas, ciente da inexistência de provisão de fundos, orientando a sua contraordem, tão somente para obter antecipação de crédito junto à Caixa Econômica Federal, conduta comprovada por diversas provas documentais e testemunhais, incide o agente na conduta delitativa prevista na legislação especial. 5. Fixada a pena privativa em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, tratando-se de réu não reincidente, cujas circunstâncias judiciais não justificam a imposição de regime mais gravoso, determina-se o regime aberto para iniciar o cumprimento da pena. 6. Atendidos os requisitos do art. 44 do CP, a hipótese é de substituição da pena privativa por duas restritivas de direito. 7. Apelação criminal parcialmente provida.” (TRF 5ª R. – ACr 2007.82.01.003089-3 – (10708/PB) – 3ª T. – Rel. Des. Fed. Marcelo Navarro Ribeiro Dantas – DJe 22.01.2014)

**3**  
**33060** Prova – rescisão contratual – cláusula penal – contrato de cogestão – infração – ônus da prova – degravação – impedimento

“Rescisão contratual. Cláusula penal. Contrato de cogestão de atividade desportiva. Infrações contratuais. Processual. Impedimento de degravação. Ônus da prova. 1. Não se confunde a impossibilidade de degravação da mídia ou produção de provas, porque requeridas tempestivamente e deferidas em decorrência do direito ao contraditório, com a formação da convicção do juiz. Ambas as partes entenderam pelo julgamento sem repetição das oitivas e há suficiência de elementos de prova para a resposta jurisdicional, sendo a regra do ônus da prova para o estado de dúvida. 2. Legítima expectativa da co-gestora que agia corretamente na consecução de sua atividade e comprovados os investimentos para atender aos fins contratuais. Houve infrações contratuais relevantes e comprovadas, destacando-se a falta de repasse de numerário, contratação de atletas sem anuência expressa, falha na cessão dos espaços, além de outras enumeradas com influência na cogestão. A aquiescência abrange todos os elementos contratuais, não se apreendendo causa eficiente para justificar o comportamento da contratante. Cláusula penal que estabelece o reembolso do investimento, cujos termos e valores não foram impugnados especificamente. Recurso não provido.” (TJSP – Ap 0077591-98.2001.8.26.0100 – São Paulo – 35ª CDPriv. – Rel. José Malerbi – DJe 27.03.2014)

**3**  
**33059** Tráfico internacional de entorpecente – causa de diminuição de pena – inaplicabilidade

“*Habeas corpus*. Constitucional. Penal. Tráfico internacional de entorpecente. 1. Incabível impetração contra

decisão monocrática proferida no Superior Tribunal de Justiça. 2. Causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Impossibilidade de reexame de prova. 3. Fixação do regime a ser realizada pelo juízo de origem com a recaptura do paciente. Ordem denegada. 1. Impetração contra decisão monocrática proferida pela Ministra Laurita Vaz no Agravo em Recurso Especial nº 280.089. É incabível o *habeas corpus* neste Supremo Tribunal quando não interposto o agravo regimental no Superior Tribunal de Justiça. Precedentes. 2. Inaplicabilidade da causa de diminuição prevista no § 4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006. Paciente que, nos termos do que assentado nas instâncias antecedentes, dedica-se a atividade criminosa. Afastar essa premissa demandaria o reexame dos fatos e das provas dos autos, ao que não se presta o *habeas corpus*, como afirmado no julgado objeto do presente recurso. 3. Paciente foragido. Questão do regime prisional a ser apreciada pelo juízo de origem após o cumprimento do mandado de prisão. 4. Ordem denegada.” (STF – HC 120.518 – São Paulo – 2ª T. – Relª Min. Cármen Lúcia – J. 25.03.2014)

**3**  
**33058** Tráfico internacional de pessoas – prostituição – formação de quadrilha – autoria e materialidade – condenação

“Penal. Tráfico internacional de pessoa com a finalidade de exercer a prostituição. Formação de quadrilha. Art. 231, *caput* e § 3º, *c/c* o art. 71 e art. 288, todos do Código Penal. Autoria e materialidade comprovadas. Continuidade delitiva. Configuração. 1. Materialidade e autoria do delito restaram devidamente demonstradas nos autos por meio de provas testemunhais, documentais e interceptações telefônicas, que comprovam que a acusada intermediava o envio de mulheres brasileiras para se prostituírem no exterior. 2. Incide no delito capitulado no art. 231, § 3º, do Código Penal quem promove ou facilita a saída de mulher do território nacional, com o fim de lucro. 3. Presente a causa de aumento de pena prevista no art. 71 do CP, considerando que o crime foi praticado de forma continuada. 4. Configurado o crime de formação de quadrilha (CP, art. 288), à medida que a ré associou-se com mais de três pessoas, de modo permanente e reiterado em benefício da organização criminosa. 5. Apelação desprovida.” (TRF 1ª R. – ACr 0000900-82.2009.4.01.3304 (2009.33.04.000905-9)/BA – 4ª T. – Rel. Des. Fed. Hilton Queiroz – DJe 25.02.2014)

#### Comentário IOB

Passamos a comentar o acórdão que trata de tráfico internacional de pessoas com favorecimento à prostituição.

O Código Penal, em seu art. 231, tipifica o tráfico internacional de pessoas para fins de exploração sexual nos seguintes termos: “Art. 231. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de alguém que nele venha a exercer a prostituição ou outra forma de exploração sexual, ou a saída de alguém que vá exercê-la no estrangeiro.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 8 (oito) anos.

§ 1º Incorre na mesma pena aquele que agenciar, aliciar ou comprar a pessoa traficada, assim como, tendo conhecimento dessa condição, transportá-la, transferi-la ou alojá-la.

§ 2º A pena é aumentada da metade se:

I – a vítima é menor de 18 (dezoito) anos;

§ 3º Se o crime é cometido com o fim de obter vantagem econômica, aplica-se também multa.”

Consta dos autos que foi imputado ao recorrente as sanções previstas no art. 231, *caput* e § 3º, *c/c* os arts. 71 e 69 e art. 288, todos do Código Penal.

As penas foram fixadas em 03 (três) anos e 09 (nove) meses de reclusão e 12 (doze) dias-multa, à razão de 1/30 (um trinta avos) do salário-mínimo vigente à época do fato, e 01 (um) ano de reclusão, respectivamente, totalizando 04 (quatro) anos e 09 (nove) meses de reclusão, a ser cumprida inicialmente em regime semiaberto, nos termos do art. 33, § 2º, *b*, do CP.

A operação denominada “Princesas do Sertão”, desvendou um esquema de agenciamento de garotas no território brasileiro com a finalidade de exploração sexual em Ibiza, na Espanha.

Inconformada com a condenação, a ré apelou ao TRF da 1ª Região.

Nas razões recursais, a defesa sustentou a tese da negativa de autoria.

A recorrente afirmou que é incabível a condenação por formação de quadrilha, sob o argumento de que inexistem nos autos provas concretas no tocante a unidade de desígnios, associação de tarefas e finalidade predefinida para o fim de cometimento do referido crime.

O juiz sentenciante absolveu a acusada apenas da prática do delito tipificado no art. 171 do Código Penal, com fulcro no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

Ocorre que a recorrente intermediava as viagens de jovens para a Espanha, providenciando, inclusive, os passaportes e passagens aéreas, com o firme propósito de promover a saída dessas pessoas do País para o exercício da prostituição no estrangeiro.

Com base nisso, a 4ª Turma do TRF da 1ª Região manteve a condenação de quatro anos e nove meses de reclusão em regime semiaberto pela prática de tráfico internacional de pessoas.





