

Sentenças



EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0054721-38.2012.4.03.6182

Embargante: ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA.
Embargada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL
Origem: JUÍZO FEDERAL 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO/SP
Juiz Federal: ERIK GRAMSTRUP
Disponibilização da Sentença: DJEN 21/03/2022

SENTENÇA

Trata-se de embargos à execução fiscal opostos entre as partes acima assinaladas, buscando afastar a cobrança de tributos e de seus acessórios.

Impugna a parte embargante a cobrança, apontando que:

* Os lançamentos são nulos, dado a embargante não ter sido convocada a participar do processo administrativo de lançamento;

* Não se pode admitir o redirecionamento da execução fiscal sem que seja oportunizada defesa prévia;

* A embargante não é sucessora da MAFERSA, mas apenas adquiriu o fundo de comércio relativo à unidade de negócios ferroviários. Por isso não pode ser responsabilizada pelo pagamento;

* A MAFERSA prosseguiu com suas atividades após a venda do estabelecimento para a embargante, de modo que sua responsabilidade haveria no máximo de ser subsidiária;

* Faz-se necessária a efetiva apuração do valor que poderia vir a ser exigido da embargante, pois a embargante somente poderia ser responsabilizada pelos tributos vinculados à atividade em que teria supostamente sucedido a executada original, qual seja, a atividade ferroviária de fabricação de vagões de passageiros;

* Ilegalidade da cobrança de multas e juros em face da sucessora;

* Ilegalidade da cobrança de multa de 30% presente na CDA n.º 80.2.98.024311-10, porque, tratando-se de multa de mora aplicável aos débitos decorrentes de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil, o §2º do art. 61 da Lei n.º 9.430/96 é expresso ao prever a limitação de 20%, sendo que, tendo o lançamento sido realizado em momento posterior ao advento da Lei n.º 9.430/96, o instituto da retroação benigna deveria ter sido necessariamente observado.

A inicial veio acompanhada de documentos.

Em manifestação de fls. 353/357 a embargante alega que:

* O crédito exequendo está prescrito, pois a suspensão da exigibilidade no caso de adesão a parcelamento somente ocorre com a homologação expressa e a prestação de garantia suficiente ou o arrolamento de bens.

Os embargos foram recebidos com efeito suspensivo (fls. 598).

A embargada apresentou impugnação, defendendo (fls. 611/642):

* Regularidade das CDA's;

- * Inocorrência da decadência e da prescrição;
- * A responsabilidade tributária por sucessão não pressupõe participação no processo administrativo;
- * A responsabilidade da embargante por sucessão na forma do art. 133 do CTN por todo o passivo tributário de MAFERSA;
- * Desnecessidade de exibição dos processos administrativos;
- * Deixa de contestar a alegação referente à irregularidade da multa de 30% aplicada na inscrição n.º 80 2 98 024311-10 (Ato Declaratório do PGFN n.º 2 de 07/11/2006).

Por traslado, veio aos autos cópias da substituição da CDA n.º 80.2.98.024311-10 nos autos da execução principal, com redução da multa de mora, em concordância com as alegações da embargante.

Considerada a substituição referida, determinou-se a intimação da embargante para aditar a inicial (fls. 854).

Aditamento à inicial a fls. 856/857 reforçando os argumentos da inicial.

Réplica a fls. 858/881.

Contestação ao aditamento a fls. 884/890v.

Após despacho determinando a especificação de provas, a fls. 906/920 a embargante pediu a produção de prova testemunhal e pericial-contábil

Indeferiu-se a produção de prova testemunhal, porém foi deferida a prova pericial (fls. 921).

A fls. 922/928, a embargante apresentou seus quesitos e indicou seu Assistente Técnico.

A embargada formulou quesitos às fls. 930/933, sem indicação de Assistente Técnico.

A Perícia requereu a juntada de cópia do processo administrativo n.º 13.807.006930/00-15 (fls. 939), tendo sido juntado pela embargada a fls. 942/1164.

A fls. 1165/1166 a embargante veio informar que verificou no sistema da embargada a extinção das CDA's n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto da Execução Fiscal n.º 0041242-46.2010.4.03.6182.

A fls. 1179 a embargada confirmou referida extinção, com base em decisão judicial transitada em julgado nos autos do MS n.º 0039384-72.2009.401.3400.

Do universo das exigências embargadas, somente remanesceu em discussão a CDA n. 80.2.98.024311-10, relativa à Execução Fiscal no 0045518-28.2007.403.6182.

Consideradas as exclusões, determinou-se às partes que ratificassem os quesitos apresentados. A embargada apresentou retificação a fls. 1194/1198 e a embargante a fls. 1185/1191, pedindo o julgamento antecipado do mérito quanto às inscrições excluídas.

Decisão de fls. 1205 rejeitou o julgamento antecipado parcial do mérito.

Veio o laudo pericial a fls. 1239/1260.

A embargada se manifestou sobre o laudo a ID 58053212 e a embargante a ID 58075080.

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. DECIDO.

PERDA PARCIAL DE OBJETO

Os embargos à execução perdem seu objeto sempre que algum evento posterior ao seu ajuizamento venha a prejudicar a solução da questão pendente, tolhendo-a de relevância atual. A perda de objeto faz desaparecer o interesse na resolução de seu mérito, porque esta deixa de ser útil às partes.

Nesse momento há que se consignar a superveniência de fato novo a ensejar a perda parcial de objeto da presente ação de embargos à execução.

Isso porque, conforme relatado, a embargante foi favorecida por decisão judicial transitada em julgado proferida nos autos do MS n.º 0039384-72.2009.401.3400, que culminou com a extinção das CDA's n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto da Execução Fiscal n.º 0041242-46.2010.4.03.6182.

Tanto assim, que nos autos do executivo fiscal foi explicitado o cancelamento das inscrições respectivas.

Forçoso reconhecer perda parcial do objeto dos embargos, já que não houve reconhecimento expresso do pedido e a razão para a exclusão ser alheia às causas de pedir formuladas pela embargante.

Em que pese a falta de reconhecimento expresso, há considerações a fazer em matéria de sucumbência, atribuível no caso de acordo com o princípio da causalidade.

Esse princípio, o da causalidade, tem prevalecido em respeitáveis precedentes do E. STJ, como exemplifico abaixo:

"Deveras, a imposição dos ônus processuais, no Direito Brasileiro, pauta-se pelo princípio da sucumbência, norteado pelo princípio da causalidade, segundo o qual aquele que deu causa à instauração do processo deve arcar com as despesas dele decorrentes."

(AgRg no REsp 1104279/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/10/2009, DJe 04/11/2009)

E ainda, no regime dos "recursos repetitivos", firmou a seguinte posição a que se submete este Juízo:

A Primeira Seção do STJ, sob o regime do artigo 543-C do CPC (recursos repetitivos), ratificou o posicionamento de que, em casos de extinção de execução fiscal, em face de cancelamento de débito pela exequente, é necessário verificar quem deu causa à demanda a fim de imputar-lhe o ônus pelo pagamento dos honorários advocatícios (REsp 1.111.002/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 1º.10.09).

(Idem: AgRg no REsp 1.148.441/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 17.8.2010.)

Reconhecida a insubsistência dos créditos executados tem-se no caso a responsabilidade da parte exequente (aqui embargada) na movimentação desnecessária da máquina judiciária.

Isso posto, decreto a perda superveniente do interesse de agir, quanto às inscrições n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto

da *Execução Fiscal* n.º 0041242-46.2010.4.03.6182 e atribuo a responsabilidade pela sucumbência à exequente-embargada, da forma que será cogitada abaixo, no dispositivo. Em corolário, deixo de conhecer as alegações deduzidas a propósito dos créditos respectivos.

Prossigo no julgamento, quanto à inscrição remanescente n. 80.2.98.024311-10, relativa à *Execução Fiscal* no 0045518-28.2007.403.6182.

RECONHECIMENTO DO PEDIDO. REDUÇÃO DA MULTA CONTIDA NA CDA N.º 80.2.98.024311-10

Sustentou a embargante na inicial a ilegalidade da cobrança de multa de 30% presente na CDA n.º 80.2.98.024311-10.

Afirmou que, tratando-se de multa de mora aplicável aos débitos decorrentes de tributo administrado pela Receita Federal do Brasil, o §2º do art. 61 da Lei n.º 9.430/96 seria expresso ao prever a limitação de 20%, sendo que, tendo o lançamento surgido em momento posterior ao advento da Lei n.º 9.430/96, o instituto da retroação benigna deveria ter sido necessariamente observado.

Na impugnação, a embargada deixou de contestar essa alegação com base no Ato Declaratório do PGFN n.º 2 de 07/11/2006.

Na sequência, a fis. 849, a embargada requereu a substituição da CDA n.º 80.2.98.024311-10 para redução de multa de mora aplicada, em vista da aplicação da retroatividade benéfica.

Outro caminho não resta a este Juízo senão proclamar sua procedência, diante do reconhecimento jurídico por parte da embargada-exequente.

De fato, como ensina HUMBERTO THEODORO JR.,

“Reconhecida procedência do pedido, pelo réu, cessa a atividade especulativa do juiz em torno dos fatos alegados e comprovados pelas partes. Só lhe restará dar por findo o processo e por solucionada a lide nos termos do próprio pedido a que aderiu o réu. Na realidade, o reconhecimento acarreta o desaparecimento da própria lide, já que sem resistência de uma das partes deixa de existir o conflito de interesses que provocou sua eclosão no mundo jurídico”.

(Curso de direito processual civil, Rio: Forense, 2003, p. 288)

Conforme pontifica o ilustre processualista, o conhecimento das questões fáticas e jurídicas por este Juízo fica prejudicado, em face do reconhecimento da procedência da pretensão do embargante.

Desde a sua primeira oportunidade de manifestação nos autos a parte embargada não ofereceu resistência à redução do valor da multa manifestando apenas o temor de ser indevidamente condenada na verba honorária. Diante disso, deixo de cominar-lhe sucumbência quanto a essa questão.

PRESCRIÇÃO

Prescrição é um fenômeno que pressupõe a inércia do titular, ante a violação de um direito e ao decurso de um período de tempo fixado em lei. Seu efeito próprio é a fulminação da pretensão. Não é o próprio direito subjetivo material que perece, mas a prerrogativa de postular sua proteção em Juízo. Por tal razão, o início do curso do prazo fatal coincide com o momento em que a

ação poderia ter sido proposta. O fluxo se sujeita à interrupção, à suspensão e ao impedimento.

Já a decadência é o prazo para exercício de um direito (potestativo) que, em si, gera instabilidade jurídica, de modo que a lei o institui para eliminar tal incerteza, caso o titular não o faça antes, pelo puro e simples esgotamento da faculdade de agir.

É renunciável o direito de invocar a prescrição, mas não antes de consumada (CC, 161), podendo tal renúncia ser expressa - não há forma especial - ou tácita - quer dizer, por ato de ostensivo reconhecimento do direito ao qual se refere à pretensão prescrita. Pode ser alegada a qualquer tempo e instância (CC, 162) e atualmente reconhecida de ofício (artigo 487, inciso II, do NCPC).

Contra a Fazenda Pública, é de cinco anos (D. 20.910/31, art. 1o.). Não corre enquanto pender apuração administrativa da dívida (art. 2o.). Quando se tratar de prestações periódicas, extinguem-se progressivamente. Somente se interrompe uma vez, recomeçando pela metade, consumando-se no curso da lide a partir do último ato ou termo (art. 3o. do D. 4.597/42).

Conforme o ensinamento de AGNELO AMORIM FILHO (RT n. 300/7), a prescrição está ligada às ações que tutelam direitos de crédito e reais (direitos que têm como contrapartida uma prestação). Tais são as ações condenatórias (e as execuções que lhes corresponderem). Às mesmas é que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 e ora são cuidadas pelos arts. 205/6 do CC/2002.

Diversamente, na decadência é o próprio direito que se extingue. Verifica-se, ao menos no campo do Direito Privado, que assim sucede em casos nos quais direito e ação nascem simultaneamente. Não pressupõe violação do direito material, pois o início do prazo está vinculado ao seu exercício normal. E uma vez que principie, flui inexoravelmente.

Os direitos que decaem pertencem ao gênero dos potestativos. Caracterizam-se pelo poder de modificar a esfera jurídica de outrem, sem o seu consentimento. Contrapõem-se a um estado de sujeição. Têm correspondentes nas ações constitutivas, positivas e negativas que, justamente, têm como objetivo a criação, modificação ou extinção de relações jurídicas. E estas só fenecem, juntamente com o direito subjetivo material, quando houver prazo especial previsto em lei.

Por corolário, são perpétuas as ações constitutivas que não tenham prazo previsto e as ações declaratórias.

No campo do Direito Tributário, a matéria sofreu o influxo da principiologia publicística, sem se afastar dos conceitos acima delineados. O CTN, art. 156, V, alinha a prescrição e a decadência como formas de extinção do crédito tributário.

A primeira vem tratada pelo art. 174, atingindo a ação de cobrança, definindo-se a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário (isto é, da comunicação do lançamento ao sujeito passivo). Interrompe-se pela citação pessoal do devedor (ou pelo despacho que a ordenar, na redação posterior à Lei Complementar n. 118/05), pelo protesto ou ato judicial que o constitua em mora e por ato inequívoco de reconhecimento do débito.

A decadência foi objeto do art. 173, que se refere a um direito potestativo - o de constituir o crédito tributário e também é quinquenal, contando-se do primeiro

dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, da decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetivado ou da notificação, ao contribuinte, de medida preparatória à formalização do crédito tributário.

Em termos simples, nos cinco anos contados do exercício seguinte àquele do fato gerador, o Fisco pode lançar o tributo. Só então é que se torna certa a obrigação, o montante e o sujeito passivo (art. 142, CTN) e, portanto, que se pode cuidar da cobrança. Como lembra PAULO DE BARROS CARVALHO, "*... a solução harmonizadora está em deslocar o termo inicial do prazo de prescrição para o derradeiro momento do período de exigibilidade administrativa, quando o Poder Público adquire condições de diligenciar acerca do seu direito de ação. Ajusta-se assim a regra jurídica à lógica do sistema.*" ("Curso de Direito Tributário", São Paulo, Saraiva, 1991).

É verdade, com respeito aos tributos cujo sujeito passivo deva adiantar o pagamento, que o prazo decadencial ocorreria em cinco anos da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, CTN). Mas isso só se admite caso as declarações do contribuinte venham acompanhadas do pagamento. Nesse caso, cinco anos após o fato gerador sobrevém a assim chamada homologação tácita e é nesse sentido que o direito de lançar decai. Não havendo recolhimento antecipado à atividade administrativa, o termo inicial da contagem da decadência não será o do art. 150, par 4º, CTN e sim o do art. 173.

Com respeito aos tributos sujeitos a lançamento por homologação ou autolancamento (art. 150, do CTN), considera-se constituído o crédito tributário, na data da entrega da Declaração de Débitos e Créditos Tributários Federais - DCTF, ou da Declaração de Rendimentos ou de outra declaração semelhante prevista em lei.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou sobre a matéria que inclusive foi objeto da Súmula n. 436, "*A entrega de declaração pelo contribuinte, reconhecendo o débito fiscal, constitui o crédito tributário, dispensada qualquer providência por parte do Fisco*", entendimento consolidado sob o regime dos recursos repetitivos previsto no art. 543-C, do CPC/1973 (REsp 962.379/RS, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, DJe de 28.10.08)

Desta forma, apresentada a declaração, sem o devido recolhimento do tributo devido, desnecessária a notificação do contribuinte ou a instauração de procedimento administrativo, podendo o débito ser imediatamente inscrito em Dívida Ativa, não havendo que se falar em decadência quanto à constituição do montante declarado, mas apenas prescrição do direito de a Fazenda Pública ajuizar a execução fiscal para cobrança do tributo.

O termo inicial para fluência do prazo prescricional para os tributos sujeitos a lançamento por homologação ou autolancamento, constituídos mediante declaração do contribuinte é a data da entrega da declaração.

Nesse sentido, o entendimento firmado pelo Superior Tribunal de Justiça no AgRg no REsp 1315199/DF, cuja ementa transcrevo:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PRESCRIÇÃO. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. DATA DA ENTREGA DA DECLARAÇÃO OU DO VENCIMENTO, O QUE FOR POSTERIOR. ART. 174 DO CTN. REDAÇÃO ANTERIOR À LEI COMPLEMENTAR N.118/2005.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica desta Corte, o termo inicial do prazo pres-

cricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data da entrega da declaração ou a data vencimento da obrigação tributária, o que for posterior. Incidência da Súmula 436/STJ.

2. Hipótese que entre a data da constituição definitiva do crédito tributário (data da entrega da declaração) e a citação do devedor não decorreu mais de cinco anos. Prescrição não caracterizada.

3. Não cabe ao STJ, em recurso especial, análise de suposta violação do art. 146, inciso III, alínea "b", da Constituição Federal, sob pena de usurpação da competência do STF. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1315199/DF, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 29/05/2012)

Após a vigência da LC n. 118/2005 (em 09.06.2005), forçosa sua aplicação literal - a interrupção da prescrição se dará com o simples despacho citatório (na linha do precedente estabelecido pela E. 1ª. Seção do STJ, ao apreciar o REsp 999.901/RS - Rel.Min. Luiz Fux, DJe de 10.6.2009). No regime anterior à vigência da LC n. 118/2005, o despacho de citação do executado não interrompia a prescrição do crédito tributário, uma vez que somente a citação pessoal válida era capaz de produzir tal efeito. Com a alteração do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, pela LC n. 118/2005, o qual passou a considerar o despacho do juiz que ordena a citação como causa interruptiva da prescrição, somente deve ser aplicada nos casos em que esse despacho tenha ocorrido posteriormente à entrada em vigor da referida lei complementar, isto é, a 09.06.2005. Enfim: Para as causas cujo despacho ordena a citação seja anterior à entrada em vigor da Lei Complementar n. 118/2005, aplica-se o art. 174, parágrafo único, I, do CTN, em sua antiga redação. Em tais casos, somente a citação válida teria o condão de interromper o prazo prescricional (RESP n. 999.901/RS, 1ª. Seção, representativo de controvérsia). O despacho que ordenar a citação terá o efeito interruptivo da prescrição e aplicação imediata nos processos em curso, desde que o aludido despacho tenha sido proferido após a entrada em vigor da LC n. 118, evitando-se retroatividade.

Além disso, no Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu a Primeira Seção do STJ que os efeitos da interrupção da prescrição, seja pela citação válida, de acordo com a sistemática da redação original do art. 174, I, do CTN, seja pelo despacho que determina a citação, nos termos da redação introduzida ao aludido dispositivo pela LC nº 118/2005, devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do Código de Processo Civil de 11/01/1973, com correspondente no artigo 240, § 1º, do NCPC: "*§ 1o A interrupção da prescrição, operada pelo despacho que ordena a citação, ainda que proferido por juízo incompetente, retroagirá à data de propositura da ação*".

Outro fato interruptivo da prescrição, relevante para o caso, é o reconhecimento da dívida por ato inequívoco do obrigado. Esse fator é conhecido tanto no direito público (art. 174, IV, CTN) quanto no privado (art. 202, VI, CC).

De fato, dispõe a respeito o CTN:

Art. 174 - A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único - A prescrição se interrompe:

(omissis)

IV - por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe em reconhecimento do débito pelo devedor.

O pedido de parcelamento, no direito pátrio, é precedido por confissão de dívida fiscal. Desta maneira, ocorre simultaneamente a formalização do crédito e um ato interruptivo de prescrição, que fica obstada enquanto vigor o acordo.

Não poderia ser diferente, pois, durante o parcelamento, fica impedido o Fisco de cobrar o tributo - a contrapartida natural disso é o óbice ao lapso prescricional.

O próprio CTN reza que a "moratória" é fator impeditivo do curso do prazo de prescrição, em seus arts. 155 e 155-A:

Art. 155. A concessão da moratória em caráter individual não gera direito adquirido e será revogado de ofício, sempre que se apure que o beneficiado não satisfazia ou deixou de satisfazer as condições ou não cumprira ou deixou de cumprir os requisitos para a concessão do favor, cobrando-se o crédito acrescido de juros de mora:

(omissis)

Parágrafo único. No caso do inciso I deste artigo, o tempo decorrido entre a concessão da moratória e sua revogação não se computa para efeito da prescrição do direito à cobrança do crédito; no caso do inciso II deste artigo, a revogação só pode ocorrer antes de prescrito o referido direito.

Art. 155-A. O parcelamento será concedido na forma e condição estabelecidas em lei específica.

(omissis)

§ 2º Aplicam-se, subsidiariamente, ao parcelamento as disposições desta Lei, relativas à moratória.

Note-se que, embora o art. 155-A do CTN tenha sido instituído apenas em 2001, por força da Lei Complementar n. 104, ele nada mais fez do que explicitar um princípio geral em matéria de prescrição: enquanto não houver exigibilidade do crédito, não pode fluir o prazo extintivo.

Desta forma, conclui-se que o parcelamento é fato interruptivo (ato inequívoco de reconhecimento da dívida), faz o curso da prescrição ser contado a partir do zero, mas essa contagem só ocorrerá de fato a partir do rompimento. Enquanto o contribuinte estiver em dia, a prescrição fica impedida de correr. Rescindido o parcelamento, inicia-se o fluxo do prazo prescricional. E ainda que o parcelamento não tenha sido deferido, o ato de confissão de dívida opera idênticos efeitos, no que tange à interrupção da prescrição.

Com bases nestas premissas analisa-se a extinção dos créditos em cobro pela via da prescrição.

Como dito, remanesceu em discussão apenas a CDA n.º 80.2.98.024311-10 (PA 10880.278667/98-80), relativa à Execução Fiscal n.º 0045518-28.2007.403.6182.

Conforme as cópias do processo administrativo (PA 10880.278667/98-80) constantes do anexo sigiloso o crédito foi constituído por meio da entrega de DCTF's em 02/09/1996.

Diante da ausência de pagamento, o débito foi inscrito em Dívida Ativa em 04/12/1998.

Em 27/04/2000 a MAFERSA, a sucedida, aderiu ao REFIS.

A confissão de dívida representada pelo pedido de adesão ao parcelamento interrompeu a prescrição – a qual, até então, ainda sequer havia se iniciado porque não tinha ainda ocorrido a constituição definitiva do crédito pelo encerramento do contencioso administrativo.

Por sua vez, a *suspensão* da exigibilidade do crédito – instituto diverso da interrupção – decorreu da homologação do parcelamento após o arrolamento de bens da devedora, na forma da Súmula n. 437 do STJ.

A embargante insiste que a MAFERSA não cumpriu os requisitos necessários para garantir a homologação de sua adesão ao REFIS, uma vez que teria deixado de prestar garantia suficiente ou de promover o arrolamento de seus bens. *Sucedede que não há dúvida do arrolamento e da homologação do parcelamento, tendo em consideração a conta ter sido consolidada em 26/04/2001.*

A princípio, sua permanência no programa durou até 01/07/2007, quando este foi rescindido pela primeira vez, momento a partir do qual o prazo prescricional voltou a correr.

Inclusive, consta dos autos que, contra a primeira decisão de exclusão, a MAFERSA ajuizou o Mandado de Segurança n.º 0035236-86.2007.401.3400 (2007.34.00.03591-6) (v. portarias do comitê gestor do Refis e Certidão n.º 68/2012, doc. 01 dos documentos sigilosos) visando manter-se no programa, cuja segurança foi parcialmente concedida pelo E. Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

Por sua vez, a execução fiscal n.º 0045518-28.2007.403.6182 foi ajuizada em 07/11/2007.

Após o ajuizamento da execução, a MAFERSA conseguiu reverter judicialmente o ato de exclusão, tendo sido reincluída no parcelamento em 18/01/2008, fato que implicou no sobrestamento do feito executivo.

Em 01/09/2009 a rescisão do parcelamento se concretizou em definitivo, autorizando o prosseguimento do feito executivo.

Evidente, portanto, que não há que se falar em prescrição.

Destaco que o E. TRF3 já julgou no mesmo sentido caso análogo relativo à prescrição de créditos em face da MAFERSA:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - A EMBARGANTE QUESTIONA O JULGAMENTO COM FUNDAMENTO NO DISPOSTO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC/73 - APRECIACÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Havendo confissão do débito com a adesão ao parcelamento, bem como a suspensão de sua exigibilidade por todo o período em que a empresa MAFERSA permaneceu vinculada ao REFIS, não há que falar em prescrição dos débitos em cobrança.

2. As alegações da apelante acerca da ocorrência de prescrição não restaram comprovadas nos autos: a apelante insiste em que a MAFERSA não cumpriu os requisitos necessários para garantir a homologação de sua adesão ao REFIS, uma vez que a MAFERSA deixou de prestar garantia suficiente ou de promover

o arrolamento de seus bens de modo a garantir a homologação do pedido de parcelamento, com a conseqüente suspensão da exigibilidade dos débitos, pelo que o parcelamento não teria ocasionado a interrupção do prazo prescricional e, no entanto, a União afirma que existiu arrolamento vinculado ao parcelamento e que o encerramento do REFIS foi em 01/09/2009.

3. *A embargante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o onus probandi, consoante preceitua o artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado.*

4. Nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, a pessoa natural ou jurídica que adquirir outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, de forma integral, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, e de forma subsidiária, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a nova atividade no mesmo ou em outro.

5. É o caso de sucessão entre as duas empresas. Como bem demonstrado pela embargada, houve transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante ALSTOM, quais sejam, instalações e equipamentos que compunham a sua infraestrutura, bem como do quadro de funcionários e know how, além da transmissão de todos os contratos, com paralisação total das atividades e esvaziamento patrimonial da MAFERSA em favor da ALSTOM.

6. Restou comprovada a transferência dos ativos da executada MAFERSA, através da alienação direta do seu patrimônio e de "acordos de princípios básicos" ou da "assunção das obrigações e outras avenças", firmados com o grupo francês ALCATEL - ALSTHOM DO BRASIL LTDA, permitindo aferir, a paralisação total das atividades da MAFERSA, com a continuação, pela sucessora, da exploração da atividade econômica anteriormente desenvolvida pela sucedida.

7. Conforme declarado pela própria embargante, por meio dos referidos contratos, as partes firmaram diversos acordos relativos a: licença de tecnologia industrial, licença de marcas, subcontratação de contratos firmados pelas partes, locação de equipamentos e instalações, compra e venda de equipamentos e transferência de tecnologia e know-how, sendo todos relacionados à fabricação e desenvolvimento de produtos na área ferroviária.

8. A Fazenda Nacional comprova a transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante.

9. Resta patente a confusão entre as empresas destacadas, bem como o esvaziamento da MAFERSA, que embora se declare ativa, não possui escritório, funcionários, movimentação financeira ou faturamento, podendo-se concluir que a ALSTOM a sucedeu em todas as suas atividades empresariais e assumiu todos os contratos titularizados pela MAFERSA.

10. Ratificando a tese de sucessão, constam decisões judiciais que comprovam que a embargante Alstom, para a consecução de suas atividades, manteve os mesmos empregados da executada MAFERSA, inclusive com reconhecimento de sucessão empresarial por esta Corte Regional em outros executivos fiscais.

11. Nesse cenário, tratando-se de sucessão empresarial, ainda que de fato, não de direito, no qual a sucedida encerrou as atividades, incide plenamente a norma do art. 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, pelo qual as pessoas jurídicas de direito privado sucessoras respondem integralmente pelos tributos devidos pelas sucedida até a data da sucessão.

12. Não prospera a aventada impossibilidade de cobrança, em face da parte embargante, de tributos que não se refiram ao estabelecimento adquirido, pois é reconhecida sua responsabilidade como sucessora integral da empresa MAFERSA, por todo o exposto, devendo portanto, responder integralmente pelo passivo adquirido.

13. Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2127832 - 0040115-34.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2019)

NULIDADE DOS LANÇAMENTOS POR NÃO TER A EMBARGANTE PARTICIPADO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

A embargante defende ser nula a CDA tendo em vista ela não ter participado do processo administrativo que culminou com a constituição do crédito tributário em execução.

Ocorre que o crédito tributário não lhe está sendo cobrado na execução fiscal em virtude de seu nome constar da CDA na qualidade de corresponsável tributário, mas sim em função da possibilidade de responsabilização por sucessão.

Deste modo, não há que se falar em irregularidade da CDA, tendo em conta que a sua atual exigibilidade, especificamente em relação às embargantes, não decorre de seu conteúdo e da aparência de certeza e legitimidade de que ela goza, mas sim de circunstância alheia à sua criação, que autoriza por força própria o redirecionamento da execução fiscal por ensejar responsabilidade tributária por transferência, de modo que irrelevante para a legitimação da cobrança a sua presença no título e a sua participação no processo administrativo que o criou.

Cabe aqui observação de grande importância e que afasta, pela raiz, a objeção feita à potencial responsabilização do(a) embargante: o fato detonador da responsabilidade não está relacionado com a quantificação do crédito fiscal, nem com sua inscrição, posto que foi aferido posteriormente.

Se a conduta que justifica o redirecionamento da execução fiscal não foi contemporânea ao processo administrativo de constituição do crédito tributário, não faz sentido a exigência de notificação do embargante para manifestação a seu respeito naquela oportunidade.

Quanto ao momento em que verificada a sucessão, que a embargante defende – apenas por hipótese – ter ocorrido determinadamente quando da aquisição que efetuou de ativos na atividade ferroviária da executada original, a partir do ano de 1997, há de se recordar que a *praxis* demonstra que a sucessão de fato não necessariamente se opera em um momento determinado no tempo. Na verdade, é mais comum que as partes procurem escamotear sua malícia, aplicando um método lento, silencioso e contínuo, de esvaziamento do patrimônio e das atividades da executada original, à medida em que são assumidos pela sucessora, desonerando-se do passivo tributário sem chamar a atenção dos entes de controle.

Por outro lado, por pressupor processos paralelos de esvaziamento da sucedida e assunção de ativos e atividade pela sucessora, a aquisição de ativos da executada original, ao menos em tese, pode não configurar necessariamente a situação necessária e suficiente ao nascimento da responsabilidade tributária por sucessão de fato.

De fato, no caso concreto, embora narre a inicial que o negócio se resumiu à aquisição do fundo de comércio relacionado à unidade de negócios ferroviários localizada em São Paulo/SP, a pretensão exercida pela embargada na execução fiscal amparou-se tanto em transferência de ativos da sucedida (MAFERSA) à sucessora (ALSTOM) – que não se resume ao negócio jurídico mencionado pela embargante –, quanto em indícios de esvaziamento da sucedida (MAFERSA).

Como se verá, a transferência de ativos à embargante e o encerramento da MAFERSA ocorreram em atos sucessivos no tempo e não imediatamente após a celebração do contrato.

Em suma, a responsabilidade tributária por sucessão de fato pressupõe a análise de um universo de ocorrências concatenadas não necessariamente contemporâneas ou diretamente relacionadas ao fato gerador, daí sua demonstração não ser absolutamente exigível do ente tributante quando do lançamento, até pela insuficiência de informações de que ele dispõe quando de sua prática.

Bem por isso, a apuração de responsabilidade tributária como causa legitimadora do redirecionamento pode se processar no curso da cobrança de Dívida Ativa, dispensando de prévia apuração em processo administrativo para identificação dos coobrigados. Tanto que a legislação processual confere legitimidade passiva imediata ao responsável tributário (artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/1980 e artigo 568, V, do CPC). Há, no caso, mero diferimento do exercício da ampla defesa e do contraditório, que passam a ser oportunizados na via judicial.

Portanto, a participação no processo administrativo fiscal não é pressuposto para a legitimidade do redirecionamento da execução fiscal com fulcro na verificação de indícios de sucessão de fato, não havendo que se falar em ofensa ao devido processo legal.

Nesse mesmo sentido é o seguinte julgado do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cujas razões são inteiramente aplicáveis ao caso em apreço, pois que analisada a mesma questão de direito, qual seja, a necessidade de instauração de processo administrativo prévio para o fim de redirecionamento da execução fiscal em virtude de indícios da existência de grupo econômico:

PROCESSUAL CIVIL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. EFEITO SUSPENSIVO. EXIGÊNCIA DE FUNDAMENTOS RELEVANTES. INEXISTÊNCIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO PARA REDIRECIONAMENTO. DESNECESSIDADE. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INÉRCIA DO CREDOR PENDENTE. INDÍCIOS DE GRUPO ECONÔMICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS MEMBROS. DUPLICIDADE DE DÉBITO. DILAÇÃO PROBATÓRIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO DESPROVIDO.

[...]

VI. A responsabilidade tributária não reclama procedimento administrativo autônomo. Pode se processar no curso da cobrança de Dívida Ativa, tanto que a legislação processual confere legitimidade passiva imediata ao responsável tributário (artigo 4º, V, da Lei nº 6.830/1980 e artigo 568, V, do CPC).

VII. A ampla defesa e o contraditório são simplesmente diferidos. Os novos executados podem, inclusive, questionar imediatamente a sujeição passiva, sem precisarem de garantia do crédito (exceção de executividade).

VIII. A dimensão dos débitos e a antiguidade da execução não justificam a alteração do procedimento. O rito aplicável ao conflito de interesses corporifica o

devido processo legal, inclusive na delimitação das oportunidades de reação, e não está sujeito à manipulação do Poder Judiciário, ainda que sob o influxo dos princípios da proporcionalidade, razoabilidade e justiça. A garantia da tripartição dos Poderes atua como óbice (artigo 60, §4º, III, da CF) e impede que o juiz defina casuisticamente a sequência dos atos processuais, deliberada em âmbito parlamentar e vinculante aos órgãos de aplicação da lei.

IX. De qualquer forma, segundo advertência já feita, os responsáveis tributários não terão suprimidos os meios de defesa. Além da mera postergação, a exceção de executividade subsiste para discussão de matérias que independem de dilação probatória.

[...]

XXV. Agravo de instrumento a que se nega provimento. Agravo interno prejudicado.

(TRF 3ª Região, 2ª Seção, AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 5005464-02.2017.4.03.0000, Rel. Desembargador Federal ANTONIO CARLOS CEDENHO, julgado em 20/09/2017, Intimação via sistema DATA: 23/09/2017)

NULIDADE DO REDIRECIONAMENTO SEM DEFESA PRÉVIA. (DES)NECESSIDADE DE INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA (IDPJ) NOS TERMOS DO ART. 133 DO CPC PARA O REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL

Como relatei, assevera a embargante que o redirecionamento da execução fiscal não pode ser realizado sem que seja oportunizada defesa prévia ao responsável.

A decisão de redirecionamento pautou-se nos arts. 132 e 133 do CTN, tendo concluído o Juízo que a embargante, que não constava da CDA, haveria de ser responsabilizada pelo crédito em cobro, por haver sucedido a executada original.

Antes de tudo, é mister esclarecer que à época em que decidido o redirecionamento da execução fiscal, sequer existia em nosso ordenamento o Incidente de Desconsideração da Responsabilidade Jurídica (IDPJ), novidade trazida pelo CPC em seus arts. 133 a 137; sendo que, até então, a possibilidade de redirecionamento na execução fiscal sem a oitiva prévia do responsável tributário era pacificamente aceita pela jurisprudência pátria. O que já seria o bastante para afastar a alegação da embargante.

Com efeito, a decisão que determinou a inclusão da embargante no polo passivo não pode ser considerada como violadora do devido processo legal. Isso, porque não havia como intimá-la *antes* de sua inclusão no polo passivo. Ademais, foi devidamente citada e compareceu aos autos para se defender por intermédio de embargos à execução.

Entender o contrário equivaleria a transformar o processo de execução por título extrajudicial em processo de conhecimento, aí sim subvertendo o devido processo legal.

Toda ordem de citação exige um juízo prévio sobre sua possibilidade em tese (v.g., o juízo sobre a admissibilidade da petição inicial); esse juízo prévio não é precedido de intimação para que o requerido faça arguições prévias sobre a admissibilidade da própria citação (ou, no exemplo dado, sobre a regularidade da inicial). Fosse diferente, mesmo no processo de conhecimento toda parte eventual teria de ser ouvida antes da própria citação, um rematado contrasentido.

Na verdade, aquela decisão foi pressuposto para que a embargante viesse exercer seu direito de defesa, como faz agora. Não houvesse a determinação de redirecionamento, sequer teria ela interesse e legitimidade para arguir, como fez, as matérias de defesa de seu interesse. Essas considerações são quase um truísmo, porque há simetria com a liminar sem oitiva da parte contrária, no processo de conhecimento: a ausência de oitiva da parte contrária é inerente à urgência da tutela. Também há analogia com a penhora de ativos financeiros, em que se avaliam os requisitos e procede-se a constrição sem a oitiva do devedor (embora deva ressaltar-se que não foi decretada, ainda, nenhuma espécie de constrição). Terceira analogia: o sócio corresponsável por ato ilícito (dissolução irregular da pessoa jurídica) é citado para os termos da execução, sendo ouvido posteriormente ao exame prévio dos requisitos para a sua citação, a saber, os indícios de ato ilícito. Na execução fiscal, a determinação de citação sem oitiva da parte citanda é inerente à mecânica do processo de execução: é preciso que o responsável seja citado para que possa debater a própria responsabilidade – por essa razão mesmo que não há como ouvi-lo previamente.

O único incidente em que se procede contraditório prévio ao reconhecimento *de fraude* é o de desconsideração da personalidade jurídica, instituído apenas recentemente, em data posterior à da decisão aqui combatida.

Mas vale dizer que, mesmo após a criação do IDPJ, segue longe de estar pacificada a necessidade de oportunização de defesa prévia ao redirecionamento – em particular – da execução fiscal.

Com efeito, há clara divergência entre as duas Turmas integrantes da Primeira Seção, de Direito Público, do C. Superior Tribunal de Justiça. Enquanto a Primeira Turma tem defendido a necessidade de instauração de IDPJ para o redirecionamento da execução fiscal a pessoa jurídica sucessora da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, a Segunda Turma consolidou o entendimento de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do IDPJ e o regime jurídico da execução fiscal, que não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo prevista no art. 134, § 3º, do CPC/2015.

É o que demonstram os seguintes julgados oriundos de ambas as turmas, todos recentes:

PRIMEIRA TURMA

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. GRUPO ECONÔMICO. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE DA PESSOA JURÍDICA. NECESSIDADE.

1. Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).
2. O redirecionamento de execução fiscal à pessoa jurídica que integra o mesmo grupo econômico da sociedade empresária originalmente executada, mas que não foi identificada no ato de lançamento (nome na CDA) ou que não se enquadra nas hipóteses dos arts. 134 e 135 do CTN, depende da comprovação

do abuso de personalidade, caracterizado pelo desvio de finalidade ou confusão patrimonial, tal como consta do art. 50 do Código Civil, daí por que, nesse caso, é necessária a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade da pessoa jurídica devedora.

Precedentes da Primeira Turma do STJ.

3. *Hipótese em que o Tribunal de origem, em desconformidade com a orientação jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça, manteve o redirecionamento da execução fiscal à pessoa jurídica integrante do mesmo grupo econômico da pessoa jurídica executada, sem a instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica, ao fundamento de que há responsabilidade solidária em razão de terem interesse comum na situação caracterizadora do fato gerador (art. 124, inciso I, do CTN).*

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1706614/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/09/2020, DJe 06/10/2020)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA - IDPJ. ARTS. 133 A 137 DO CPC/2015. EXECUÇÃO FISCAL. CABIMENTO. NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DAS NORMAS DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO NACIONAL.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Aplica-se, in casu, o Código de Processo Civil de 2015.

II - *A instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica - IDPJ, em sede de execução fiscal, para a cobrança de crédito tributário, revela-se excepcionalmente cabível diante da: (i) relação de complementariedade entre a LEF e o CPC/2015, e não de especialidade excludente; e (ii) previsão expressa do art. 134 do CPC quanto ao cabimento do incidente nas execuções fundadas em títulos executivos extrajudiciais.*

III - O IDPJ mostra-se viável quando uma das partes na ação executiva pretende que o crédito seja cobrado de quem não figure na CDA e não exista demonstração efetiva da responsabilidade tributária em sentido estrito, assim entendida aquela fundada nos arts. 134 e 135 do CTN. Precedentes.

IV - Equivocado o entendimento fixado no acórdão recorrido, que reconheceu a incompatibilidade total do IDPJ com a execução fiscal.

V - Recurso Especial conhecido e parcialmente provido para determinar o retorno dos autos ao tribunal a quo para o reexame do agravo de instrumento com base na fundamentação ora adotada.

(REsp 1804913/RJ, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/09/2020, DJe 02/10/2020)

SEGUNDA TURMA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. SUCESSÃO DE EMPRESAS. GRUPO ECONÔMICO DE FATO. CONFUSÃO PATRIMONIAL. INSTAURAÇÃO DE INCIDENTE DE DESCONSIDERAÇÃO DA PERSONALIDADE JURÍDICA. DESNECESSIDADE. ALEGADA INEXISTÊNCIA DE PROVAS PARA REDIRECIONAMENTO DE EXECUÇÃO FISCAL.

QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. *"Há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, con siderando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015"* (AgInt no REsp 1.759.512/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, Segunda Turma, DJe 18/10/2019).

2. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Sú mula 7/STJ).

3. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1866901/SC, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/08/2020, DJe 27/08/2020)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ALEGAÇÃO DE AOS ARTS. 133 E SEQUINTE S DO CPC/2015. ACÓRDÃO RECORRIDO ESTÁ EM CONSONÂNCIA COM A JURIS PRUDÊNCIA DESTA SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO DO ART. 151, VI, DO CTN. DEFICIÊNCIA RECURSAL. INCIDÊNCIA DOS ENUNCIAD OS N. 283 E 284 DA SÚMULA DO STF. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1º DO DECRETO-LEI N. 1.025/1969. AUSÊNCIA DE COTEJO ANALÍTICO.

I - Na origem, trata-se de embargos à execução fiscal opostos em decorrência de redirecionamento determinado com fundamento nos arts.

124, I, 128 e 135, III, do CTN c/c arts. 50 e 187 do CC. Na sentença, os embar gos foram julgados improcedentes. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida.

II - Sobre a apontada ofensa aos arts. 133 e seguintes do CPC/2015, o recurso não comporta provimento.

III - *O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência deste Su perior Tribunal de Justiça, que tem pacificado o entendimento no sentido de que há verdadeira incompatibilidade entre a instauração do incidente de desconside ração da personalidade jurídica e o regime jurídico da execução fiscal, conside rando que deve ser afastada a aplicação da lei geral, - Código de Processo Civil -, considerando que o regime jurídico da lei especial, - Lei de Execução Fiscal -, não comporta a apresentação de defesa sem prévia garantia do juízo, nem a automática suspensão do processo, conforme a previsão do art. 134, § 3º, do CPC/2015. A propósito, confira-se: REsp n. 1.786.311/PR, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 9/5/2019, DJe 14/5/2019.*

IV - Sobre a alegada violação do art. 151, VI, do CTN, o recurso não comporta seguimento. O Tribunal de origem adotou como fundamento o fato de que (i) o caso gira em torno da configuração de grupo econômico de fato e há diversas execuções visando à satisfação de outros créditos; (ii) o parcelamento, assim, não abrange todos os créditos tributários do grupo econômico de fato; bem como que (iii) a propositura da medida cautelar fiscal (e a própria decretação da indis ponibilidade de bens) ocorreu em momento anterior ao parcelamento dos débitos do devedor originário, não cabendo o desfazimento das medidas acauteladoras.

V - O reexame do acórdão recorrido, em confronto com as razões do recurso especial, revela que esse fundamento decisório, acima mencionado, é suficiente para manter o acórdão proferido pelo Tribunal a quo, mas não foi rebatido no recurso especial, o que atrai os óbices dos Enunciados n. 283 e 284, ambos da Súmula do STF.

VI - Sobre a alegada ofensa ao art. 1º do Decreto-Lei n. 1.025/1969, o recurso não comporta provimento. O Superior Tribunal de Justiça tem entendimento con-

solidado no sentido da legalidade de aplicação do encargo legal de 20%, previsto no Decreto-Lei n. 1.025/1969, em substituição à condenação em honorários advocatícios, nos embargos à execução, assim como da aplicação da taxa SELIC, a partir de 1º de janeiro de 1995, como índice adequado para a cobrança de tributos federais. Nesse panorama, destacam-se: AgRg no REsp 1.574.610/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/3/2016, DJe 14/3/2016; REsp 1.650.073/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/4/2017, DJe 25/4/2017; REsp 1.574.582/PB, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/10/2016, DJe 27/10/2016. VII - No tocante à parcela recursal referente ao art. 105, III, c, da Constituição Federal, verifica-se que o recorrente não efetivou o necessário cotejo analítico da divergência entre os acórdãos em confronto, o que impede o conhecimento do recurso com base nessa alínea do permissivo constitucional.

VIII - Conforme a previsão do art. 255 do RISTJ, é de rigor a caracterização das circunstâncias que identifiquem os casos confrontados, cabendo a quem recorre demonstrar tais circunstâncias, com indicação da similitude fática e jurídica entre os julgados, apontando o dispositivo legal interpretado nos arestos em cotejo, com a transcrição dos trechos necessários para tal demonstração. Em face de tal deficiência recursal, aplica-se o constante da Súmula n.

284 do STF.

IX - Agravo interno improvido.

(AgInt no REsp 1759512/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2019, DJe 18/10/2019)

A indefinição do tema também persiste no âmbito do E.TRF3, que buscou resolvê-lo de forma definitiva por meio da instauração de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas.

No julgamento do IRDR n.º 001761097.2016.4.03.0000 pelo E.TRF3, restou firmada a seguinte tese vinculante:

“Não cabe instauração de incidente de desconsideração da personalidade jurídica nas hipóteses de redirecionamento da execução fiscal desde que fundada, exclusivamente, em responsabilidade tributária nas hipóteses dos artigos 132, 133, I e II e 134 do CTN, sendo o IDPJ indispensável para a comprovação de responsabilidade em decorrência de confusão patrimonial, dissolução irregular, formação de grupo econômico, abuso de direito, excesso de poderes ou infração à lei, ao contrato ou ao estatuto social (CTN, art. 135, incisos I, II e III), e para a inclusão das pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal, desde que não incluídos na CDA, tudo sem prejuízo do regular andamento da Execução Fiscal em face dos demais coobrigados”.

Ou seja, o E. TRF3 apresentou entendimento no sentido de que o IDPJ não é cabível nas hipóteses dos arts. 132 e 133 do CTN, que são os dispositivos legais que amparam a pretensão da embargada. *O que também afastaria a tese da embargante, caso a decisão de redirecionamento fosse posterior à criação desse instituto.*

É verdade que referido IRDR ainda não se encerrou, mas, reforçando o que já foi dito acima, isso não altera o fato de que a execução foi devidamente redirecionada conforme o entendimento existente à época do exercício da pretensão pela exequente/embargada.

Por isso rejeito a alegação.

SUCESSÃO DE FATO

De acordo com o art. 133 do Código Tributário Nacional há responsabilidade tributária por sucessão quando uma pessoa adquire de outro fundo, ou estabelecimento, prosseguindo na respectiva exploração.

Transcrevo, por comodidade, os dizeres do referido dispositivo:

“Art. 133. A pessoa natural ou jurídica de direito privado que adquirir de outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social ou sob firma ou nome individual, responde pelos tributos, relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até à data do ato:

I - integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade;

II - subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo de comércio, indústria ou profissão.”

Como se percebe, a sucessão independe da forma ou da denominação escolhida pelo sucessor. A sucessão não se limita à transmissão de estabelecimentos comerciais, mas também a outras modalidades de exploração econômica, inclusive a profissional liberal, como resulta da dicção do já referido art. 133 (RESP n. 790.112/MG, Rel. Min. JOSÉ DELGADO). Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão. (Tese julgada pelo STJ pelo rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 382 e Súmula n. 554/STJ).

Há duas formas de sucessão. Primeiramente, aquela em que a responsabilidade é assumida de *modo integral*, quando houver cessação de atividade pelo alienante. Repare-se que isso não exclui a co-responsabilidade deste (alienante). A lei não o exime: existe para beneficiar o Fisco e não para prejudicá-lo. Assim, o que o legislador deu a entender foi que o Fisco pode exigir os tributos devidos, até a transmissão, integralmente, seja do responsável por sucessão (o adquirente do estabelecimento), seja do alienante (porque este, afinal, era o contribuinte). O que ocorre e deve ter sido levado em conta pelo legislador é que, se o alienante cessou atividades, geralmente não terá meios para responder. Daí a responsabilidade integral do sucessor. Comentando esse tópico, diz Hugo de Brito Machado (in Curso de Direito Tributário, p. 110):

“Quem diz integralmente não está dizendo exclusivamente. (.) O alienante, mesmo tendo cessado a respectiva exploração, continua responsável. (.) A palavra integralmente há de ser entendida como solidariamente e não como exclusivamente. (...) havendo mais de uma interpretação possível, não há de se preferir aquela que dá oportunidade para fraudes.

E com relação ao inciso II, arremata: “Significa que em primeiro lugar a dívida há de ser cobrada ao alienante do fundo ou estabelecimento, e se este não tiver com que pagar será cobrada do adquirente.”

A segunda forma de sucessão implica em responsabilidade *subsidiária*. Ela pressupõe que o transmitente do estabelecimento empresarial prossiga na exploração de atividade econômica ou a inicie, no prazo de seis meses, independentemente do ramo escolhido.

Em conclusão, de acordo com as circunstâncias peculiares da transmissão, o adquirente de estabelecimento destinado à exploração de atividade econômica pode responder solidária ou subsidiariamente, conforme o caso.

No presente caso, a embargante primeiramente nega a sua responsabilidade pelos débitos de MAFESA negando a ocorrência de sucessão e, secundariamente, pretende ver reconhecido que a sua responsabilidade por seu pagamento é apenas subsidiária, na medida em que a sucedida teria prosseguido na exploração de outras atividades; assim como aduz que sua responsabilidade deveria se limitar apenas aos tributos relativos à atividade transferida, de fabricação de vagões de passageiros; sempre excluída a sua responsabilidade pelas multas e pelos juros.

Sucedede que, ainda que os tributos em cobro não decorressem da atividade ferroviária de fabricação de vagões de passageiros, o fato é que, como se verá, o caso contempla todos os elementos de uma sucessão empresarial integral de fato, com o ingresso completo da embargante na atividade exercida, seguido da desativação programada da sucedida, inclusive com migração de funcionários e maquinário. A circunstância de não ter sido formalizada a sucessão nestes termos é irrelevante, pois os elementos fáticos permitem inferi-la.

Embora narre a inicial que o negócio se resumiu à aquisição do fundo de comércio relacionado à atividade ferroviária de fabricação de vagões de passageiros, a sua real extensão foi bem comprovada pela embargada, não sendo possível outra conclusão senão a de que a embargante é sucessora de toda a atividade da MAFERSA.

Opto por dividir a exposição em dois tópicos: um relativo à transferência da atividade à embargante e outro relativo ao encerramento da MAFERSA.

* Transferência de ativos da sucedida (MAFERSA) à sucessora (ALSTOM)

Como bem demonstrado pela embargada pelos documentos sigilosos juntados aos autos, foram celebrados negócios jurídicos de transferência de diversos ativos da executada MAFERSA à embargante ALSTOM, quais sejam: instalações e equipamentos que compunham a sua infraestrutura, bem como do quadro de funcionários e *know how*, além da transmissão de todos os contratos.

Neste sentido:

* A Ficha de Breve Relato da MAFERSA fornecida pela JUCESP indica que em 17/01/1997 foi firmado um "acordo de princípios básicos" entre MAFERSA e o grupo GEC ALSTHOM TRANSPORT (v. doc. 04 do anexo sigiloso – Registro 046.133/98-7 – SESSÃO 31/03/1998);

* O mesmo documento indica que, em 31/01/1997 os diretores da MAFERSA firmaram um "documento" com a GEC ALSTHOM TRANSPORTE DO BRASIL LTDA., que é o nome anterior da embargante, atualmente chamada ALSTOM BRASIL ENERGIA E TRANSPORTE LTDA (v. doc. 04 – Registro 046.135/98-4 – SESSÃO 31/03/1998);

* O referido “documento” é o “contrato de assunção de obrigações e outras avenças” juntado como doc. 15, firmado justamente em 31/01/1997 pelas partes acima referidas;

* *Observa-se que o referido contrato de contemplou a transferência à embargante: de toda a tecnologia e know-how, patenteados ou não, relativos à fabricação de produtos na área ferroviária; de sete contratos firmados pela MAFERSA, dentre os quais, com o Metrô Rio e Metro São Paulo; do direito exclusivo de utilização das marcas registradas de MAFERSA; a locação e posterior venda dos equipamentos e instalações vinculados à atividade.*

As evidências não se resumem aos negócios celebrados, pois há também prova substancial da efetiva transferência do patrimônio da MAFERSA para a embargante. Neste sentido, ainda a Ficha de Breve Relato da JUCESP demonstra que:

* Em 27/08/1998 foi apresentada aos membros do Conselho da MAFERSA, a minuta do contrato de subcontratação da empresa para a embargante, para análise e ratificação (v. doc. 04 – Registro 134.283/98-3);

* Em 27/08/1998 houve aprovação da autorização para alienação de alguns ativos da unidade industrial de São Paulo para a embargante (v. doc. 04 – Registro 134.286/98-4);

* Em 04/09/1998 foi aprovada e autorizada para alienação do prédio administrativo e armazém da unidade industrial de São Paulo para a embargante, mediante autorização dos bancos credores das quotas de MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. (v. doc. 04 – Registro 139.085/98-1);

* Em 24/03/1999 aprovação da autorização alienação de ativos da unidade industrial de São Paulo para a embargante (v. doc. 04 – Registro 043.114/99-4).

No mesmo sentido, como doc. 05 do anexo sigiloso, foi juntada ata da reunião do Conselho de Administração da MAFERSA realizada em 08/12/1997, que atesta outros atos de transferência. Com efeito, consta da “Ordem do dia”:

* Ratificar o ato da diretoria que protocolou carta junto ao metrô de Brasília, referente à subcontratação da embargante para consecução da obra;

* Submeter à análise e aprovação da minuta do contrato de subcontratação da embargante referente ao contrato da CBTU série 200;

* Informar sobre o andamento da subcontratação da embargante perante a CPTM.

Da mesma ata consta, ademais, o desligamento da MAFERSA do Sindicato Interestadual da Indústria de Materiais e Equipamentos Ferroviários e Rodoviários – SIMEFRE e da Associação Brasileira da Indústria Ferroviária – ABIFER, por força da saída da empresa do setor após a subcontratação com a embargante de praticamente todas as suas obras no setor ferroviário.

Por sua vez, a Ficha de Breve Relato da ALSTOM fornecida pela JUCESP, juntada como doc. 06 do anexo sigiloso, anota a aprovação da compra de imóveis localizados no Estado de São Paulo, na Av. Raimundo Pereira de Magalhães n.º 220, no bairro da Lapa (v. registros n.º 138.300-98-7 e 146.610/98-2). *Cuida-se da sede da MAFERSA, como se vê no extrato de CNPJ de doc. 02 – SITUAÇÃO ATIVA.* Tanto é que, como demonstram as certidões juntadas como doc. 09 do anexo sigiloso, em diversas diligências visando penhorar bens da MAFERSA no

endereço constante do seu CNPJ, os Oficiais de Justiça se depararam com a embargante ocupando o seu lugar. A transferência desse imóvel aparece também no doc. 07 do anexo sigiloso, Declaração de Operações Imobiliárias, que demonstra também a celebração de diversos contratos de compra e venda entre a MAFERSA e o sócio minoritário da ALSTOM, Michel Bocaccio (v. doc. 06).

Já os extratos do CNIS, juntados como doc. 08 do anexo sigiloso, atestam que a embargante assumiu diversos dos empregados que rescindiriam seus contratos de trabalho com a MAFERSA.

Enfim, diante de tantas evidências, é inegável a sucessão de MAFERSA em sua atividade pela embargante, o que a torna responsável tributária pelos débitos da sucedida.

Resta saber, contudo, se esta responsabilidade é subsidiária ou integral (solidária), o que exige análise do que ocorreu com MAFERSA após as transferências ocorridas, pois que, conforme o art. 133 do CTN, adquirente que continuar a respectiva exploração responde "integralmente, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade" (inciso I) ou "subsidiariamente com o alienante, se este prosseguir na exploração ou iniciar dentro de 6 (seis) meses, a contar da data da alienação, nova atividade no mesmo ou em outro ramo do comércio, indústria ou profissão" (inciso II).

* Esvaziamento da sucedida

Há prova robusta de que a MAFERSA encerrou suas atividades após a sucessão.

É claro que, primeiramente, as provas que atestam a transferência de ativos à embargante, demonstram também o esvaziamento da sucedida. Afinal, foram transmitidas estruturas físicas, bens incorpóreos, empregados e os contratos mais relevantes. Difícil imaginar a continuidade da atividade após tantos desfalques. E essa impressão é comprovada pelas demais provas juntadas aos autos.

O laudo pericial, ao responder a quesito formulado pela própria embargante, aponta que a documentação juntada aos autos não é capaz de comprovar que, após a venda de direitos e ativos à sucessora (ALSTOM), a sucedida (MAFERSA) tenha passado a desenvolver atividades diversas:

"Os documentos apresentam informações tais como: solicitação de desdobramento de atividade; autorização para vendas de ativos; constituição de sociedade e outros, não sendo hábeis a comprovar que a Mafersa passou a desenvolver efetivamente atividades alheias àquelas cujos ativos e direitos foram transferidos à Embargante." (fls. 1246)

Ademais, a sociedade não possui movimentação financeira significativa conforme os registros de Declarações de Operações Financeiras (DIMOF) (v. doc. 03 dos documentos sigilosos).

Consulta às RAIS, relativas aos anos de 2010 e 2011, demonstram que a empresa possui apenas dois empregados, nos cargos de "gerente administrativo" e "auxiliar de escritório, em geral" (v. doc. 02 dos documentos sigilosos).

As certidões lavradas por Oficiais de Justiça nos endereços constantes no CNPJ e a JUCESP, juntadas como doc. 09, demonstram, em síntese, que: a MA-

FERSA encerrou suas atividades, não possui bens penhoráveis e está estabelecida em uma sala de escritório em um prédio da embargante, onde nem os móveis são seus. Os seus representantes remanescentes se dedicam a resolver pendências administrativas com seus antigos funcionários. Não há atividade empresarial.

Os recolhimentos mensais efetuados no âmbito do REFIS não ultrapassavam a quantia de R\$ 4.000,00, enquanto que, só os juros da dívida ultrapassam a quantia de R\$ 250.000,00 por mês (v. doc. 01 dos documentos sigilosos).

A sua exclusão do REFIS conforme a Portaria CG/REFIS n.º 2.252 foi motivada pela constatação em 2009 de que a suas atividades foram suspensas ou que ela não auferia receita bruta há mais de 9 meses.

Conjugados os dois últimos fatos, tem-se a nítida impressão de que os recolhimentos mínimos visavam apenas gerar a impressão de que a empresa seguia em atividade.

A inicial menciona que a MAFERSA teria encerrado suas atividades e sido sucedida por MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA.. E a embargante defende que ela assim prosseguiu em atividade, porém produzindo rodas de ônibus, empresa diversa da transmitida, por meio de suas subsidiárias integrais, o que também compõe o seu objeto social.

Em primeiro lugar, o acolhimento desta tese somente poderia calhar à embargante, caso tivesse produzido prova de que os créditos em cobro dizem respeito à produção de rodas de ônibus.

Em segundo lugar, ela não apresentou qualquer comprovação da atividade empresarial dessa subsidiária integral.

Os seus documentos constitutivos não indicam nada sobre a subsistência de sua atividade, mesmo por que, como se viu, a transferência de ativos à embargante e o encerramento da MAFERSA ocorreram em atos sucessivos no tempo e não imediatamente após a celebração do contrato. Ademais, vai mal o argumento se o último indício de atividade da empresa é de mais de 20 anos atrás. Difícil acreditar que seria complexo trazer aos autos qualquer prova de atividade de 1998 para cá.

Igualmente, o laudo pericial não pôde apresentar qualquer conclusão a respeito das atividades supostamente exercidas pela MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA.:

“A perícia solicitou a Embargante outros documentos (Termo de Diligência) para que pudesse atestar quais atividades teriam sido prestadas no período avaliado pela Mafersa e pela Mafersa Rodas. No entanto, considerando apenas terem sido apresentados os documentos de forma parcial (Balanços patrimoniais de 1993 a 2004 da Mafersa S/A.), não foi possível a perícia realizar qualquer outra conclusão.” (fls. 1521).

O laudo também apontou que de 1999 a 2008 a MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. declarou R\$ 0,00 como Receita Bruta, enquanto que não houve cálculo de Receita Bruta dos anos de 2009 a 2012 (fls. 1252). Assim como demonstrou que, analisando o DECRED, DIMOF e CAGED/RAIS a empresa não teve movimentação financeira no período de 1999 a 2012 (fls. 1253), sendo que também não foram

apresentados ao perito os documentos solicitados tais como seus balancetes contábeis e DIPJs (fls. 1253). Por fim, analisando o CAGED, não encontrou empregados registrados na empresa no período de 1998 a 2010 (fls. 1254).

Com efeito, conforme o doc. 14 dos documentos sigilosos, desde 1999 a empresa está "INATIVA", entre 2004 e 2009 constou como "ISENTA". Não há receita bruta. O DIMOF não indica operações financeiras. A RAIS e a CAGED não encontrou registros de empregados de 1998 a 2013.

Há ainda indícios de fraude na constituição dessa sociedade.

O laudo pericial dá a entender que a MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. foi constituída para o fim de receber os ativos valiosos da executada original e vendê-los, para o fim de pagar uma seleta casta de credores. Quer dizer, :

"Referida sociedade, no qual a Mafersa Sociedade Anônima e CIM - Associação de Condomínios Investidores Mafersa criaram, teve o intuito de reverter os ativos da Unidade Industrial Caçapava (constituído por terreno, construções, benfeitorias, equipamentos e imóveis) e da Unidade Industrial Lapa (constituído pelo prédio da administração Central Geral e um galpão industrial), para que os bens patrimoniais fossem vendidos nesta sociedade, conforme valores atribuídos por Laudo de Avaliação de empresa especializada, no qual os bancos receberiam sob a forma de promessa de dação de pagamentos de seus créditos (dívidas contraídas pela Mafersa S/A.) quotas sociais desta sociedade - "Mafersa Rodas e Participações Ltda." (fls. 1247)

Nota-se também no contrato social da MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA., que, embora ela tenha o mesmo objeto social da MAFERSA, possui capital social de apenas R\$ 1.000,00. Totalmente incompatível com a atividade exercida.

Posteriormente esse capital social foi elevado ao montante de R\$ 39.968.030,00. Todavia, como demonstrou o laudo pericial, esse aumento foi efetivado pela transferência de diversos ativos da MAFERSA, o que reforça a impressão de que a empresa foi constituída com o único fim de ludibriar parcela de seus credores (fls. 1250).

Ainda nesse sentido, o laudo pericial também demonstrou que, após a transferência dos ativos, a MAFERSA RODAS E PARTICIPAÇÕES LTDA. firmou contrato de comodato com a MAFERSA entregando-lhe um dos imóveis utilizados no aumento de seu capital social, supostamente para que a última exercesse o seu objeto social. Ou seja, a MAFERSA retirou o bem de seu patrimônio dificultando a satisfação de seus credores, porém, alegadamente, continuaria a servir-se dele em suas atividades. Sem embargo, como afirmado pelo experto, sequer há provas de que a MAFERSA tenha prosseguido em atividade no imóvel:

"Para a perícia, apenas é possível concluir com base no documento avaliado, que o bem retornou a Mafersa S/A. por meio de comodato, mas não é possível concluir, com base neste único documento, que necessariamente, este foi utilizado para desenvolvimento de sua atividade." (fls. 1251).

Claro, portanto, o encerramento das atividades da sucedida. Assim é que a responsabilidade da embargante pelas dívidas tributárias da MAFERSA em cobro na execução fiscal somente pode ser integral, a forma do art. 133, II do CTN.

Por fim, vale destacar que a questão da sucessão da MAFERSA pela ALSTOM, a empresa embargante, tampouco é novidade no Judiciário. Só no âmbito do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ela já foi reconhecida no mínimo em quatro oportunidades diversas, nos mesmos termos desta sentença:

PROCESSUAL CIVIL - AGRAVO INTERNO - ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015 - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - A EMBARGANTE QUESTIONA O JULGAMENTO COM FUNDAMENTO NO DISPOSTO NO ARTIGO 557, CAPUT, DO CPC/73 - APRECIÇÃO DO TEMA DE FUNDO: AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.

1. Havendo confissão do débito com a adesão ao parcelamento, bem como a suspensão de sua exigibilidade por todo o período em que a empresa MAFERSA permaneceu vinculada ao REFIS, não há que falar em prescrição dos débitos em cobrança.

2. As alegações da apelante acerca da ocorrência de prescrição não restaram comprovadas nos autos: a apelante insiste em que a MAFERSA não cumpriu os requisitos necessários para garantir a homologação de sua adesão ao REFIS, uma vez que a MAFERSA deixou de prestar garantia suficiente ou de promover o arrolamento de seus bens de modo a garantir a homologação do pedido de parcelamento, com a consequente suspensão da exigibilidade dos débitos, pelo que o parcelamento não teria ocasionado a interrupção do prazo prescricional e, no entanto, a União afirma que existiu arrolamento vinculado ao parcelamento e que o encerramento do REFIS foi em 01/09/2009.

3. A embargante deveria ter demonstrando cabalmente o fato constitutivo de seu direito, sendo seu o onus probandi, consoante preceitua o artigo 333, I, do Código de Processo Civil de 1973. Não se desincumbindo do ônus da prova do alegado, não há como acolher o pedido formulado.

4. Nos termos do art. 133 do Código Tributário Nacional, a pessoa natural ou jurídica que adquirir outra, por qualquer título, fundo de comércio ou estabelecimento comercial, industrial ou profissional, e continuar a respectiva exploração, sob a mesma ou outra razão social, responde pelos tributos relativos ao fundo ou estabelecimento adquirido, devidos até a data do ato, de forma integral, se o alienante cessar a exploração do comércio, indústria ou atividade, e de forma subsidiária, se o alienante prosseguir na exploração ou iniciar dentro de seis meses a nova atividade no mesmo ou em outro.

5. É o caso de sucessão entre as duas empresas. Como bem demonstrado pela embargada, houve transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante ALSTOM, quais sejam, instalações e equipamentos que compunham a sua infraestrutura, bem como do quadro de funcionários e know how, além da transmissão de todos os contratos, com paralisação total das atividades e esvaziamento patrimonial da MAFERSA em favor da ALSTOM.

6. Restou comprovada a transferência dos ativos da executada MAFERSA, através da alienação direta do seu patrimônio e de "acordos de princípios básicos" ou da "assunção das obrigações e outras avenças", firmados com o grupo francês ALCATEL - ALSTHOM DO BRASIL LTDA, permitindo aferir, a paralisação total das atividades da MAFERSA, com a continuação, pela sucessora, da exploração da atividade econômica anteriormente desenvolvida pela sucedida.

7. Conforme declarado pela própria embargante, por meio dos referidos contratos, as partes firmaram diversos acordos relativos a: licença de tecnologia industrial, licença de marcas, subcontratação de contratos firmados pelas partes, locação de equipamentos e instalações, compra e venda de equipamentos e transferência de tecnologia e know-how, sendo todos relacionados à fabricação e desenvolvimento de produtos na área ferroviária.

8. A Fazenda Nacional comprova a transferência de ativos da executada MAFERSA à embargante.

9. Resta patente a confusão entre as empresas destacadas, bem como o esvaziamento da MAFERSA, que embora se declare ativa, não possui escritório, funcionários, movimentação financeira ou faturamento, podendo-se concluir que a ALSTOM a sucedeu em todas as suas atividades empresariais e assumiu todos os contratos titularizados pela MAFERSA.

10. Ratificando a tese de sucessão, constam decisões judiciais que comprovam que a embargante Alstom, para a consecução de suas atividades, manteve os mesmos empregados da executada MAFERSA, inclusive com reconhecimento de sucessão empresarial por esta Corte Regional em outros executivos fiscais.

11. Nesse cenário, tratando-se de sucessão empresarial, ainda que de fato, não de direito, no qual a sucedida encerrou as atividades, incide plenamente a norma do art. 133, inciso I, do Código Tributário Nacional, pelo qual as pessoas jurídicas de direito privado sucessoras respondem integralmente pelos tributos devidos pelas sucedida até a data da sucessão.

12. Não prospera a aventada impossibilidade de cobrança, em face da parte embargante, de tributos que não se refiram ao estabelecimento adquirido, pois é reconhecida sua responsabilidade como sucessora integral da empresa MAFERSA, por todo o exposto, devendo portanto, responder integralmente pelo passivo adquirido.

13. Agravo interno a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, SEXTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2127832 - 0040115-34.2014.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, julgado em 28/03/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:04/04/2019)

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA NA AQUISIÇÃO DE ESTABELECIMENTO (MAFERSA/ALSTOM): CONFIGURAÇÃO DO PREVISTO PELO "CAPUT" E PELO INCISO I DO ART. 133, CTN - RESPONSABILIDADE PELAS MULTAS MORATÓRIAS E PUNITIVAS, MATÉRIA JULGADA SOB O RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS, BEM ASSIM PELA SÚMULA 554, STJ - PRECEDENTE ESPECÍFICO DESSA E. TERCEIRA TURMA - IMPROCEDÊNCIA AOS EMBARGOS - IMPROVIMENTO À APELAÇÃO

1. Como uma luva a se amoldar, sim, o caso vertente ao figurino da tributária responsabilidade por aquisição de fundo de comércio, caput do art. 133, CTN.

2. Com todas as letras afirma a parte apelante adquiriu tecnologia, marca, maquinário e instalações da Mafersa, fls. 403, penúltimo parágrafo, aquela tendo cedido os ativos da unidade de São Paulo, fls. 406, segundo parágrafo.

3. Sem sucesso a invocada ausência de sucessão, ausente nos autos qualquer evidência a respeito, ônus contribuinte, não se logrando afastar a incontornável sujeição passiva do adquirente em pauta pelos encargos fiscais devidos, oriundos da atividade anterior.

4. No logrou a parte embargante atender a seu ônus mínimo, como ação cognoscitiva desconstitutiva em que se traduzem os embargos, no sentido de revelar a inocorrência da sucessão ou tenha se dado a continuação, sem interrupção ou com retorno em inferiores seis meses (inciso II, daquele preceito), pelo alienante do estabelecimento. Assim, inaplicável ao caso a responsabilidade subsidiária, inciso II, do art. 133, CTN.

5. Conjugado o quanto construído nos autos segundo os ônus dos litigantes, inábeis as sustentações embargantes para afastar a assim firmada convicção de que se esteja diante de cabal sucessão empresarial sobre a estrutura da empre-

sa contribuinte, em relação ao responsável tributário, subsumindo-se o conceito deste ao da norma tributante em espécie.

6. Esta C. Terceira Turma já apreciou situação idêntica envolvendo a sucessão da Mafersa pela Alstom, cujos argumentos são os mesmos, AC 00433976120064036182, Relator Desembargador Federal Carlos Muta. Precedente.

7. Adequa-se inteiramente o litígio em pauta ao fenômeno da responsabilidade tributária estampado no art. 133, caput e inciso I, CTN.

8. Não prospera a aventada impossibilidade de cobrança, em face da parte embargante, das multas aplicadas à empresa sucedida, vez que a responsabilidade tributária dos sucessores estende-se a referido acessório, irrelevante sua natureza - moratória ou punitiva - vez que acompanham o passivo do patrimônio adquirido pelo sucessor, matéria julgada sob o rito dos Recursos Repetitivos, REsp 923012 / MG, bem assim da Súmula 554, do C. STJ, in verbis: "Na hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão."

9. Improvimento à apelação. Improcedência aos embargos.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1641575 - 0000786-59.2007.4.03.6182, Rel. JUIZ CONVOCADO SILVA NETO, julgado em 24/05/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/06/2017)

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÕES PREVIDENCIÁRIAS. SUCESSÃO DE FATO - CARACTERIZAÇÃO. PRESCRIÇÃO PARA O REDIRECIONAMENTO - SUCESSÃO TRIBUTÁRIA - HIPÓTESE ESPECÍFICA. TERMO INICIAL - APLICAÇÃO DA TEORIA DA ACTIO NATA. TERMO FINAL - PLEITO DE REDIRECIONAMENTO. PRESCRIÇÃO CUJO RECONHECIMENTO REQUER INÉRCIA FAZENDÁRIA, INEXISTENTE NO CASO CONCRETO. MULTA - RESPONSABILIDADE DA EMPRESA SUCESSORA.

1. Ainda que não se trate de hipótese de sucessão formal de empresas, nos estritos termos do supracitado artigo 133 do CTN, o conjunto probatório é suficiente para se identificar a caracterização de sucessão empresarial de fato entre a devedora original Mafersa S/A e a embargante Alstom Hydro Energia Brasil Ltda, de forma a se mostrar cabível a responsabilização da segunda (sucessora) pelos débitos tributários inadimplidos pela primeira. Precedentes do TRF3 (5ª e 6ª Turmas).

2. No que concerne à prescrição para o redirecionamento de execução fiscal a empresa sucessora da devedora original, tem se pacificado na jurisprudência (em oposição ao que ocorre quanto ao redirecionamento a sócios/dirigentes) o entendimento de ser aplicável, na hipótese, a chamada teoria da actio nata, ou seja: o interesse e a necessidade para se pleitear o redirecionamento do feito executivo surge para o exequente apenas quando identificada nos autos executivos a existência de elementos que indiquem a existência da sucessão de empresas. 3, o pleito de adesão da executada Mafersa S/A ao programa de parcelamento conhecido como Refis, que se efetivou em 27/04/2000 e que culminou na determinação de suspensão da execução fiscal supra em 20/09/2002 é causa interruptiva da prescrição.

4. O termo final da prescrição em tela deu-se com o pedido de redirecionamento da execução fiscal à empresa sucessora - que, na hipótese dos autos, foi formalizado em 03/11/2004. Não transcorrido período superior a cinco anos entre tais marcos temporais (29/03/2004 a 03/11/2004), deve ser afastada a alegação de prescrição para o redirecionamento da execução fiscal à empresa Alstom Hydra

Energia Brasil Ltda. Prescrição não consumada mesmo que se considere como termo final a data da citação da embargante.

5. Em se tratando de hipóteses em que se discute sucessão de empresas e/ou formação de grupos econômicos, inclina-se a jurisprudência no sentido de que não basta o mero decurso de lapso superior a cinco anos para que se configure a prescrição para o redirecionamento. Imprescindível, em tais situações, a identificação de inércia fazendária. Precedentes do TRF3 (1ª e 4ª Turmas).

6. Pacífico o entendimento jurisprudencial acerca da possibilidade de se exigir do sucessor empresarial as multas devidas pela empresa sucedida, tendo em vista que os tributos devidos e seus respectivos acessórios/consectários acompanham o patrimônio da empresa sucedida. Precedentes (STJ e 5ª Turma do TRF3).

6. Apelação da parte contribuinte não provida.

(TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1622313 - 0008150-82.2007.4.03.6182, Rel. JUÍZA CONVOCADA LOUISE FILGUEIRAS, julgado em 10/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/04/2017)

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INOMINADO. ARTIGO 557, CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO INEXISTENTE. SUCESSÃO TRIBUTÁRIA. ARTIGO 133, CTN. PROVA SUFICIENTE. RECURSO DESPROVIDO.

1. O artigo 557 do Código de Processo Civil é aplicável quando existente jurisprudência dominante acerca da matéria discutida e, assim igualmente, quando se revele manifestamente procedente ou improcedente, prejudicado ou inadmissível o recurso, tendo havido, nos autos, o específico enquadramento do caso no permissivo legal, conforme expressamente constou da respectiva fundamentação.

2. A execução fiscal tratou de contribuições do período de fevereiro/1997 e maio/1998, com execução fiscal ajuizada em 04/10/2002, antes da vigência da LC 118/2005, estando prescritos os créditos com vencimento em data anterior ao quinquênio retroativo à propositura da ação (04/10/1997), pelo que deve ser reformada a sentença.

3. A aquisição, a que se refere o artigo 133 do CTN, deve ser aferida a partir de elementos de fato de cada caso concreto, vez que a dissolução irregular de um dado empreendimento indica a inexistência de formalidade legal própria à caracterização da sucessão, o que ocorre, sobremaneira, como forma de contornar a própria responsabilidade tributária.

4. Contra a sucessão tributária alegou-se que a MAFERSA apenas transferiu tecnologia, licenciamento de tecnologia e aquisição de equipamentos e instalações, mas não a integralidade do fundo do comércio, restando imóveis e ativos nas unidades de Caçapava, Contagem e Rio de Janeiro e que, se houvesse responsabilidade, seria subsidiária quanto aos negócios do estabelecimento de São Paulo, que assumiu, conforme artigo 133, II, CTN.

5. Todavia, consta da sentença a análise fático-jurídica que elide a tese da agravante, demonstrando que: "Da leitura dos documentos juntados aos autos pelo embargado (fls. 298, 250, 257, 258, 263, 268/324, 375/379 da execução fiscal), bem como pelas diligências realizadas na execução fiscal, a única conclusão possível é de que a ALSTOM é a sucessora da MAFERSA. Além disso, o site da embargante disponibiliza no seu histórico a seguinte informação: 1997- Alstom compra as atividades e contratos da Companhia Estadual MAFERSA e inicia a produção local de trens (www.alstom.com.br). A circunstância de não ter sido formalizada a sucessão é irrelevante, pois os elementos fáticos permitem inferir a continuidade da exploração da atividade econômica pela ALSTOM. Quanto à alegação de que a MAFERSA é proprietária de 2 imóveis, as certidões apresentadas

pela embargante não estão atualizadas. Ademais, o imóvel registrado sob o nº 84.237 encontra-se com vários gravames, quanto ao imóvel registrado sob o nº 19.593 a certidão está incompleta. Assim, não há como se verificar a situação atual dos imóveis.'

6. É robusta, pois, a conclusão probatória de que foi adquirido, pela agravante, o estabelecimento e negócio da devedora originária, não se cuidando de mera presunção, mas de prova de responsabilidade tributária por sucessão (artigo 133, I, CTN), já que não subsistiu a exploração do negócio por aquela outra empresa, sucedida que foi pela agravante de forma integral.

7. Manifestamente infundada a alegação de que não pode a multa ser cobrada da sucessora, pois o artigo 133, CTN, ao referir-se à sucessão no pagamento do tributo, não exclui os acessórios legais, sobretudo a multa por descumprimento da obrigação tributária, não se tratando de criar tributo sem lei, mas de disciplinar o Código Tributário Nacional o campo de responsabilidade do sucessor, no tocante às obrigações principais e acessórias exigíveis do devedor originário e de quem o sucedeu.

8. Agravo inominado desprovido.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1586941 - 0043397-61.2006.4.03.6182, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, julgado em 15/01/2015, e-DJF3 Judicial 1 DATA:20/01/2015)

Igualmente, o Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região já reconheceu a sucessão trabalhista da MAFERSA pela ALSTOM em diversos julgados. Caso dos Agravos de Petição n.ºs 0147100-89.1992.5.02.0023 e 0023000-58.1996.5.02.0076; bem como do Agravo de Petição em Embargos de Terceiros n.º 01281.2009.014.02.00-6.

Por isso rejeito o pedido da embargante, reconhecendo a sua responsabilidade integral pelos créditos em cobro.

RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DOS JUROS E DAS MULTAS MORATÓRIAS E PUNITIVAS DA SUCEDIDA

É inegável a responsabilidade da sucessora pelo pagamento dos *juros de mora* incidentes sobre a dívida, eis que, por representarem dívida de valor, integram o patrimônio jurídico-material da sucedida.

Quanto às *multas*, o tema já foi pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, a hipótese de sucessão empresarial, a responsabilidade da sucessora abrange não apenas os tributos devidos pela sucedida, mas também as multas moratórias ou punitivas referentes a fatos geradores ocorridos até a data da sucessão (Tese julgada pelo STJ pelo rito do art. 543-C do CPC/73 - Tema 382 e Súmula n. 554/STJ). Assim, nada a dispor em distinto quanto à questão.

Por isso rejeito as alegações.

DISPOSITIVO

Pelo exposto julgo:

* *EXTINTO O PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO* por perda superveniente do interesse de agir, quanto às inscrições n.ºs 80210004724-30, 80210004725-10 e 80610010473-83, todas objeto da Execução Fiscal n.º 0041242-46.2010.4.03.6182 e atribuo a responsabilidade pela sucumbência à exequente-embargada com base no princípio da causalidade.

* Arbitro os honorários em favor da embargante nos percentuais mínimos legais do montante atualizado do proveito econômico, tudo na forma do parágrafo 5º, do art. 85, do CPC de 2015, por se tratar de causa de processamento simples, sem dilação instrutória, com prova eminentemente documental e matéria predominantemente de Direito. No caso, por proveito econômico há de compreender o valor das inscrições excluídas;

* *PARCIALMENTE PROCEDENTES* os embargos à execução fiscal em relação à inscrição remanescente n.º 80.2.98.024311-10, relativa à Execução Fiscal n.º 0045518-28.2007.403.6182, com base no reconhecimento do pedido, para confirmar a redução da multa cobrada ao patamar de 20%, conforme já operado pela embargada (v. fls. 849).

Dada a ausência de resistência por parte da embargada, deixo de cominar-lhe sucumbência.

Considerada a sucumbência da embargante quanto aos demais pedidos, deixo de cominar-lhe sucumbência, tendo em vista a incidência do encargo legal, que lhe faz as vezes.

Traslade-se cópia para os autos do executivo fiscal. Oportunamente, remetem-se os autos ao arquivo; observadas as cautelas de estilo.

Publique-se e intime-se.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

000007-34.2013.4.03.6105

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Réus: ANTERO PEREIRA DE SOUSA FRADINHO, JOSE ROBERTO DA COSTA, ALESSANDRO VERONA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BRAGANÇA PAULISTA - SP
Juiz Federal: FERNANDO HENRIQUE CORRÊA CUSTODIO
Disponibilização da Sentença: DJEN 01/06/2022

SENTENÇA

Trata-se de ação criminal promovida pelo *Ministério Público Federal* em desfavor de *Antero Pereira de Sousa Fradinho*, CPF nº 847.709.887-53, *José Roberto da Costa*, CPF nº 756.032.178-04 e *Alessandro Verona*, CPF nº 139.426.368-67, imputando-lhes fato previsto como crime no artigo 316, do Código Penal, em concurso de pessoas (art. 29, do CP).

Consta na denúncia, em síntese, o seguinte: a) dois motoristas de carreta (Fábio e Manoel) foram abordados no dia 21 de dezembro de 2012 pelo corréu José Roberto na Rodovia Fernão Dias, pouco depois do pedágio de Vargem/SP, no sentido Belo Horizonte, o qual, após analisar rapidamente as cargas transportadas e os documentos, determinou que eles fossem até o posto de combustíveis "Falcão" e lá o aguardassem; b) os motoristas Fábio e Manoel obedeceram à determinação de José Roberto e se dirigiram até o posto de combustíveis, onde aguardaram a chegada do policial rodoviário federal, o que ocorreu certo tempo depois, quando ele chegou na viatura da PRF com outro policial rodoviário federal; c) Fábio conversou com eles, sendo que José Roberto pediu a quantia de R\$ 3.000,00 (três mil reais) para liberar as carretas, alegando que havia irregularidade no transporte e que teria que apreender os caminhões; d) o policial rodoviário federal que o acompanhava presenciou toda a conversa entre José Roberto e Fábio (posteriormente identificado como sendo Alessandro Verona); e) José Roberto reteve os documentos dos veículos e da carga e determinou que eles retornassem ao posto rodoviário federal de Vargem/SP, o que eles fizeram; f) de lá Fábio ligou para seu gerente e informou sobre o pedido de dinheiro para a liberação das carretas, sendo que ele negou a liberação do valor e pediu para negociarem um valor menor; g) após novas conversas restou acertado o valor de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para a liberação das carretas, sendo 03 (três) no total, já que o motorista Alan havia ficado para trás, e foi abordado no posto rodoviário federal; h) Fábio ligou novamente para seu gerente, e ele orientou para que fosse retirar o valor em espécie, tirando fotocópias das cédulas sacadas; seu gerente disse que havia feito contato com a Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal em Brasília e que eles entrariam em contato para orientar sobre o que fazer; i) Fábio foi com Manoel e Alan até a cidade de Bragança Paulista para realizar o saque do valor acordado e tirar as fotocópias, guardando as cópias consigo; j) depois retornaram ao posto da polícia rodoviária federal para realizar a entrega do dinheiro, sendo que, quando chegaram lá, os dois PRF's com quem haviam conversado não estavam lá, mas apenas um terceiro policial rodoviário federal (Antero Pereira de Sousa), que disse

que sabia sobre o caso deles e que eles poderiam entregar o dinheiro para ele; k) Fábio entregou os R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para Antero, e reclamou que ia ficar sem o almoço, no que Antero lhe devolveu uma cédula de cinquenta reais do monte; l) Antero devolveu os documentos das carretas e das cargas, e Alan seguiu viagem, enquanto Fábio e Manoel foram até o posto de combustíveis “Falcão”, já orientados por policiais da corregedoria da PRF, que haviam ligado para Fábio; m) lá conversaram com policiais rodoviários federais (agentes Cruz, Otávio, Lascane e Thomaz), explicando o que havia ocorrido, inclusive, que já tinham pago o valor exigido para a liberação das carretas, entregando as fotocópias; n) os policiais da Corregedoria se dirigiram até o posto rodoviário federal de Vargem, onde encontraram os três réus na parte interna; o) informaram que seria feita uma inspeção no local e pessoal nos três, inclusive minuciosa, em local reservado, pedindo para que eles se desarmassem; p) enquanto alguns agentes realizavam inspeção minuciosa no policial rodoviário federal Verona ouviram gritos vindo da primeira sala, onde ficaram os réus José Roberto e Antero, de que havia cédulas voando pela parte de fora do posto, perto da janela; q) as cédulas foram recolhidas e foi realizado confronto entre os números de série com as fotocópias entregues pelo motorista Fábio, sendo que quase todas coincidiram; r) os três réus ficaram em silêncio, e foi dada voz de prisão a eles, sendo conduzidos até a Delegacia da Polícia Federal em Campinas.

O réu José Roberto da Costa também responde pela suposta prática de outro crime de concussão, tendo como vítima o motorista José Leitão Filho, o qual foi abordado por ele em fiscalização realizada no posto da polícia rodoviária federal de Vargem/SP, sendo que o caminhão por ele conduzido transportava, além da carga de cerâmica, uma mudança e um veículo, o que José Roberto teria dito ser irregular, cobrando a quantia de R\$ 400,00 (quatrocentos reais) para liberar o caminhão. José Leitão tentou negociar, e ofereceu R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais) para José Roberto, que não aceitou, tendo retido a documentação do caminhão e da carga transportada. Cerca de 30 (trinta minutos) depois, enquanto estava no caminhão aguardando o que iria acontecer com ele, foi abordado pelo agente Honorato, que lhe perguntou quanto pediram para liberar o caminhão, no que respondeu. Certo tempo depois o mesmo agente Honorato voltou, disse que estavam lhe roubando, que não tinha que pagar nada, e que tinha que ir até a Polícia Federal em Capinas para prestar depoimento, o que fez.

Anexada cópia do auto de prisão em flagrante delito (id nº 39352459) e do IPL (id's nºs 39352660 e 39352661).

A denúncia (fls. 03/08 do id nº 39351444) foi recebida no dia 07/03/2016, conforme fls. 09/10 do id nº 39351444.

Citados, os réus apresentaram respostas à acusação às fls. 48/50 (José Roberto, declarando-se inocente) e 60/70 (Antero e Alessandro), pugnando pela absolvição sumária e arrolando testemunhas.

Proferida decisão que recusou a absolvição sumária e manteve o recebimento da denúncia (fls. 05/06 do id nº 39351445).

Realizada audiência de instrução conforme termo de fls. 116/118 do id nº 39351445, homologando a desistência da oitiva da testemunha de acusação Nelson, com concordância expressa das defesas.

Realizada nova audiência de instrução conforme termo de fls. 130/131 do id nº 39351446, com oitiva de testemunhas arroladas pela defesa.

Designada nova audiência de instrução para oitiva das demais testemunhas arroladas pela defesa (fls. 15/16 do id nº 39352672), realizada conforme termo de fls. 164/165 do id nº 39352672.

Anexado ofício da Corregedoria da PRF dando conta da aplicação da pena de demissão e cancelamento da aposentadoria dos três réus no bojo de processo administrativo disciplinar (fls. 191/202 do id nº 39352672 e fls. 01/19 do id nº 39352673).

MPF requereu nova oitiva da testemunha de acusação José Leitão Filho (fl. 51 do id nº 39351447), tendo em vista a não localização da mídia de gravação, o que restou deferido pela decisão de fl. 56 do id nº 39351447.

Anexadas as mídias de gravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação:

- 1) Fábio Alexandre dos Santos: id nº 244025358;
- 2) Manoel Marcos dos Santos: id nº 57498489;
- 3) José Leitão Filho: id's nºs 243229925 e 243229932;
- 4) Antonio Carlos de Oliveira Cruz Júnior: id nº 57498489;
- 5) Otávio Camargo Foltran: id nº 57498492;
- 6) Alessandro Mauro Thomaz de Souza: id nº 57498489;
- 7) Waldir Santos Soares de Mello: id nº 57498489.

Anexadas as mídias de gravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa de Antero Pereira de Sousa Fradinho:

- Edson Alves de Oliveira: id nº 57499736;
José Luiz Silveira Martins: id nº 57499738;
João Carlos Escalda Martins: id nº 57499737;
Ângelo Junqueira Guersoni: id nº 57499732;
Ana Carolina Paula Junqueira: id nº 57499744.

Anexadas as mídias de gravação dos depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa de Alessandro Verona:

- Antonio de Thomaz Júnior: id nº 57499734;
Mário Pinheiro de Almeida: id nº 57499742;
José Pedro Fangiuli: id nº 57499740;
Alan Paulo da Silva: id nº 57499701.

Tomados os interrogatórios dos réus, conforme mídias anexadas:

- 1) Alessandro Verona: id nº 57500971;
- 2) Antero Pereira de Sousa Fradinho: id nº 57500977;
- 3) José Roberto da Costa: id nº 57500982.

Designada audiência para nova oitiva da testemunha de acusação José Leitão Filho (id nº 160379935), realizada conforme termo de id nº 243229571.

Em memoriais de id nº 244470223, o MPF requereu a condenação dos três

réus pela prática de um crime de concussão, além de condenação do corrêu José Roberto pela prática de outro crime de concussão.

Em memoriais de id nº 245446896, os corrêus Antero e Alessandro pugnaram pela absolvição de ambos em razão da ausência de prova da autoria e materialidade delitivas, além do que não houve qualquer exigência por parte dos réus; também ausência de comprovação de prejuízo financeiro pelas supostas vítimas.

Em memoriais de id nº 246989017 o corrêu José Roberto pugnou pela sua absolvição, em razão da ausência de provas.

Feito o relatório, fundamento e decido.

Os réus foram acusados, na denúncia, pela prática de crimes de concussão, capitulados no artigo 316, do Código Penal, a conferir:

Art. 316 - *Exigir*, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa. (Redação dada pela Lei nº 13.964, de 2019)

Que fique claro desde já que se trata, inegavelmente, de crime meramente formal, pelo que basta a exigência de vantagem indevida pelo funcionário público (conceito amplo do artigo 327, do Código Penal) para a consumação do crime.

Absolutamente irrelevante, portanto, a obtenção da vantagem indevida para a consumação do crime, logo, sendo também absolutamente irrelevante a existência de prejuízo financeiro por parte da vítima, até mesmo porque não é o patrimônio o bem juridicamente tutelado pelo crime de concussão, mas a moralidade e probidade da Administração Pública.

Outrossim, resta evidente que o verbo "exigir" cobrado como ação para a tipificação do crime não significa que o funcionário público grite, ameace de forma expressa e com violência o particular.

Aliás, sequer se exige a prática de ato aberto e ostensivo por parte do funcionário público para a configuração do delito, sendo pacífico na doutrina pátria a possibilidade de caracterização do crime sob ameaça implícita, decorrente do próprio poder e das atribuições decorrentes da atividade pública do agente, a conferir:

"Essa exigência, segundo Hungria, pode ser formulada diretamente, a viso aperto ou facie ad faciem, sob a ameaça explícita ou implícita de represálias (imediatas ou futuras), ou indiretamente, servindo-se o agente de interposta pessoa, ou de velada expressão, ou fazendo supor, com maliciosas ou falsas interpretações, ou capciosas sugestões, a legitimidade da exigência. Não se faz mister a promessa de infligir um mal determinado: basta o temor genérico que a autoridade inspira." (GRECO, Rogério; Código Penal Comentado, 4ª Edição; Editora Ímpetus, Niterói/RJ, 2010; pág. 834)

Ora, no presente caso, a envolver motoristas de carreta fiscalizados por policiais rodoviários federais, a retenção dos documentos e alegação de constatação de irregularidades que levariam à retenção dos veículos e das mercadorias é conduta

que inegavelmente configura o tipo penal, amoldando-se ao verbo “exigir” do artigo 316, do Código Penal, pois, configura pressão psicológica e constrangimento ao particular, lembrando que basta pequena pressão para a configuração do delito, conforme precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CRIME DE CONCUSSÃO (ART. 316 DO CP) IMPUTADO A SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA, SOB A ALEGAÇÃO DE INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO SUPOSTAMENTE PARA EXIGIR VANTAGEM INDEVIDA DE NATUREZA PECUNIÁRIA DE PESSOA JURÍDICA COM A QUAL O ACUSADO MANTINHA VÍNCULO CONTRATUAL. PRELIMINARES AFASTADAS. ILÍCITO QUE SÓ SE CONFIGURA A TÍTULO DOLOSO. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS QUE DEMONSTREM QUE O RÉU TENHA AGIDO COM O DOLO DE EXIGIR VANTAGEM INDEVIDA. AÇÃO PENAL JULGADA IMPROCEDENTE, EM RESPEITOSA DIVERGÊNCIA DO VOTO DO ILUSTRE MINISTRO RELATOR.

1. Trata-se de ação penal em que se pede a condenação de Subprocurador-Geral da República pela possível prática do crime de concussão (art. 316 do CP), em razão de ter supostamente exigido vantagem indevida de empresa com a qual mantinha, ao tempo dos fatos, vínculo contratual na condição de promitente comprador de unidade autônoma de empreendimento imobiliário.

2. Inexistindo fatos novos que pudessem justificar a modificação das conclusões já alcançadas, há preclusão dos questionamentos preliminares já analisados e rejeitados pela Corte Especial, em 3.6. 2015.

3. Não se verifica a nulidade processual postulada pela defesa, ao argumento de não estarem presentes os atos delegatários para que os Subprocuradores-Gerais tivessem atuado nas sessões de julgamentos e na audiência de instrução.

4. No Processo Penal, não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, consoante o disposto no art. 564 do CPP e na Súmula 523 do STF. Ademais, a existência dos referidos atos de delegação interessa, tão somente, ao Ministério Público Federal, o que evidencia, na hipótese, a aplicação do art. 565 do CPP, segundo o qual, nenhuma das partes poderá arguir nulidade referente a formalidade cuja observância só a parte contrária tem interesse. Também incidem, na hipótese, as disposições do art. 566 do CPP, que afasta a declaração de nulidade do ato processual que não houver influído na apuração da verdade substancial, exatamente o que ocorre nesta específica situação.

5. À época dos fatos, o Réu integrava a 3a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, órgão ministerial cuja atribuição abrangia a análise de matérias diretamente relacionados ao objeto do procedimento administrativo, que havia sido instaurado para apuração de eventual prática de ato lesivo a consumidores. O acusado também fazia parte de Grupo Especial de Trabalho, criado pelo Ministério da Justiça, para o estabelecimento de parâmetros acerca da proteção do consumidor na celebração de contratos de compra e venda ou de promessa de compra e venda de imóveis junto às empresas, cooperativas, condomínios ou consórcios.

6. A tese da acusação, acerca da impossibilidade de prática de atos executórios por Subprocuradores da República, foi infirmada pelo depoimento da então Presidente da 3a. Câmara de Coordenação e Revisão do MPF, que registrou não ser extraordinário, à época dos fatos, a condução de procedimento administrativo por Subprocurador integrante deste órgão (fls. 4.349). Depoimento que igualmente consignou não ser incomum que a condução dos trabalhos contasse com o apoio de membros do Ministério Público familiarizados com a matéria específica em análise, conforme é esta hipótese.

7. A procedência da acusação, com o reconhecimento da prática do crime de concussão, exige, necessariamente, a constatação do dolo do agente em pretender exigir algo que venha a se configurar como uma vantagem indevida.

8. *O núcleo da figura típica concussão está expresso no verbo exigir, traduzindo-se numa mínima ação coatora orientada a impor obrigação constrangedora ao sujeito passivo. Dessa forma, exigir algo consiste em produzir uma mínima pressão psicológica, uma coação no interlocutor, ainda que unicamente através de palavras, causando-lhe intimidação ou temor.*

9. Não se trata, portanto, de mera solicitação, sugestão ou pedido, mas um agir veemente, uma imposição, ordem, determinação, que transmita a idéia imperiosa emitida pelo agente público, no sentido de receber benefício ou proveito contrário ao Direito.

10. A conduta de exigir é algo sério, forte, rígido, que não se configura pelo simples ato de apresentar proposta de Termo de Ajustamento de Conduta.

11. Instrução probatória que não trouxe elementos que demonstrassem ter o acusado agido com o dolo de obter vantagem indevida, porquanto restrita a sua participação em um procedimento de interesse que se situe afim do próprio indivíduo.

12. Não deve o Juiz hesitar em decretar a absolvição quando os elementos constantes do processo não apontam com tranquila segurança a procedência da acusação, ou quando não for possível demonstrar os elementos de sua convicção, como ocorre, ao meu ver, no caso em exame.

13. Ação Penal julgada improcedente para absolver MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO, em razão de o fato não constituir infração penal, em respeitosa divergência do voto do eminente Ministro Relator.

(APn n. 733/DF, relator Ministro Herman Benjamin, relator p/ o acórdão Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Corte Especial, DJe de 1/3/2019.)

PENAL. PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONCUSSÃO (ART. 316 DO CP). EXISTÊNCIA DE OUTRA FORMA DE RECEBIMENTO DOS VALORES DEVIDOS PELA PREFEITURA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. TÍPICIDADE DA CONDUTA. PENA-BASE. EXASPERAÇÃO. CULPABILIDADE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. INVIABILIDADE.

1. Não há como apreciar a violação do artigo 316 do CP e a tese de que a conduta é atípica, uma vez que, "na tipificação do crime de concussão, em que o verbo-núcleo do tipo é exigir, indispensável que a imposição da vontade do funcionário público sobre o terceiro subtraia inteiramente a sua capacidade de resistência" (e-STJ fls. 5525) e, no presente caso, havia outra forma de recebimento do crédito por parte dos credores do município, sem ser a exigência de formalização de um contrato de arrendamento mercantil com a empresa de factoring pertencente a um dos recorrentes, notadamente a Execução contra a Fazenda Pública, prevista nos arts. 730 e 731 do CPC. Tal questão não foi objeto de debate pela instância ordinária, o que inviabiliza o conhecimento do recurso especial no ponto por ausência de prequestionamento. Incidem ao caso as Súmulas 211 do STJ e 282 do STF.

2. *A prática do crime do art. 316 do CP ficou comprovada, uma vez que a conduta típica do crime de concussão consiste em exigir o agente vantagem indevida, abusando de sua autoridade pública como meio de coação, o que foi feito, ao se exigir das empresas envolvidas que recebessem valores inferiores ao devido*

pela Administração Municipal, por conta de serviços anteriormente prestados e, para que recebessem esse pagamento, eram obrigadas a realizar um contrato de fomento mercantil com a financeira Morart Factoring (vinculada à Freedom Fomento Mercantil), de propriedade do recorrente Luiz Feitosa, Secretário de Finanças da Prefeitura de Itapema à época.

3. A dosimetria da pena está inserida no âmbito de discricionariedade do julgador, estando atrelada às particularidades fáticas do caso concreto e subjetivas dos agentes, elementos que somente podem ser revistos por esta Corte em situações excepcionais, quando malferida alguma regra de direito. No presente caso, as instâncias ordinárias não utilizaram de dados genéricos e vagos para justificar a exasperação da pena-base em razão da culpabilidade, uma vez que ficou demonstrado o maior grau de censura da conduta do acusado que, sendo o Chefe do Executivo Municipal, responsável por todo o regular funcionamento da administração, premeditou todo um esquema de corrupção, extorquindo os credores do município com abuso de autoridade e exigindo que estes recebessem menos do que lhes era devido, utilizando-se de uma empresa de factoring para promover os desvios de dinheiro, a fim de simular uma suposta legalidade às operações financeiras, fato que, sem dúvida, torna a reprovabilidade da conduta delitiva ainda maior.

4. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, “quando há circunstância judicial considerada em desfavor do réu, não há como conceder o benefício da substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, à luz do disposto no art. 44, inciso III, do Código Penal” (HC 217.567/RJ, Rel. Min. LAURITA VAZ, Quinta Turma, DJe 25/06/2012).

5. Agravo regimental não provido.

(AgInt no REsp n. 1.566.371/SC, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, DJe de 1/8/2016.)

Não se olvide, ademais, que se trata de crime praticado, no mais das vezes, à sorrelfa, de forma sorrateira, verbalmente, pelo que a prova oral é de enorme relevo para a configuração do delito, não cabendo a exigência de prova material para a configuração do delito.

Neste exato sentido, confira-se precedente erigido em sede do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CONCUSSÃO. CONDENAÇÃO. ELEMENTOS DE INFORMAÇÃO COLHIDOS NO INQUÉRITO E REPRODUZIDOS EM JUÍZO. POSSIBILIDADE. ABSOLVIÇÃO. REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7 DO STJ. DOSIMETRIA. DISCRICIONARIEDADE DO JULGADOR. ART. 59 DO CP. CULPABILIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS E CONSEQUÊNCIAS DO CRIME. EXACERBAÇÃO DA PENA-BASE. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Nos termos do art. 155 do Código de Processo Penal, não se mostra admissível que a condenação do réu seja fundada exclusivamente em elementos de informação colhidos durante o inquérito e não submetidos ao crivo do contraditório e da ampla defesa, ressalvadas as provas cautelares e não repetíveis. *In casu*, verifica-se que a condenação baseou-se em elementos de informação colhidos no curso do inquérito, consistente em prova testemunhal, que foi devidamente reproduzida em juízo, não havendo se falar em nulidade da sentença.

2. Alterar a conclusão a que chegaram as instâncias ordinárias e decidir pela absolvição do agravante demandaria, necessariamente, revolvimento do acervo

fático-probatório delineado nos autos, procedimento que encontra óbice na Súmula 7/STJ.

3. A individualização da pena é uma atividade em que o julgador está vinculado a parâmetros abstratamente cominados pelo legislador, sendo-lhe permitido, entretanto, atuar discricionariamente na escolha da sanção penal aplicável ao caso concreto, após o exame percuciente dos elementos do delito, e em decisão motivada. Dessarte, cabe às Cortes Superiores, apenas, o controle de legalidade e da constitucionalidade dos critérios utilizados no cálculo da pena.

4. Em relação à culpabilidade, circunstâncias e consequências do crime, verifica-se que a fundamentação da decisão que majorou a pena-base é idônea.

5. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp n. 1.773.536/AM, relator Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 17/8/2021.)

Há que se analisar, agora, se o suporte probatório produzido em juízo é suficiente para um decreto de condenação.

Comprovada a materialidade do fato, pois, mesmo que não exigida a efetivação da vantagem financeira indevida, houve a entrega efetiva de numerário aos réus, em cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais), em um total inicial de R\$ 1.000,00 (hum mil reais), com a devolução de uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais) para o motorista Fábio, conforme confrontação entre as cédulas recuperadas na parte externa do posto rodoviário federal de Vargem/SP e as fotocópias entregues pelo motorista Fábio (fls. 51/57 e 59/65 do id nº 39352660).

Comprovado, portanto, o efetivo pagamento da quantia total de R\$ 950,00 (novecentos e cinquenta reais) pelo motorista Fábio para a liberação das três carretas, o que efetivamente aconteceu.

Também a autoria restou devidamente comprovada no presente caso.

Especificamente no tocante ao *primeiro crime de concussão, praticado pelos três réus em face dos três motoristas das carretas da empresa do Recife/PE (Fábio, Manoel e Alan)*, verifico que os depoimentos prestados pelos três motoristas (id's nºs 244025358, 57498489 e 57499701) foram coesos, coerentes, pormenorizados, com detalhes que impedem qualquer conclusão no sentido de que se trataria de versão fantasiosa ou inventada.

Com efeito. As três narrativas convergem de forma total e absoluta no sentido da realização de abordagem por parte de policial rodoviário federal na própria Rodovia Fernão Dias, sentido Belo Horizonte, pouco depois do pedágio de Vargem/SP, tendo como alvo os motoristas Fábio e Manoel.

Na abordagem, o policial rodoviário federal identificado como sendo de média estatura, magro, moreno e de óculos – *exatamente a descrição do corrêu José Roberto* – pediu os documentos das carretas e da carga transportada, informando irregularidades e determinando que dirigissem até o posto de combustíveis “Falcão”, onde deveriam aguardá-lo.

Já a terceira carreta, dirigida por Alan, estava atrás, tendo se perdido de Fábio e Manoel.

Um tempo depois José Roberto chegou no posto com a viatura da PRF, sendo que o corrêu Alessandro Verona estava com ele – agente claro, fortinho,

exatamente a descrição do corréu – e presenciou toda a negociação de valores para a liberação das carretas e mercadorias, caso contrário ficariam apreendidas, conforme deixou claro José Roberto.

Enquanto os documentos ficaram retidos com José Roberto, Fábio e Manoel foram até o posto da polícia rodoviária federal de Vargem/SP, onde encontraram Alan, que também foi abordado por José Roberto.

As negociações continuaram, sendo que Fábio ligou para seu gerente e informou a quantia inicialmente exigida para a liberação das carretas (R\$ 3.000,00), sendo que não foi liberada a quantia, tendo sido orientado a negociar o valor, chegando-se, finalmente, à quantia de R\$ 1.000,00 (hum mil reais) para a liberação das carretas.

Fábio ligou novamente para seu gerente, tendo sido orientado a sacar a quantia em espécie, tirando fotocópias das cédulas, tendo sido informado que a Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal havia sido acionada e entraria em contato com ele.

Fábio se deslocou com Manoel e Alan até a cidade de Bragança Paulista, onde sacou as cédulas e tirou as fotocópias.

Depois, retornaram ao posto rodoviário federal de Vargem, onde Fábio entregou a quantia para um terceiro policial rodoviário federal (corrêu Antero), que estava sozinho no posto, uma vez que José Roberto e Alessandro haviam saído para atender uma ocorrência.

Apesar de estar sozinho, tal policial disse que sabia do que se tratava e que receberia o dinheiro, tendo devolvido os documentos das carretas e das cargas transportadas. Neste momento, Fábio reclamou que ficaria sem almoço e Antero devolveu-lhe uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta reais), localizada com Fábio pelos policiais da corregedoria posteriormente, cujo número e série batia com uma das fotocópias tiradas e entregues.

Neste momento, e já de posse dos documentos, devolvidos por Antero, Fábio recebeu a ligação de um policial rodoviário federal da Corregedoria e foi orientado a ir até o posto “Falcão”, onde se encontrou, juntamente com Manoel, com policiais da corregedoria da PRF, onde contou todo o ocorrido, mostrou a cédula devolvida e entregou as fotocópias das cédulas sacadas e entregues a Antero.

Quanto a Alan, seguiu viagem regularmente.

Os fatos afirmados pelos motoristas das carretas restaram corroborados de forma integral e fidedigna pelos policiais rodoviários federais ouvidos (agentes Cruz, Thomaz e Antonio, depoimentos de id’s nºs 57498489 e 57498492), os quais foram acionados pelo inspetor Waldir (corregedoria em Brasília) por volta do meio dia informando que havia recebido uma denúncia de uma empresa do Recife de que policiais rodoviários federais estariam exigindo quantia em dinheiro para liberar três carretas em Vargem/SP (id nº 57498489), e que deveriam se deslocar até Vargem para conversar com os motoristas em um posto de gasolina (posto “Falcão”) e depois apurar o ocorrido no posto de Vargem/SP.

Foram de carro até o posto “Falcão” e conversaram com os motoristas Fábio e Manoel, sendo que Fábio informou ter sido abordado por um policial rodoviário federal (José Roberto) e ter sido orientado a se dirigir até aquele posto, onde

se encontrou novamente com o mesmo agente e seu companheiro de viatura (Alessandro), quando foi informado de irregularidades nas carretas e nas cargas transportadas e do valor que deveria pagar para que fossem liberadas.

Souberam informar precisamente as irregularidades informadas – carga divisível transportada, mas indivisível na autorização, placa de advertência e excesso de carga – e receberam as fotocópias das cédulas entregues por Fábio, tendo conhecimento, inclusive, de que o valor já teria sido pago e que o policial que recebeu o valor devolveu R\$ 50,00 (cinquenta) reais.

Depois de terem sido informados dos fatos pelos motoristas Fábio e Manoel, dirigiram-se ao posto rodoviário federal em Vargem/SP, onde encontraram os três réus na parte interna do posto, trabalhando.

O policial Cruz, que chefiava a missão, informou que seria realizada uma vistoria no posto, bem como nos três réus, *únicos de serviço no dia*, sendo que escolheram primeiro Alessandro Verona para passar pela inspeção minuciosa, no que foi levado até uma sala interna, enquanto os outros dois réus ficaram na sala de entrada do posto, na qual existe uma janela que dá para a parte externa.

O policial Cruz estava na sala interna realizando a inspeção minuciosa em Verona e o policial Otávio ficou com os outros dois réus, na sala de entrada do posto.

Em seu depoimento, Otávio foi categórico em afirmar que José Roberto saiu algumas vezes de onde estava sentado, perto da janela da sala, e foi até seu computador, em atitude suspeita, bem como que o policial Thomaz ligou para saber o que estava acontecendo, já que ficou no posto “Falcão” com os dois motoristas, o que foi devidamente corroborado pelos motoristas e pelo próprio Thomaz nos depoimentos prestados.

Neste exato momento da ligação, Otávio saiu com um pé para a parte de fora da sala, exatamente para poder conversar com Thomaz, momento no qual viu cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta reais) voando da janela para a parte de fora do posto.

Ora, evidente que aquele que detinha a posse das cédulas aproveitou o momento de distração e se desvencilhou das mesmas, exatamente para não ser surpreendido com elas no momento da inspeção minuciosa.

Ademais, o confronto realizado entre as cédulas arrecadadas na parte de fora do posto, perto da janela, e as fotocópias tiradas pelo motorista Fábio e entregue aos policiais da Corregedoria, demonstrou que a esmagadora maioria das cédulas arremessadas coincidia, a evidenciar que houve efetivamente a entrega do numerário para um dos policiais rodoviários federais.

O contexto e dinâmica dos fatos narrados nos depoimentos, ademais, contra total coerência e conformidade com o desenrolar do tempo, iniciando-se com a abordagem realizada, ainda no período da manhã, passando pelo contato realizado com a Corregedoria no horário do almoço, acionamento das equipes e deslocamento até o local dos fatos, enquanto os motoristas e os policiais fechavam o valor da vantagem indevida a ser paga e se deslocavam até a cidade de Bragança Paulista para sacar a quantia e realizar as fotocópias.

Posteriormente, o encontro entre os policiais da Corregedoria e os motoristas, e posterior abordagem da Corregedoria junto aos réus no posto de Vargem, realizada por volta das 15 (quinze) horas.

Os detalhes informados por cada qual também indicam forte verossimilhança e realismo nos fatos narrados nos depoimentos, lembrando que os motoristas eram completos desconhecidos dos policiais da Corregedoria.

Já as testemunhas arroladas pelas defesas não participaram dos fatos narrados na denúncia, tratando-se basicamente de testemunhas de antecedentes, o que possui relevo apenas em eventual dosimetria da pena.

As alegações de falsa denúncia pelos motoristas e de eventual “complô” contra os réus são fantasiosas e não possuem qualquer arrimo nas provas produzidas ao longo da instrução, ao contrário dos fatos narrados pelas testemunhas de acusação, suportados em provas materiais.

Aliás, os policiais rodoviários federais ouvidos como testemunhas de defesa (Edson, José Luiz, João Carlos, Antonio, Mário e José Pedro), não obstante tenham insinuado a existência de irregularidades na abordagem realizada pela Corregedoria, informaram como procedimento padrão exatamente aquele observado no presente caso, de informação prévia de realização de inspeção no posto e nos agentes, inclusive, minuciosa em sala reservada.

A chefia imediata dos três réus, José Luiz Silveira Martins, informou em seu depoimento de id nº 57499738 que foi informado da inspeção pela corregedoria via telefone, e que no dia estava realizando um curso em Cachoeira Paulista.

Logo, não há prova de qualquer irregularidade no procedimento adotado pela Corregedoria da Polícia Rodoviária Federal.

Também o depoimento prestado pelo motorista Alan, longe de corroborar eventual tese defensiva, corrobora os fatos contidos na denúncia, no sentido de que a empresa pagava propina a policiais rodoviários – exatamente o que aconteceu no presente caso.

Ademais, não é a conduta da empresa que é investigada e objeto desta ação penal, mas a conduta dos agentes policiais rodoviários federais, que exigiram quantia para liberar as carretas e as mercadorias transportadas.

Chama a atenção, outrossim, que os três réus fizeram questão de frisar, em seus interrogatórios, que um dos agentes policiais rodoviários federais que faziam a abordagem teria picado papel e jogado na direção da janela, sendo que teria retornado.

Trata-se de fato afirmado pelos réus, porém, sem qualquer outro suporte probatório, além do que as defesas não indagaram previamente as testemunhas que participaram da abordagem acerca de tal fato, o que é de se estranhar, evidenciando intuito de tentar tumultuar.

De qualquer sorte, nenhum dos réus sequer se deu ao trabalho de tentar explicar o incrível e fantástico voo das cédulas de R\$ 50,00 (cinquenta) reais, ocorrido pela janela na qual estavam próximos, sendo certo que não havia ninguém na parte de fora do posto rodoviário federal, e que sequer os motoristas das carretas Fábio e Manoel estavam no local.

Tenho, assim, que todo o contexto probatório, notadamente a coerência, coesão e nível de detalhes dos dados trazidos pelas testemunhas de acusação ouvidas, leva à confirmação da prática da concussão pelos três réus desta ação penal.

De forma expressa e clara por parte do corréu José Roberto, que efetivamente fez a exigência indevida e efetivamente informou que as carretas seriam apreendidas em caso de não pagamento da vantagem indevida, tendo negociado o valor com o motorista Fábio e retido os documentos dos veículos e das mercadorias transportadas.

E com a *clara e manifesta aderência por parte dos corréus Alessandro e Antero*, aquele por estar efetivamente presente em parte das negociações realizadas, ouvindo de José Roberto as tratativas e pedido de vantagem financeira indevida para liberação das carretas, e este por ter efetivamente recebido o valor negociado, inclusive, devolvendo uma cédula de R\$ 50,00 (cinquenta) reais para Fábio.

Aplica-se, no tocante aos corréus Alessandro e Antero, o prescrito pelo artigo 29, do Código Penal, segundo o qual "*Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade*".

Na verdade, o que ocorreu é que o corréu José Roberto aproveitou o fato de estar sozinho em serviço de patrulhamento na Rodovia Fernão Dias e, aproveitando a oportunidade surgida, qual seja, a existência de três carretas de uma mesma empresa transportando carga de forma irregular, fez o pedido de vantagem indevida.

Posteriormente, os corréus Alessandro e Antero foram informados por José Roberto da oportunidade surgida de ganhar um dinheiro fácil, e aderiram de forma expressa e efetiva à prática criminosa, atuando em conjunto.

Ao cabo de contas, tentaram se aproveitar do fato de estarem sozinhos em serviço no posto policial rodoviário federal de Vargem/SP, sem qualquer controle, para obter um ganho fácil, o qual restou baldado.

Condeno, assim, os três réus pela prática, em concurso de agentes, de um crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal.

Mas não é só. Também tenho por *comprovada a materialidade e autoria criminosas, agora unicamente por parte do corréu José Roberto da Costa, no tocante ao crime de concussão praticado em face do motorista de caminhão Sr. José Leitão Filho*.

Com efeito. O depoimento prestado pelo Sr. José Leitão Filho foi cabal, coeso e pormenorizado, dando conta de que foi parado pelo corréu José Roberto da Costa, que lhe parou no posto rodoviário federal de Vargem/SP, pelo horário do almoço.

José Roberto pediu a documentação do caminhão e da carga transportada, sendo que informou a José Leitão que não poderia estar transportando o automóvel em cima do caminhão, e que teria que pagar R\$ 400,00 (quatrocentos) reais para que pudesse seguir viagem, caso contrário o caminhão seria apreendido.

José Leitão ainda tentou negociar e disse que só tinha condições e pagar R\$ 150,00 (cento e cinquenta) reais, o que não foi aceito por José Roberto.

Enquanto aguardava o que ia acontecer, dentro do caminhão, cerca de 30 (trinta) minutos depois apareceram agentes da polícia rodoviária federal, sendo que o agente Honorato foi ao seu encontro e perguntou o que tinha acontecido.

Os fatos foram devidamente corroborados pelos policiais rodoviários federais Cruz, Otávio e Thomaz, que viram o caminhão de José Leitão parado no posto

rodoviário federal de Vargem/SP, bem como localizaram os documentos do caminhão e da carga transportada em uma mesa ao lado do talão de multas do corréu José Roberto da Costa.

A riqueza de detalhes, o reconhecimento do corréu José Roberto pelo motorista José Leitão, e a coerência entre os depoimentos prestados pelo motorista e os policiais rodoviários federais da corregedoria evidenciam trata-se de fatos verdadeiros, que efetivamente ocorreram.

Por outro lado, o corréu José Roberto não trouxe qualquer fato crível para opor aos depoimentos prestados pelas testemunhas, limitando-se a negar o pedido de vantagem indevida, não obstante tenha reconhecido ter realizado a abordagem e iniciado a fiscalização do caminhão e da carga transportada por José Leitão.

Condeno, assim, o corréu José Roberto da Costa pela prática, sozinho, de um segundo crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal.

Passo à dosimetria da pena, onde serão analisadas questões atinentes a eventuais agravantes e atenuantes, bem como causas de aumento e diminuição da pena.

DOSIMETRIA DA PENA

DO CRIME DE CONCUSSÃO PRATICADO PELOS TRÊS RÉUS EM FACE DOS MOTORISTAS DA EMPRESA DE TRANSPORTE DE CARGAS DO RECIFE/PE FÁBIO, MANOEL E ALAN:

CORRÉU ANTERO PEREIRA DE SOUSA FRADINHO:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu Antero não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o corréu responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

Não obstante as *circunstâncias* e *consequências* do crime sejam mais elevadas do que o normal, envolvem comportamento premeditado e elaborado de organização e método na consecução da pressão psicológica sobre os motoristas das carretas praticado unicamente pelo corréu José Roberto, sendo que Alessandro e Antero limitaram-se a aderir ao comportamento criminoso do colega de serviço, não cabendo exasperação da pena com relação aos dois últimos.

Fixo, assim, a pena, nesta primeira fase de dosimetria no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em *02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 14 mil reais), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

2. CORRÉU ALESSANDRO VERONA:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu Alessandro não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o corréu responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

Não obstante as *circunstâncias e consequências* do crime sejam mais elevadas do que o normal, envolvem comportamento premeditado e elaborado de organização e método na consecução da pressão psicológica sobre os motoristas das carretas praticado unicamente pelo corréu José Roberto, sendo que Alessandro e Antero limitaram-se a aderir ao comportamento criminoso do colega de serviço, não cabendo exasperação da pena com relação aos dois últimos.

Fixo, assim, a pena, nesta primeira fase de dosimetria no mínimo legal, qual seja, em *02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa*.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase no mínimo legal, qual seja, em *02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa*.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em *02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa*.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 14 mil reais), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo

da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

3. CORRÉU JOSÉ ROBERTO DA COSTA:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu José Roberto não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o corréu responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

Já as *circunstâncias* e *consequências* do crime foram mais elevadas do que o normal em razão de comportamento premeditado e elaborado de organização e método na consecução da pressão psicológica sobre os motoristas das carretas praticado unicamente pelo corréu José Roberto.

Assim, em relação a ele, mentor e responsável pela exigência da vantagem indevida feita, majoro a pena base em 1/6 (um sexto), fixando-a em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão, além do pagamento de 11 (onze) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em 02 (dois) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 11 (onze) dias-multa.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 15 mil reais de aposentadoria), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

DO CRIME DE CONCUSSÃO PRATICADO UNICAMENTE PELO CORRÉU JOSÉ ROBERTO DA COSTA EM FACE DO MOTORISTA JOSÉ LEITÃO FILHO:

Circunstâncias judiciais

Os *motivos* dos crimes são próprios do tipo penal.

Do mesmo modo, a *personalidade* do réu José Roberto não revela diferença em relação a todos os agentes que cometem esta espécie de delito.

Não há no feito qualquer informação de que o réu José Roberto responda por outra ação penal, pelo que não cabe qualquer majoração por maus antecedentes ou personalidade voltada à prática criminosa.

Não há notícias sobre sua *conduta social*.

As *circunstâncias e consequências* do crime no tocante a este fato específico não são mais gravosas a ensejar majoração da pena, pois, neste caso, houve uma fiscalização de rotina, realizada no próprio posto policial rodoviário, sendo que o pedido de vantagem indevida foi realizado de imediato, sem rodeios ou necessidade de grandes deslocamentos, não havendo toda uma trama de pressão psicológica por trás da conduta criminosa praticada.

Fixo, assim, a pena, nesta primeira fase de dosimetria no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Agravantes e atenuantes

Ausentes circunstâncias agravantes e atenuantes.

Mantida, assim, a pena nesta segunda fase no mínimo legal, qual seja, em 02 (dois) anos de reclusão, além do pagamento de 10 (dez) dias multa.

Causas de aumento e diminuição da pena

Ausentes causas de aumento e de diminuição da pena.

Fixo, assim, a pena definitiva em 02 (dois) anos de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

O valor de cada dia-multa, tendo em vista a renda percebida pelo réu e informada quando do interrogatório (por volta de 15 mil reais de aposentadoria), fica arbitrado em 1/5 (um quinto) do salário mínimo e deverá ser corrigido monetariamente desde a data do evento delitivo.

Presentes os requisitos autorizativos do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito*, a saber: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

IV - DISPOSITIVO

Pelo exposto, **JULGO PROCEDENTES** os pedidos formulados na denúncia para **CONDENAR**:

1) o *corréu ANTERO PEREIRA DE SOUSA FRADINHO*, CPF nº 847.709.887-53, qualificado nos autos, pela prática de um crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal, sujeitando-o a um total de 02 (dois) anos de reclusão.

Fixo a pena de multa em 10 (dez) dias-multa; cada um no montante de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, devendo o valor apurado ser corrigido a partir da presente data, nos moldes do art. 49, §§1º e 2º, c.c. o art. 60, "caput", do Código Penal.

Presentes os requisitos autorizadores do artigo 44, do Código Penal, *substituto a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito*, a conferir: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

2) o *corréu ALESSANDRO VERONA*, CPF nº 139.426.368-67, qualificado nos autos, pela prática de um crime de concussão, tipificado no artigo 316, do Código Penal, sujeitando-o a um total de 02 (dois) anos de reclusão.

Fixo a pena de multa em *10 (dez) dias-multa*; cada um no montante de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, devendo o valor apurado ser corrigido a partir da presente data, nos moldes do art. 49, §§1º e 2º, c.c. o art. 60, "caput", do Código Penal.

Presentes os requisitos autorizadores do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, a conferir: i) uma prestação de serviços à comunidade, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) uma prestação pecuniária, fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

3) o *corrêu JOSÉ ROBERTO DA COSTA, CPF nº 756.032.178-04*, qualificado nos autos, pela prática de dois crimes de concussão, tipificados no artigo 316, do Código Penal, em concurso material (art. 69, do CP), sujeitando-o a uma pena total somada de *04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*.

Fixo a pena de multa em *22 (vinte e dois) dias-multa*; cada um no montante de 1/5 (um quinto) do salário mínimo vigente à época dos fatos, diante da situação econômica do réu, devendo o valor apurado ser corrigido a partir da presente data, nos moldes do art. 49, §§1º e 2º, c.c. o art. 60, "caput", do Código Penal.

Não obstante a pena total somada seja superior a 04 (quatro) anos de reclusão, aplico a regra do artigo 44, §5º, do Código Penal e substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos em face de cada crime, a conferir: i) total de duas prestações de serviços à comunidade, sucessivas, em entidade a ser indicada pelo juízo da execução; ii) total de duas prestações pecuniárias, cada qual fixada no importe de 10 (dez) salários mínimos.

Os réus responderão pelas custas processuais, consoante o disposto no art. 804 do CPP.

Com o trânsito em julgado, remetam-se os autos ao SEDI para mudança da situação processual dos réus (condenados).

Poderão os réus recorrer em liberdade.

Publique-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Sentença registrada eletronicamente.

Bragança Paulista, 24 de maio de 2022.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL 0009789-49.2015.4.03.6120

Autora: COMPANHIA DE PESQUISA DE RECURSOS MINERAIS - CPRM
Réu: MARCO AURELIO DA SILVA CARVALHO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: JUIZ FEDERAL MÁRCIO CRISTIANO ÉBERT
Disponibilização da Sentença: DJEN 17/02/2022

SENTENÇA

I — RELATÓRIO

Trata-se de ação movida pela Companhia de Pesquisas de Recursos Minerais — CPRM contra Marco Aurélio da Silva Carvalho, por meio da qual a autora pretende que se imponha ao réu obrigação de fazer, consistente na retirada de postagens feitas pelo requerido em sua página no Facebook e no blog <http://cprmente.webnode.com/> relacionadas à empresa pública autora, seus funcionários e dirigentes. Pede também a condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais no valor de R\$ 100 mil.

A inicial¹ narra que o requerido é ex-funcionário da CPRM, tendo sido exonerado em setembro de 2013. Contudo, "... por não se conformar com a exoneração, a partir de então, passou a direcionar suas frustrações e insatisfações contra a Requerente, seu corpo diretivo e funcionários, por meio de ataques infundados, levianos e desprovidos de seriedade, (...)". O réu encaminhou denúncias à ouvidoria da autora, e apesar dos esclarecimentos feitos pelo órgão, seguiu na campanha de difamação à CPRM, e passou a enviar e-mails para os funcionários da autora, instando-os a visitar o blog e sua página no Facebook. Na tentativa de pôr fim à campanha, a autora notificou o requerido, mas este não revogou as postagens que a demandante reputa ofensivas. A empresa sustenta que o direito à liberdade de expressão não é absoluto, não pode servir de justificativa para autorizar campanhas difamatórias como a promovida pelo requerido. Em sede de tutela antecipada requereu que o réu fosse obrigado a deletar as postagens ofensivas à integridade moral da empresa pública.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido².

Em contestação³ o réu alegou que é profissional dedicado ao ramo da geologia e tem enorme respeito pela CPRM, empresa cuja história ajudou a construir durante os mais de dez anos em que ali trabalhou. No entanto, é justamente pelo respeito à instituição que não pode ficar inerte diante de várias irregularidades que presenciou durante o tempo em que manteve vínculo com a empresa. Tais irregularidades foram denunciadas aos órgãos internos de apuração bem antes de sua exoneração e só foram divulgadas de forma ostensiva depois que se convenceu que a direção da CPRM nada faria para solucionar os problemas.

1 Num. 24731391 a partir da p. 4.

2 Num. 24731391 a partir da p. 102.

3 Num. 24731391 a partir da p. 119.

Reafirmou a veracidade das irregularidades que denuncia, como (i) a ausência de alvarás da Prefeitura e do Corpo de Bombeiros para a ocupação e funcionamento do atual prédio da litoteca de Araraquara, (ii) a venda ilegal de equipamentos que estavam depositados em imóvel onde funcionaram as instalações de uma usina de chumbo do Instituto de Pesquisas Tecnológicas – IPT, em Apiaí; o imóvel foi cedido em comodato ao CPRM, sendo que um dos funcionários da empresa vendeu os equipamentos como sucata, depositando os recursos auferidos com a alienação diretamente na sua conta pessoal; (iii) a contratação e pagamento irregular de funcionários para trabalhar na litoteca de Araraquara; a irregularidade na contratação decorre da falta de preparo técnico desses funcionários, o que acarretou perda de parte do acervo de testemunhos de sondagem da unidade, bem como na formalização de vínculo com uma funcionária fantasma; já a irregularidade no pagamento resulta da obrigação imposta a alguns trabalhadores de devolver parte de seus salários para uma funcionária de uma empresa terceirizada.

No curso da instrução foi realizado o interrogatório do réu e foram inquiridas oito testemunhas. Também foram encartadas respostas a ofícios, cópias de inquéritos policiais e outros documentos apresentados pelas partes.

Em alegações finais a autora⁴ defendeu que as provas são contundentes no sentido de que as denúncias propaladas pelo réu não se sustentam.

Por sua vez, o requerido⁵ reforçou a alegação de que as críticas que publicou foram feitas no contexto da liberdade de expressão. As postagens só refletiam sua opinião quanto aos fatos que vivenciou no tempo em que foi funcionário da CPRM. Além disso, as provas colhidas na instrução não infirmaram as irregularidades apontadas pelo autor.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

O ponto de partida para a solução da causa consiste em avaliar a veracidade das irregularidades denunciadas pelo réu por meio da página <http://cprmente.webnode.com/>. Esse foi o foco da instrução, em cujo curso foram apresentados diversos documentos, inquiridas oito testemunhas⁶ (além do interrogatório do réu) e solicitados esclarecimentos à CETESB, à Prefeitura de Araraquara e ao Corpo de Bombeiros. Paralelamente à instrução desta ação, tramitou um inquérito policial instaurado para apurar indícios de malversação de recursos públicos referentes à contratação e pagamento de trabalhadores temporários da litoteca de Araraquara.

Sopesando todos os elementos colhidos, a conclusão é que em relação a alguns fatos não é possível dizer se as ilações do réu procedem, embora também não se possa descartá-las. Quanto a outros, ficou claro que à época das postagens as denúncias se sustentavam, mas as irregularidades acabaram sendo corrigidas pela CPRM. Há ainda um terceiro grupo de fatos em que formalmente foi descartada a existência de infração penal ou administrativa, mas cujas peculiaridades não tornam essas ocorrências refratárias a críticas.

4 Num. 46060089.

5 Num. 52548549.

6 Transcrição livre dos depoimentos em anexo.

Grosso modo, as denúncias do autor podem ser divididas em três segmentos, que serão analisados de forma individualizada.

O primeiro trata das condições de funcionamento do atual prédio da litoteca de Araraquara, que resulta de profunda ampliação e reforma concluídas em 2011. Em suas postagens o réu apontou que o prédio não conta com o Alvará de Localização e Funcionamento emitido pela Prefeitura. A postagem "*Verdades e Mentiras II*" esclarece que a Prefeitura emitira autorização referente ao prédio antigo, mas que essa autorização teria perdido a validade, já que a lei determina que a modificação da planta exige a expedição de nova licença. Diz também que o imóvel não possui o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros e que sequer apresenta condições para a vistoria, pois o prédio não possui sistema de prevenção e combate a incêndio, sequer tinha extintores disponíveis.

As informações prestadas pela Prefeitura⁷ esclareceram que a unidade local da CPRM contava com um Alvará de Licença e Localização emitido a título precário em 1997. Apesar da precariedade, a licença não tinha prazo de validade, de modo que deveria ser renovada apenas se houvesse alterações no panorama que ensejou a emissão do documento, por exemplo, no caso de ampliação do prédio ou modificação da atividade desenvolvida no local. Em agosto de 2018 o alvará foi renovado, de modo que atualmente a situação do prédio está regular junto à Prefeitura.

No entanto, embora a situação atual do prédio seja regular, na época das postagens o quadro era outro. A ampliação do prédio finalizada em 2012 só foi regularizada junto à Prefeitura em 2018. O fato de o alvará expedido em 1997 não ter data de validade não desobrigava a CPRM de atualizar a licença em razão das obras de ampliação.

Por aí se vê que em relação a esse ponto as postagens do réu correspondiam à realidade dos fatos, pois naquele momento a situação do prédio era, de fato, irregular.

O mesmo se passa em relação ao Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros. Em 2016 o Corpo de Bombeiros informou⁸ que até aquele momento o prédio da litoteca não possuía o auto de vistoria da corporação. Nova manifestação⁹ do Corpo de Bombeiros, de maio de 2018, informa que em fevereiro daquele ano foi expedido o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, com validade até fevereiro de 2021.

Nota-se, portanto, que na época das postagens o prédio realmente não contava com o Auto de Vistoria do Corpo de Bombeiros, de modo que nesse ponto as críticas do réu tinham embasamento.

O réu também deu a entender que a litoteca de Araraquara não estava regular frente à CETESB. As informações do órgão¹⁰ dão conta de que em junho de 2013 a empresa obteve o Certificado de Dispensa de Licença. Contudo, o réu sugere que a licença teria sido expedida de forma irregular, uma vez que teria sido omi-

7 Num. 24730727 a partir da p. 16.

8 Num. 24731391 p. 18.

9 Num. 24730727 p. 15.

10 Num. 24730727 a partir da p. 152

tido do órgão ambiental que no prédio eram realizadas atividade de preparação de amostras geológicas que deixavam resíduos nocivos ao meio-ambiente. Esse impasse também acabou superado durante a instrução, pois em 2018 a CETESB realizou inspeção técnica no local, constatando que as atividades envolvendo a preparação de amostras não oferecem risco ao meio-ambiente, uma vez que o principal resíduo contaminante (carbeto de silício) é armazenado, tratado e dispensado segundo as boas técnicas de gestão ambiental.

Porém, mesmo em relação a esse ponto as postagens do autor não ultrapassam a fronteira que separa o direito à crítica da ofensa desarrazoada. A uma por que ao que parece a dispensa de licença da CETESB foi conferida sem que tivesse sido informado ao órgão que no local se realizava atividades de corte e lapidação de rochas, pois não haveria sentido em emitir a dispensa de licença em 2013 e só fiscalizar o grau de risco da atividade cinco anos depois — ou seja, a CETESB só se assegurou que a atividade não oferecia riscos depois de informada de sua prática.

E a duas porque o licenciamento ambiental é o tipo de atividade que é executada por um corpo técnico, mas que acaba sendo avaliada por toda a sociedade, seja por grupos tão qualificados como os que decidem a questão, seja pelo animado time dos leigos que se veem como especialistas no assunto da vez. Licencia-se a construção de uma hidrelétrica e surgem protestos, abaixo-assinados e um cata-tau de artigos desancando o órgão ambiental que autorizou a obra; interdita-se o estabelecimento de uma planta industrial e esses mesmos recursos são lançados contra o órgão ambiental que quer travar o progresso.

O segundo conjunto de críticas focaliza fato ocorrido nos idos de 2004. Em seu blog o réu afirma que a CPRM recebeu em comodato um imóvel em Apiaí/SP para a instalação do Centro Integrado de Estudos Multidisciplinares, onde antes funcionava uma antiga usina de beneficiamento de chumbo. No local havia expressivo volume de equipamentos abandonados há vários anos. Ainda de acordo com as postagens do réu, o material foi vendido como sucata pelo geólogo Luiz Antônio Chieregati, funcionário da CPRM. O réu alega que o material tinha relevante valor histórico, de modo que não poderia ter sido alienado. E ainda que fosse o caso, a venda deveria ter se dado por licitação pública, e não com a sem-cerimônia que norteou o negócio. Como se isso não fosse suficiente, os recursos obtidos com a venda foram depositados na conta do geólogo Luiz Antônio Chieregati, não havendo transparência sobre a destinação desses recursos.

Em linhas gerais esses fatos acabaram confirmados. Ouvidos em juízo, o geólogo Luiz Antônio Chieregati e Emilson Couras da Silva, na época Prefeito de Apiaí, confirmaram que a maior parte do material realmente foi vendida a um sucateiro, sem licitação, bem como que os recursos foram depositados na conta do funcionário da CPRM. No entanto, embora a venda do material tenha se dado de forma inusual, à margem das regras básicas que devem ser observadas na alienação de bens públicos, não há indícios seguros de que entre o material alienado havia peças de relevante valor histórico, que os bens tenham sido vendidos a preço irrisório ou que o geólogo Luiz Antônio Chieregati tenha se apropriado dos recursos auferidos com a operação.

A prova produzida em juízo aponta que os bens foram vendidos após consultas informais ao Instituto de Pesquisas Tecnológicas, órgão que seria o proprietário

de direito dos bens, e ao Município de Apiaí, sendo que em ambos os casos as autoridades consultadas não manifestaram interesse nos bens. Além disso, antes da venda houve uma seleção dos equipamentos que denotavam evidente interesse histórico, acervo que foi excluído da operação. A suspeita de dano ao patrimônio histórico foi objeto de inquérito policial, mas não há notícia de que a investigação tenha resultado na responsabilização de algum dos agentes envolvidos no negócio.

O próprio geólogo Luiz Antônio Chierigati admitiu em juízo que trocou os pés pelas mãos na condução dessa questão. Disse que a retirada do material era indispensável para as obras de reforma no imóvel e que fez a venda direta porque achou essa a solução mais simples e que não oferecia prejuízo a quem quer que fosse. Arrepende-se especialmente da solução de ter depositado em sua conta os valores auferidos com a venda, mas assim procedeu porque contabilmente não havia como encaminhar o dinheiro para a CPRM. Afirmou que acionou a Superintendência de São Paulo em busca de orientações, sendo que teria partido de lá a sugestão de que o dinheiro fosse depositado em sua conta e utilizado nas melhorias do prédio, e assim foi feito. Assegurou que todo o dinheiro auferido com a venda foi aplicado em melhorias da unidade da CPRM em Apiaí.

Tudo bem pesado e medido, conclui-se que as intenções do geólogo Luiz Antônio Chierigati eram boas, mas a forma de execução foi péssima, abrindo ensejo para todo tipo de suposição. O quadro só não é mais grave porque as apurações feitas na via administrativa e policial não concluíram a ocorrência de dilapidação do patrimônio público, sequer na perspectiva do interesse histórico do material vendido, tampouco foi constatado o locupletamento do agente da CPRM que tomou a frente do negócio.

Como se vê, em linhas gerais a venda dos bens da unidade da CPRM de Apiaí corresponde à versão apresentada na página mantida pelo réu, mas não se tem prova de que esse fato tenha deixado consequências mais sérias do ponto de vista administrativo e criminal. Em uma linha: é quase tudo verdade, mas não é um escândalo.

O terceiro eixo das críticas do réu à CPRM se concentra em supostos desvios na gestão de pessoas da Litoteca de Araraquara. O cardápio de irregularidades é amplo, abrange a atribuição de funções técnicas para pessoas sem o preparo mínimo para essas atividades (o que teria levado à inutilização de parte do acervo da litoteca), a contratação de funcionária fantasma e até mesmo a obrigatoriedade de devolução de parte dos salários de funcionários temporários, esquema que recentemente entrou no dicionário sob a denominação de rachadinha.

A prova produzida em juízo foi contraditória em relação a esses fatos. Especificamente em relação à perda de parte do acervo da litoteca, as testemunhas Lauro Gracindo Pizzato e Luis Lopes Moreira confirmaram que parte dos testemunhos de sondagem foram perdidos. Porém, a maior parte das perdas não é decorrência da manipulação descuidada do material, mas sim resultado do acondicionamento das peças em caixas de madeira, material propício à degradação — atualmente os testemunhos de sondagem estão acondicionados em embalagens de plástico, que é o material adequado para o armazenamento de amostras geológicas.

As denúncias do réu sobre irregularidades na gestão de pessoas da litoteca foram objeto de inquérito policial instaurado após a propositura desta ação, no qual

foram colhidos os depoimentos de diversos funcionários. No curso da investigação foram constatados indícios consistentes da ocorrência de várias irregularidades. Algumas são pecadilhos que denotam certo afrouxamento na observância das regras que regem a administração pública, mas que não chegam a configurar crime, enquanto outras estão do outro lado da margem do corguinho que separa a irregularidade administrativa do crime. Exemplo do primeiro grupo são as manobras contábeis para permitir a extensão artificial de contratos temporários. Segundo apurado pela autoridade policial, formalmente (no papel) o funcionário trabalhava três meses, se afastava e depois era recontratado, mas na prática desenvolvia suas atividades sem solução de continuidade. Nesses casos, era lançado nos registros da CPRM um salário maior do que o efetivamente pago, sendo que a diferença entre as remunerações é que garantia o pagamento nos meses em que formalmente o funcionário estava afastado.

Além de irregularidades que não despertaram o interesse na persecução penal, a autoridade policial federal também apurou indícios da prática de crime relacionado à malversação de recursos. O inquérito deu origem à ação penal nº 0009524-13.2016.403.6120, movida pelo Ministério Público Federal contra Silvana Maria da Silva, na qual se imputava à ré a prática de estelionato. Em dezembro de 2019 foi proferida sentença absolvendo a ré sob o fundamento de ausência de provas suficientes para a condenação, decisão que transitou em julgado em fevereiro de 2021.

Como se vê, em linhas gerais as postagens do réu decorrem de fatos que efetivamente ocorreram, mais ou menos da forma que estão narrados na internet. É possível que aqui e ali se tenha algum exagero, certo abuso retórico, uma interpretação enviesada, algumas omissões matreiras e fartas doses de grosseria, mas no atacado as postagens do réu estão dentro dos limites do direito à livre manifestação do pensamento e da crítica, especialmente se levado em consideração que esse espaço é dilatado quando a crítica é dirigida a órgão ou agente público.

A propósito disso, cabe realçar que as ofensas a empresas e agentes públicos não podem ser valoradas segundo a mesma régua aplicada ao cidadão comum. De instituições, políticos e agentes públicos em geral se espera um grau maior de resistência a comentários ácidos ou mesmo a ofensas, pois a crítica é ocorrência comum e esperada em razão das atividades que desenvolvem, ao passo que a educação não é uma virtude distribuída de forma equilibrada entre as pessoas. Na verdade, ao tentar sufocar as críticas lançadas pelo réu (em grande parte fundamentadas) a CPRM age tal qual o indivíduo a que Magalhães Noronha¹¹ se referia como sendo *"... alfenim, com sensibilidade à flor da pele que, à menor contrariedade oposta, se sinta ofendido (...) criaturas que, sem exata noção de suas funções, se empolgam pelo cargo, lembrando o caso daquele agente de polícia que, sofrendo inadvertido pisão de uma pessoa, prendeu-o por ter ela pisado... o pé da lei"*.

No mais, penso hoje como pensava quando proferi a decisão que indeferiu a liminar na cautelar 0008183-83.2015.403.6120:

A Constituição assegura a livre manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato (art. 5º, IV), comando que é complementado pelo art. 220:

11 Direito penal. v. 4 — São Paulo : Saraiva, 1987-1988, p. 305.

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

(...)

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

É evidente que o direito à liberdade de manifestação e de crítica não é absoluto, como, aliás, nenhum direito ou garantia fundamental o é; — sempre que houver tensão entre o interesse do indivíduo e o interesse da coletividade abre-se a oportunidade para a relativização de direito ou garantia fundamental, por meio do exercício da ponderação dos valores em jogo. Especificamente no caso da liberdade de expressão, os limites para o exercício desse direito são calibrados pela garantia constitucional que assegura a proteção à honra (art. 5º, X da Constituição). Com efeito, a liberdade de manifestação e de crítica não pode servir como carta branca para que se enxovalhe a reputação de quem quer que seja, por meio da propagação de inverdades ou pura e simplesmente através de ofensas gratuitas. Nas felizes palavras do jurista Sylvio Capanema de Souza, em caso que tratava especificamente dos limites da liberdade de opinião, "*O reverso da medalha de ouro da liberdade é a responsabilidade*"¹².

No caso dos autos, todavia, examinando os documentos que instruem a inicial, bem como acessando a página <http://cprmente.webnode.com/>, não vislumbrei a intenção deliberada do réu de atingir a honra da autora ou de seus funcionários, incluído aí, naturalmente, seus dirigentes. Na leitura que faço, as postagens do requerido circunscrevem-se aos limites razoáveis da crítica, embora aqui e ali temperadas com um linguajar corrosivo, talvez rude e deselegante. Na visão do autor, a Superintendência da CPRM no Estado de São Paulo praticou ou é conivente com variadas irregularidades, sobretudo quanto à instalação e funcionamento da litoteca de Araraquara.

É bem verdade que um e outro texto sinaliza para a prática de condutas graves, e em alguns casos até identifica o nome do suposto autor das hipotéticas infrações (por exemplo, a suposta apropriação indébita que teria sido praticada pelo geólogo Luiz Antônio Chierigati, caso focado no texto VERDADES E MENTIRAS III), mas mesmo nessas postagens não me parece evidente a intenção deliberada de ofender, de espalhar inverdades e de denegrir a imagem da instituição ou mesmo dos servidores mencionados.

Também deve ser levado em consideração que os textos do autor se circunscrevem a desvios de condutas ocorridos no seio de ente estatal, o que reveste suas informações de interesse público e, por isso, recomenda certo alargamento no espaço para o exercício da manifestação crítica. Bem a propósito disso, transcrevo lição de INGO WOLFGANG SARLET¹³ a respeito do conflito entre a proteção à honra e o direito de expressão:

12 A tirada foi extraída de passagem do voto condutor proferido no Resp. 164.421 (STJ, 4ª Turma, Rel. Min. Ruy Rosado de Aguiar, j. 10/11/1998), em que o Relator transcrevia trecho do acórdão de onde tirado o recurso especial, da lavra do então Desembargador Sylvio Capanema de Souza.

13 Curso de direito constitucional/ Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero. — São Paulo : Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 424-425.

O direito à honra, no quadro dos limites aos direitos fundamentais, também não se reveste de caráter absoluto, mas desempenha papel relevante na condição de limite ao exercício de outros direitos fundamentais, em especial das liberdades de expressão (informação, imprensa, manifestação do pensamento). Embora no plano do direito à honra, diferentemente do que se dá com o direito à privacidade, não se justifique uma proteção em princípio menos intensa do direito à honra na esfera política do que na esfera pessoal, o direito à informação favorece uma interpretação sempre à luz do caso concreto, generosa em relação à liberdade de expressão. Há quem diga, contudo, que tal questão estaria mal colocada, na medida em que a possibilidade de excluir a ilicitude da ofensa à honra resultaria do interesse público na questão revelada e não no caráter público da pessoa atingida ou de sua exposição na esfera pública. No limite, mesmo que a mensagem divulgada possa ser ofensiva (especialmente na ótica do titular do direito à honra), se os termos empregados na divulgação tida como ofensiva forem condizentes com o intuito de informar assunto de interesse público, há de prevalecer a liberdade de expressão. Todavia, quando a opinião emitida não apresentar interesse público, além de ter caráter manifestamente ofensivo e violador da dignidade da pessoa humana do ofendido, o direito à honra se transforma em limite da liberdade de expressão e dá ensejo à responsabilização civil e mesmo penal (atendidos os pressupostos legais) dos autores da ofensa. No âmbito da jurisprudência do STF, contudo, observa-se uma relativamente forte adesão à doutrina da preferência da liberdade de expressão e certa condescendência com manifestações que sejam ofensivas à honra pessoal quando o ofendido for agente estatal. De qualquer modo, embora a condição de agente estatal possa — de acordo com o STF — até mesmo servir de fundamento para atenuar o grau de reprovabilidade da conduta do autor das ofensas à honra, acusações graves e infundadas, desacompanhadas de prova de sua veracidade, configuram dano moral indenizável. (grifei)

De mais a mais, não me parece que as postagens do réu ameacem de forma irreparável o nome, a honra e a imagem da autora. Quanto a isso, observo inicialmente que o tom meio panfletário e ressentido das postagens já serve de filtro a respeito do grau de credibilidade das informações ali propagadas. A coisa já começa pelo título do blog (CPRMENTE), que não deixa dúvida de que o que será ali publicado se traduz numa visão parcial de seu autor, que certamente não é um entusiasta da CPR, ou ao menos da atual gestão da empresa pública. Noves fora o aparente interesse público a respeito de alguns tópicos, as postagens do blog se aproximam das páginas dedicadas a ser contra algo ou alguém que ultimamente andam povoando a internet, sobretudo nas redes sociais como o Facebook — coisas do tipo “Odeio Galvão Bueno”, “Odeio Lula” e por aí vai. Justamente em razão da predisposição que costuma ser declarada já no título, ninguém acessa essas páginas imaginando que vai encontrar comentários elogiosos a esses personagens, tampouco opiniões equilibradas ou imparciais. Tudo isso faz crer que as pessoas que acessam a página que a autora pretende tirar do ar — e duvido que sejam muitos, dado o caráter monotemático da publicação — não aceitam de forma automática as opiniões do blogueiro como manifestações incondicionais da verdade.

Ademais, as postagens mais ácidas do réu são aquelas lançadas em sua página no Facebook, de modo que só serão lidas com certo interesse pelos usuários que mantém algum relacionamento pessoal com o autor das mensagens e que,

por isso, estarão mais apetrechados para avaliar o grau de seriedade e, mais importante, imparcialidade dessas opiniões.

Por fim, cumpre pontuar que vários dos textos do réu se concentram em fatos específicos, em relação aos quais não há como identificar a intenção deliberada de conspurcar a reputação da autora. A razão é muito simples: os elementos até aqui disponíveis não permitem qualificar tais informações como inverídicas, uma vez que tal constatação demanda dilação probatória. O ponto fica mais bem entendido se ilustrado por um exemplo.

No artigo VERDADES E MENTIRAS II o autor do texto sustenta que a CPRM aprovou junto ao Corpo de Bombeiros projeto de combate a incêndios para o prédio onde funciona a litoteca de Araraquara, que, entre outros dispositivos, prevê um sistema de hidrantes; contudo, prossegue o articulista, "... este sistema ATÉ HOJE NÃO ESTÁ INSTALADO. Portanto, a CPRM está utilizando o prédio em desacordo com a legislação estadual". Trata-se de uma acusação séria, que trata do descumprimento de normas de segurança por ente público. Mas, e se for verdade? E se ali adiante se comprovar que, de fato, os hidrantes do prédio da litoteca não estão (ou não estavam até a publicação do texto) operantes?

Por aí se vê que a alegação da autora no sentido de que o réu publica fatos "inverídicos, inexistentes, levianos e desprovidos de seriedade" não se mostra cristalina a ponto de autorizar o deferimento da liminar para obrigar o réu a deletar as postagens.

A instrução apenas reforçou a impressão inicial de que as postagens do réu se deram no contexto do direito à crítica e à liberdade de expressão. Em suma, conclui-se que a autora não foi bem-sucedida na tentativa de demonstrar que as postagens do réu foram animadas pela intenção de prejudicar a reputação da empresa, muito menos que as críticas se sustentam em fatos inverídicos ou forjados, de modo que não há causa que determina que o material seja retirado da internet.

Por fim, tendo em vista o não acolhimento do pedido de retirada das postagens, tenho por prejudicado o pedido de condenação do réu ao pagamento de indenização por danos morais. O reconhecimento de que as postagens se deram no contexto do exercício da liberdade de expressão afasta a ocorrência de ato ilícito praticado pelo réu, assim como de dano atribuível a essas condutas, o que prejudica a análise do nexos de causalidade. Da mesma forma que não é possível uma ponte ligando nada a coisa alguma, não se admite nexos causal entre elementos inexistentes.

Tudo somado, o feito deve ser julgado improcedente.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I do Código de Processo Civil.

Condeno a autora ao pagamento das custas e de honorários ao réu, que fixo em 10% do valor atualizado da causa.

Demanda isenta de custas.

Caso interposto recurso, vista à parte contrária para contrarrazões e remetam-se os autos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Transitado em julgado, dê-se baixa e archive-se.

Publique-se. Intimem-se.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0000297-80.2018.4.03.6135

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PR/SP
Réus: ROBSON SANT'ANNA, SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT ANNA, IDEAL TERRAPLENAGEM LTDA.
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES
Disponibilização da Sentença: DJEN 01/08/2022

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* ajuizou *ação penal pública* em face de *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., ROBSON SANT'ANNA E SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA*, denunciando como incursos nas penas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal.

A denúncia do Ministério Público Federal foi recebida no dia 24/08/2018 (fls. 28).

Os réus foram devidamente *citados e intimados*, que constituíram advogados de sua confiança, tendo sido apresentadas *respostas à acusação* (fls. 82/122 e anexos fls. 123/434), com *réplica pelo MPF* (fls. 455/456).

Nas referidas defesas, pugnaram, *preliminarmente, a prescrição da pretensão punitiva do Estado, extinção da punibilidade e inépcia da denúncia. No mérito, alegaram, em síntese, que os fatos não ocorreram na forma indicada na denúncia, pugnando pela improcedência da ação penal.*

Apresentaram documentos e arrolaram testemunhas.

Na sequência, pelos fundamentos expostos, *este Juízo proferiu decisão (fl. 458/460) pela ausência das hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 397), determinou o prosseguimento do feito, sendo que as questões suscitadas pelos réus relativas ao mérito da ação penal, inclusive referentes à participação e responsabilidade ou não dos réus na prática delituosa em tese verificada, devem ser apuradas mediante a devida instrução processual.*

Ainda, durante o *andamento processual* houve *intimação do MPF* para análise sobre a presença dos *requisitos legais* para oferecimento de *proposta de acordo de não persecução penal (ANPP)*, tendo pela acusação sido apresentada *manifestação pela ausência de seu cabimento* no caso em concreto.

Pela parte ré foi apresentada *manifestação* também pelo *desinteresse na proposta de acordo de não persecução penal*, no propósito de alcance da *absolvição por sentença*.

Designada *audiência de instrução penal para 19/04/2022*, foram *ouvidas as testemunhas acusação, testemunhas de defesa e realizados os interrogatórios.*

O *Ministério Público Federal* e os réus apresentaram *alegações finais*.

É, em síntese, o relatório. Fundamento e decido.

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A presente ação penal foi processada com observação da *ampla defesa e do contraditório*, em garantia ao *devido processo legal*, de modo que não vejo irregularidades que possam ensejar prejuízos às partes, a teor dos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

II.1 - PRELIMINARES: PRESCRIÇÃO E INÉPCIA DA DENÚNCIA

Segundo consta dos *parâmetros temporais* dos autos, tendo o *recebimento da denúncia ocorrido em 24/08/2018* e a verificada a *data da presente sentença (12/07/2022)*, *não se verifica o decurso do prazo prescricional* nos termos da *lei penal*, sendo que *até o trânsito em julgado deve ser regulado a partir da pena máxima em abstrato (CP, art. 109, caput)*, razão pela qual resta *afastada a hipótese de prescrição*.

Com efeito, infere-se da *denúncia* que contém a *exposição detalhada do fato criminoso* tal qual em tese praticado pelos réus, com a respectiva *classificação do crime* e todas as *circunstâncias* em que teria ocorrido o *crime* pelos quais foram os réus denunciados, tendo sido *atendidos os requisitos legais previstos no art. 41, do CPP*.

Verifica-se que pela *denúncia* houve *descrição das condutas típicas* praticadas em tese pelas *pessoas físicas* e da *atividade típica* desenvolvida em tese pela *pessoa jurídica*, nos termos do *artigo 55, caput c/c artigo 3º da Lei nº. 9.605/98*.

De fato, verificou-se estarem *presentes elementos que apontavam para a materialidade delitiva* e os *indícios suficientes de autoria* a darem ensejo ao *prosseguimento do feito* a partir da *devida instrução criminal*, se fazendo *ausentes* as hipóteses legais de *absolvição sumária (CPP, art. 397)*, *tampouco de rejeição da denúncia (CPP, art. 395)*, o que inclusive motivou seu *recebimento por este Juízo*.

Por conseguinte, *remanesce a análise do mérito da presente ação penal*, a partir da regular *instrução probatória* realizada, nos termos que seguem.

II.2 – MÉRITO

Trata-se de ação penal, por meio da qual o *Ministério Público Federal* denunciou *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., ROBSON SANT'ANNA E SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA*, qualificados nos autos, por ter praticado a conduta descrita no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal.

Passo à análise da *materialidade*.

A) MATERIALIDADE: NOTA TÉCNICA, AUTO DE PARALISAÇÃO E PARECER TÉCNICO/DNPM

Início pela análise da *materialidade dos delitos* tipificados na Lei nº 9.605/1998, artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º.

Quanto aos *réus*, consta da *denúncia*:

"No dia 03 de dezembro de 2012, na Avenida Dario Leite Carrijó, nº 1311, bairro Jaraguá, Município de São Sebastião/SP, os denunciados ROBSON SANT ANNA e SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT ANNA, por meio da empresa IDEAL TERRAPLENAGEM LTDA., extraíram recursos minerais sem a competente autorização, concessão ou licença, bem como exploraram e usurpam matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal, crimes estes Capitulados no artigo 55 da Lei 9.605/98 e no artigo 2º, caput, da Lei 8.176/191 (fis. 04-05).

Conforme consta nos autos, o Departamento Nacional de Produção Mineral (DNPM), após denúncia de possível lavra irregular, realizou vistoria in loco e constatou a lavra ilegal na área do processo DNPM nº 820.082/2007, em fase de Requerimento de Pesquisa, na qual a empresa Ré é titular. No ato da vistoria, estava sendo desenvolvida atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, sendo a lavra ilegal consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizada no processo DNPM n. 820.987/1999 (fis. 04-05).

Diante da constatação, foi elaborada a Nota Técnica n* 0003/2013- SFPAMJDFISCIDNPMISP - EDBS e, para a área em fase de Requerimento de Pesquisa, o DNPM lavrou o Auto de Paralisação n. 02612012, por extrair saibro e argila sem título autorizativo emitido pelo órgão (fis. 04-08)." (Grifou-se).

(...)

A autoria e a materialidade definitiva estão conformadas pela Nota Técnica n- 0003/2013-SFPAM/DFISCJDNPMISP - EDBS, pelo Parecer Técnico ri-797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP, e pelo Auto de Paralisação n. 026/2012, os quais atestam que os denunciados extraíram saibro e argila sem título autorizativo emitido pelo DNPM, em consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizada (fis. 04-16)." (Fl. 26/27 - Grifo nosso).

E em relação à pessoa jurídica IDEAL TERRAPLENAGEM LTDA consta da denúncia:

"Quanto à responsabilidade criminal ambiental das pessoas jurídicas, cabe destacar que o artigo 3º, caput, da Lei n. 9.605/98 possibilita tal modalidade, o que não exclui a responsabilidade das pessoas físicas ora denunciadas (art. 3º, parágrafo único, Lei n. 9.605/98). Registra-se, ademais, que ainda que não houvesse comprovação da autoria da prática dos crimes objeto desta denúncia por ROBSON e SORAIA ou esses fossem absolvidos, o ordenamento jurídico possibilita a imputação e condenação unicamente da pessoa jurídica, Com base no artigo 225, §3º, da Constituição Federal." (Grifou-se).

Conforme Nota Técnica n- 0003/2013-SFPAM/DFISCJDNPMISP – EDBS:

Análise:

Na análise de toda documentação encaminhada, processo DNPM nº 820.987/1999, 820.082/2007 e do Ofício PRMSJC nº 1534/2012, verificou-se a necessidade da vistoria "in loco" para constatação dos fatos.

A vistoria de campo foi realizada na data de 03/12/2012, na área indicada no anexo do Ofício do MPF fl. 181.

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

Foi constatado durante a vistoria, que existem trabalhos de lavra na área do processo DNPM nº820.987/1999, por Regime de Licenciamento, autorizando a Titular Ideal Terraplenagem LTDA, a extrair saibro e argila na área do processo em questão. Ocorre também no local LAVRA ILEGAL, pois a Titular executava no ato da vistoria lavra fora dos limites da poligonal autorizada. A lavra ilegal ocorre na área do processo DNPM nº820.082/2007, em fase de Requerimento de Pesquisa, na qual a titular também é a empresa Ideal Terraplenagem LTDA.

A área com título de lavra em vigor perante o DNPM está conduzindo regularmente os trabalhos de extração de argila e saibro, mas foram constatadas irregularidades durante e após vistoria passíveis de autuação, uma vez que, o titular não atende satisfatoriamente as NRM's.

Para a área em fase de Requerimento de Pesquisa, foi lavrado o Auto de Paralisação nº026/2012 (anexo), por extrair saibro e argila sem título autorizativo, emitido pelo DNPM. Constatou-se que a extração ilegal é consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal do processo nº820.987/1999. A lavra ilegal ocorre numa área de 8.145,9 m², mas não foi possível quantificar o volume de saibro e argila extraído ilegalmente da área do processo DNPM nº820.082/2007, uma vez que, se trata geomorfologicamente de um morro, seriam necessários mapas topográficos de configuração anterior e posterior à extração.

Por se tratar de lavra a céu aberto de saibro e argila, não é usado explosivo para a extração destas substâncias. Referente a partículas minerais em suspensão (poeiras), ficou constatado que a empresa não atende o item 9.1 da NRM-09, pois, com a grande movimentação de terra no local é gerado certa quantidade de poeira pelos maquinários utilizados nos trabalhos de lavra. A falta do equipamentos para a medição de material em suspensão impossibilita avaliação para determinar os danos causados por esta mineração.

Foi observado na área do processo DNPM nº820.082/2007, um talude negativo de aproximadamente 15m gerado pelos trabalhos de lavra na base do morro onde ocorre extração ilegal, que por se tratar de materiais originados por eventos de intemperismo que levam à degradação e o enfraquecimento da rocha, na qual pode ocorrer deslizamento de terra comprometendo a segurança dos trabalhadores da empresa e de uma casa que fica de frente ao talude instável.

O titular tem autorização para lavra de saibro e argila, mas foram constatadas fontes de areia na área do processo DNPM nº820.987/1999, que é extraída sem autorização do DNPM.

Conclusão:

Conclui S.M.J., que o local objeto de denúncia apresentada pelo MPF (Procuradoria da República de São José dos Campos-SP) Ofício PRM/SJC nº 1534/2012, fere-se área do processo DNPM nº820.987/1999, por Regime de Licenciamento, autorizando a empresa Ideal Terraplenagem LTDA, a extrair saibro e argila na área do processo em questão. O titular não atende satisfatoriamente as NRM's.

Ocorre também no local LAVRA ILEGAL, pois a Titular executava no ato da vistoria lavra fora dos limites da poligonal autorizada. A lavra ilegal ocorre na área do processo DNPM nº820.082/2007, em fase de Requerimento de Pesquisa, na qual a titular também é a empresa Ideal Terraplenagem LTDA. Foi lavrado o Auto de Paralisação nº026/2012, pois a empresa Ideal Terraplenagem LTDA, titular do processo em questão, executou lavra fora dos limites da poligonal autorizada.

(Fl. 20/21 do PDF)

Em seguida, o *AUTO DE PARALISAÇÃO/DNPM*, em que se os seguintes trechos:

DNPM
Departamento Nacional de Produção Mineral

Fis. 45
21
SUP. 5

AUTO DE PARALISAÇÃO O.N. 026/2012

Ref. DNPM(s):

Aos 03 (três) dias do mês de dezembro de dezembro de 2012, o Sr. Superintendente do Departamento Nacional de Produção Mineral/SP, de conformidade com o que estabelece a legislação minerária, resolve determinar a PARALISAÇÃO IMEDIATA dos trabalhos de lavra clandestina/irregular de São Roque Arcula (substância mineral) desenvolvidos por Ideal Construtora e Terraplenagem Ltda. (nome da pessoa física/jurídica) no local denominado Barragem Jaracua no município de São Sebastião, Estado de São Paulo, respondendo o infrator por todos os atos definidos pela legislação em vigor.

Do presente Auto de Paralisação, serão enviadas cópias às autoridades competentes.

São Sebastião, SP, 03 de dezembro de dezembro 2012.

(Fl. 29 do PDF)

E, conforme *PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP*, informa que:

Histórico:

Trata-se de uma denúncia apresentada pelo MPF (Procuradoria da República de São José dos Campos-SP) Ofício PRM/SJC nº 1534/2012, que versava sobre a manifestação com relação à atuação da empresa Ideal Terraplenagem LTDA.

Foi realizada vistoria nas áreas dos processos em referência em 03/12/2012, na qual foram constatadas irregularidades de execução no atendimento as Normas Regulamentares da Mineração-NRM, extração mineral não autorizada que ocasionou na emissão do Auto de Paralisação nº 026/2012 (fls.201 e 46 dos processos DNPM nº 820.987/1999 e 820.082/2007, respectivamente), além Autuação e Infração por inadimplemento das obrigações impostas no Código de Mineração.

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

Analisando o recurso apresentado temos a afirmar que:



2.1-Ocorrem contradições nas justificativas da lavra clandestina por terceiros antes da autorização por Licenciamento, uma vez que, fica comprovada através das imagens históricas do GOOGLE EARTH (ver anexo), que a degradação da área ocorreu gradativamente com as operações de lavra irregular (consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizativo do processo DNPM nº820.987/1999), executados pela empresa Ideal Terraplenagem LTDA. Cabe salientar que a Autorização de Registro de Licença nº2.334/1999, DOU 24/11/1999, legalizou a extração a partir da data de publicação (fl.39 processo DNPM nº820.987/1999);

2.2-As justificativas de movimentação de terra para recuperação e estabilização de taludes, não serão aceitas, em função de ter sido constatado no ato da vistoria que o saibro retirado da área sem título autorizativo (processo DNPM nº820.082/2007), era transportado para outras regiões fora do empreendimento, menos no setor onde estava o talude negativo, demonstrando total descaso da empresa, com o risco iminente de deslizamento e conseqüentemente acidente;

2.3-O talude negativo demonstrava ter sido originado por lavra irregular da Ideal Terraplenagem LTDA., uma vez que, a empresa na época da vistoria não atendia as Normas Regulamentares da Mineração-NRM, no que culminou em Autuação e Infração. A atividade de extração mineral não autorizada ocorre na área do processo DNPM nº820.082/2007, na qual foi lavrado o Auto de Paralisação nº026/2012, por extrair saibro sem título autorizativo emitido pelo DNPM. Na época da vistoria, realizada em 03/12/2012, não constatamos nenhuma obra de recuperação e estabilização de taludes no setor de risco iminente, comprovando a eficiência do Auto lavrado.

2.4-Para movimentação de terra com base no Art. 3º do Código de Mineração, os interessados deverão atender a Portaria do Diretor Geral do DNPM nº441 de 11/12/2009 e suas alterações. Portanto somos favoráveis a manutenção do Auto de Paralisação nº026/2012, não sendo aceitas as justificativas apresentadas;

2.5-Para processo de cobrança de indenização aos danos causados à UNIÃO, serão utilizados os cálculos que foram apresentados nos autos do processo DNPM nº820.987/1999 fls.240-241, tomando como base as Plantas Planialtimétricas, Seções e

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

perfis geológicos anexos no mesmo processo. Os volumes de saibro que foram extraídos sem autorização estão na tabela abaixo.

Substância	Argila/m³	*Densidade	Argila/t
Saibro	15.890 m³	1,5 t/m³	23.835 t

*Fonte: Densidade extraída do Anuário Mineral Brasileiro – AMB.

Substância	Volume/t	**Preço	Valor Total
Saibro	23.835 t	R\$ 16,32	R\$ 388.987,20

**Fonte: Preço declarado no Relatório Anual de Lavra-RAL ano base 2014 da empresa Ideal Terraplenagem LTDA. (ver anexo).



Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

Conclusão:

Conclui S.M.J., a lavra irregular que ocasionou o surgimento de taludes negativos com risco iminente é de responsabilidade da empresa Ideal Terraplenagem LTDA., por executar extração e comercialização de saibro em área sem título autorizativo emitido por esta Autarquia, além de não atender as Normas Regulamentares da Mineração – NRM e o Regulamento do Código de Mineração. Motivos que ocasionaram em paralisação, autuação e infração.

Deverá ser gerado processo de cobrança pelos danos causados à UNIÃO, além da recuperação da área degradada pela lavra irregular executada pela empresa Ideal Terraplenagem LTDA.

Essa é a nossa análise e parecer.

(Fl. 32/34 do PDF)

A materialidade dos delitos, portanto, está comprovada pelos seguintes documentos técnicos: (i) NOTA TÉCNICA; (ii) AUTO DE PARALISAÇÃO; e (iii) PARECER TÉCNICO elaborados pelo DNPM.

Com efeito, a partir dos *documentos técnicos, imagens realizadas por satélite (Google) e oitiva de testemunhas em instrução penal processual*, evidencia-se que *não se sustenta a tese da defesa de que se cuidaria de mera movimentação de terras ("movimentação de terras e de desmonte de materiais in natura, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações")*, conforme Decreto-Lei n. 227/1967 (Código de Minas), visto que foi constatada a LAVRA ILEGAL de saibro e argila, para fins comerciais ("comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos"), o que não se confunde com apenas a realocação física e temporária do material objeto da vistoria in loco do DNPM:

DECRETO-LEI Nº 227, DE 28 DE FEVEREIRO DE 1967.

(Código de Minas)

Art 3º Este Código regula:

I - os direitos sobre as massas individualizadas de substâncias minerais ou fós-

seis, encontradas na superfície ou no interior da terra formando os recursos minerais do País;

II - o regime de seu aproveitamento, e

III - a fiscalização pelo Governo Federal, da pesquisa, da lavra e de outros aspectos da indústria mineral.

§ 1º. Não estão sujeitos aos preceitos deste Código os trabalhos de movimentação de terras e de desmonte de materiais in natura, que se fizerem necessários à abertura de vias de transporte, obras gerais de terraplenagem e de edificações, desde que não haja comercialização das terras e dos materiais resultantes dos referidos trabalhos e ficando o seu aproveitamento restrito à utilização na própria obra. (Incluído pela Lei nº 9.314, de 1996)

Assim, devidamente comprovada a *materialidade delitiva*, passo à análise da *autoria*.

B) AUTORIA: RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIME AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA – AFASTAMENTO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO SIMULTÂNEA – PRECEDENTES DO STF E STJ

A partir do *conjunto probatório* dos autos, seja a partir dos *documentos técnicos* que instruem a presente ação penal, dentre os quais: *NOTA TÉCNICA*; (ii) *AUTO DE PARALISAÇÃO*; e (iii) *PARECER TÉCNICO elaborados pelo DNPM*, seja a partir das *testemunhas ouvidas em Juízo*, resta evidente a *autoria por parte da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e do réu *ROBSON SANT'ANNA* em relação aos crimes consubstanciados na denúncia.

Com efeito, a partir dos *elementos probatórios* juntados ao feito, não *restam dúvidas acerca da autoria da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e *ROBSON SANT'ANNA* na prática dos crimes previstos no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, na medida que constituem *responsáveis pelos atos e procedimentos ao "extraíram recursos minerais sem a competente autorização, concessão ou licença, bem como exploraram e usurparam matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal"*, tendo na *vistoria técnica do DNPM* sido constatado que *estava sendo desenvolvida atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, sendo a lavra ilegal consequência do avanço da lavra além dos limites da poligonal autorizada no processo DNPM n. 820.987/1999, conforme NOTA TÉCNICA n. 0003/2013- SFPAM/JDFISCIDNPMISP – EDBS, AUTO DE PARALISAÇÃO n. 026/2012 E PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP* (Grifou-se).

Por *toda a instrução penal* ficou demonstrado que a *atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, bem como o avanço da lavra além dos limites da poligonal, atendem diretamente às atividades operacionais e aos interesses econômicos da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e seu sócio-administrador *ROBSON SANT-ANNA*.

Ainda, não deve prevalecer a imputação dos atos somente aos réus pessoas físicas, visto que este representam meros longa manus dos interesses da própria IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., atuando como seus prepostos e representante diretos.

Com efeito, a partir da *oitiva das testemunhas*, infere-se a *clara caracterização da autoria dos crimes* por parte da *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e *ROBSON*

SANT'ANNA, merecendo destaque o seguinte teor, com íntegra anexa aos autos virtuais:

Primeira Testemunha (Sr. Everton Dynelli Barbosa da Silva): refere à fiscalização ocorrida na IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., onde teve contato com o representante da empresa. Constatou a extração de matéria prima em área fora da poligonal autorizada pelo DNPM. Relata que a extração obtida a partir da área fora da poligonal autorizada estava sendo transportada para outra localidade. Foi verificada a redução do material que estava sendo explorado na área poligonal que possuía o título autorizativo, e que a IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA já estava passando a atividade para o lado de onde eles possuíam apenas um requerimento de pesquisa, sem autorização concedida, o que configura lavra ilegal;

Segunda Testemunha (Sr. Rodrigo Barbosa Cardoso): a testemunha era geólogo e trabalhava na divisão de fiscalização do DNPM, tendo sido o responsável pela análise da Nota Técnica emitida pelo técnico do DNPM, Sr. Everton. Aduz que não esteve no local da vistoria, e que a movimentação de terra fora do polígono autorizativo, por si só, não caracterizaria desrespeito às regras do DNPM, contanto que não houvesse a extração e comercialização do material. Afirma que o talude negativo indica que estava ocorrendo escavação em sua base do talude, sendo que os indícios apurados no local pelo fiscal não indicavam que estava ocorrendo mera movimentação de terra para regularização do talude negativo. No seu entendimento não haveria diferença técnica entre "movimentação de terra" e "extração" no caso do saibro, e não sabe afirmar se houve extração para outro empreendimento, mas que o material não estava no local da exploração. Refere que nos casos de lavra não autorizada, o DNPM emite Auto de Paralisação e um Parecer Técnico relatando a situação observada em campo e, se possível, a quantificação do material extraído irregularmente, com encaminhamento das informações aos órgãos competentes. Diz que existe a possibilidade movimentação de terra no caso previsto no art. 3º do Código de Mineração (art. 3º), mas que, no caso em concreto, não foi essa a situação verificada durante a vistoria, pois o local não era uma área de terraplanagem, mas sim uma área de extração.

Terceira Testemunha (Sra. Érica de Siqueira Mendes Agassi): Na ocasião dos fatos, atuava como Técnica Ambiental da CETESB, e que havia uma renovação de operação vigente, emitida por volta de 2010, com exigência para que fosse feita a recomposição do talude negativo. Afirma não saber informar a origem do talude negativo, mas que para retirada de material do talude negativo seria necessária autorização do DNPM dentro da poligonal. Informa que não sabe quanto à comercialização de material extraído do local (talude negativo), e que houve a reconfiguração da parte debaixo do talude, buscando recompor o local. Nas últimas vistorias realizadas, não havia operação no talude, e que, durante as primeiras inspeções realizadas pela CETESB, foi verificado que não havia cumprimento da condicionante relacionada à recomposição do talude negativo. Aduz que havia risco de desmoronamento do talude, e que a determinação da CETESB era para que fosse refeito o talude, mas não havia autorização para extração de material.

Quarta Testemunha (Sr. Pedro Manuel Assis Santos Amaral): Gerente da empresa IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., e, no momento atual, seu Diretor. Afirma que fazia parte da licença de operação da CETESB que houvesse a recuperação do talude negativo, e que teria havido extração de material da poligonal autorizativa

para o talude negativo. Aduz que a recomposição do talude foi feita com aterro, e que para arrumar o talude negativo não precisava de autorização do DNPM, pois era apenas terraplanagem. Afirma que não houve exploração ou comercialização do material decorrente do talude negativo, e que o talude negativo é derivado de erosão decorrente da exploração desde os anos 70, quando o Sr. Robson e Sra. Soraia não realizavam atividades no local da extração. A recuperação do talude se iniciou após abril de 2010, e que acredita ser equívoco do DNPM a informação de que foi constatada a extração do material do local e que havia o transporte para locais fora do empreendimento.

Em sede de *interrogatório*, relataram os réus *peças físicas* em relação aos fatos lhe imputados, tendo o réu *ROBSON SANT'ANNA* sido ouvido também como *representante da corré pessoa jurídica IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.*, visto se cuidar de seu *sócio-administrador*:

1) *RÉ SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA* : afirma que em 2012 já era sócia da empresa *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.*, e que, desde o início do funcionamento da empresa, somente ela própria e o réu Robson figuraram como sócios. Mas afirma e se reconhece apenas cotista da empresa, não sendo responsável pela administração da empresa. Relata que, em definitivo, que não exerce nenhum cargo na empresa, desde a constituição da sociedade, e que, na época da vistoria, a empresa era administrada exclusivamente pelo esposo, o réu Sr. Robson.

2) *RÉU ROBSON SANT'ANNA*: afirma que exerce cargo de diretoria desde a constituição da empresa, sendo que, quanto aos fatos que lhe são imputados, entende que não são verdadeiros. Reconhece que a Sra. Soraia nunca atuou na empresa, sendo sócia somente por ser sua esposa, se cuidando de empresa familiar. Na época da fiscalização do DNPM, relata que estava havendo recuperação do talude negativo em cumprimento à determinação da CETESB, o que não era de conhecimento do fiscal do DNPM. Aduz que a interpretação do técnico do DNPM teria se baseado equivocadamente em marcas de escavadeira e de pneu. Não sabe dizer se foi apresentado documento da CETESB ao fiscal do DNPM, e que a área fora da poligonal está, atualmente, legalizada perante a CETESB e perante o DNPM. Informa que o talude já foi recomposto em grande parte, e que a *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* possui outras poligonais autorizativas em outros endereços para exploração de outros minerais.

Em relação à corré *SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA*, de fato impõe-se o *reconhecimento da ausência de autoria* quanto aos fatos que deram ensejo à presente ação penal, visto que *somente figurava no quando societário como sócia-cotista, não tendo qualquer ingerência nos atos ou atividades da empresa IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* Em razão de se cuidar, segundo consta, de *empresa familiar, integra o quadro societário da empresa* juntamente ao esposo o corréu Sr. Robson, mas *não atua de fato nas atividades comerciais ou diretivas da empresa*, sendo imperativo o *reconhecimento da inexistência de sua autoria em relação aos crimes verificados no caso em concreto.*

Por outro lado, o que se observa foi que a *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e seu *sócio-administrador ROBSON SANT-ANNA* não observaram e nem fizeram bem cumprir os procedimentos dentro dos limites da autorização de lavra do DNPM.

Conforme bem se ilustrou no conjunto probatório dos autos, resta evidenciada a materialidade e autoria dos réus **IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA** e **ROBSON SANT'ANNA**, na prática dos crimes previstos no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), tendo em vista a atividade de **LAVRA ILEGAL** de saibro e argila fora dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM, para fins comerciais:







Fig. 4 – Imagem histórica do GOOGLE EARTH, registrada em 25/02/2006. Nota que ainda não era avançado a degradação no local indicado pela seta.

Cumpra-se asseverar que, conforme *documentos técnicos, fotos e plantas* que instruem os autos, faz-se possível a plena identificação visual das atividades de lavra fora dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM, conforme *NOTA TÉCNICA n. 0003/2013- SFPAM/JDFISCIDNPMISP – EDBS, AUTO DE PARALISAÇÃO n. 026/2012 E PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP*.

Por conseguinte, tanto a partir das *informações técnicas dos autos*, quanto através da *produção da prova oral*, restou evidenciada a atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, bem como o avanço da lavra além dos limites da poligonal, sob os interesses econômicos da ré *IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e seu sócio-administrador *ROBSON SANT-ANNA*.

Por oportuno, quanto à *validade e aplicação das conclusões do DNPM* quando em *vistoria subsequente aos fatos* que deram ensejo a esta ação penal, suas *informações técnicas* possuem os atributos de *legalidade e legitimidade*, que não foram afastadas pelos demais elementos constantes do conjunto probatório.

Acerca da *autoria da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA.* e seu sócio-administrador *ROBSON SANT-ANNA*, em decorrência da *relação direta de causalidade* entre seus atos e a ocorrência da extração ilegal de saibro além dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM, tendo inequivocamente dado causa ao resultado do crime, faz-se relevante a reprodução do *art. 13, do Código Penal*:

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

E, quanto à *tipificação do crime de extração ilegal de recursos minerais e crime contra bens da União na modalidade usurpação, há relevantes precedentes do Eg. TRF da 3ª Região:*

Apelação criminal nº 0000805-84.2017.4.03.6127/SP: "Décima Primeira Turma do Tribunal Regional Federal de 3ª Região (TRF3) condenou dois réus por extração ilegal de areia e argila e por usurpação de patrimônio público em sítio localizado no município de São João da Boa Vista (SP)". (Assessoria de Comunicação Social do TRF3)

Apelação Criminal nº 2006.61.08.008798-2/SP: "Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (TRF3) reexaminou a condenação proferida em primeiro grau de um grupo de pessoas envolvidas com extração de areia e usurpação de bens da União. A extração de areia vinha se dando no município de Botucatu (SP), por empresa que não detinha autorização legal necessária para exploração de recursos minerais, uma vez que a lavra de basalto vinha sendo realizada em área diversa daquela autorizada pelos órgãos governamentais competentes.

Não houve apenas prática de crime ambiental (artigo 55 da Lei nº 9605/98), mas também a exploração de matéria-prima pertencente à União, sem autorização legal, o que configura o delito de usurpação (artigo 2º da Lei nº 8.176/91). A Turma julgadora assim se manifesta na decisão: "No tocante ao crime ambiental, os órgãos de fiscalização atestaram ter o réu ultrapassado os limites estabelecidos pelo licenciamento. Os limites de atuação da empresa constam do projeto que a própria empresa apresenta à CETESB. O réu alegou que embora tenham sido ultrapassados os limites autorizados, tal fato se deu por deficiência do instrumento utilizado originalmente para sua mediação, pois, como fora realizada em 1992 não possuía a precisão dos equipamentos de medição atuais (com GPS). No entanto tal assertiva não se mantém, pois conforme se infere dos elementos dos autos as áreas indicadas divergem entre si em mais de 400 (quatrocentos) metros, o que não pode ser explicado como mera falha humana ou mesmo pela utilização de equipamentos antigos, sem precisão, para sua mediação (...). No tocante ao delito de usurpação de bem da União, verifica-se que, em 2005, o acusado explorou área sem a devida autorização estatal." (Assessoria de Comunicação Social do TRF3).

Não obstante se tratar de *pessoa jurídica, é incontroverso que todos os atos de extração ilegal de saibro além dos limites da poligonal autorizada pelo DNPM atendem ao interesse econômico da própria ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., motivos pelos quais os crimes ambientais devem ser atribuídos à autoria da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA, a partir de sua responsabilização penal prevista na Constituição Federal, art. 225, § 3º, e na Lei nº 9.605/1995, art. 3º:*

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, PESSOAS físicas ou JURÍDICAS, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Art. 3º As PESSOAS JURÍDICAS serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.

Parágrafo único. A responsabilidade das pessoas jurídicas não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

Sobre a responsabilização penal da pessoa jurídica prevista no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, fez-se oportuna a citação do seguinte precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido". (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

E, ante a relevância da matéria relativa à responsabilização penal da pessoa jurídica, que possui matriz constitucional no art. 225, § 3º, da Constituição Federal, e ao "condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural" (dupla imputação), extrai-se do relatório, do voto e do esclarecimento da Eminente Relatora Ministra Rosa Weber o seguinte teor, em que conclui que "Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural", *in verbis*:

"RELATÓRIO (...) Breve histórico do caso é oportuno.

O Ministério Público Federal do Estado do Paraná formulou, em 02.8.2001, denúncia contra Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, Henri Philippe Reichstul e Luiz Eduardo Valente Moreira pelo crime de poluição previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/1998. A denúncia foi recebida em 03.8.2001 pela ilustre Juíza Federal Bianca Georgia Arenhart Munhoz da Cunha.

Transcrevo trecho da denúncia que resume o fato delitivo:

"No dia 16 de julho de 2000, a denunciada Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária - Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refina-

ria, acabaram por poluir os Rios Barigui e Iguazu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas - dentre as disponíveis - para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.

Durante o trâmite da ação penal, a Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A buscou o trancamento da ação penal por meio de mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante de acórdão denegatório (fls. 274-360), interpôs recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça;

(...)

Quando à Petrobras, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a responsabilidade penal da pessoa jurídica exige a "imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato crime, atendendo-se, assim, ao princípio do nullum crimen sine actio humana" (fl. 567) Como, pela decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 83.554-6/PR e pela extensão de ofício da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, não mais figuravam no polo passivo pessoas físicas responsáveis pelo crime, entendeu o Tribunal Superior que a ação penal não poderia prosseguir somente contra a pessoa jurídica.

(...)

Em seguida, interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal (fls. 610-22) que aponta, como dispositivos violados, o art. 5º, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, e o art. 225, § 3º, todos da Constituição Federal.

(...)

VOTO (..)

A acusação, na origem, se fez pelo crime de poluição ambiental do art. 54 da Lei nº 9.605, de 12.02.1998:

(...)

Por seu turno, eis o teor do § 3º do art. 225 da Carta Política de 1988:

"Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações. (...)

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados."

Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, julgo merecer provimento o agravo regimental, a fim de assegurar o processamento do recurso extraordinário, viabilizando a esta Suprema Corte melhor exame da questão constitucional debatida. Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental.

É como voto.

ESCLARECIMENTO (...)

Eu, com todo respeito, *entendo que há uma questão constitucional maior envolvida (ao menos numa primeira visão, numa primeira leitura). Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural.*" (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

Ainda, o *inteiro teor da decisão do STJ no RESP nº 1.579.538/SP, admite a responsabilização penal independentemente da responsabilização dos dirigentes (Teoria da Dupla Imputação):*

"DECISÃO

Trata-se de *recurso especial* interposto pelo *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*, fundamentado nas *alíneas "a" e "c" do permissivo constitucional*, contra *acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região*.

Colhe-se dos autos que a ora recorrida *interpôs mandado de segurança contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP* que recebeu denúncia oferecida contra si e demais corréus, pela suposta prática do delito tipificado no art. 54, § 2º, IV e V, combinado com o art. 3º, ambos da Lei n. 9.605/98 (causar poluição), em virtude do "lançamento de 3.500 litros de óleo diesel marítimo (MF - 380 Marine Fuel Oil), em níveis que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias" (e-STJ fl. 1.122). O Tribunal de origem concedeu a segurança para trancar a ação penal, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 1.126): (...)

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, o *acórdão recorrido decidiu de forma contrária ao entendimento desta Casa, firmado em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, no sentido de que *não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome.*

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: (...)

'PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. (...) (AgRg no RMS 48.085/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015, grifei).'

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial a fim de, cassando o acórdão recorrido, determinar o regular prosseguimento da ação penal."

Portanto, conforme *decisão do Eg. STJ no RESP nº 1.579.538/SP: "em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,... não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome"*.

E, sobre a *responsabilização da pessoa jurídica* e, por conseguinte, a *responsabilidade da IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA pelos fatos objeto destes autos, independentemente da dupla imputação, ou seja, da necessária responsabilização das pessoas físicas atuantes na gestão da empresa (Teoria da Dupla Imputação), seguem relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:*

"RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 – Grifo nosso).

“PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. 2. Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica. 3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. 4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente. 5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica. 6. Agravo regimental desprovido...” (AROMS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 48085 2015.00.87565-0, GURGEL DE FARIA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/11/2015 – Grifo nosso).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento... (ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 39173 2012.02.03137-9, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/08/2015 – Grifo nosso).

Parte inferior do formulário

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 54, § 2º, V, DA LEI N.º 9.605/98. NÃO OCORRÊNCIA. POLUIÇÃO. VAZAMENTO DE ÓLEO DIESEL. CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO COM BENZENO EM NÍVEIS SUPERIORES AO ACEITÁVEL PELA NORMA, DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRODUTO CANCERÍGENO. RISCO À SAÚDE HUMANA COMPROVADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange à alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC, sob o argumento de que o tipo de perigo abstrato não dispensa a prova de risco de perigo, demandando a realização de prova específica, não se verifica-se a apontada omissão, uma vez que essa questão encontra-se suficientemente examinada no âmbito do acórdão que julgou os aclaratórios. 2. Quanto à suscitada negativa de vigência ao art. 54, da Lei 9.605/98, sob o argumento de que "é necessário que a poluição alcance níveis capazes de causar danos à saúde humana", também não assiste razão aos recorrentes. Isso porque, *consoante se depreende do excerto transcrito, no caso ora examinado, constatou-se, por meio da Nota Técnica do ICMBio, elaborada em 29/12/2011, que o lençol freático foi contaminado por produto carcinogênico, qual seja o benzeno, em concentrações superiores àquelas estabelecidas pela Resolução CONAMA 420/09, o que, por si só, é suficiente para causar danos à saúde humana, não sendo necessário, conforme destacado pelo Tribunal a quo, a demonstração de lesão efetiva aos moradores da região.* 3. Agravo regimental a que se nega provimento..." (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1273153 2018.00.79311-1, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/08/2018 – Grifo nosso).

Comprovada nos autos, portanto, a *autoria*. Passo, por fim, à análise da *tipicidade*.

C) TIPICIDADE

Lei nº 9.605/1998, artigos 3º e 55:

"Art. 3º As pessoas jurídicas serão responsabilizadas administrativa, civil e penalmente conforme o disposto nesta Lei, nos casos em que a *infração seja cometida por decisão de seu representante legal ou contratual, ou de seu órgão colegiado, no interesse ou benefício da sua entidade.*

Parágrafo único. A *responsabilidade das pessoas jurídicas* não exclui a das pessoas físicas, autoras, co-autoras ou partícipes do mesmo fato.

(...)

Da Poluição e outros Crimes Ambientais

(...)

Art. 55. *Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida:*

Pena - *detenção, de seis meses a um ano, e multa.*

Parágrafo único. Nas mesmas penas incorre quem deixa de recuperar a área pesquisada ou explorada, nos termos da autorização, permissão, licença, *concessão ou determinação do órgão competente.* (Grifo nosso).

LEI Nº 8.176/1991, ARTIGO 2º:

(...)

Art. 2º *Constitui crime contra o patrimônio, na modalidade de usurpação, produzir bens ou explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou*

*em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo.
Pena: detenção, de um a cinco anos e multa.*

A partir dos elementos do tipo penal consubstanciado na denúncia, não se exige dolo específico por parte da ré pessoa jurídica IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. para sua incursão nas penas do artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/1998 e no artigo 2º da Lei n. 8.176/1991, mas o dolo genérico em "Executar pesquisa, lavra ou extração de recursos minerais sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida" e "explorar matéria-prima pertencentes à União, sem autorização legal ou em desacordo com as obrigações impostas pelo título autorizativo".

Trata-se, ainda, de crimes de perigo abstrato, ou seja, cuja consumação independe de qualquer resultado da ação dos agentes, tal como se verifica ter ocorrido no caso desta ação penal.

E o dolo inerente à prática delitiva se verifica justamente nas suas ações perpetradas na medida em que deu causa a atividade de extração e exploração irregular de saibro e argila, bem como o avanço da lavra além dos limites da poligonal, conforme NOTA TÉCNICA n. 0003/2013- SFPAMJDFISCIDNPMISP – EDBS, AUTO DE PARALISAÇÃO n. 026/2012 E PARECER TÉCNICO N. 797/2015-SFPAM/DFISCIDNPMISP.

Assim, no caso dos autos, infere-se que a MATERIALIDADE e a AUTORIA são incontroversos em relação aos réus IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. e seu sócio-administrador ROBSON SANT'ANNA, bem como o dolo dos agentes.

Portanto, comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA e seu sócio-administrador o réu ROBSON SANT'ANNA na prática do crime ambiental e do crime contra o patrimônio da União, e não ser verificando qualquer causa excludente da antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade, impõe-se sua condenação às penas previstos no artigo 55, caput, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, e no artigo 2º da Lei n. 8.176/1991, em concurso formal, conforme CP, art. 70:

Concurso formal

Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Parágrafo único - Não poderá a pena exceder a que seria cabível pela regra do art. 69 deste Código. (Redação dada pela Lei nº 7.209, de 11.7.1984)

Passo à dosimetria da pena.

II. 3 - DOSIMETRIA DA PENA

Inicialmente, cumpre registrar que, para a dosimetria da pena, em virtude das circunstâncias judiciais (CP, art. 59) (primeira fase) e agravantes e atenuantes (CP, art. 61 e 65) (segunda fase), o aumento da pena-base será realizado tomando-

-se em consideração o *montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal ("detenção, de um a cinco anos e multa") do crime do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 (crime contra o patrimônio da União), que possui pena mais grave (CP, art. 70: concurso formal), e não tão somente a pena-mínima, para obtenção do patamar de valoração* (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), sobretudo em virtude do *princípio da proporcionalidade* e para que seja fixado o *parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*.

E, para cada circunstância judicial (CP, art. 59) valorada de forma desfavorável, será elevada a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima, considerando a existência das *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59) a serem apreciadas, não obstante a impossibilidade de o comportamento da vítima ser sopesado em prejuízo ao réu, para efeito de *justa equivalência* entre o número total de circunstância judiciais previstas em lei.

Quanto às *agravantes e atenuantes*, considerando o parâmetro ordinário utilizado pela doutrina e pela jurisprudência, para cada *agravante ou atenuante* (CP, arts. 61 e 65) será elevada ou reduzida a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima do preceito secundário do tipo penal, observado que *"a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal."* (Súmula nº 231/STJ).

Ainda, *"as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário, malgrado haja pena concreta dosada, as agravantes e atenuantes serão fixadas com parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais, sob pena de as agravantes tornarem-se menos gravosas e as atenuantes menos benéficas do que as meras circunstâncias judiciais da primeira etapa, o que subverteria o sistema hierárquico da dosimetria trifásica"*. (STJ: HC 333.087/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/09/2016; HC 325.961/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016).

Conforme o *Supremo Tribunal Federal*, na *fixação da pena*, o *princípio da proporcionalidade* deverá ser o norte utilizado pelo julgador para a sua dosagem, a partir das *peculiaridades do caso concreto* (Informativo nº 563 - STF ref. HC nº 97056/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski - 13/10/2009). E, sobre os *parâmetros* acima referidos para a *fixação da pena*, os seguintes *precedentes jurisprudenciais do STJ e Tribunais Regionais Federais*: HC 345.398/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/06/2016; HC 291.506/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/08/2016; HC 180.167/MG, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/08/2016; TRF3 - ACR 00013046420084036004, Rel. Cecilia Mello, Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1: 06/07/2016. Por oportuno, constou de *relevante precedente do TRF5*: *"Posições extremadas que podem ser temperadas, aproveitando-se adminículos relevantes de cada uma delas: i) a fixação da pena não pode ter precisão aritmética, mas, por outro lado, as oito circunstâncias devem ser sopesadas, nada impedindo que uma prepondere ante as demais"* (TRF5 - ACR 200581000145860, Rel. Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, DJ - Data: 22/10/2008).

Na hipótese de existência de inquéritos policiais ou ações penais em curso, em que *não haja condenação com trânsito em julgado, não serão tais elementos utilizados para elevar a pena-base*, ante o teor da Súmula nº 444/STJ. E, na concorrência entre *mais de uma condenação em desfavor do réu*, observado o *prazo limite do CP, art. 64, inciso I*, serão distribuídas entre a *primeira fase (maus antecedentes)* e a *segunda fase (reincidência)* da aplicação da pena, de maneira *afastar bis in idem e não haver valoração negativa em duplicidade sobre o mesmo fato (condenação)*.

Consagrado no Código Penal o *critério trifásico para o cálculo da pena (art. 68)*, início pela *primeira fase na fixação da pena-base*, considerando as *circunstâncias judiciais* do art. 59 do diploma penal, em exegese que alcance a pena necessária para atender ao *grau de reprovação da conduta* e que seja *suficiente para prevenir o crime (prevenção genérica e específica)*

Na *primeira fase* de aplicação da pena, observo em relação às *circunstâncias judiciais* que a *culpabilidade se encontra evidentemente exacerbada*, tendo em vista a *elevada lesividade e reprovabilidade dos atos perpetrados pelos réus na prática de crime ambiental*, em que restou comprovado que o crime fora cometido em razão da *séria inobservância aos limites de poligonal autorizada pelo DNPM*, conforme *apontam reiteradamente os documentos técnicos dos autos, demonstram os relatos das testemunhas ouvidas em Juízo*.

Os motivos do crime, embora graves, foram os normais da espécie.

Já as *circunstâncias* devem ser *levadas em consideração de forma negativa*, ante a *elevada reprovabilidade de a pessoa jurídica ter atuado em abuso da confiança lhe depositada*, na medida em que passou à *extração de saibro em área além da poligonal já autorizada pelo DNPM*, sendo *sobremaneira dificultosa a identificação da extração para além dos limites impostos*, em *área circunvizinha e de fácil escamoteamento dentre as atividades operacionais já autorizadas*.

Não há que se falar em comportamento das vítimas. A ré é primária e, na data do cometimento do delito, não ostentava maus antecedentes.

Também não há nos autos, elementos por meio dos quais se possa valorar sua conduta social e sua personalidade.

Portanto, *havendo 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e circunstâncias do crime)*, e, ainda, tomando-se em consideração o *montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal ("detenção, de um a cinco anos e multa") do crime do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 (crime contra o patrimônio da União), que possui pena mais grave (CP, art. 70: concurso formal)*, para obtenção do *patamar de valoração* (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), em *aplicação ao princípio da proporcionalidade* e para que seja fixado o *parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*, aplico o *patamar de 1/3 (um terço) sobre o intervalo da pena-mínima e pena-máxima e fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 126 (cento e vinte e seis) dias-multa*, sendo o *dia-multa equivalente a 1/2 (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00)*, em razão de a atividade ilegal de extração se destinar ao proveito econômico dos réus.

Na *segunda fase* de aplicação da pena, sem atenuantes e agravantes a serem consideradas.

Na *terceira fase*, nada a considerar, tornando *definitiva a pena de 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de detenção e 126 (cento e vinte e seis) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00), considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em comento.*

Tendo os *delitos do art. 55, da Lei n. 9.605/1995 e do art. 2º da Lei 8.176/1990* sido cometidos na forma de *crime formal*, elevo a pena do crime do artigo 2º da Lei n. 8.176/1991 (*crime contra o patrimônio da União*), que possui pena mais grave (CP, art. 70: *concurso formal*), em 1/6 (*um sexto*), mínimo legal (CP, art. 70), totalizando 2 (*dois*) anos, 8 (*oito*) meses e 20 (*vinte*) dias de detenção, e 147 (*cento e quarenta e sete*) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (*meio*) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00).

Passo a apreciar o *regime inicial de cumprimento da pena* e a possibilidade de *substituição por restritivas de direito*.

As *circunstâncias judiciais* (CP, art. 59) permitem que, em relação ao réu *pessoa física ROBSON SANT'ANNA*, o *regime inicial de cumprimento da pena* seja o *aberto*, a teor do que diz o art. 33, §2º, alínea "c", do CP, tendo em vista que o montante resultante da soma das penas privativas de liberdade é igual ou inferior a 4 (*quatro*) anos.

Na *aplicação da pena* observa-se estarem presentes os *requisitos* previstos nos *incisos I a III do art. 44 do CP*, tratando-se de *crime praticado sem violência ou grave ameaça, ré não reincidente* em crime doloso e por entender ser *suficiente à prevenção e repressão do crime praticado*, incidindo em razão a pena aplicada de 2 (*dois*) anos, 8 (*oito*) meses e 20 (*vinte*) dias de detenção, e 147 (*cento e quarenta e sete*) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (*meio*) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00), o art. 44, § 2º (§ 2º Na condenação... a substituição pode ser feita por duas penas restritivas de direitos), bem como os termos da Lei nº 9.605/98 (*Crimes Ambientais*), art. 21, inciso I e III, *substituo a pena privativa de liberdade aplicada por:*

a) *MULTA*, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, *parágrafo único*, e art. 60, *caput*, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (*multa*), consistente no pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (*cem mil reais*) para CADA UM dos réus *pessoa jurídica e pessoa física*, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação para aquisição de equipamentos operacionais e tecnológicos em favor dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, *Polícia Ambiental, Polícia Federal, IBAMA e ICMBIO*, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal, e

b) *PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE*, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (*inciso I*), obras de recuperação das áreas degradadas (*inciso II*) e manutenção de espaço público (*inciso III*), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias na área de praias situada à frente da localidade onde perpetrados os

crimes, na Praia da Enseada, Município de São Sebastião, incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado, e (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB.

Com efeito, o elevado valor da MULTA aplicada se justifica na medida em que observados os parâmetros legais do Código Penal (art. 45, § 3º: "montante do prejuízo causado" e art. 60: "Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu") e da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 6º, ("Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista... suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;... III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.")), considerada a condição econômica da ré IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA., que evidentemente alcança lucros expressivos em sua atividade de extração de saibro no Litoral Norte de SP.

Ademais, impõe-se que sejam levados em consideração, para o arbitramento do valor da multa que substitui a pena privativa de liberdade, a elevada reprovabilidade de a pessoa jurídica ter atuado em abuso da confiança lhe depositada, na medida em que passou à extração de saibro em área além da poligonal já autorizada pelo DNPM, sendo sobremaneira dificultosa a identificação da extração para além dos limites impostos, em área circunvizinha e de fácil escamoteamento nas atividades operacionais já autorizadas.

Conforme documento técnico acostado aos autos, infere-se que houve dimensionamento do material extraído ("Saibro" e "Argila"), inclusive com valoração aproximada do prejuízo em razão da lavra ilegal ("Valor Total: R\$ 388.987,20"), informações que devem ser também consideradas como parâmetros para aferição justa e razoável da multa ora aplicada:

Divisão de Fiscalização – DIFIS/DNPM/SP

perfis geológicos anexos no mesmo processo. Os volumes de saibro que foram extraídos sem autorização estão na tabela abaixo.

Substância	Argila/m³	*Densidade	Argila/t
Saibro	15.890 m³	1,5 t/m³	23.835 t

*Fonte: Densidade extraída do Anuário Mineral Brasileiro – AMB.

Substância	Volume/t	**Preço	Valor Total
Saibro	23.835 t	R\$ 16,32	R\$ 388.987,20

**Fonte: Preço declarado no Relatório Anual de Lavra-RAL ano base 2014 da empresa Ideal Terraplanagem LTDA. (ver anexo).

(Fl. 34 do PDF).

Portanto, sobreditos critérios, em conjunto, justificam e sustentam o arbitramento da multa penal em valor compatível com os parâmetros previstos na legislação penal (Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais): "montante do prejuízo causado", "situação econômica do réu", "gravidade do fato", "conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente"), bem como com as peculiaridades do caso em concreto.

Prejudicada a suspensão condicional da pena e a deliberação acerca da prisão da ré pessoa jurídica, e mesmo da pessoa física.

Passo ao dispositivo.

III – DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta:

I) JULGO IMPROCEDENTE o pedido para ABSOLVER a ré SORAIA DE AZEVEDO MARQUES SANT'ANNA, em razão da ausência da autoria para prática das condutas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, com fundamento no CPP, art. 386, inciso V ("não existir prova de ter o réu concorrido para a infração penal");

II) JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR o réu pessoa física ROBSON SANT'ANNA qualificado nos autos, pela prática das condutas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos minerais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 147 (centro e quarenta e sete) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00), sendo pessoa física inicialmente em regime aberto, em relação a qual, conforme art. 44, incisos I a III, e § 2º, do Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21, incisos I e III, aplico a substituição da pena privativa de liberdade por:

MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o réu pessoa física, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação para aquisição de equipamentos operacionais e tecnológicos em favor dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, Polícia Ambiental, Polícia Federal, IBAMA e ICMBIO, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal, e

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias na área de praias situada à frente da localidade onde perpetrados os crimes, na PRAIA DA ENSEADA, MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO, incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado, e (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB.

III) JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR o réu pessoa jurídica IDEAL TERRAPLANAGEM LTDA. qualificada nos autos, pela prática das condutas previstas no artigo 55, caput, da Lei nº 9.605/98 (extração de recursos mine-

rais), e no artigo 2º da Lei nº 8.176/91 (crime contra o patrimônio da União), em concurso formal, à pena privativa de liberdade de 2 (dois) anos, 8 (oito) meses e 20 (vinte) dias de detenção, e 147 (centro e quarenta e sete) dias-multa, sendo o dia-multa equivalente a ½ (meio) salário-mínimo à época dos fatos (2012: R\$ 622,00), em relação a qual, conforme art. 44, incisos I a III, e § 2º, do Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21, incisos I (multa), aplico a substituição da pena privativa de liberdade por:

MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para a ré pessoa jurídica, que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subseqüente deliberação e destinação para aquisição de equipamentos operacionais e tecnológicos em favor dos órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, Polícia Ambiental, Polícia Federal, IBAMA e ICMBIO, conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal, e

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias na área de praias situada à frente da localidade onde perpetrados os crimes, na Praia da Enseada, Município de São Sebastião, incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado, e (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subseqüente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB.

Transitada em julgado, proceda-se em relação aos réus: (a) ao lançamento do nome no rol dos culpados; (b) às anotações junto ao Instituto Nacional de Identificação (INI), inclusive caso aplicáveis em relação à pessoa jurídica; (c) ao encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação; (e) à expedição de Guia de Execução de Pena; e (f) às demais diligências e comunicações necessárias.

Custas na forma da Lei.

Ciência ao Ministério Público Federal, à Delegacia de Polícia Federal, à CETESB, bem como aos Municípios de Caraguatatuba-SP e São Sebastião.

Ao SEDI para as anotações pertinentes.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, 13 de julho de 2022.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000893-83.2021.4.03.6131

Autora: ELZA EDNA DE BRITO SERRANO
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE
Disponibilização da Sentença: DJEN 11/05/2022

SENTENÇA

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de conhecimento, de cunho condenatório, ajuizada sob procedimento comum, por meio da qual se pretende a obtenção de indenização por danos materiais e morais. Em suma, sustenta a inicial que no dia 22/05/2021 a requerente recebeu uma ligação em seu telefone fixo, atendida por sua filha. A pessoa do outro lado da linha se dizia representante da ré. Perguntou se estavam utilizando o cartão do Sr. Eduardo, ao que a filha da requerente falou que não estavam, então a suposta representante da ré relatou que ela deveria ligar no 0800 do cartão e pedir seu cancelamento, porque alguém estaria tentando utilizar o cartão. Que a filha da requerente seguiu as instruções da interlocutora, ligou no 0800, do cartão e falou com outro suposto representante da ré, havendo passado as informações solicitadas pela representante. Então que lhe foi dito que se dirigisse até a agência da Caixa mais próxima para terminar o atendimento no caixa eletrônico. A filha da autora foi, e sem saber, liberou acesso ao aplicativo da caixa aos golpistas. Exatos 15 minutos a polícia conseguiu bloquear o acesso dos criminosos, mas as transferências já haviam sido feitas, em razão do que foi extraído da conta da requerente a quantia de R\$ 68.155,99. Aduz que foram pagos dois boletos totalizando o valor de R\$ 8.169,99 e três PIX totalizando o valor de R\$ 59.986,00. Atribuindo responsabilidade civil objetiva à ré por má-prestação de serviços bancários, a requerente ajuíza a presente demanda postulando a condenação da requerente à indenização em danos materiais e morais. Junta documentos.

Citada, a ré contesta o pedido inicial, alegando que as transações realizadas a partir de dispositivo cadastrado para acesso ao *Internet Banking CAIXA (IBC)* e validado para realizar movimentações financeiras através da utilização de cartão e senha da titular em máquina ATM são consideradas válidas. Que cada computador/dispositivo cadastrado para acesso ao *Internet Banking CAIXA* possui uma identificação (ID), que é um código interno e único atribuído por meio do adicional de segurança instalado na máquina utilizada, não sendo possível o cadastramento de mesmo número para máquinas diferentes. Como se percebe, não houve invasão de conta, mas acesso com dispositivo previamente autorizado a efetivar transações via *Internet Banking*. Nega que haja responsabilidade de sua parte e contesta a ocorrência de danos morais. Pugna pela improcedência.

Réplica registrada sob o id n. 247403083.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar, sendo desnecessária a confecção de qualquer outra prova, os autos estão em termos para receber julgamento. Na forma do art. 355, I do CPC, passo ao conhecimento do mérito do pedido.

A ação é de enganada *improcedência*.

No caso em questão, não houve erro ou má prestação de serviços bancários a disparar o dever de indenizar que ora se atribui à ré.

É a própria petição inicial dessa demanda quem esclarece que, em última análise, a pessoa que disponibilizou dados bancários sigilosos das vítimas em favor de terceiros golpistas foi a filha dos mesmos, enganada pela narrativa que fazia parte do embuste engendrado pelos meliantes.

Vale dizer: os dados sigilosos que permitiam o acesso à movimentação bancária das vítimas foram informados aos estelionatários pelos próprios titulares das respectivas contas – ou pessoa a eles coligada – de modo que não é possível, nessa hipótese, sequer cogitar de qualquer responsabilidade da instituição requerida na sucessão de eventos que culminou com o prejuízo econômico dos requerentes. Sob nenhum pretexto ou circunstância, dados sigilosos relativos a informações bancárias de correntistas devem ser repassados a estranhos, por telefone, por mensagens eletrônicas, redes sociais e congêneres, salvo os aplicativos oficiais de movimentação financeira disponibilizados pela própria instituição depositária.

Essa informação, de sabença geral, e amplamente divulgada, não apenas pelas entidades governamentais, mas também pela polícia e pelas próprias instituições bancárias nacionais serve de fundamento à confiabilidade do sistema bancário que deve servir, com segurança, mas também com agilidade, às necessidades atuais de uma sociedade que realiza grande parte de suas operações financeiras em ambiente virtual. Nesse sentido, é de se anotar que, ainda que se trate, como no caso, de correntistas com idade avançada, a informação respeitante ao aplicativo vinculado à conta das vítimas foi veiculada pela filha dos mesmos, pessoa que – se se considera apta a gerenciar a vida bancária de seus pais, mais idosos – não pode, ao depois, se arvorar na contingência etária de seus pais como fundamento para responsabilização jurídica do sistema bancário oficial.

E ainda que não fosse assim, não há como negar que não existe sistema de segurança – *mesmo que idealmente perfeito* – que possa resistir à transgressão das suas regras de utilização pelo próprio beneficiário da proteção conferida. *Ou seja:* em casos tais como o ora vertente, não há como imputar à instituição ré qualquer falha, erro ou omissão na prestação dos serviços que oferece ao mercado de consumo, porque, em última análise, o sinistro decorreu de conduta da própria vítima, que, tivesse sido diferente, não resultaria no evento danoso reportado no âmbito da *actio*. É por tal razão que, em ações congêneres, a jurisprudência vem se inclinando no sentido de isentar de responsabilidade a instituição bancária, ainda que analisada a demanda sob o prisma protetivo instituído a partir da proteção das relações de consumo (Súmula n. 297 do C. STJ). Nesse sentido, cito o precedente na sequência:

INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. GOLPE DO MOTOBOY. DADOS FORNECIDOS PELO TITULAR DA CONTA. INDENIZAÇÃO INDEVIDA. [RECURSO INOMINADO CÍVEL – SIGLA_CLASSE: RecInoCiv 0003559-27.2020.4.03.6310; TRF3 - 4ª Turma Recursal da Seção Judiciária de São Paulo, DJEN DATA: 01/12/2021].

No voto-condutor do v. acórdão – que desvela caso muito assimilado ao presente – *Sua Excelência a Em. Juíza Federal Relatora* faz questão de remarcar a ausência de responsabilidade da instituição financeira:

“Com efeito, conforme narrado na inicial, a parte autora foi vítima de golpe, consistente em ligação telefônica, informando compras realizadas com seu cartão. A partir desse telefonema, procedeu conforme instruções recebidas pelo interlocutor, fornecendo seus dados bancários.

Transcrevo (ID 189410783):

“No dia 11/08/2020, no período da tarde, por volta das 15h30, a requerente recebeu uma ligação em seu telefone fixo, onde a interlocutora se identificou como Amanda Santos, atendente da central de atendimento do Banco Caixa Econômica Federal, setor de furto e roubo de cartões, a qual indagou sobre uma compra suspeita no valor de R\$ 1.800,00 efetuada com o seu cartão de crédito no Supermercado Extra da cidade de Jundiaí/SP. A requerente disse que não havia efetuado a referida compra, então, a atendente disse que o seu cartão teria sido clonado e iria bloqueá-lo, mas que tal bloqueio seria apenas temporário, e que ela deveria entrar em contato pelos telefones que constavam no verso do seu cartão para efetuar o cancelamento, 4004-9009 ou 08007260101, informando como protocolo de atendimento o nº 2080038040. Ato contínuo, a requerente ligou no 08007260101 tendo sido atendida por Luciana Alves, protocolo de atendimento nº 2020081014. A requerente informou para Luciana que havia recebido uma ligação da central de atendimento da Caixa Econômica Federal, onde a atendente Amanda informou que o seu cartão de crédito teria sido clonado e estava sendo utilizado por terceiros, tendo sido bloqueado temporariamente, e que teria que entrar em contato naquele telefone para solicitar o Então, a atendente Luciana confirmou todos os dados pessoais da requerente, nome completo, número do CPF, data de nascimento, endereço e telefone. Frisa-se que a própria atendente informou todos os dados pessoais, ou seja, em nenhum momento a requerente passou as informações, tendo apenas confirmado que os dados estavam corretos. Após, a atendente Luciana pediu para a requerente informar o protocolo da ligação anterior para verificação, em seguida, alegou ter constatado que a requerente possuía 3 cartões da Caixa Econômica Federal, sendo 1 cartão múltiplo com bandeira VISA crédito/débito da conta corrente, 1 cartão da conta poupança, e 1 cartão de crédito com bandeira ELO que sequer havia sido desbloqueado para uso. A atendente disse que nesses casos seria norma interna do banco o cancelamento de todos os cartões, solicitando que a requerente digitasse a senha. Naquele momento, a requerente informou que lembrava apenas a senha do cartão múltiplo crédito/débito bandeira VISA, então, a atendente Luciana disse que iria cancelar os outros cartões através do CPF, tendo a requerente digitado a senha para cancelar o cartão múltiplo. A atendente Luciana disse que o cancelamento de todos os cartões havia sido efetuado com sucesso. Em seguida, informou que a CEF possuía um convênio com a Polícia Civil para averiguação de golpes e que a requerente teria que ir até uma delegacia na cidade de Campinas para entre-

gar os cartões, bem como uma carta de contestação das transações de próprio punho, cujo teor foi soletrado pela atendente. A requerente informou que não tinha condições de ir até Campinas, então, a atendente disse que enviaria um motoboy funcionário da CEF até a sua casa para buscar os cartões, o qual se identificaria pelo nome e um código de segurança, orientando a requerente a colocá-los em um envelope lacrado com o código nº 2054. A atendente informou ainda que o nome do motoboy era Carlos Soares e que ele falaria o tal código de segurança, afirmando que ele não sabia do que se tratava, muito menos e o que continha no envelope. Minutos depois, o motoboy chegou e se identificou com o mesmo nome e código de segurança informado pela atendente, tendo a requerente entregado o envelope lacrado com os cartões e a contestação das transações manuscrita. Na sequência, recebeu nova ligação da atendente Luciana, ocasião em que foi orientada a fazer uma atualização no seu aplicativo para receber as transações bancárias por mensagens, alegando desatualização. A atendente pediu para desinstalar o aplicativo do aparelho celular e instalar novamente, mas a requerente disse que não o faria, então, a atendente solicitou que a requerente desligasse o seu aparelho para que a atualização fosse realizada através da central, solicitando que o religasse apenas após às 18h00, o que foi feito pela requerente. Ocorre que, ao ligar o seu aparelho, a requerente foi surpreendida com duas mensagens de SMS recebida às 18h55 informando duas compras efetuadas no débito em seu cartão múltiplo com bandeira VISA. Uma no valor de R\$ 3.499,99 realizada no dia 11/08/2020 às 16h38, e outra no mesmo dia, apenas um minuto depois, no valor de R\$ 3.499,88 às 16h39. Imediatamente a requerente ligou na central de atendimento 08007260101, mas em razão do horário, já não era mais possível o atendimento pessoal, sendo apenas atendimento automático”.

A situação retratada nos autos não é nova, não havendo como responsabilizar a CEF em razão de fatos estranhos à prestação do serviço, não havendo nexo de causalidade entre a conduta da CEF e o dano sofrido pela parte autora. Trago à colação:

"Não se desconhece que a autora foi vítima do "golpe do motoboy". Entretanto, não é possível dizer que CEF tenha facilitado a prática do crime, pois sequer a fraude não teve abordagem no interior da agência e nem mesmo os aparelhos para obtenção dos dados foram inseridos em caixas em autoatendimento. Toda a ação foi perpetrada por terceiros, fora do alcance da CEF e sem manipulação de sistemas eletrônicos desta, na medida em que o fraudador de fato usou o cartão e senha da vítima, pelo que não seria possível o rastreamento de qualquer irregularidade. Ademais, o portador do cartão tem o dever de guarda e cuidado em relação a este, sendo de sua responsabilidade eventuais usos indevidos ocorridos em razão de furto ou estelionato por extravio não comunicado ao banco. Por fim, não há prova nos autos da demora do atendimento da instituição financeira quando comunicada da fraude, atentando-se ainda para o fato de existir outros canais de comunicação de furto e roubo" (RECURSO INOMINADO 0014971-79.2020.4.03.6301, 2ª TURMA RECURSAL DE SÃO PAULO, Rel. JUIZ FEDERAL UILTON REINA CECATO, e-DJF3 Judicial DATA: 06/11/2020)" (g.n.).

Do ponto de vista técnico jurídico, a questão se resolve a partir da *interrupção do nexo de causa*: o evento lesivo de que se lastima a petição inicial foi ocasionado pela própria vítima, razão pela qual não há como imputar responsabilidade ao banco, na medida em que, de sua conduta, nada concorre que pudesse haver alterado o resultado.

É aquilo a que, em doutrina, vem se denominando de fortuito externo, assim definido por *ALEXANDRE SADA MARTINS*:

“Com esses elementos, foi possível concluir que a ocorrência do fortuito interno não rompe o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o inadimplemento. Logo, o fornecedor por este responde. Já o *fortuito externo* é *aquele estranho à organização da atividade da empresa, que ocorre fora do processo produtivo ou de fornecimento do serviço e que exclui o nexo de causalidade entre a conduta do fornecedor e o inadimplemento. Assim, o fortuito interno não exclui a responsabilidade do agente, mas o externo sim*” (g.n.).

[Monografia: “O atual entendimento do Superior Tribunal de Justiça em razão da alegação de caso fortuito pelo fornecedor”; Autor: Martins, Alexandre Sada; Orientador: Sobierajski, Hernani Luiz; Data: 2020].

Assim, embora o juízo muito lastime e até mesmo se solidarize com a difícil situação das vítimas aqui postulantes, vítimas que foram de um embuste covarde, o fato é que não há, na conduta da ré, qualquer ilícito que acione o dever de indenizar.

É improcedente, na íntegra, a pretensão indenizatória.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos iniciais, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 487, I do CPC.

Sem condenação em custas, tendo em vista o benefício da Assistência Judiciária Gratuita. Arca a autora, vencida, com honorários de advogado que, com base no que prevê o *art. 85, §§ 2º e 3º do CPC*, arbitro em 10% sobre o valor atualizado da causa à data da efetiva liquidação do débito. *Execução na forma do art. 98, § 3º do CPC.*

P.I.