TutPrv no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 691.866 - SP (2015/0067764-2)

RELATOR	**:**	**MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
REQUERENTE	:	ALFREDO ALMEIDA JÚNIOR
REQUERENTE	:	GLÓRIA MARIA BARBOSA DE ALMEIDA
REQUERENTE	:	SALIM FERES SOBRINHO
REQUERENTE	:	ANA LÚCIA RIOS ALMEIDA FERES
REQUERENTE	:	FRANCISCO RODOLFO ALMEIDA
REQUERENTE	:	TEREZINHA DE FATIMA DINIZ
REQUERENTE	:	JOSÉ LUIS BIZARRO
REQUERENTE	:	MARIA LÚCIA BARBOSA BIZARRO
ADVOGADOS	:	LUÍS EDUARDO MENEZES SERRA NETTO E OUTRO(S) - SP109316
		PAOLA MARTINELLI SZANTO MENDES DOS SANTOS - SP148405
		FLÁVIO CASCAES DE BARROS BARRETO - DF013890
REQUERIDO	:	MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO
REQUERIDO	:	FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	LUCIANA NIGOGHOSSIAN DOS SANTOS E OUTRO(S) - SP134164

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. REQUERIMENTO PARA CONCESSÃO DE TUTELA PROVISÓRIA NO BOJO DE AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE *FUMUS BONI IURIS*. REQUISITOS CUMULATIVOS. PEDIDO INDEFERIDO DESDE LOGO.

DECISÃO

Alfredo Almeida Júnior e outros ajuízam requerimento incidental para concessão de tutela provisória, requerendo seja atribuído efeito suspensivo ao AREsp 691.866/SP (e-STJ fls 2.980-3.012).

Noticiam os autos que Ministério Público do Estado de São Paulo ajuizou ação civil pública pela prática de ato de improbidade administrativa contra os ora requerentes, sob alegação de que o primeiro réu, na qualidade presidente da Eletricidade São Paulo S/A - ELETROPAULO, adquiriu doze apartamentos da empresa Octa Engenharia e Construções Ltda., por valor bem abaixo daquele praticado pelo mercado imobiliário, tendo como contrapartida o favorecimento da referida empresa em procedimentos licitatório realizados pela ELETROPAULO.

O Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo julgou procedente a pretensão ministerial, condenando os réus a perda dos apartamentos em questão, bem como dos rendimentos auferidos pelo uso dos imóveis (e-STJ fls 2.528-2.552).

Irresignados, os réus apelaram ao Tribunal de Justiça paulista (e-STJ fls. 2.565-2.587), o qual, por sua Oitava Câmara de Direito Público, negou provimento à referida insurgência recursal, conforme se infere da ementa do julgado adiante transcrita (e-STJ fl. 2.725):

> AÇÃO CIVIL PÚBLICA. Legitimidade do Ministério Público. Enriquecimento ilícito. Atos ilegais praticados pelo presidente da Eletropaulo e seus familiares. Ulterior privatização que não afasta a legitimidade do Ministério Público. Defesa do patrimônio do Estado, contido no capital da empresa Improbidade que ocorreu ao tempo que a Eletropaulo era tida por empresa pública ou empresa prestadora de serviço público, sujeito o administrador à reprimenda legal. Perdimento de bens. Aquisição de apartamentos por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado e ao seu valor real. Adquirente que exercia função pública de direção de empresa pertencente ao Estado. Evidente obtenção de vantagem econômica. Alienantes que eram sócios de empresa ou a própria empresa, prestadoras de serviços de engenharia para a Eletropaulo. Inegável favorecimento. Fatos que se
> subsumem ao art. 2°, letra "e" e parágrafo único da Lei 3502/58, vigente à época dos fatos. Lei que previa o seqüestro e a perda dos bens. Correta condenação de perdimento dos bens. Honorários advocatícios indevidos. Fazenda do Estado que figurou como assistente litisconsorcial do Ministério Público, que não tem direito de receber honorários advocatícios. Assistente que segue a sorte do assistido. Recursos
> desprovidos.

Os embargos de declaração opostos pelos réus, ora requerentes, às fls. 2.739-2.744 e-STJ, foram rejeitados pela Corte de origem (e-STJ fl. 2.750).

Ainda inconformados, os réus, ora requerentes, interpuseram recurso especial (e-STJ fls. 2.758-2.792) sustentando, em suma, contrariedade aos arts. 267, VI, e 462 do CPC/1973 e dos arts. 1º, 2º, "e", parágrafo único, e 5º, §§ 4º e 5º, da Lei n. 3.502/1958.

A Presidência da Seção de Direito Público do Tribunal de Justiça paulista inadmitiu o recurso especial, com os fundamentos da incidência da Súmula n. 83/STJ e de que o art. 5º, § 5º, da Lei n. 3.502/1958 não foi violado pelo acórdão impugnado (e-STJ fls. 2.845-2.846).

Na sequência, os ora requerentes interpuseram agravo em recurso especial, alegando a insubsistência dos fundamentos utilizados para inadmitir o seu apelo nobre (e-STJ fls. 2.849-2.893).

O Ministério Público Federal, por seu parecer às fls. 2.936-2.938, opinou pelo não conhecimento ou pelo não provimento do agravo em recurso especial.

Por meio da decisão de fls. 2.941-2.942 e-STJ, este relator não conheceu do agravo em recurso especial com arrimo no art. 544, § 4º, I, do CPC/1973.

Os ora requerentes opuseram embargos de declaração contra a decisão supra (e-STJ 2.945-2.957).

Em sede de requerimento para concessão de tutela provisória, os requerentes alegam o seguinte acerca da fumaça do bom direito (e-STJ fls. 3.006):

> Revelado que o Agravo interposto certamente será conhecido e provido, das razões acima deduzidas também é possível perceber que o RECURSO ESPECIAL merece trânsito dotado do excepcional efeito suspensivo, pois a partir da análise de suas razões será possível entender que está presente, na hipótese dos autos, o primeiro requisito autorizador do requerimento de concessão da tutela de urgência aqui perseguida, qual seja, o *fumus boni iuris*.
>
> Portanto, no que concerne a esse elemento, afirmam os Requerentes que há real e elevada probabilidade de provimento do apelo extremo, apesar de inadmitido em sede de juízo provisório de admissibilidade, pois é evidente, conforme tudo como acima demonstrado, a negativa de vigência aos artigos

> 462 e 267, VI, do CPC/73, e a violação dos artigos 2º, "*e*", e parágrafo único, 1º e 5º, §§ 4º e 5º, da Lei n. 3.502/58.

Quanto ao perigo da demora, asseveram que "[o] prazo para cumprimento da primeira parte do *decisum* terminará em 08/08/17, ocasião em que terão que depositar a quantia de R$ 36.131.296,77 (trinta e seis milhões, cento e trinta e um mil, duzentos e noventa e seis reais e setenta e sete centavos), acrescida de custas, se houver" (e-STJ fl. 3.007).

Ao final, pugnam pela concessão de efeito suspensivo ao agravo em recurso especial.

Por meio do despacho de fl. 3.097, este relator determinou expedição de ofício dirigido ao Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública do TJSP, a fim de que informasse a este gabinete o atual andamento da execução provisória iniciada no presente feito.

Na sequência, este relator exerceu o juízo de retratação, nos termos do *caput* do artigo 259 do RI/STJ, tornando sem efeito o *decisum* de fls. 2.941-2.942 e-STJ (e-STJ fl. 3.098).

A Coordenadoria de Processamento de Feitos de Direito Público certificou, à fl. 3.115 e-STJ, que o Juízo da 2ª Vara da Fazenda Pública da Comarca da Capital do Estado de São Paulo se furtou a prestar as informações requeridas por este relator, nada obstante tenham sido expedidos dois ofícios.

É o relatório. Decido.

A edição do novel Código de Processo Civil de 2015 impôs alterar o Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, o qual passou a disciplinar a matéria nos seguintes termos:

> Art. 288. Admitir-se-ão tutela de urgência ou tutela da evidência requeridas em caráter antecedente ou incidental na forma da lei processual.
> [...]
> § 2º O relator poderá apreciar a liminar e a própria tutela de urgência, ou submetê-las ao Órgão Julgador competente.`

Porém, os pressupostos para a concessão da medida extrema continuam os mesmos, quais sejam: o *periculum in mora* (evidenciado pela urgência na prestação jurisdicional) e o *fumus boni juris* (consistente na possibilidade de êxito do recurso especial), sendo certo que ambos necessitam estar presentes cumulativamente.

Todavia, não se verifica, em tese, a presença da fumaça do bom direito, requisito necessário à concessão da medida extrema. E assim se diz, em tese, porque se está no âmbito de cognição sumária, evitando-se qualquer prejulgamento do agravo em recurso especial.

Nesse sentido, deve ser realçado que o acórdão impugnado rechaçou fundamentadamente a tese de superveniente ilegitimidade ativa *ad causam* do *Parquet*, bem como assentou, com base no acervo fático-probatório dos autos, o enriquecimento ilícito por força da aquisição dos apartamentos por preço manifestamente inferior àquele praticado pelo mercado imobiliário. Confira-se (e-STJ fls. 2.731-2.732 e 2.733-2.734):

> O fato da privatização tornou-se relevante porque os réus, com essa alegação, voltaram a afirmar a ilegitimidade de parte do Ministério Público, para a propositura da ação e, agora, porque a Eletropaulo tornou-se empresa privada, sem interesse público, razão pela qual o autor não teria legitimidade para defender seus interesses individuais, contemplando-a com a entrega dos bens imóveis e seus rendimentos. Respeitado o entendimento em sentido contrário, manifestado, inclusive, em um caso, levado ao egrégio Conselho Superior do Ministério Público, como consta de documento juntado com a apelação dos réus, a preliminar do recurso não

> pode subsistir pois a defesa de interesses públicos, por parte do Ministério Público, não se restringia à defesa de patrimônio de empresa do Estado, mas ao próprio patrimônio do Estado, na época contido no capital daquela empresa. Nesses termos, mesmo após a
> privatização, subsistia a legitimidade do autor, para prosseguir na ação, na defesa do patrimônio público e não na defesa da empresa privada. E tanto foi efetiva a atuação do autor que, a final, sobreveio a condenação em favor da Fazenda Pública, sem recurso das partes, no que diz com a titularidade do resultado da condenação. O erário público, e não a empresa privada, é que será ressarcido, segundo a r. sentença. Ademais, a improbidade do administrador ocorreu ao tempo em que a Eletropaulo era tida por empresa pública, ou empresa prestadora de serviço público, sujeito o administrador à reprimenda legal, justificando-se a atuação do autor, para aplicação da lei sancionatória, pela prática de ato tido como ímprobo, na vigência da lei anterior.
> Afasta-se, pois, a alegação de superveniente ilegitimidade ativa do Ministério Público.
> [...]
> Pois bem. Analisando-se os fatos, frente à lei, conclui-se que ficou caracterizado o enriquecimento ilícito. É evidente a obtenção de vantagem econômica, por parte dos apelantes, por meio da aquisição dos apartamentos por preço sensivelmente inferior ao corrente no mercado e ao seu valor real. A prova pericial bem o demonstra e o mm. juiz, didaticamente, apresentou os quadros comparativos dos preços a fls. 2251, 2252 e 2255/2256 sendo que, estes últimos quadros, revelam os valores em dólares americanos, bem representando a atualização dos preços, com relação ao valor venal, valor real e valor de compra. Este último correspondeu a 10% do valor de mercado,
> segundo avaliações do Instituto de Criminalística e do perito, entre os quais há diferenças inexpressivas. Nessa vantagem de preço, está a vantagem econômica havido pelos réus, na aquisição dos bens imóveis.

Nessas condições, a probabilidade de êxito do recurso especial parecer ser remota, seja porque não vislumbra má interpretação dos arts. 267, VI, e 462 do CPC/1973, seja por força da incidência da Súmula n. 7/STJ.

A ausência da fumaça do bom direito é bastante para vulnerar o pleito cautelar, pois o entendimento perfilhado por esta Corte é no sentido de que os requisitos autorizadores para o deferimento de medida extrema são cumulativos, e não alternativos.

Ante o exposto, **indefiro**, desde logo, o pedido.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 02 de abril de 2019.

Ministro BENEDITO GONÇALVES
Relator