

# Sentenças





## **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**

**0014288-31.2008.4.03.6182**

Embargantes: MARCOS TIDEMANN DUARTE E MARCELO TIDEMANN DUARTE  
Embargada: FAZENDA NACIONAL  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP  
Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/11/2015

Trata-se de embargos à execução fiscal entre as partes assinaladas em epígrafe.

Os embargantes, ex-sócios de Hubrás Produtos de Petróleo Ltda., alegam, em síntese, que não podem ser responsabilizados por tributo confessado indevidamente; a inexistência de grupo econômico; a inobservância do devido processo legal na desconsideração da personalidade jurídica; o não-esgotamento dos meios ordinários para localização de bens da HUDSON/HUBRAS; a impenhorabilidade de bens declarados indisponíveis; a violação de princípios tais como a ampla defesa, vedação de confisco e proporcionalidade; a imprestabilidade de documentos juntados nos autos da execução fiscal; e a necessidade de extinção do executivo, porque declarada pelo STF a inconstitucionalidade de majoração de alíquota do FINSOCIAL, já reconhecida por sentença.

Recebidos os embargos com efeito suspensivo (fls. 107), da decisão foi interposto agravo de instrumento reproduzido a fls. 112 e fls. 475/481.

Em impugnação (fls. 127 e seguintes), a parte embargada alegou a intempestividade dos embargos, a impossibilidade de aceitar oferta de bens sem oitiva da parte exequente e a insuficiência da garantia. Ademais, argumentou no sentido da existência do grupo de empresas, fazendo de todos, inclusive os embargantes, sucessores da devedora tributária HUBRÁS.

Em réplica, a fls. 159 e seguintes, os embargantes aventaram prescrição, retorquiram às alegações da embargada e requereram a produção de prova técnica.

A fls. 301 deferi a prova pericial, limitando-a aos quesitos relacionados com a atividade do perito. Dessa decisão foi interposto agravo (fls. 300 e seguintes).

Os embargos de declaração opostos pela União em face da decisão de fls. 301 perdeu o objeto, como reconhecido a fls. 486/7.

A fls. 341 e seguintes foram juntadas pelos embargantes cópias de CDAs retificadas.

A fls. 369 e seguintes foi juntada a decisão do Agravo n. 2009.03.00.011405-5, deferindo os quesitos dos embargantes, “cabendo ao perito judicial, contudo, verificar os quesitos quais está habilitado a responder” (v. fls. 594/598).

Foram apresentados quesitos suplementares (fls. 619/624), os da parte embargante indeferidos a fls. 637 e 662; e os da embargada deferidos a fls. 671.

Foi produzido laudo pericial a fls. 697 e seguintes, sobre o qual se manifestaram as partes a fls. 751 e 796.

Vieram os autos conclusos para decisão.

*É o relatório. DECIDO*

**DA TEMPESTIVIDADE DOS EMBARGOS**

A parte embargada equivoca-se quanto aos fatos e quanto ao Direito ao postular a intempestividade dos embargos. Os presentes estão garantidos por penhora formalizada

segundo termo reproduzido a fls. 343, lavrado em 29.02.2008 (registro em 10.02.2009). Os embargantes, a seu turno, foram citados por edital, para ofertar defesa no prazo de 30 dias, em 08.04.2008. Os embargos foram interpostos no trintídio que se seguiu ao esgotamento do prazo dilatatório editalício, isto em 09.06.2008 e são, dessa forma, tempestivos. A admissão dos ora embargantes no pólo passivo da execução deu-se por redirecionamento, depois de formalizada a garantia, de modo que não há outra maneira de computar o lapso para ajuizamento dos embargos, senão na forma acima aventada.

#### DA PENHORA

A execução foi garantida por penhora de imóvel tomada por termo, lavrado em 29.02.2008 (fls. 343/344), correspondente à área rural da assim chamada “Fazenda Novo Horizonte”, medindo 297ha30a, sob a matrícula n. 1.412 no Cartório de Registro de Sacramento, Minas Gerais. Permaneceu o bloqueio de pequenos valores em pecúnia conforme fls. 346 e seguintes. Ulteriormente, foi avaliado o imóvel rural em R\$ 5.000.000,00 (28.08.2008 – fls. 840) e registrada a penhora em 10.02.2009. A garantia do Juízo foi regularmente estabelecida e os embargos, como já relatei, foram recebidos com efeito suspensivo.

Ocorre que a interposição dos embargos, mesmo que com efeito suspensivo, não impede a parte exequente de promover as medidas necessárias para complementação ou substituição da penhora. Como se sabe, a execução fiscal é processo que se inspira no rito de sua congênere civil, com a diferença de agregar certas prerrogativas ao exequente, não presentes na modalidade comum e que visam a tutelar de modo mais intenso e eficiente a dívida ativa. Isso, à consideração da especial sensibilidade e relevância social do crédito exequendo.

Dentre essas prerrogativas, está presente a de recusa à oferta de bens à penhora e de indicação pela entidade credora, ora embargada. Esse privilégio está implícito no art. 15, inc. I e II, da Lei n. 6.830/1980. Deriva da norma exposta que o devedor não é livre para substituir os bens penhorados, a não ser dentro de certas condições; já o credor-exequente tem o condão de requerer, a todo tempo, a substituição da penhora, sem a necessidade de alongar-se em justificativas, que não o interesse em ver a dívida ativa satisfeita.

Conclui-se a partir daí que a Fazenda Pública exequente detém o privilégio de indicar, originariamente, os bens que prefira ver penhorados, dentre eles valores em espécie, desprezando outros bens de menor liquidez, sem a obrigação de apresentar outras justificativas. Seria excessivo formalismo penhorar bem que a Fazenda já recusou, para em seguida desconstituir constrição e proceder outra.

Essa interpretação é confirmada pelo fato de que a escolha por numerário ajusta-se à ordem de preferência do art. 11, inciso I, da LEF. O dinheiro vem em primeiro lugar, à frente de imóveis, ações, títulos ou créditos. E não poderia deixar de ser assim, porque o valor em espécie é o mais líquido de todos os bens, evitando a necessidade de proceder-se outros atos de expropriação, como o leilão, a venda particular dos bens ou a adjudicação – todos eles complexos e extremamente onerosos para o Erário.

Mesmo na execução comum, a partir da reforma instaurada em 2006, o credor passou a ter a prerrogativa de indicar os bens que quisesse ver penhorados. Como se lê no art. 652 do CPC:

O executado será citado para, no prazo de 3 (três) dias, efetuar o pagamento da dívida. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 1º. Não efetuado o pagamento, munido da segunda via do mandado, o oficial de justiça procederá de imediato à penhora de bens e a sua avaliação, lavrando-se o respectivo auto

e de tais atos intimando, na mesma oportunidade, o executado. (Redação dada pela Lei nº 11.382, de 2006).

§ 2º. O credor poderá, na inicial da execução, indicar bens a serem penhorados (art. 655).

O crédito fazendário não pode ser tratado com *status* inferior ao crédito civil. Quanto mais porque há lei expressa em sentido diverso. Decerto, esse dispositivo não é aplicável imediatamente à execução fiscal, mas bem mostra o quanto o estado da questão evoluiu, a ponto de que a lei não faça mais referência ao “direito” de o devedor oferecer bens à penhora.

São inúmeros os precedentes do E. Superior Tribunal de Justiça, em que se admite que, na execução fiscal, pode o exequente recusar a oferta de bem por mera desobediência à ordem legal de penhora. Por todos, cito a seguinte ementa, porque alusiva a caso julgado no regime dos recursos repetitivos (art. 543-C/CPC) e, portanto, paradigma para julgamentos futuros:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C DO CPC. RESOLUÇÃO STJ N.º 08/2008. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE BEM PENHORADO POR PRECATÓRIO. INVIABILIDADE.

1. O crédito representado por precatório é bem penhorável, mesmo que a entidade dele devedora não seja a própria exequente, enquadrando-se na hipótese do inciso XI do art. 655 do CPC, por se constituir em direito de crédito” (REsp 881.014/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 17.03.08).

2. A penhora de precatório equivale à penhora de crédito, e não de dinheiro.

3. Nos termos do art. 15, I, da Lei 6.830/80, é autorizada ao executado, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, tão somente a substituição dos bens penhorados por depósito em dinheiro ou fiança bancária.

4. Não se equiparando o precatório a dinheiro ou fiança bancária, mas a direito de crédito, pode o Fazenda Pública recusar a substituição por quaisquer das causas previstas no art. 656 do CPC ou nos arts. 11 e 15 da LEF. 5. Recurso especial representativo de controvérsia não provido. Acórdão sujeito à sistemática do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008. (REsp 1090898/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 31/08/2009)

Segue-se um exemplo de como o E. STJ tem interpretado e aplicado seu próprio precedente:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRECATÓRIOS JUDICIAIS. RECUSA DA FAZENDA PÚBLICA. POSSIBILIDADE. ORDEM DE INDICAÇÃO NÃO OBSERVADA. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS.

1. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que é legítima a recusa da Fazenda Pública de bem oferecido à penhora quando não observada a ordem prevista nos arts. 655 do CPC e 11 da Lei n. 6.830/80, confirmada em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), no julgamento do REsp 1.090.898/SP, Rel. Min. Castro Meira.

2. O princípio da menor onerosidade do devedor, insculpido no art. 620 do CPC, tem de estar em equilíbrio com a satisfação do credor, sendo indevida sua aplicação de forma abstrata e presumida, cabendo ao executado fazer prova do efetivo prejuízo.

3. O inconformismo posterior ao julgado da Primeira Seção “representativo da controvérsia” implica - em regra - na aplicação da multa prevista no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil. Agravo regimental improvido, com aplicação de multa.

(AgRg no AREsp 540.498/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/09/2014, DJe 29/09/2014)

Conclui-se de todo o exposto que o credor da dívida ativa tem o direito de recusar indicação de bem que não se conforme à ordem legal de preferência; que, mesmo formalizada a penhora, pode pedir sua substituição discricionariamente (diversamente do devedor, que somente pode fazê-lo dentro de certas balizas; e que pode recusar a indicação de bem que torne a execução mais morosa e dispendiosa. Mas tudo isso pode e deve ser debatido nos autos da execução, pois, como já ficou devidamente registrado, nem mesmo o efeito suspensivo atribuído aos embargos impede a parte exequente de promover o que achar necessário no que se refere a garantia do Juízo.

O que não pode a exequente é alegar essa matéria nos embargos, desnecessariamente, porque tem a prerrogativa de postular tudo o que entender necessário quanto à complementação ou substituição da penhora nos autos do executivo fiscal. Havendo garantia, os embargos devem ser conhecidos, processados e julgados. Isso não tem relação com o fato de que a parte embargada possa discutir e promover o que entender de direito quanto à substituição ou complementação da constrição nos autos adequados.

Dessarte, rejeito a alegação de irregularidade da penhora, porque a embargada na verdade não tem interesse jurídico legítimo em apresentar essa questão aqui. Não estando satisfeita com a garantia tal como ela se encontra, pode a qualquer momento requerer o que for de seu interesse no âmbito do executivo fiscal. Seria exagerado, irrazoável e até contrário à boa-fé processual deixar de resolver o mérito com base em objeção que de outra forma e em outros autos pode ser ajustada, desde que o título executivo apresente-se em termos e não tenha sido desconstituído.

#### DA PRESCRIÇÃO

Antes de ingressar no mérito é necessário tratar da prescrição, questão que se conhece de ofício e aflorou na réplica e em manifestações posteriores.

Primeiramente, faço notar que a constituição dos créditos tributários deu-se em 08.05.1992 (notificação pessoal); foram inscritos em 15.04.1993 e a execução fiscal foi ajuizada em 21.01.1994, com citação postal da HUDSON/HUBRÁS em 12.03.1994 – havendo aqui interrupção da prescrição em face dela e dos solidários. Assim, de modo algum transcorreu o quinquênio prescricional anteriormente à citação e ao ajuizamento do feito (data para a qual a interrupção da prescrição retroage). Em 16.03.2000, houve adesão a parcelamento, com nova interrupção da prescrição. Permaneceu a prescrição suspensa até exclusão definitiva, em 01.05.2007. Vejamos então a questão da prescrição posterior à citação.

Basicamente, os sócios alegam que a execução fiscal iniciou-se contra a pessoa jurídica HUBRÁS em 21.01.1994 (citada em 12.03.1994) e que foram incluídos tão-somente em 12.12.2007, publicado o edital de citação em 08.04.2008 (fls. 370). Na sua versão, fluíram mais de cinco anos entre um fato e outro, o que seria suficiente para caracterizar a prescrição intercorrente.

Essa alegação, diante das peculiaridades do caso, consubstancia-se como argumento irrelevante.

A empresa originalmente executada HUBRAS PRODUTOS DE PETROLEO LTDA foi validamente citada em 12/03/1994 (fl. 13) e a data da citação interrompeu o curso da prescrição. Esta interrupção, efetuada em relação a um dos devedores, prejudica os demais por efeito da solidariedade.

O instituto da prescrição tem o objetivo de evitar duas circunstâncias, são elas: a inércia do credor e a perpetuação de relações obrigacionais. Assim sendo, a norma prescricional incide

para garantir a segurança jurídica, nos casos em que ocorre inércia do credor.

O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que não basta apenas a citação da pessoa jurídica devedora para se fixar o termo *a quo* da prescrição em relação ao sócio. Também deve ser caracterizada a inércia da Fazenda Pública, quanto ao pleito de inclusão dos sócios corresponsáveis no pólo passivo do feito, conforme se observa no aresto abaixo colacionado.

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. CITAÇÃO DA EMPRESA E DO SÓCIO-GERENTE. PRAZO SUPERIOR A CINCO ANOS. PRESCRIÇÃO. PRINCÍPIO DA ACTIO NATA.

1. O Tribunal de origem reconheceu, in casu, que a Fazenda Pública sempre promoveu regularmente o andamento do feito e que somente após seis anos da citação da empresa se consolidou a pretensão do redirecionamento, daí reiniciando o prazo prescricional.

2. A prescrição é medida que pune a negligência ou inércia do titular de pretensão não exercida, quando o poderia ser.

3. A citação do sócio-gerente foi realizada após o transcurso de prazo superior a cinco anos, contados da citação da empresa. *Não houve prescrição, contudo, porque se trata de responsabilidade subsidiária, de modo que o redirecionamento só se tornou possível a partir do momento em que o juízo de origem se convenceu da inexistência de patrimônio da pessoa jurídica.* Aplicação do princípio da *actio nata*.

4. Agravo Regimental provido.

(AgRg no REsp 1062571/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/2008, DJe 24/03/2009) (Grifo nosso)

Em julgados anteriores considerei apenas a data da citação da pessoa jurídica para aferir o termo *a quo* para contagem do prazo prescricional em relação aos sócios. Melhor refletindo sobre o tema, verifiquei que, de fato, há situações em que realmente na data da citação a exequente pode requerer a inclusão dos sócios no pólo passivo do feito executivo. Observei, todavia, que em diversas situações a constatação da ocorrência da dissolução irregular ocorre durante o curso do feito executivo. Nestes casos, somente quando verificada a dissolução irregular (ou outro fato jurígeno de corresponsabilidade tributária) é que a exequente pode pugnar pela inclusão dos sócios no pólo passivo da ação de execução fiscal.

Trata-se de situação ligada à responsabilidade derivada de dissolução de fato da sociedade empresária executada; portanto, deve-se levar em consideração o momento em que restou caracterizada nos autos a justa causa/preensão para o redirecionamento do feito contra os representantes legais, em casos comuns, o exato momento em que ficou configurada a paralisação das atividades empresárias (isso, no redirecionamento motivado por esse título jurídico).

O caso dos autos não é, de modo algum, comum. Trata-se, em tese, de grupo econômico que praticou supostas operações fraudulentas com o objetivo de elidir a aplicação da lei e a parte exequente-embargada só teve ciência do complexo de fatos envolvidos já em pleno curso do feito. Portanto, a tese dos embargantes é completamente equivocada e não se pode contar a prescrição do modo simplista como postulam.

E há outro fator autônomo a ser considerado.

Embora a situação do caso em concreto, responsabilidade solidária por reconhecimento de existência de grupo econômico, seja muito peculiar, devem ser observadas, no curso do processo, as hipóteses de suspensão do feito, bem como se houve inércia da exequente, para análise da ocorrência de decurso do prazo prescricional.

Verifica-se que a execução ficou suspensa nos períodos de: (i) 31/08/1994 a 17/05/2004, por conta da decisão de fls. 27 e adesão ao parcelamento REFIS e (ii) 04/05/2005 a 11/12/2007, pela reinclusão no parcelamento até o pedido de prosseguimento do feito em face da pessoas constantes no grupo econômico. Considerando o termo *a quo* anteriormente mencionado (12/03/1994), bem como os períodos em que a execução permaneceu suspensa (31/08/1994 a 17/05/2004 e 04/05/2005 a 11/12/2007), constata-se que não ocorreu a prescrição para o redirecionamento do feito, deferido em 12/12/2007, porque não decorreu o lapso prescricional de 5 (cinco) anos estabelecido pelo artigo 174 do CTN. Em outros termos: não houve paralisação da execução pelo prazo necessário e por motivo imputável à exequente.

Assim, duas razões independentes se somam para rejeitar a intercorrência de prescrição em face dos sócios: (a) sua responsabilidade só foi apurada depois de iniciada a execução e, em parte, por conta dos fatos passados no curso do feito – e a prescrição não pode iniciar-se antes disso, em face dos corresponsáveis; (b) a execução jamais ficou paralisada pelo tempo indispensável à caracterização da prescrição por razão que se possa imputar à parte exequente-embargada.

Rejeito essa prejudicial de mérito.

**MÉRITO: OBJETO DA EXECUÇÃO FISCAL. CONTRIBUIÇÃO AO FINSOCIAL, COBRADA À ALIQUOTA DE 0,5%**

A dívida ativa inscrita sob o n. 80.6.93.001756-05, a partir do procedimento administrativo n. 10880.019204/93-18, refere-se à cobrança da contribuição para o fundo de investimento social competente ao período de 1991 (janeiro-dezembro), vencida entre 15.02.1991 e 08.01.1992.

Os valores originais foram retificados em 29.10.1996, com o fito de adaptar a exigência à decisão do E. STF que julgou inconstitucional a majoração de alíquota do FINSOCIAL para além de 0,5%, do que resultou a retificação e substituição da certidão de dívida ativa.

O Laudo pericial confirmou a cobrança dentro dos termos considerados constitucionais pelo E. STF, após retificação promovida pela Divisão de Arrecadação da DRF/SP/Centro-Norte, conforme fls. 710/11.

**MÉRITO: OS SÓCIOS E A CONFISSÃO DE DÉBITO. RES INTER ALIOS ACTA. CONTESTAÇÃO DO FINSOCIAL. ARGUMENTO IRRELEVANTE.**

Os embargantes procuram descaracterizar sua pertinência passiva com a execução fiscal com o argumento de que não confessaram o débito; pelo contrário, opuseram-se a ele, tanto assim que manejaram embargos, antes de alienar a HUDSON/HUBRÁS para discutir a majoração da contribuição ao FINSOCIAL. Foram beneficiados por sentença favorável e não podem ser responsabilizados – dizem – por “erro” dos administradores que sobrevieram, “erro” esse consistente em confessar o débito, para fim de adesão ao REFIS (programa do qual a empresa foi excluída, dando azo ao prosseguimento da execução fiscal). Nessa linha de raciocínio, a confissão faria prova contra o confitente, não podendo servir como subsídio para incluir no pólo passivo da execução antigos sócios da pessoa jurídica.

De fato a pessoa jurídica HUBRÁS aderiu ao REFIS em 16.03.2000, sendo excluída provisoriamente em 01.04.2004 e definitivamente em 1º de maio de 2007.

Ocorre que toda essa argumentação é irrelevante. Ela consubstancia-se em falácia conhecida por essa denominação – argumento irrelevante - e portanto em uma distração do verdadeiro foco da discussão. Dita falácia consistem em apontar “razões sem razão” ou, dito de modo mais específico, levantar objeções fundadas em fatos ou interpretações estranhas ao objeto autêntico do debate. As premissas discutidas pelos embargantes são dessa natureza:

não têm nenhuma relação, senão aparente, com o motivo que levou à sua responsabilização. A execução fiscal não foi redirecionada em face de diversos sujeitos passivos – dentre eles os ora embargantes – por conta da confissão de débito inerente à adesão em programa de parcelamento de dívidas. Esse redirecionamento decorreu de causas posteriores, causas essas que se configuram como títulos jurídicos capazes, em tese, de atrair a responsabilidade de administradores e de terceiros. Tais títulos foram inicialmente declinados – mas de forma ainda preambular, sujeita a confirmação em outro julgamento, agora à luz do contraditório – por decisão devidamente fundamentada, atendendo a parte legítima para esse requerimento. Assim, os embargantes não figuram no pólo passivo da execução, nem por consequência direta da confissão de dívida, nem por conta do eventual resultado da demanda em que se discute a legitimidade do FINSOCIAL majorado. Mas por fatos e por fundamentos jurídicos estabelecidos em Juízo posteriormente.

Por outro lado, atacar a legitimidade da confissão de dívida inerente ao parcelamento é um contrassenso. E não se trata de confissão “judicial”, mas de confissão feita no âmbito administrativo. A confissão de débito é um aspecto negocial do parcelamento tributário perfeitamente legítimo. Até mesmo no direito privado, no campo das obrigações civis, é exigência pertinente e legítima do credor a confissão de dívida, como requisito para que a moratória seja concedida. No âmbito tributário, essa precondição é instituída na legislação esparsa que regula o parcelamento dessa natureza, cláusula bastante vulgar e que nunca foi impugnada por si. Espera-se que o devedor, ao solicitar leniência para com sua demora, ao menos se abstenha de discutir a dívida – e portanto a confesse explicitamente – pois do contrário agiria contra fato próprio, em evidente má-fé. Há pertinência na afirmação de que, na origem, o parcelamento configurou ato jurídico *inter alios* e, naquele momento, não afetou os embargantes; mas depois disto estes foram chamados por título jurídico diverso e nesse sentido, o parcelamento e confissão nele imbricada pode, sim, produzir efeitos indiretos sobre os sócios e terceiros, desde que determinado o fundamento legal para a responsabilidade. Em outros termos: o parcelamento afeta o sujeito passivo direto, mas não foi por conta dele, por si só, que os sujeitos indiretos foram chamados para a execução fiscal. Então, não faz sentido impugnar o ato jurídico que se deu no passado e não teve relação direta com a responsabilidade.

Quanto à impugnação judicial do FINSOCIAL, o mais importante, com relação a esse debate, é que o débito já passou por revisão, de modo que o tributo em cobrança hoje corresponde ao FINSOCIAL não majorado – ou seja, cobrado à alíquota de 0,5%. Dita revisão foi confirmada pelo trabalho pericial, tal como se encontra a fls. 717: “...a Divisão de Arrecadação da Delegacia da Receita Federal em São Paulo/Centro-Norte reexaminou, em 29 de outubro de 1996, o processo administrativo e retificou os valores exigidos a título de FINSOCIAL, aplicando aos fatos geradores a alíquota de 0,5%.” (resposta ao quesito n. 05 da parte embargante). Confira-se, também, fls. 344/358. Essa constatação esvazia completamente de objeto e propósito a alegação de defesa, pois o que se encontra hoje em curso de cobrança é a parcela incontroversa da contribuição, quanto à constitucionalidade.

**MÉRITO: DA RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. EMBARGANTES RESPONDEM NOS TERMOS DO ART. 135, III, CTN. EMPREGO DE “TESTA-DE-FERRO”, COM A FINALIDADE DE ESVAZIAR A EXECUTADA PRIMÁRIA.**

Registro inicialmente que a decisão que levou ao redirecionamento da execução fiscal em face dos embargantes foi exarada nos seguintes termos:

A executada é grande devedora da previdência social (em mais de um bilhão de reais) e encontrava-se ativa no REFIS, pagando mensalmente quantia irrisória (R\$ 200,00), o que provocou fiscalização destinada a apurar seu real faturamento.

Quando dessa diligência, aferiu-se que realmente a HUBRAS PRODUTOS DE PETRÓLEO LTDA. registrava ínfimo faturamento, o que contrasta fortemente com o sucesso e a notoriedade das atividades econômicas agasalhadas pela marca HUDSON.

A parte exequente logrou demonstrar, em bem compilada análise, o seguinte:

que se trata de grande conglomerado econômico, reunindo mais de uma dezena de empresas controladas pelo mesmo grupo familiar (Tidemann);

que a HUBRÁS começou a ser esvaziada no início dos anos 1990, retirando-se os irmãos MÁRCIO, MARCOS e MARCELO TIDEMANN e abandonando-a em mãos de “laranjas” (incluindo nisso uma empresa offshore);

que em sequência foram compostas outras sociedades, componentes do mesmo grupo econômico, com o objetivo de absorver os ativos e marcas, inclusive substancialioso acervo imobiliário; que tais operações societárias e alienações tiveram por objeto reduzir a HUBRÁS à insolvência, explorando-se a mesma atividade econômica sob outras denominações.

Acolho, como razão de decidir, a manifestação da exequente, amparada em copiosa documentação, no sentido de serem aplicáveis à espécie dos autos os arts. 132 e 133/CTN; bem como ser o caso de responsabilização dos gestores pelos atos descritos no art. 135/CTN.

Pelo exposto, defiro os pedidos de fls. 169/170. Há grande perigo de ineficácia da decisão, caso não adotem de imediato as providências alvitadas. Determino, pois, que se cumpram as providências constantes das letras “c” a “g”, do petitório referido, em caráter cautelar e urgente, expedindo-se em ato contínuo os mandados de citação pertinentes (letras “a” e “b”). (fls. 172 do executivo fiscal n. 0500861-86.1994.403.6182).

Por consequência a responsabilização dos sujeitos passivos indiretos tem como base dois grupos de fatos e respectivas consequências jurídicas: (a) a formação de grupo econômico de fato, cujo objetivo imediato era o de esvaziar patrimonialmente a pessoa jurídica HUDSON/HUBRÁS e frustrar o pagamento de seu elevado passivo tributário; e (b) os atos antijurídicos (atos simulados) cometidos pelos gestores daquela pessoa jurídica, também dirigentes do grupo econômico, com idênticos objetivos.

Esses fundamentos são interligados, mas independentes. Provado qualquer desses complexos de fatos, haveria responsabilidade tributária dos antigos gestores, nos termos do art. 135, III, CTN.

Estabeleço, primeiramente, os fatos que restaram incontroversos:

1) MARCOS e MARCELO TIDEMANN DUARTE foram sócios da antiga HUDSON Brasileira de Petróleo LTDA, sob o CNPJ n. 60.850.518/0001-46, depois HUBRÁS Produtos de Petróleo LTDA;

2) Os irmãos TIDEMANN DUARTE alienaram a empresa ao grupo liderado por PETROINVESTMENT S.A., por alteração contratual arquivada no Registro de Empresa sob o n. 132574/95-0, em 06.04.1995 (data do registro), isso, após a citação da HUDSON ocorrida em 12.03.1994.

É claro que esses fatos (1) e (2), em si não são suficientes para caracterizar a responsabilidade tributária. Aliás, o STJ tem jurisprudência firme no sentido que o mero fato de haver um grupo econômico, de fato ou de direito, por si só, não implica em responsabilidade para fins tributários. Então deve-se prosseguir com o desvelamento dos demais fatores que, na espécie dos autos, justificam o redirecionamento do executivo fiscal. Tais fatores coincidem, substancialmente, com o que se havia constatado à época da decisão que determinou a inclusão dos embargantes no pólo passivo da execução.

1º) Os ativos da HUDSON/HUBRÁS, executada primária, foram transferidos para outras

pessoas do grupo, tornando-a insolvente perante o Fisco, como segue:

- A marca HUDSON foi vendida à PETROPRIME Representação Comercial de Combustíveis Ltda. antes mesmo (03.09.1992) da alienação daquela empresa à PETROINVESTMENT S.A. (06.04.1995). Essa adquirente da marca, a PETROPRIME, por sua vez, era integrada pelos irmãos TIDEMANN DUARTE (fls. 543). Dita PETROPRIME, posteriormente, em 2004, alienaria a marca HUDSON à ATINS PARTICIPAÇÕES LTDA. (fls. 542), das quais eram sócias as filhas do embargante Marcos Tidemann Duarte.

- Imóveis da HUBRÁS foram alienados, por valores baixos, a empresas “offshore” (Shoo-bai Finance & Investment Corp e Paramount Group Inc., ambas sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas) entre 1994 e 1996 (cf. inquérito policial n. 2006.70.00.006224-1 – 2ª VF Criminal de Curitiba - PR e escrituras constantes do volume anexo); posteriormente, foram revendidos para integrantes do grupo de empresas. Na primeira metade da década de 1990, a utilizadora dos imóveis da antiga HUDSON era a PETROPRIME (fls. 543/559).

- Em outras palavras, os ativos mais significativos da HUDSON/HUBRÁS foram alienados em preparação à transferência para a PETROINVESTMENT, que assim adquiriu uma empresa esvaziada em termos patrimoniais, assumindo, estranhamente, todos os passivos pendentes (fls. 268/273). Fica claro, por conta da extravagância desse negócio jurídico, tratar-se de simulação grosseira. O papel posterior da controladora, a PETROINVESTMENT, foi o de “carregar” a empresa HUBRÁS, então virtualmente uma empresa “fantasma”, para que esta pedisse adesão ao REFIS, inclusive arrolando para esse fim imóveis alienados por ela mesma às *offshores*.

2º) No entanto, os TIDEMANN DUARTE prosseguiram na exploração do ramo de combustíveis, controlando a marca HUDSON e os bens imóveis anteriormente alienados, com o propósito, agora claro, de esvaziar a HUBRÁS, em face da qual não seria possível excutir nenhum ativo apreciável.

3º) Essa mesma prática de esvaziar empresas com passivo fiscal expressivo foi repetida outras vezes, com, por exemplo, com a PETROPRIME. Segue-se a isso – como também ocorreu com a HUBRÁS – a inatividade da empresa irregularmente dissolvida (existente apenas “no papel”, no registro) e a continuidade da exploração, no mesmo ramo econômico, por outras sociedades para tal finalidade constituídas, sob o controle dos embargantes ou de parentes seus.

4º) Fica clara a intenção de, com essas operações, paralisar na prática as atividades da HUBRÁS, após a saída dos TIDEMANN DUARTE, tanto assim que ela não foi localizada em sua sede; passou a recolher valores inexpressivos ao REFIS (decorrência da ausência de faturamento) e da ausência de lucros remetidos à controladora PETROINVESTMENT (fls. 511/538).

Em conclusão, os embargantes, antigos titulares da HUDSON/HUBRÁS, seguiram um *iter* nada original e bastante conhecido com a finalidade de frustrar a cobrança de passivos fiscais:

- a) Dilapidação patrimonial da HUBRÁS (marca e imóveis);
- b) Saída da HUBRÁS, com emprego de sociedade estrangeira (PETROINVESTMENT) como “laranja”;
- c) A função do “laranja”, que adquiriu virtualmente nada, por meio de negócio jurídico extravagante e com fins atípicos, seria a de manter a HUBRÁS, esvaziada de bens, faturamento e operações, no programa de parcelamento, vertendo valores não substanciais;
- d) Os ativos mantiveram-se sob o controle indireto da família TIDEMANN DUARTE, assim como a marca e as operações no ramo de combustíveis e derivados;

e) A HUBRÁS foi mantida como empresa existente meramente no registro, incapaz de responder por sua volumosa dívida.

Em outros termos, os antigos sócios, aqui embargantes, promoveram operações societárias e alienações patrimoniais com o fito de provocar situação idêntica à da inatividade pura e simples, sem a dissolução regular da pessoa jurídica e o pagamento de credores – principalmente o Fisco – incidindo, diretamente, na responsabilidade pessoal de que cuida o art. 135-CTN. Os atos praticados pretendiam dar cobertura ao resultado ilegítimo. A alienação da HUBRÁS recai tipicamente na definição de simulação do direito privado, pois visava lançar um véu sobre a intenção real das partes. Pois bem, o redirecionamento da execução fiscal e seus consectários legais para o administrador da pessoa jurídica empresária somente é cabível quando reste demonstrado que aquele agiu com excesso de poderes, infração à lei ou contra o estatuto, sendo uma dessas hipóteses a dissolução irregular da empresa. São inúmeros os precedentes do E. STJ nesse sentido, valendo citar, por economia: RESP n.º 738.513/SC, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 18.10.2005; REsp n.º 513.912/MG, DJ de 01/08/2005; REsp n.º 704.502/RS, DJ de 02/05/2005; EREsp n.º 422.732/RS, DJ de 09/05/2005; e AgRg nos EREsp n.º 471.107/MG, Rel. Min. Luiz Fux, DJ de 25/10/2004. A dissolução irregular dissimulada pode ser aferida, em termos práticos, pelos elementos já colacionados nestes autos e nos autos do executivo fiscal. Constatada a inatividade e a dissolução sem observância dos preceitos legais, configura-se o ato ilícito correspondente à hipótese fática do art. 135-CTN. Nem por isso será o caso de responsabilizar qualquer integrante do quadro social. É preciso, em primeiro lugar, que o sócio tenha poderes de gestão (ou, como se dizia antes do CC/2002, “gerência”). Ademais, o redirecionamento será feito contra o sócio-gerente ou o administrador contemporâneo à ocorrência da dissolução. Essa, a orientação adotada pela Seção de Direito Público do STJ, no julgamento dos EAg 1.105.993/RJ. Nesse mesmo sentido: REsp 1363809/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/02/2013, DJe 13/06/2013. No caso, embora a empresa nominalmente esteja ativa, o que se verifica é que sua dissolução data da época da transferência ao “testa-de-ferro” (*in casu*, uma pessoa jurídica estrangeira). Assim, estão postos e reunidos todos os elementos necessários para a responsabilização dos sócios que: a) o eram ao tempo da acumulação do passivo tributário; e b) esvaziaram a empresa e a transferiram ao “testa-de-ferro” por intermédio de negócio simulado, seguindo-se situação prática análoga à da inatividade. Esse último dado é importante, pois a HUBRÁS permaneceu por algum tempo em programa de parcelamento tributário e sua “sobrevida” tinha como propósito que o passivo devido jamais fosse saldado – já que ela não dispunha mais de patrimônio para esse fim. Todo o esquema foi descoberto posteriormente à ruptura e exclusão final do REFIS.

Quanto ao laudo pericial, só poderia mesmo manifestar-se sobre questões estritamente técnicas, quais sejam, aquelas que foram expressamente respondidas pelo Sr. Perito. Se houve dissolução irregular (na verdade, houve uma situação prática análoga a ela), isso é uma questão de mérito a ser “respondida” pelo Juízo, pois envolve julgamento de valor e de legalidade de atos; da mesma forma, são questões de mérito: se há prova de ato cometido “*ultra vires*” (há prova de ato simulado e essa é típica questão reservada ao Juízo). Da mesma forma: se há prova de grupo econômico ou de conluio para fraudar tributos (matéria igualmente reservada ao Juízo). Se há identificação dos responsáveis solidários na autuação e outros documentos e quando ocorreu o redirecionamento são questões documentadas nos autos, que prescindem de conhecimento técnico e podem ser averiguada pelo mero exame visual de elementos materiais.

**MÉRITO: SUPOSTA VIOLAÇÃO DE PRINCÍPIOS DO DEVIDO PROCESSO SUBSTANTIVO E ADJETIVO. IMPROCEDÊNCIA DESSAS ALEGAÇÕES**

Em continuação ao raciocínio exposto, é preciso enfrentar, porque relevante, a argumen-

tação dos embargantes no sentido de que princípios constitucionais obstarão a inclusão dos sócios no pólo passivo da execução, em especial o princípio do devido processo, da ampla defesa e do contraditório. Essa argumentação vem aliada à consideração de que nos procedimentos instaurados não houve a participação dos embargantes. Aparentemente, então, sua responsabilização seria vedada à luz do julgado pelo E. STF no âmbito do Recurso Extraordinário n. 608.426-PR e outros precedentes na mesma toada. Por decorrência, seria ilegal a já referida inclusão com base nos arts. 132, 133 e 135 do CTN.

Tais ilações são incorretas e o(s) precedente(s) aventado(s) podem deixar de orientar o julgamento do caso presente por força de *distinguishing*. Ou, o que é dizer o mesmo, o caso dos autos é singularmente diferente e nele não se pode afirmar que a falta de participação dos sócios (ou de outros membros do grupo econômico) implicaria em defeito insanável, ilegalidade ou inconstitucionalidade.

O julgado citado (que orienta outros na mesma linha e por isso é tomado como paradigma) tem a seguinte ementa:

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. AUSÊNCIA DE CORRETA CARACTERIZAÇÃO JURÍDICA POR ERRO DA AUTORIDADE FISCAL. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INEXISTÊNCIA NO CASO CONCRETO. Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc). Porém, no caso em exame, houve oportunidade de impugnação integral da constituição do crédito tributário, não obstante os lapsos de linguagem da autoridade fiscal. Assim, embora o acórdão recorrido tenha errado ao afirmar ser o responsável tributário estranho ao processo administrativo (motivação e fundamentação são requisitos de validade de qualquer ato administrativo plenamente vinculado), bem como ao concluir ser possível redirecionar ao responsável tributário a ação de execução fiscal, independentemente de ele ter figurado no processo administrativo ou da inserção de seu nome na certidão de dívida ativa (Fls. 853), o lapso resume-se à declaração lateral (*obiter dictum*) completamente irrelevante ao desate do litígio. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (RE 608426 AgR, Relator(a): Min. JOAQUIM BARBOSA, Segunda Turma, julgado em 04/10/2011, DJe-204 DIVULG 21-10-2011 PUBLIC 24-10-2011 EMENT VOL-02613-02 PP-00356 RT v. 101, n. 917, 2012, p. 629-633)

Esse é, portanto, um aresto de importância excepcional, pois nele se contem, ainda que sucintamente, as seguintes diretrizes: (a) todos os sujeitos passivos devem ser convocados ao processo de constituição do crédito tributário; (b) a autoridade administrativa deve conferir-lhes chance de alegar e provar o quanto necessário; e (c) deve ainda motivar devidamente a decisão administrativa, tanto em relação aos sujeitos passivos diretos, quanto aos indiretos. Dada essa relevância, foi aqui mencionado em lugar de outros precedentes invocáveis, no mesmo sentido.

Mas é claro que tudo isso só pode ocorrer se os fatos que implicam no acertamento do tributo devido e na constatação da responsabilidade tributária já estavam consumados, de modo que a autoridade administrativa pudesse deles conhecer quando da instauração do processo administrativo. O corresponsável tributário só pode ser convocado ao contraditório, à ampla defesa, ao recurso etc. em relação a fatos já exauridos, dos quais o Fisco já pudesse ter pleno conhecimento.

Deve recordar-se na sequência que o tributo em cobrança (FINSOCIAL) foi constituído por decorrência do PA. 10880.019204/93-18, em que foi lavrado termo de diligência e intimação n. 93/94 e intimação, para determinar que a HUDSON sonegou em sua escrituração fiscal o valor dos repasses ao FUP/FUPA, incidindo sobre eles diversos tributos, inclusive o FINSOCIAL (Laudo pericial, fls. 716). Naquele momento, não havia sequer ocorrido grande parte dos fatos que levaram à invocação do art. 135-CTN ou à constatação da existência de grupo econômico de fato. Esses fatos ocorreram posteriormente e não eram de conhecimento da autoridade administrativa. Então não havia um processo ou procedimento do qual os demais implicados nas fraudes subsequentes houvessem de participar por força dos princípios já elencados.

O “procedimento” juntado aos autos por meio da formação de anexo é esclarecedor quanto ao *modus operandi* da HUDSON/HUBRÁS – que convenientemente “extraviou” documentação fiscal lá exigida. As outras fraudes – não discutidas naquele procedimento - iniciaram-se em função do insucesso da HUBRÁS na tentativa de sonegar tributos e não poderiam ser apuradas naquele instante. Portanto, não há, no que se refere ao lançamento do tributo em discussão, um processo ou mesmo procedimento de que os sócios e demais membros do grupo econômico de fato deveriam participar. Por aí se vê que é irrelevante a argumentação calcada em devido processo legal (ou em outros princípios nele absorvidos), dadas as peculiaridades da constituição do crédito tributário e da constatação da corresponsabilidade na espécie. O mesmo se diga das demais peças juntadas aos autos, inclusive as de inquérito policial, que visavam apenas corroborar as alegações da Fazenda Nacional quanto à formação do grupo e dos atos simulados praticados – eram simples provas do alegado e não processos – ou procedimentos – dos quais os embargantes tivessem, necessariamente, de integrar ou participar.

Quanto ao pedido de parcelamento, bem como a sua ruptura, essas circunstâncias antecederam, mas não foram a causa da inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal. Esse ponto já foi explicado em tópico anterior.

Pelo exposto, vê-se que não havia outra oportunidade possível para discutir os atos fraudulentos, o débito em si e a formação do grupo econômico de fato que não fosse a da própria execução fiscal, em que isso ocorreu dentro da medida em que diversas objeções de pré-executividade foram opostas e juntada. Ou a ocasião dos embargos. Em umas e em outros foi garantido o contraditório e a ampla defesa, respeitadas as peculiaridades de cada feito. No feito executivo, isso foi garantido de modo mais limitado, como é cediço. Mas, nos embargos interpostos, têm-se conferido aos diversos integrantes do grupo econômico amplo debate das respectivas posições jurídicas. Isso incluiu não apenas a responsabilidade tributária, como também a própria legitimidade da contribuição em cobrança.

Na verdade, a alegação de desobediência aos princípios constitucionais é ela mesma feita em espírito de má-fé – é dizer, a parte pretende beneficiar-se da sua própria torpeza. Foram praticados atos destinados a elidir a cobrança do tributo em seguida ou posteriormente ao levantamento do tributo devido e que, por uma simples questão de cronologia, não poderiam ser discutidos no tempo em que se iniciou o lançamento. E os embargantes querem alegar essas mesmas práticas fraudulentas com o objetivo de beneficiar-se com a exclusão da responsabilidade tributária. Evidentemente, o Juízo não pode dar ouvidos a tais alegações maliciosas.

A alegação de maltrato aos princípios da vedação de confisco e da proporcionalidade também não colhe frutos. Seja porque os capítulos anteriores desta sentença já demonstraram que não foi assim, seja porque os embargantes não fizeram esforço de demonstrar analiticamente a pertinência desses argumentos, que não passam de erística vazia de substância.

**DISPOSITIVO**

Pelo exposto, JULGO IMPROCEDENTES OS EMBARGOS e SUBSISTENTE O TÍTULO EXECUTIVO. Deixo de condenar a embargante ao pagamento de honorários advocatícios por força do encargo legal do Decreto-lei n. 1.025/69, incidente na espécie e que faz as vezes de sucumbência. Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal, em que se prosseguirá. Oportunamente, remetam-se os autos ao arquivo; observadas as cautelas de estilo.

Publique-se, registre-se e intime-se.

São Paulo, 28 de outubro de 2015.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

**0005611-02.2011.4.03.6119**

**Autor: GENERALI BRASIL SEGUROS S/A**

**Réu: EMPRESA BRASILEIRA DE INFRA-ESTRUTURA AEROPORTUÁRIA  
INFRAERO GUARULHOS**

**Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP**

**Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL**

**Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/04/2015**

### **1- RELATÓRIO**

Trata-se de ação ordinária interposta por GENERALI BRASIL SEGUROS S/A em face da INFRAERO - Empresa Brasileira de Infraestrutura Aeroportuária, por intermédio da qual requer o ressarcimento por danos materiais no valor de R\$132.045,02 (centro e trinta e dois mil e quarenta e cinco reais e dois centavos), devidamente atualizada desde a subrogação, em 04/11/2010, acrescida de juros de mora desde a citação, além do ônus da sucumbência.

Sustenta a autora, em suma, que mantém contrato de seguro do ramo transporte internacional com sua segurada e esta lhe informou a respeito da importação e embarque de uma remessa de reagentes utilizados em laboratórios médicos. Aduz que a segurada cumpriu todas as exigências atinentes à importação da mercadoria, que foi remetida pelo aeroporto de Miami/EUA, com escala no aeroporto de Guarulhos e posterior encaminhamento ao aeroporto internacional de Campo Grande/MS.

Informa que o negócio foi formalizado por meio do conhecimento aéreo internacional de transporte de carga nº MAWB 957-84921082, emitido pela empresa aérea Tam, e HAWB 21210-07091, emitido pela Transgroup International.

Salienta que a carga foi recebida pela empresa aérea em perfeito estado e assim também foi entregue à ré, na qualidade de depositária aeroportuária obrigatória. A mercadoria, embarcada em 19/07/2010, chegou em Guarulhos no dia 21/07/2010, sendo imediatamente encaminhada para o depósito da ré.

Aduz que a mercadoria, por motivos ignorados, foi extraviada nas dependências da ré entre 21/07/2010 e 09/08/2010, período no qual não esteve armazenada em câmara fria e em temperatura de -20°C, como deveria. Em 12/08/2010 a mercadoria chegou ao aeroporto de destino, em Campo Grande, onde foi submetida a armazenamento correto.

Em razão da impossibilidade de verificar se a mercadoria esteve armazenada corretamente no período em que esteve extraviada, a ANVISA expediu relatório de inspeção sanitária, com posicionamento negativo, o que levou o importador a realizar pré-vistoria e vistoria oficial junto a Delegacia da Receita Federal para apuração das causas e responsabilidades pelo evento danoso. Afirma que os profissionais técnicos constataram que a carga estava imprópria para uso, apresentando indicador sensível de PH e coloração diversa da habitual.

Sustenta a responsabilidade da ré ao permitir o perecimento dos volumes, aduzindo ainda que nenhuma avaria foi constatada por ocasião da descarga, não existindo ressalva de avarias no sistema SISCOMEX/MANTRA da ré. Além disto, por ocasião da vistoria oficial, realizada pela Receita Federal, foi declarada expressamente a responsabilidade da ré pelo perecimento da carga.

Salienta a responsabilidade objetiva da ré nos danos ocorridos, na condição de depositário da carga, invocando os preceitos do Código Civil e do Código de Defesa do Consumidor.

Com a petição inicial vieram procuração e os documentos de fls. 19/64. Dentre os quais:

- (a) apólice de seguro fls. 22/43;
- (b) conhecimento de frete aéreo - nº 21210-07091, datado em 19/07/2010 (fls. 44);
- (c) fatura comercial internacional, datada de 19/07/210 (fls. 45);
- (d) declaração de importação nº 10/0429007-9, datada em 11/08/2010 (fls. 47);
- (e) Folha de controle de Carga da TAM CARGO (fls. 48);
- (f) Relatório de Inspeção Sanitária (fls. 49/50);
- (g) Vistoria Aduaneira (fls. 51/56)
- (h) Comprovante de que a autora pagou o sinistro a sua segurada (fls. 57/58);
- (i) Ofício de tentativa de composição com a INFRAERO (fls. 59/65)

Em cumprimento à determinação de fl. 70, a autora recolheu as custas processuais (fls. 71/72).

Após a apresentação de cópia de processos, foi afastada a possibilidade de prevenção, determinando-se a citação (fl. 156).

Citada (fl. 160), a ré apresentou contestação (fls. 161/166), seguida de documentos (fls. 167/200). Na contestação a INFRAERO sustentou: (I) “embora a carga tenha chegado ao Aeroporto de Guarulhos no dia 21.07.2010, efetivamente não foi entregue para armazenamento na mesma data. E, estranhamente os responsáveis pela carga iniciaram a busca somente a partir do dia 23.07.2010, quando o efeito do gelo seco colocado na embalagem já havia cessado e a carga ainda não havia sido recebida pela INFRAERO”; (II) que a carga é de responsabilidade do transportador até efetiva entrega ao depositário para o armazenamento; (III) que a INFRAERO só pode ser considerada depositária a partir do registro da custódia da carga que ocorreu em 26/07/2010, conforme extrato do MANTRA, (IV) que o importador não solicitou a vistoria aduaneira em Guarulhos, mas somente em Campo Grande. Sustenta, ainda, que não se aplica ao caso em tela o Código de Defesa do Consumidor, nem a Responsabilidade Objetiva da INFRAERO.

Juntou com a contestação, dentre outros documentos:

- (a) extrato do licenciamento da importação (fls. 168/169);
- (b) apólice da autora (fls. 173);
- (c) instruções de temperatura do produto importado (fls. 174);
- (d) ofício do importador e email à DHUAN (fls. 177/178)
- (e) telas SISCOMEX - Mantra Importação, datadas de 31/08/2010 (fls. 179/180);
- (f) tela TECAPLUS - Sistema de Cargas Aéreas, com o histórico de cargas (importação), datada de 31/08/2010 (fls. 181/183);

Diligência determinada às fls. 210, determinando-se oficiar à Alfândega da Receita Federal, bem como a tradução de documentos para língua oficial portuguesa.

Resposta da Receita Federal às fls. 212/219.

Petição da autora às fls. 221/223 e documentos traduzidos às fls. 224/231.

Manifestação da INFRAERO às fls. 234/235.

Manifestações finais da autora às fls. 237/239.

É o relatório do necessário. Passo a decidir.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

### *2.1 - Da inaplicabilidade do Código de Defesa do Consumidor*

A Empresa-Ré pugna pela não aplicação do Código de Defesa do Consumidor na espécie uma vez que a Autora não poderia ser considerada hipossuficiente ou destinatária final do serviço.

Conforme é cediço, a teoria atualmente majoritária na doutrina e nos Tribunais Superiores brasileiros no tocante ao conceito de consumidor é a chamada “finalista mitigada”. E, segundo esta, a determinação da qualidade de consumidor deve, em regra, ser feita mediante aplicação da teoria finalista, a qual considera destinatário final tão somente o destinatário fático e econômico do bem ou serviço, seja ele pessoa física ou jurídica, em exegese restritiva do art. 2º do CDC.

Desta forma, estaria excluído da proteção do CDC o consumo intermediário, assim entendido como aquele cujo produto retorna para as cadeias de produção e distribuição, compondo o custo (e, portanto, o preço final) de um novo bem ou serviço. Em situações excepcionais, todavia, os rigores da teoria finalista poderiam ser atenuados para autorizar a incidência do CDC nas hipóteses em que a parte (pessoa física ou jurídica), embora não seja tecnicamente a destinatária final do produto ou serviço, se apresenta em situação de vulnerabilidade.

Assim é a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual apenas considera consumidor para fins de tutela pela Lei nº 8.078 /90, aquele que exaure a função econômica do bem ou serviço, excluindo-o de forma definitiva do mercado de consumo, salvo verificada alguma espécie de vulnerabilidade (REsp 1358231 SP 2012/0259414).

No caso concreto a Autora consiste em pessoa jurídica que desenvolve atividade no ramo securitário, em substituição à importadora - Emcomex Brasil Ltda Me, e cujo beneficiário se trata de empresa do ramo bioclínico sediada na cidade de Campo Grande/MS, conforme contrato de seguro de fls. 22/43. Os documentos acostados demonstram possuir a empresa substituída experiência com operações de importação, não se tratando de hipossuficiente técnica ou jurídica, sequer econômica.

Logo, o serviço de transporte se qualifica como insumo e não como um bem de uso final, sem repercussões em atividades econômicas futuras nem como bem da própria empresa. Cito nesse sentido:

[...]

3. A expressão “destinatário final” contida no art. 2º, *caput*, do CDC deve ser interpretada à luz da razão pela qual foi editado o referido diploma, qual seja, proteger o consumidor porque reconhecida sua vulnerabilidade frente ao mercado de consumo. Assim, considera-se consumidor aquele que retira o produto do mercado e o utiliza em proveito próprio. Sob esse enfoque, como regra, não se pode considerar destinatário final para efeito da lei protetiva aquele que, de alguma forma, adquire o produto ou serviço com intuito profissional, com a finalidade de integrá-lo no processo de produção, transformação ou comercialização.

4. As normas do CDC não são aplicáveis à aquisição e à importação de aparelho de raio X por entidade hospitalar, não hipossuficiente nem vulnerável, no intuito de incrementar sua atividade, ampliar a gama de serviços e aumentar os lucros. Igualmente, não se aplica o referido diploma ao transporte aéreo internacional de respectivo equipamento, por representar mera etapa do ato complexo de importar.

[...]

(STJ, RESP 20090209202, RESP - RECURSO ESPECIAL - 1162649, Relator Luis Felipe Salomão, Quarta Turma, DJE 18/08/2014) (grifei)

Desta feita, reputo inaplicável na espécie o Código de Defesa do Consumidor, devendo a relação ser regida pela legislação civil, especial e de direito público atinente aos contratos.

### *2.2 Do mérito propriamente dito*

A autora, em suma, atribui à ré a culpa pela avaria na mercadoria importada pela seguradora, sustentando, em síntese, que a carga restou extraviada nas dependências da INFRAERO entre os dias de 21/07/2010 a 09/08/2010, período no qual houve o perecimento da mercadoria, salientando que esta demandava armazenamento correto, em câmara fria à temperatura de -20°C. Afirma que a carga foi recebida em perfeito estado pela empresa aérea transportadora e nesta mesma condição foi apresentada à ré, na qualidade de depositária aeroportuária obrigatória. Ressalta a responsabilidade da ré em razão da inexistência de ressalvas no sistema Mantra por ocasião do recebimento das mercadorias.

A INFRAERO, por sua vez, nega qualquer culpa de sua parte no evento, sustentando que a mercadoria não lhe foi entregue na data de 21/07/2010 e que sua responsabilidade pela carga, na qualidade de depositária, somente pode ser considerada na data de 26/07/2010, com o registro da custódia no sistema da Receita Federal, de acordo com extrato do Mantra. Aduziu, ainda, que somente em 23/07/2010 o importador deu início ao rastreamento da mercadoria, sendo que a vistoria do material apenas foi solicitada em 16/08/2010, depois da entrega da mercadoria no destino final, no aeroporto de Campo Grande/MS.

De início, anoto que a autora comprovou a existência de seguro entre ela e a empresa Biomolecular Laboratório de Biologia Molecular de Histocompatibilidade Ltda., beneficiária do seguro, conforme apólice juntada às fls. 22/40. Demonstrou a autora, ainda, haver efetuado o pagamento à seguradora do valor de R\$ 132.045,02 em razão do sinistro, conforme recibo de fl. 58.

Tem-se, pois, quanto aos fatos, que a mercadoria importada pela BIOMOLECULAR pereceu por ausência de adequado armazenamento em câmara fria a -20°C, este fato é inconteste e sobre a sua realidade não se discute nos autos. O que se discute é a responsabilidade ou não da INFRAERO no tocante a devida armazenagem da mencionada mercadoria. A única dúvida, pelo que consta nos autos, é se a mercadoria foi extraviada e não devidamente armazenada enquanto estava de posse da INFRAERO. Fixado está o ponto controvertido da lide.

Conforme consta do Guia INFRAERO Cargo (3ª edição):

Toda carga importada a ser nacionalizada no aeroporto deve ser encaminhada à Infraero para recebimento, controle, armazenamento e posterior conferência aduaneira pela Receita Federal do Brasil, até sua efetiva entrega ao importador ou seu representante legal. Imediatamente após o pouso na aeronave, a companhia aérea disponibiliza o Manifesto de Carga, com seus respectivos conhecimentos aéreos e registra no sistema Siscomex-Mantra a hora da chegada da aeronave. A partir desse registro, é lavrado, pela Receita Federal do Brasil, o Termo de Entrada e, assim a Infraero pode iniciar os procedimentos de recebimento da carga importada. (p. 22)

O documento de fl. 179, denominado “Siscomex - Mantra Importação”, demonstra que a mercadoria, objeto da MAWB 957 8492 1082, foi recebida em 21 de julho de 2010 no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos. O NC foi preenchido com os códigos PEA/PREP.

O MAWB (Master Air Waybill) é um tipo de conhecimento aéreo “disponibilizado pela companhia aérea ao agente de cargas, para captação de cargas individualizadas por ele, que posteriormente serão consolidadas e repassadas à companhia aérea. Este conhecimento representa a totalidade da carga recebida pelo agente e entregue à companhia aérea para embarque.”

(in Guia INFRAERO Cargo).

O NC é o código de natureza de carga instituído pelo Siscomex - Mantra e tem o escopo de facilitar o manuseio e identificação da natureza da carga. Conforme consta no Guia INFRAERO Cargo, “a utilização desse código é fundamental para o correto tratamento e armazenamento da carga, que deve ser registrado no sistema Siscomex-Mantra pela companhia aérea.”

No caso em tela o NC PEA/PREP significa cargas perecíveis cujo armazenamento deve ser entre -18°C e 0° C.

Em que pese a alegação da Ré de que no referido documento consta “AVARIAS - C” que, conforme pesquisa no site da INFRAERO, significa “amassado”, não houve qualquer outra ressalva, nada mencionando a INFRAERO acerca de estar a mercadoria em temperatura diversa da contratada quando do seu recebimento, e, portanto, fora das especificações do importador. Além do mais, não há qualquer outro documento que embase a classificação da mercadoria recebida com “amassada”, a exemplo de fotografias.

Sobre a recepção do manifesto de carga pela alfândega, consta o Guia INFRAERO Cargo:

A Alfândega recebe a documentação da carga procedente do exterior, apresentada pelo requerente do transportador aéreo, e confirma os dados registrados pela companhia aérea no sistema Siscomex-Mantra. Depois, com base na documentação contida no manifesto, valida as informações por meio da lavratura do Termo de Entrada. Nos casos de dados inseridos erroneamente no sistema Siscomex-Mantra, é gerada uma indisponibilidade, que poderá ser regularizada mediante solicitação formal à Receita Federal do Brasil.

Com efeito, considerando a própria informação do Guia, não guarda coerência a alegação da parte ré de que “que a mercadoria não foi entregue à INFRAERO para armazenamento, a vista da carga e com aval dos representantes do importador, mormente em se tratando de carga perecível que necessita de tratamento especial, com a finalidade de ser armazenada no mesmo dia. Em um dos extratos do sistema MANTRA consta situação INDISPONÍVEL e em outro consta o armazenamento neste mesmo dia com a ressalva de AVARIA C, não contestado pelo transportador e pelos representantes do Importador o que presume a aceitação sem ressalvas por parte do transportador e a impossibilidade de pleitear o ressarcimento neste momento.”

Ademais, revela-se, no mínimo, contraditório que a princípio não haja nenhuma informação a respeito do recebimento da mercadoria nos galpões da Empresa-Ré, conforme consta da própria contestação, que somente em 27/07/2010 a carga tenha sido registrada e avaliada pelo Auditor Fiscal, mas que desde o dia 26/07/2010 remete o sistema a uma avaria tipo “C” (fl. 179). Como seria possível consignar uma eventual avaria em uma mercadoria que sequer tenha ingressado nas dependências da Empresa? E sendo esta avaria registrada em 26/07/10 como afirmar que ela já tenha ingressado na Infraero neste estado e não tenha sofrido neste local um dano, se ela já estava “perdida” desde o dia 21/07/2014 (fl. 167)? Ora, se a mercadoria “não foi entregue à INFRAERO”, por que constaria a situação no MANTRA de “indisponível”?

As inconsistências do argumento da INFRAERO também foram analisados na Vistoria Aduaneira realizada pela Receita Federal (fls. 53/56):

A INFRAERO-GRU declarou que a chegada da carga foi informada no Siscomex MANTRA em 26/07/2010 mas só foi recebida e armazenada no sistema TECAPlus em 05/08/2010, juntando como documentos comprobatórios os extratos dos registros de ambos os sistemas. Observando os extratos apresentados, o primeiro registro da carga foi feito em 26/07/2010, quando

consta no extrato do sistema TECAPlus o código 293 - Encerramento de Armazenamento no Mantra com Divergência, *0 volumes - 0 quilos (0 = zero)*. Ou seja, a INFRAERO efetuou o no sistema porém a carga não estava armazenada de fato. A situação só foi alterada em 05/08/10, constando inicialmente o código 905 - Registro de Avarias/Sinistro e posteriormente o código 201 - Carga Recebida Para Armazenar.

Importante salientar que a INFRAERO declarou que em 05/08/2010 a carga foi “armazenada no Sistema TECAPlus”, ou seja, não informou em que data recebeu fisicamente a carga. Ao contrário, *afirmou que diante da forte demanda de cargas processadas no terminal TECA-GRU naquela época, era impossível assegurar se de fato a carga estava extraviada ou se somente havia chegado na data em que foi registrada no sistema.*

Acrescentou ainda que quando a carga foi localizada e recebida para armazenamento em 05/08, foi solicitada à SRF pela própria INFRAERO a retificação das datas no sistema MANTRA (RETIFICA 2), a fim de evitar divergências entre esse sistema e o TECAPlus, tendo o pedido sido deferido e a alteração realizada.

Alega ainda que em nenhum momento a companhia aérea teria contestado tais lançamentos. (...)

Diante do exposto, conclui-se que:

- 1) A INFRAERO-GRU não foi capaz de comprovar a data efetiva do recebimento da carga em seu terminal, afirmando com segurança apenas que a carga foi registrada no sistema TECAPlus em 05/08/2010 e que não seria possível confirmar a data do recebimento de fato e se estaria ou não extraviada até essa data devido à forte demanda de cargas nessa época;
- 2) A INFRAERO não apresentou elementos que demonstrassem caso fortuito ou de força maior que pudesse excluir sua responsabilidade, nos termos do art. 664 do Decreto 6.759/09;
- 3) A imprensa noticiou largamente os problemas que a INFRAERO vinha enfrentando no Aeroporto Internacional de Guarulhos quanto à falta de espaço para armazenagem de cargas, inclusive da falta de espaço em câmaras refrigeradas;
- 4) A TAM LINHAS AÉREAS S/A afirmou que efetuou a entrega da carga na data de sua chegada e apresentou argumentos e documentos comprobatórios considerados satisfatórios, tendo em vista que a companhia aérea seguiu os trâmites usuais de entrega da carga para armazenamento, apresentou a relação de UDLs ao depositário INFRAERO e comprovou que a carga em análise estava contida nessa relação. Considero que apresentou provas excludentes de sua responsabilidade nos termos do 2º do art. 664 do Decreto 6.759/09;
- 5) A INFRAERO não se manifestou quanto ao possível extrativo de qualquer carga contida na relação de UDLs apresentada pela TAM, aceitando tacitamente a entrega das cargas contidas na mesma e
- 6) A carga, enquanto estava sob responsabilidade da INFRAERO, permaneceu extraviada até 05/08/2010, caracterizando a responsabilidade prevista no art. 662 do Decreto 6.759/09, não havendo como afirmar em que condições de temperatura permaneceu nesse período, sendo certo que foi fora das condições ideais de armazenagem em câmara fria a -20°C, tendo em vista o seu comprovado descongelamento e, conseqüentemente, sua perda total para todos fins de consumo.

Assim, pela prova documental produzida nos autos, resta claro que a mercadoria reclamada pela autora estava efetivamente sob a responsabilidade exclusiva da INFRAERO quando do seu perecimento por armazenagem inadequada de temperatura.

Por sua vez, a INFRAERO, empresa pública federal que administra a infraestrutura aeroportuária, e que, tendo personalidade jurídica de direito privado, presta um serviço público a particulares, tem responsabilidade pelos danos causados por má prestação de serviços.

Muito embora não concorde com a tese defendida por muitos doutrinadores, de que nos casos de omissão do Estado não se aplica a teoria do risco administrativo, tenho que é neces-

sário distinguir a omissão genérica da omissão específica.

Para tanto, sirvo-me dos ensinamentos de Sergio Cavalieri Filho, *in* responsabilidade da Administração Pública:

A atividade administrativa a que alude o art. 37, 6º, da Constituição, engloba não só a conduta comissiva como também a omissiva? Essa questão é ainda controvertida na doutrina e na jurisprudência, pelo que merece algumas considerações. (...)

Em nosso entender, o art. 37, 6º, da Constituição, não se refere apenas à atividade comissiva do Estado; pelo contrário, a ação a que alude engloba tanto a conduta comissiva como omissiva. (...)

Por isso temos sustentado que, no ponto em exame, a questão nodal é distinguir omissão genérica do Estado e omissão específica. . Observa o talentoso jurista Guilherme Couto de Castro, em excelente monografia com que brindou o nosso mundo jurídico, não ser correto dizer, sempre, que toda hipótese de dano proveniente de omissão estatal será encarada, inevitavelmente, pelo ângulo subjetivo. Assim o será quando se tratar de omissão genérica. Não quando houver omissão específica, pois aí há dever individualizado de agir (A responsabilidade civil objetiva no Direito Brasileiro, Forense, 1997, p. 37). Mas, afinal de contas, qual a distinção entre omissão genérica e omissão específica? Haverá *omissão específica* quando o Estado estiver na condição de garante (ou de guardião) e por omissão sua cria a situação propícia para a ocorrência do evento em situação em que tinha o dever de agi-lo para impedi-lo; a omissão estatal se erige em causa adequada de não se evitar o dano. Em outras palavras, a *omissão específica* pressupõe um dever especial de agir do Estado, que, se assim não o faz, a omissão é causa direta e imediata de não se impedir o resultado. (...) Em suma, a omissão específica, que faz emergir a responsabilidade objetiva da Administração Pública, pressupõe um dever específico do Estado, que o obrigue a agir para impedir o resultado danoso, quando a vítima se encontrava sob sua proteção ou guarda. (*in* Programa de Responsabilidade Civil. 10.ed. SP: Atlas, 2012. p. 266/268)

No caso dos autos, a omissão reclamada pela autora na petição inicial é de natureza específica, pois a negligência da INFRAERO no cuidado com a carga depositada sob sua responsabilidade configura causa direta e imediata do dano experimentado.

A INFRAERO, como a responsável pelo serviço de administração aeroportuária, o qual detém monopólio, tem responsabilidade objetiva pelos danos causados à autora, independente de culpa ou dolo, assumindo os riscos inerentes, entre os quais faz parte o de acidentes, extravios, armazenagem inadequada, furtos e danos em encomendas.

Assim, aplica-se à ré a responsabilidade objetiva do 6º, do art. 37, da Constituição Federal, o qual se refere expressamente às pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos:

§ 6º As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

Por fim, a responsabilidade também está prevista no Regulamento Aduaneiro:

Art. 593. O depositário responde por avaria ou por extravio de mercadoria sob sua custódia, em assim por danos causados em operação de carga ou de descarga realizada por seus prepostos.

Há evidente nexos causal entre a conduta da ré e os danos causados à autora, pois foram

decorrentes da sua prestação de serviço. É o que basta para caracterizar a responsabilidade objetiva da ré.

Cumpre referir, ainda, que a ré não se desincumbiu de comprovar alguma excludente de sua responsabilidade civil.

A jurisprudência pátria já decidiu a respeito da INFRAERO, nas hipóteses de extravio de mercadorias importadas:

DANOS MATERIAIS - EXTRAVIO DE MERCADORIAS IMPORTADAS APÓS DESEMBARQUE NO PÁTEO DO AEROPORTO - INFRAERO - RESPONSABILIDADE LEGAL PELO RESSARCIMENTO - INSUFICIÊNCIA DA PROVA DE QUE ESTAVAM SOB A GUARDA DA TRANSPORTADORA - PROCEDÊNCIA AO PEDIDO.

1. À Infraero, na condição de empresa pública prestadora de serviços de mesma natureza, foi atribuído, por força das normas contidas nos artigos 2º e 3º da Lei 5862/72, dever de zelo pelas mercadorias que se encontrem no seu interior.

2. A responsabilidade não é afastada em hipóteses de extravio de mercadorias importadas e desembarcadas no pátio do aeroporto pelo só fato de não terem sido encaminhadas a terminal de cargas e postos a tempo regular, pois a Infraero responde pela fiscalização do setor externo do armazém, controlando e fiscalizando a entrada e saída de mercadorias, os caminhos por ela tomados após o desembarque e todo o pátio externo de manobra. Desembarcada da aeronave, a mercadoria passa para a responsabilidade da INFRAERO, que assume a função de depositária (AC 94030360844 - AC - APELAÇÃO CÍVEL - 175374 - Relator Juiz Valdeci dos Santos - TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO - Fonte DJF3 DATA:15/05/2008).

3. O fato de ter recebido no armazém as mercadorias já avariadas, quatro dias após o desembarque, não retira sua responsabilidade na hipótese, pois elas foram consideradas extraviadas num primeiro momento (período no qual se deterioraram), o que é causa de incidência de responsabilidade da Infraero.

4. Somente a partir da vigência do Novo Código Civil (Lei nº 10.406/2002), deve-se utilizar exclusivamente a SELIC como correção da moeda e juros de mora - artigo 406 do Código Civil de 2002 - dada a regra irretroatividade das leis.

5. Sentença reformada apenas na parte que indicou o termo *a quo* da incidência da Selic, que passa a ser 10/01/2002, data da entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002.

6. Apelação da “Paraná Cia de Seguros” parcialmente provida. Apelação da INFRAERO inprovida.

(TRF3 AC 2005.03.99.009022-6, Relator Juiz Leonel Ferreira, Turma D, DJ 10.11.2010, p. 465)

CONSTITUCIONAL - ADMINISTRATIVO - OMISSÃO ESPECÍFICA - RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO - INFRAERO - EXTRAVIO DE CARGA - COMPROVAÇÃO DO DANO E DO NEXO CAUSAL - ÔNUS DA PROVA (ART. 333, II, DO CPC) - TERMO DE VISTORIA ADUANEIRA - PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E VERACIDADE.

1. A responsabilidade objetiva pressupõe seja o Estado responsável por comportamentos de seus agentes que, agindo nessa qualidade, causem prejuízos a terceiros. Impõe, tão-somente, a demonstração do dano e do nexo causal, por prescindir da culpa do agente, nos moldes do art. 37, 6º, da Constituição Federal.

2. Na hipótese de omissão, conforme jurisprudência predominante do STF e do STJ, adota-se a responsabilidade subjetiva. Contudo, a doutrina e a jurisprudência mais modernas apresentam distinção entre omissão genérica (inexiste o dever individualizado de agir) e específica (aquela em que a conduta omissiva da Administração Pública é a própria causa direta do não impedimento da ocorrência), incidindo, no último caso, a responsabilidade objetiva do Estado.

3. A omissão do Estado, *in casu*, é inegavelmente específica, pois a negligência da ré no cuidado com a mercadoria depositada sob sua responsabilidade configura causa direta e imediata do dano experimentado.

4. A teor do disposto no artigo 333, inciso II, do Código de Processo Civil, incumbe ao réu o ônus da prova relativo à existência de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito do autor. Desse ônus não se desicumbiu a ré.
5. A vistoria aduaneira carrega consigo a presunção de legitimidade e veracidade, atributo ínsito aos atos administrativos.
6. Honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da condenação.  
(TRF3, AC nº 1999.61.05.013234-6, Relator Juiz Mairan Maia, Sexta Turma, DJ 16.06.2011, p. 1285)

### 3 – DISPOSITIVO

Ante o exposto, extingo o processo com exame do mérito na forma do art. 269, I, CPC e JULGO PROCEDENTE o pedido formulado nesta ação para condenar a INFRAERO a pagar à autora a quantia de R\$ 132.045,02 (cento e trinta e dois mil e quarenta e cinco reais e dois centavos), em 04/11/2010, incidindo entre tal data e a data de citação exclusivamente a correção monetária. Após tal marco, incidirão juros e correção monetária até o efetivo pagamento, tudo na forma do Manual de Cálculo da Justiça Federal atualizado pela Resolução nº 267/2013 do CJF.

*Custas ex lege.*

Com fulcro nos princípios da causalidade, proporcionalidade e no disposto no art. 20, 3º e 4º do CPC, condeno a INFRAERO ao pagamento de honorários advocatícios à autora no percentual de 10% sobre o valor da causa.

Após o trânsito em julgado desta sentença, arquivem-se os autos, com as cautelas de estilo.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Guarulhos, 10 de março de 2015.

Juíza Federal CAROLINE SCOFIELD AMARAL

## ação penal 0001941-28.2102.4.03.6116

**Autor:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**Réu:** JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA  
**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ASSIS - SP  
**Juiz Federal:** LUCIANO TERTULIANO DA SILVA  
**Disponibilização da Sentença:** REGISTRO EM TERMINAL 25/05/2015

### 1. RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciou JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA (brasileiro, Advogado, portador do RG nº 6.314.089 - SSP/SP e CPF 538.423.408-34) pela prática do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, e o fez nos seguintes termos:

JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA associou-se a Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol,<sup>1</sup> Caetano Schincariol Filho, Edna Machado Schincariol Preci<sup>2</sup> e Marcos Antonio Nunes para fraudar arrematações judiciais.

Consta dos inclusos autos que JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol, Caetano Schincariol Filho, Edna Machado Schincariol Preci e Marcos Antonio Nunes, por intermédio da pessoa jurídica MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP (atual MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS e EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – EPP), arremataram bens pertencentes à CERVEJARIA MALTA LTDA., que foram leiloados por determinação da Justiça Federal para saldar dívidas da empresa com a Fazenda Nacional, nos autos das seguintes execuções fiscais:

Execução Fiscal	Valor da avaliação dos bens	Valor da Arrematação	Data da arrematação
2002.61.16.001025-0 2002.61.16.001028-5	R\$ 26.000,00	R\$ 36.000,00	03/08/06 (fls. 806/814 e Apenso I e II)
2003.61.16.000045-4 2003.61.16.000046-6 2003.61.16.000047-8 2003.61.16.000048-0	R\$ 3.141.000,00	R\$ 1.884.900,00	16/08/2006 (fls. 43, 924/939, 1071/1128)
2003.61.16.000232-3	R\$ 300.000,00	R\$ 181.000,00	17/08/06 (fls. 815/823 e Apenso II e III)
2003.61.16.001182-8	R\$ 747.000,00	R\$ 740.308,18	11/09/06 (fls. 393/396-Apenso IV)

<sup>1</sup> Já falecido (fls. 652)

<sup>2</sup> Já falecido (fls. 652)

1999.61.16.001465-4 1999.61.16.002269-9	R\$ 1.101.800,00	R\$ 271.500,00 R\$ 541.000,00	09/04/2007 24/04/2007 (fls. 967/980)
Total:	R\$ 5.315.800,00	R\$ 3.113.708,18	(menos de 60% do valor da avaliação)

Como se nota, os bens foram arrematados, em sua maioria, por preços inferiores ao da avaliação, que foram ainda divididos em 60 (sessenta) parcelas. Tão somente o bem arrematado nos Autos nº 2002.61.16.001025-0, consistente em um caminhão Mercedes Benz, foi arrematado pela empresa por valor superior ao da avaliação, provavelmente em razão da existência de um outro interessado na sua aquisição.

Segundo restou apurado, a pessoa jurídica MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP foi utilizada para que a CERVEJARIA MALTA reouvesse os bens levados à leilão por condições extremamente mais vantajosas que a remição da execução, já que, ao invés de pagar ou consignar o valor integral da dívida, acrescida de juros, custas e honorários para evitar que os bens não fossem expropriados, pode readquiri-los por preços inferiores ao da avaliação (menos de 60%, no total), que foram ainda parcelados em até 60 (sessenta) vezes.

Assim, a CERVEJARIA MALTA manteve-se na posse de todos os bens levados à hasta pública, que foram supostamente locados pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP a ela (fls. 940/942), sendo os valores pagos a título de aluguel direcionados ao pagamentos das parcelas da arrematação.

A empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP não existia de fato, tendo sido criada pelos administradores da CERVEJARIA MALTA tão somente para servir a esta.

Edna Machado Schincariol Preci, sócia majoritária da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP, era irmã de Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho, e filha de Caetano Schincariol, únicos sócios-administradores da CERVEJARIA MALTA LTDA (fls. 52/60 e 94/97). Já os sócios minoritários, como Marcos Antonio Nunes, Maria Aparecida Keiko Sacurai Sekiya e Carlos Alberto Bittencourt Salvi (fls. 63/70, 733/749, 944/959), haviam sido empregados da CERVEJARIA MALTA LTDA. anteriormente.

Em diligência realizada junto ao endereço da sede da empresa (Av. Otto Ribeiro, 963), verificou-se que se tratava de um terreno, com uma pequena construção e um único ônibus, identificado como pertencente à CERVEJARIA MALTA LTDA. (fls. 165/166 do apenso I, volume I). O imóvel era de propriedade de Caetano Schincariol Filho, sócio-gerente da CERVEJARIA MALTA LTDA. (fls. 298/300), e era utilizado para o estacionamento de caminhões desta empresa.

Apurou-se, ainda, que, com exceção de três contratos celebrados com a Transportadora RR, a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP havia prestado serviços somente à CERVEJARIA MALTA LTDA..

O capital social da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP à época da arrematação do caminhão Mercedes Benz por R\$ 36.000,00 (trinta e seis mil reais) era de apenas R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e, em 16 de agosto de 2006, data da segunda arrematação, foi elevado para R\$ 375.000,00 (trezentos e setenta e cinco reais), sem que tenha sido comprovado o aporte do referido valor na empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP. O aumento do capital social da MACHADO TRANSPORTES LTDA. foi integralizado, em parte, com dinheiro que saiu da conta conjunta da denunciada Edna com sua mãe, esposa de Caetano Schincariol, um dos sócios da CERVEJARIA MALTA LTDA., e em parte com dinheiro “emprestado” pelo próprio Caetano Schincariol, pai de Edna Machado Schincariol Preci, que confirmou ter “doadado” o dinheiro a ela (fls. 128).

A empresa não possuía condições econômicas para a aquisição dos bens, tendo apresentado movimentação financeira irrisória em 2006 (fls. 100/102).

Conforme restou demonstrado pelos depoimentos colhidos no curso da Autos nº

2002.61.16.001025-0, a utilização da pessoa jurídica MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP para a arrematação dos bens da CERVEJARIA MALTA LTDA. foi arquitetada por JUVENAL TEDESQUE DA CUNHA, advogado e consultor jurídico das duas empresa, que participou de toda a trama.

Assim, JUVENAL TEDESQUE DA CUNHA e os demais agentes, já denunciados nos Autos nº 2002.61.16.001025-0, associaram-se, de forma permanente e estável, para o fim de fraudar arrematações judiciais.

A materialidade delitiva está suficientemente demonstrada pelos documentos acima indicados e pelos depoimentos colhidos pela Polícia Federal em Marília (fls. 26/31 e 125/128).

Já os indícios de autoria delitiva estão demonstrados pelas depoimentos colhidos em Juízo (fls. 780, 895 e 1187), especialmente pelo depoimento de Rogério Wohnrath Bellini, Maria Aparecida Keiko Sacurai Sekiya e Francisco José Longuini, pelos termos de interrogatório de Fernando Machado Schinchariol, Caetano Schinchariol Filho e Marcos Antônio Nunes, e pelos recibos de fls. 907/923 e 940/959.

Dessa forma, JUVENAL TEDESQUE DA CUNHA incorreu no artigo 288 do Código Penal, pelo que se requer, após a autuação e recebimento desta inicial, seja o denunciado citado para apresentação de resposta à acusação e, enfim, seja processado até final julgamento, consoante artigos 396 a 405 (com as alterações empreendidas pela Lei nº 11.719/08), todos do Código de Processo Penal, ouvindo-se as testemunhas abaixo arroladas.

A denúncia foi recebida em 11/12/2012 (fl. 06).

O réu foi citado e notificado para apresentar resposta à acusação em 10 (dez) dias (f. 18).

Em resposta à acusação, sustentou a inépcia da denúncia por: a) formular acusação pautada em fatos genericamente descritos e sem qualquer respaldo fático, inviabilizando a defesa; b) deixar de informar o desfecho dos processos onde ocorreram arrematações, pois, se as mesmas foram convalidadas, não há justa causa à ação penal; c) omitir o atual estágio do processo crime nº 0001587-76.2007.403.6116; e d) não constar a data da ocorrência das indigitadas fraudes. Teceu considerações sobre o equívoco da decisão judicial que recebeu a denúncia porque carente de motivação. No mérito, negou tenha associado-se às pessoas narradas na denúncia ou as orientado na prática delituosa, figurando apenas como advogado delas por mais de 10 (dez) anos, sempre atuando no escorreito cumprimento de seu mister, relação contratual findada em 04/07/2007 depois de aludidas pessoas deixaram de seguir as orientações técnicas por si repassadas.

Disse ter ingressado em juízo contra mencionadas pessoas em face do não pagamento dos honorários advocatícios contratados à atuação em diversos feitos de diferentes naturezas, porquanto foram propostas mais de 114 (cento e quatorze) ações contra Fernando Machado Schinchariol, Caetano Schinchariol e Cervejaria Malta durante a vigência contratual.

Como o rompimento contratual fora litigioso, os novos advogados contratados passaram a agredir moral e eticamente suas posturas profissionais, animosidade iniciada por aquelas pessoas, forçando-o a ajuizar contra elas ações indenizatórias.

Sustentou que, por todo o contexto narrado, Fernando Machado Schinchariol e Caetano Schinchariol Filho foram orientados pelos novos advogados a redirecionar a culpa a si, na equivocada intenção de, assim, virem-se absolvidos. Essa prática foi ainda mais densificada quando, arrolado como testemunha de defesa em um dos processos criminais instaurados contra aqueles, suscitou o dever de segredo profissional para nada afirmar sobre o assunto.

Esgrinou a tese de redirecionamento na circunstância de que em nenhum momento, durante toda a apuração na fase policial, nenhuma das pessoas ouvidas como testemunhas na ação penal 0001587-76.2007.403.6116 mencionou qualquer participação sua nas arrematações

ou em qualquer suposto esquema de fraude, daí a fragilidade da materialidade delitiva porque amparada nos conteúdos testemunhais.

Obtemperou que os leilões foram realizados dentro da maior lisura, obedecendo todas as implicações legais, porquanto o pagamento parcelado do valor do bem arrematado tem previsão legal e não converge, por si só, em fraude, menos ainda diante do pagamento de 60% (sessenta por cento) do valor arrematado.

Informou que a iniciativa das arrematações partiu da diretoria da Cervejaria Malta, tendo discordado veementemente dessa conduta quando consultado, sendo tal decisão tomada à sua revelia, e a ruptura contratual foi levada a efeito por medidas desse jaez.

Arrolou 7 (*sete*) testemunhas.

A decisão de fls. 294/295 afastou a alegada inépcia da inicial.

As testemunhas arroladas na denúncia foram ouvidas às fls. 318/324, enquanto as arroladas pela defesa forma ouvidas às fls. 344/347, 364 e 375.

O réu foi interrogado às fls. 378.

Não foi apresentada qualquer diligência pelas partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em alegações finais, entendeu comprovadas a materialidade e autoria delitivas e pugnou pela condenação nos termos da denúncia e ressaltou, quanto à dosimetria da pena, a consideração da culpabilidade desfavorável e da agravante prevista no artigo 61, II, “a”, do Código Penal.

O réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA voltou a negar a prática delitiva. Encetou, também, a inexistência de associação prévia e estável dos agentes com fim específico. Reiterou a ausência de justa causa e, subsidiariamente, pleiteou a absolvição.

É o relatório.

## 2. FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1 DA INÉPCIA DA INICIAL

*Do alegado amparo da peça acusatória em fatos genericamente descritos e divorciados de respaldo fático*

A denúncia é cristalina quanto à acusação que pesa em desfavor do acusado e os fatos nos quais alicerçada.

Fiando-se na mencionada peça, JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA é apontando como alguém que se associou a Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol, Caetano Schincariol Filho, Edna Machado Schincariol Preci e Marcos Antonio Nunes, de modo estável e permanente, para fraudar arrematações judiciais determinadas pela Justiça Federal.

Como advogado e procurador de pessoas jurídicas das quais os mencionados coautores compunham o quadro societário, coube ao réu a arquitetura da empreitada criminosa visando arrematar bens de propriedade da Cervejaria Malta Ltda. (os quais se encontravam com restrições judiciais para servirem de garantia ao pagamento de vultoso débito com a Receita Federal do Brasil decorrente de reiteradas práticas criminosas de sonegação tributária) mediante interposta pessoa jurídica denominada Machado Transportadora Ltda – EPP, cujos sócios de fato eram os mesmos da mencionada Cervejaria, tendo aquela pessoa jurídica sido criada especificamente para figurar como arrematante nas arrematações fraudadas, ou seja, para operacionalizar a execução do crime em evidência.

Fácil perceber, assim, o comportamento delituoso especificamente apontado ao réu JU-

VENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, circunstância hábil a elidir qualquer generalidade.

Vazia, igualmente, a tese de ausência de suporte fático porque a denúncia arrolou 6 (seis) arrematações fraudadas em decorrência da eficiência estrutural da atividade criminosa narrada, apontando especificamente as datas em que ocorreram (03/08/2006, 16/08/2006, 17/08/2006, 11/09/2006, 09/04/2007 e 24/04/2007).

*Da omissão quanto ao desfecho dos processos nos quais ocorreram as arrematações*

Regra comezinha do processo penal é a diferença entre nulidade e mera irregularidade, ocorrendo essa quando eventual incompatibilidade normativa na prática de determinado ato processual não tem o condão de causar qualquer prejuízo às partes, no esteio do quanto preconizado no artigo 563 do Código de Processo Penal.

A omissão, na denúncia, do desfecho dos processos nos quais ocorreram as arrematações é mera irregularidade, porquanto a acusação veio acompanhada de inúmeros documentos, dentre os quais merecem destaque, justamente, as decisões judiciais que anularam as arrematações especificadas na denúncia, conforme se denota dos documentos de fls. 806/814 do volume III,<sup>3</sup> 924/939, 1117/1128 do volume IV,<sup>4</sup> 815/823 do volume III,<sup>5</sup> 393/396<sup>6</sup> e 967/980 do volume IV.<sup>7</sup>

A dificuldade apresentada pela defesa mais se amolda à ausência de leitura atenta do universo documental amparador da acusação do que propriamente falha na peça inaugural.

*Da omissão quanto ao atual estágio do processo crime nº 0001587-76.2007.403.61.16*

Tal qual a alegação anterior, essa também não reúne condições de inutilizar a denúncia, porquanto o mencionado vício não ultrapassa as barreiras da mera irregularidade.

Ao caderno processual também está colacionada a cópia da sentença proferida nos referidas autos (f. 1146/1172), a qual condenou Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol Filho e Marcos Antonio Nunes pela prática do delito de formação de quadrilha (artigo 288 do CP) e de fraude à arrematação (358 do CP) por 6 (seis) vezes.

*Da ausência de menção às datas das indigitadas fraudes*

Mais uma vez é necessário reconhecer a forma açodada com a qual defesa procedeu à leitura da peça acusatória, pois, as datas das arrematações fraudulentas estão bem destacadas no quadro demonstrativo do verso de fl. 03, não havendo espaço à alegação de nulidade.

Assim, forçoso reconhecer que a denúncia atende perfeitamente aos requisitos contidos no artigo 41 do Código de Processo Penal, não se amoldando a nenhuma causa das previstas no artigo 395 do Diploma Instrumental. Por consequência, nenhum equívoco processual maculou a decisão que a recebeu.

3 Anulou a arrematação ocorrida em 03/08/2006 através do Auto de Arrematação de fl. do volume I do apenso I e Auto de Parcelamento de fls. 377/380 do volume II do apenso I – valor da arrematação: R\$ 36.000,00, referente às Execuções Fiscais números 2002.61.16.001025-0 e 2002.61.16.001028-5;

4 Anularam as arrematações ocorridas em 16/08/2006 através do Auto de Arrematação de fl. 1071/1073 do Volume IV e Termo de Parcelamento de fls. 366/376 do volume II do apenso I; valor da arrematação R\$ 1.884.900,00 referentes às execuções fiscais números 2003.61.16.000045-4, 2003.61.16.000046-6, 2003.61.16.000047-8 e 2003.61.16.000048-0;

5 Anulou a arrematação ocorrida em 17/08/2006 através do Auto de Arrematação de fl. 21 do volume II do apenso I e do Termo de Parcelamento de fl. 381/384 do volume II do apenso I; valor da arrematação RS 181.000,00 referentes à execução fiscal nº 2003.61.16.000232-3;

6 Anulou a arrematação ocorrida em 11/09/2006; valor da arrematação R\$ 740.308,18 referentes à execução fiscal nº 2003.61.16.001182-8;

7 Anulou as arrematações fiscais ocorridas em 09/04/2007 e 24/04/2007 no valor de, respectivamente, R\$ 271.500,00 e R\$ 541.000,00, referentes às execuções fiscais números 1999.61.16.001465-4 e 199.61.16.002269-9.

## 2.2 DO MÉRITO DA MATERIALIDADE DELITIVA

A existência física do delito de formação de quadrilha é extraída do imenso lastro documental amparador da acusação.

Enfatiza-se, de início, que a materialidade delitiva do crime de formação de quadrilha já foi objeto de atuação jurisdicional exauriente, como demonstra a cópia da sentença anexada às fls. 1146/1172.

No aludido pronunciamento jurisdicional restou demonstrado, e corroborado neste processo após a observância do contraditório e da ampla defesa, que a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA arrematou bens nos executivos fiscais nº 1999.61.16.001465-4 (por duas vezes), nº 2002.61.16.001025-0 (que tramitou em conjunto com o feito nº 2002.61.16.001028-5), nº 2003.61.16.000045-4 (que tramita em conjunto com os feitos de números 2003.61.16.000046-6, 2003.61.16.000047-8 e 2003.61.16.000048-0) e nº 2003.61.16.00232-3, todos realizados em desfavor da empresa CERVEJARIA MALTA LTDA em decorrência de dívida fiscal bilionária decorrente de sonegação de impostos.

Autos de Arrematações e respectivos Termos de Parcelamento, todos já mencionado nestes autos, comprovam que a arrematante dos bens leiloados nos autos da execução fiscal nº 2002.61.16.001025-0<sup>(8)</sup>, 2003.61.000232-3<sup>(9)</sup>, 2003.61.16.000045-4<sup>(10)</sup>, 1999.61.16.001465-4<sup>(11)</sup> foi a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA, que posteriormente mudou sua razão social para MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS - EPP.

Observa-se, destarte, serem incontestáveis as provas das arrematações realizadas pela empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA, as quais tinham por objeto, unicamente, livrar os bens da CERVEJARIA MALTA LTDA da arrematação por terceiros, bens esses dos quais esta nunca se dispôs efetivamente.

Importante notar dois elementos essenciais na teoria geral das provas: a) a valoração da ausência de explicação alternativa pelos réus e b) a valoração da ausência de apresentação de provas, pelos réus, que lhes seria de fácil produção.

Com efeito, os réus, no aludido processo do qual este é consequência, assim como JU-

- 
- 8 Autos nº 2002.61.16.001025-0, em tramitação conjunta com o feito nº 2002.61.16.001028-5 - 03/08/2006: arrematação de um caminhão Mercedes Benz/L1113 pelo valor de R\$ 36.000,00.
- 9 Autos nº 2003.61.16.000232-3 - 16/08/2006: arrematação de um tanque em aço inox com isolamento térmico pelo valor de R\$ 181.000,00.
- 10 Autos nº 2003.61.16.000045-4 (apensos nº 2003.61.16.000046-6, nº 2003.61.16.000047-8 e nº 2003.61.16.000048-0) - 16/08/2006: arrematação de um intercambiador de calor para cerveja, um conjunto de esteiras para transporte de garrafas, um conjunto de esteiras transportadoras de caixas tipo correntão, um filtro horizontal em material inox, uma instalação para tratamento de gás carbônico, uma máquina compressor de uso no gás carbônico, uma máquina para lavar garrafas, um conjunto enchedora arrolhadora, três tanques outdoor de fermentação, dois tanques de cerveja pronta, um silo bagaço para armazenagem de borra de cevada e um compressor de ar estacionário, pelo preço de R\$ 1.884.900,00.
- 11 Autos nº 1999.61.16.001465-4: 1ª arrematação - 09/04/2007: um veículo VW/13.130, chassi V028482, um veículo Fiat Uno, Chassi 9BD146000P5091121, um veículo VW/Fusca, chassi 9BWZZ11ZDP100390, um veículo Mercedes Benz/L1113, chassi 34404412685340, um veículo Fiat Uno, chassi VIN 9BD146000S5444914, um veículo Honda CG/125, chassi 9C2JC30101R233252, um veículo VW/11.140, chassi 9BWZZF1ZKC012459, um veículo VW/11.140, chassi 9BWWTACM5L-CB23617, um veículo VW/11.140, chassi 9BWWTACM8LCB24583 e um veículo VW/14.140, chassi 9BWZZG2ZLC018959 pelo valor de R\$ 271.500,00. 2ª arrematação - 24/04/2007: um veículo Scania, chassi 3401083, um veículo VW/14.140, chassi 9BWZZGOZKC017754, um veículo Mercedes Benz/L.1113, chassi 34404412676033, um veículo Reb/Recrusul, chassi 151193, um veículo Mercedes Benz, chassi 34500312618980, um veículo Ford/F14000, chassi 9BFXTNM4SDB01405, um veículo Ford/F14000, chassi 9BFXTNM7SDB01348, um veículo REB/Antonini, chassi 9ANF15420VM004512, um veículo VW/12.140, chassi 9BWZZC2ZJC005134, um veículo VW/11.140, chassi 9BWZZF2ZKC013682, uma máquina recravadora de latas e uma máquina empacotadeira no valor de R\$ 541.000,00.

VENTAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA neste feito, não apresentaram explicação atinente ao motivo pelo qual a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA participara exclusivamente de leilões judiciais desfavoráveis à CERVEJARIA MALTA LTDA.

Paralelamente, também não apresentaram quaisquer provas de que efetivamente concorriam em outros leilões fitados a adquirem bens de outra propriedade que não a mencionada CERVEJARIA.

A ausência de explicação alternativa ou de apresentação de provas que seriam de fácil produção, pelo réu, reforça a tese acusatória no sentido de que as manobras tinham por desígnio único livrar os bens da executada das constrições judiciais. Em outras palavras, a constituição, o funcionamento, as alterações societárias e o modus operandi dos sócios da MACHADO TRANSPORTES LTDA estão a revelar que se tratava de empresa de fachada, *longa manus* da CERVEJARIA MALTA LTDA.

Desse cabedal de provas documentais extrai-se que a CERVEJARIA MALTA LTDA., impossibilitada que estava, nos termos do art. 690, § 1º, do Código de Processo Civil (vigente à época dos fatos e correspondente ao atual art. 690-A, também do CPC), de ofertar lance - uma vez que não se encontrava na livre administração dos seus bens (vários deles penhorados em virtude das diversas execuções fiscais em que figurava como ré) - valeu-se de interposta pessoa (empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA) para ofertar lances e, arrematando-os, livrá-los das penhoras judiciais, causando com isso graves danos à Administração da Justiça, consistente no prejuízo de toda uma estrutura organizacional montada para concretizar os leilões, sem olvidar que com tal artimanha a executada manteve-se na posse dos bens penhorados mediante entabulação fraudulenta de contrato de locação com a arrematante, obstando, ainda, o ressarcimento ao erário almejado com os mencionados leilões.

É claro que a executada tinha a opção de remir a execução. Porém, além de ter de pagar o valor integral da dívida, o bem ainda ficaria penhorado nas dezenas de outras execuções em trâmite. Daí porque a estrutura criminosa deliberou pela adoção da simulação, pois, assim conseguira livrar tais bens dos demais processos de execução, fazendo com que a devedora CERVEJARIA MALTA LTDA com eles permanecesse para utilização na industrialização, sem que para tanto fosse necessário interromper suas operações.

As já mencionadas decisões monocráticas, por meio das quais foram anuladas as arrematações judiciais objetos da denúncia, bem como a sentença que condenou as já mencionadas pessoas pelo cometimento de delito de formação de quadrilha e de fraude à arrematação, são provas robustas de que os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI e CAETANO SCHINCARIOL<sup>(12)</sup> associaram-se de forma estável com JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA para, permanentemente e sob o manto das pessoas jurídicas MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP (posteriormente denominada MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – EPP) e CERVEJARIA MALTA LTDA, praticarem fraudes em arrematações judiciais.

A densificar ainda mais a prova da existência física do estratagema criminosa está a cópia da decisão proferida nos autos nº 1999.61.16.001465-4. De fato, dos autos constam provas inabaláveis do esquema, conforme doravante explicitado:

a) a empresa arrematante (MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP) tinha como sócia majoritária, com 97,3333% do capital social, EDNA MACHADO SCHINCARIOL, filha de

12 Os dois últimos já falecidos.

CAETANO SCHINCARIOL e irmã dos corrêus CAETANO SCHINCARIOL FILHO e FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, únicos sócios da executada, CERVEJARIA MALTA LTDA;

b) na data da arrematação efetivada nos autos nº 2002.61.16.001025-0, em 03/08/2006, a então MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP, arrematante, tinha um capital social de apenas R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) e como objeto social a prestação de serviço de transportes. Arrematou, na ocasião, um caminhão Mercedes Benz pertencente à executada (CERVEJARIA MALTA) pelo valor de R\$ 36.000,00, ou seja, R\$ 10.000,00 acima do valor de avaliação, exatamente porque havia, no certame, terceira pessoa interessada. Observa-se que esta foi apenas uma das várias arrematações, todas envolvendo bens penhorados da CERVEJARIA MALTA LTDA e todas vencidas pela arrematante MACHADO TRANSPORTES LTDA;

c) em 16/08/2006, coincidentemente no mesmo dia em que a empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA elevou seu capital social de R\$ 20.000,00 para R\$ 375.000,00 (5ª alteração contratual), cujo registro se deu apenas em 30/08/2006, foram arrematados bens nos executivos fiscais nº 2003.61.000232-3 e 2003.61.16.000045-4, cujos valores, somados, perfizeram a cifra de R\$ 2.064.900,00 (dois milhões, sessenta e quatro mil e novecentos reais). Embora tenha havido significativo robustecimento do capital social, os demonstrativos juntados tanto neste processo como naquele revelam que a arrematante não dispunha de saúde econômico-financeira para arcar com o pagamento de vultosa importância.

Denota-se, ademais, que a sócia majoritária, EDNA CAETANO SCHINCARIOL, integrou parte do acréscimo de capital social com dinheiro retirado de conta conjunta mantida com sua mãe e parte com dinheiro “emprestado” por seu pai, CAETANO SCHINCARIOL, um dos sócios da executada. Aliás, a importância de R\$ 133.000,00 (cento e trinta e três mil reais) - que, segundo constou, originou-se do supracitado empréstimo - nem sequer circulou pelo caixa da empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA, tampouco pela mencionada conta-junta, conforme documentos contábeis à época.

e) o advogado da empresa arrematante (MACHADO TRANSPORTES LTDA), Dr. JUVENAL ANTÔNIO TEDESQUE DA CUNHA, *réu neste processo*, também era o advogado da empresa executada. Nota-se, ainda, nos mesmos documentos ora indicados, que MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA, antes de figurar no quadro societário da empresa MACHADO (com apenas 2,7777% do capital social), foi arrolada como testemunha e qualificada como contadora nos autos do processo penal nº 0001587-76.2007.403.6116.

f) apesar de a alteração do nome da empresa arrematante, que passou a denominar-se MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA – EPP, ter ocorrido, em tese, em 16/08/2006, no termos de parcelamento e nas contas de telefone juntadas neste processo constou como titular MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP.

g) o local indicado como sede da arrematante, situado na Av. Otto Ribeiro, nº 963 (fl. 15, apenso I, vol. I - posteriormente alterado), constituía-se em terreno com uma sala de aproximadamente 4m x 4m, pertencente ao comparsa CAETANO SCHINCARIOL FILHO, cujo espaço servia de estacionamento aos caminhões da CERVEJARIA MALTA, conforme relatado pelo corrêu MARCOS e ilustrado nos apensos deste processo.

Apenas posteriormente, leia-se, após a interpelação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL acerca das condições do imóvel apontado como sendo sede da arrematante (o que fora feito nos autos da execução fiscal nº 2003.61.16.000045-4), é que houve alteração de endereço para a Rua Nove de Julho, nº 520, conjunto 24 – Assis/SP (6ª alteração contratual em 04/04/2007).

h) o termo de apresentação de documentos fiscais demonstra que a empresa MACHADO

LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS LTDA – EPP fora constituída com o único propósito de servir à empresa CERVEJARIA MALTA LTDA. Afinal, à exceção de três contratos celebrados com a TRANSPORTADORA RR, todos os demais contratos arrolados no mencionado extrato foram celebrados com a CERVEJARIA.

As provas testemunhais abaixo especificadas, todas produzidas nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 e submetidas ao crivo do contraditório porque anexadas a este feito através do dispositivo encartado às fls. 1187, comprovaram, ainda, que todos os equipamentos arrematados pela MACHADO TRANSPORTES LTDA nem sequer saíram do estabelecimento da CERVEJARIA MALTA LTDA, uma vez que foram locados a ela logo após as arrematações. Ademais, tais bens tampouco foram oferecidos para outras empresas do ramo, mesmo porque a própria CERVEJARIA tinha interesse em utilizá-los.

CARLOS ALBERTO BITTENCOURT (dispositivo encartado às fls. 780), testemunha arrolada pela acusação e compromissada com a verdade, disse que trabalhou na CERVEJARIA MALTA entre 1983 e abril de 2005 e que é sócio da empresa BEER BRASIL, localizada no Paraná, a qual pertence, em realidade, aos corréus FERNANDO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO e CAETANO SCHINCARIOL.

Revelou, ademais, ter sido sócio da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP no mesmo período em que trabalhava na CERVEJARIA, cujo ingresso, que se deu em junho de 2004, deu-se a convite dos proprietários desta, mas que não recebia pro labore e nem fazia retirada de lucros, tendo informado, ainda, que a primeira se dedicava à entrega regional de 99% das bebidas produzidas pela segunda.

Confirmou que com certeza foram os corréus FERNANDO e CAETANO quem pagaram todas as quotas de todos os sócios da MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, inclusive as da EDNA, da MARIA APARECIDA e do MARCOS NUNES, tal como fizeram com ele, haja vista não ter despendido qualquer importância a título de aquisição de quotas sociais. Por outro lado, igualmente, não recebeu nenhum valor pela venda das sobreditas quotas quando foi sucedido no quadro societário por MARIA APARECIDA KEIKO, também funcionária da CERVEJARIA MALTA.

Ainda sobre a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, aduziu que esta tinha um escritório pequeno, aproximadamente 3m x 6m, utilizado por MARCOS e situado no terreno que servia de estacionamento aos caminhões da CERVEJARIA, pertencente ao corréu CAETANO SCHINCARIOL FILHO, mas que nele jamais ingressou, até porque a empresa MACHADO, entre 2004 e 2005, não fazia atendimento ao público, pois seus serviços eram prestados exclusivamente à CERVEJARIA.

Por sua vez, MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA (dispositivo encartado às fls. 1187), testemunha arrolada por ambas as partes, disse ter sido sócia da empresa MACHADO a convite de EDNA, para cujo ingresso, no entanto, não dependeu recursos financeiros, e que no mesmo período trabalhava no setor financeiro da CERVEJARIA.

Justamente por ter trabalhado no setor financeiro da CERVEJARIA, revelou ter realizado vários pagamentos à empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP (da qual era sócia à época) em virtude dos equipamentos que aquela arrendava dessa, muito embora jamais tenha recebido qualquer porcentagem, até mesmo porque a empresa MACHADO não distribuía lucros entre seus sócios.

Aduziu, ainda, desconhecer se a empresa MACHADO, voltada à prestação de serviços de transporte e arrendamento, também prestava serviços a outras empresas, sendo certo, no entanto, que os bens arrendados à CERVEJARIA tinham sido adquiridos em leilões promovidos

pela Justiça em desfavor dessa.

Mencionou que resolveu se retirar da empresa MACHADO logo após ter sido intimada pela Polícia Federal para prestar esclarecimentos sobre operações até então realizadas entre essa e a CERVEJARIA, sendo que suas quotas foram transferidas para “MARQUINHOS” (MARCOS ANTONIO NUNES).

MARIA APARECIDA ainda esclareceu que as arrematações realizadas pela MACHADO, bem como o posterior arrendamento dos bens à CERVEJARIA, *foram feitos sob orientação jurídica do advogado dessa, Dr. Juvenal*, mas que, não obstante, FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, à época um dos administradores da CERVEJARIA, tinha plena consciência das operações.

Por fim, a testemunha mencionou que EDNA, na época dos fatos, tirou licença médica para tratamento, tendo passado uma procuração para MARCOS NUNES gerenciar e administrar a empresa MACHADO.

FRANCISCO JOSÉ LONGUINI (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, disse que entre agosto de 2006 e abril de 2007 trabalhava no Departamento de Compras da CERVEJARIA MALTA, motivo pelo qual tomou conhecimento de que os bens da sua empregadora, conquanto penhorados nas execuções fiscais promovidas pela Fazenda Nacional, haviam sido leiloados e arrematados pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, administrada por EDNA, *segundo orientações jurídicas dos Drs. Juvenal e Sérgio*.

MARIA CECÍLIA MIRANDA (dispositivo de fls. 1187), outra testemunha arrolada pela defesa e também *compromissada com a verdade*, esclareceu que entre agosto de 2006 e abril de 2007 trabalhou como Assistente Financeira da CERVEJARIA.

Assim como as demais testemunhas, MARIA revelou que os bens da empresa na qual trabalhava foram leiloados, os quais, no entanto, foram arrematados pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP. Disse, outrossim, que, após as arrematações, a CERVEJARIA passou a pagar fretes à arrematante para que essa, com seus caminhões – adquiridos nos leilões –, entregasse suas mercadorias oriundas das vendas diretas.

ELIANI BUZZO (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, esclareceu ter tomado ciência das arrematações de bens da CERVEJARIA, procedidas pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, *o que teria sido feito sob orientação jurídica do Dr. Juvenal*.

ROGÉRIO WOHNATH BELLINI (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, também confirmou que bens da CERVEJARIA, *embora penhorados e leiloados pela Justiça Federal de Assis/SP, foram arrematados pela empresa MACHADO, que sequer os retirou do estabelecimento daquela*.

*Esclareceu que alguns equipamentos, embora indicados à penhora, não podiam ser retirados, sob pena de paralisação do processo industrial da CERVEJARIA (executada), e que a ideia de arrematação pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, seguida de locação àquela, fora deliberada em reuniões, das quais participaram, entre outros, o corréu FERNANDO, o Dr. Juvenal (JUVENTAL TEDESQUE DA CUNHA), o Gerente Industrial e ele próprio.*

CARLOS ALBERTO POMARI (dispositivo de fls. 1187), testemunha arrolada pela defesa e *compromissada com a verdade*, relatou que trabalhou na empresa MACHADO entre junho de 2007 e fevereiro de 2009 no desempenho da função de auxiliar contábil, período no qual

recebia ordens do Sr. “Marquinhos”.

Afirmou ter conhecimento das arrematações efetivadas pela empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP nos leilões realizados pela Justiça Federal em desfavor da CERVEJARIA, e que aquela, além de prestar serviços a essa, também o fazia às empresas OESTE BEER e RR.

Por fim, corroborou aquilo que as demais testemunhas disseram, ou seja, que a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, administrada por MARCOS em virtude de uma procuração, prestava serviços de locação de caminhões, veículos e equipamentos, *os quais eram adquiridos nos mencionados leilões*. Bem por isso, esclareceu que vários bens (veículos, reservatório de cerveja e maquinários de produção) foram locados à própria CERVEJARIA.

Conforme se observa dos autos, as arrematações concretizadas não corresponderam ao seu conceito jurídico, uma vez que não houve a transferência forçada dos bens penhorados para terceiros, e aquele que ofertou o maior lance utilizou-se de interposta pessoa para livrá-los das execuções em andamento.

Além de permanecer a CERVEJARIA MALTA LTDA., executada, na posse dos bens leiloados, simulou dezenas de contratos de locação com a empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, pessoa jurídica com aparente falta de movimentação social, que tinha por sócia majoritária EDNA, irmã e filha dos únicos sócios da CERVEJARIA MALTA.

Quando de sua oitiva neste processo, Fernando Machado Schincariol não soube afirmar quais eram as outras empresas para quem MACHADO TRANSPORTES prestava serviços, situação que mais uma vez traz à baila a máxima da valoração da ausência de apresentação de provas de fácil produção pelo réu, numa demonstração tranquila de que o único objetivo dessa empresa era prestar-se a servir às atividades escusas levadas a efeito pelos sócios da aludida Cervejaria.

*Concretizando as normas constitucionais fundamentais da ampla defesa e do contraditório, todas as provas materiais e testemunhais utilizadas no feito nº 00015887-2007.403.6116 foram reproduzidas neste processo, estando as subjetivas encartadas no dispositivo de áudio e vídeo de fl. 780 e 1187. Logo, reiterou-se a submissão de tais provas ao crivo das disposições fundantes representadoras do elemento de segurança da relação jurídica processual.*

Comprovada a existência de uma estrutura criminosa estável e duradoura vocacionada a fraudar as arrematações de bens da CERVEJARIA MALTA LTDA, cumpre somente analisar se efetivamente restou comprovada alguma participação e/ou coautoria do réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA nela, conforme consta na denúncia.

#### DA AUTORIA

Inicialmente, cumpre enfatizar que o próprio réu admitiu, em sua resposta à acusação, ter atuado como advogado da Cervejaria Malta Ltda. e de seus sócios Caetano Schincariol, Fernando Machado Schincariol, Caetano Schincariol Filho, bem como de Edna Machado Schincariol Preci, filha do primeiro e irmã dos demais, figurando nessa situação por aproximadamente 15 (quinze) anos até o rompimento contratual ocorrido em 04/07/2007.

Conclui-se facilmente que o acusado defendeu os interesses jurídicos do bando mencionado durante todo o período delituoso narrado na inicial, ou seja: de 03/08/2006 a 24/04/2007.

Até esse momento, as constatações não têm, por si, nenhuma relevância, notadamente porque a situação de advogado é inábil, isoladamente, a levar à conclusão pelo recaimento da autoria do esquema criminoso esmiuçado sobre o causídico denunciado.

É verdade que este processo penal teve início, precipuamente, em virtude de denúncia

lavrado pelos corréus Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho, quando interrogados o processo penal nº 0001587-76.2007.403.6116.

Na qualidade de denunciante, foram ouvidos como informantes neste feito, tendo Fernando Machado Schincariol *efetivamente confirmado que JUVENAL o teria orientado, na época dos leilões dos bens penhorados da CERVEJARIA MALTA, que tais bens poderiam ser adquiridos pela Machado Transportadora e, posteriormente, locados à CERVEJARIA MALTA* (fls. 322, mídia de fls. 325, a partir de 02min50s.), e que o escritório do réu era o único prestador de serviços àquela CERVEJARIA (a partir de 05min47s).

Caetano Schincariol Filho, por sua vez, foi igualmente enfático ao afirmar *ter partido de JUVENAL TEDESQUE a orientação para que os bens da Cervejaria Malta fossem arrematados pela MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, sendo acusado advogado daquela empresa por 12 a 15 anos, incluindo o período alusivo à época dos fatos* (a partir de 012s).

Tal como a condição de advogado, as informações prestadas por Caetano Schincariol Filho e Fernando Machado Schincariol também são insuficientes, por si mesmas, a amparar a pretensão punitiva lastreada na peça acusatória, isso porque restou demonstrando no processo que o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA travou com os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL e CAETANO SCHINCARIOL FILHO um épico rosário de processos judiciais que ventilou desde cobrança de honorários advocatícios a pretensão indenizatória, situação ocasionadora de idiosincrasia que não pode passar ao largo dos olhos desse julgador, mormente para aferir, com tranquilidade e justiça, se a acusação ensejadora deste processo penal foi expressão da verdade ou manifestação deliberada de retaliação.

Falta, portanto, uma prova documental plausível de emprestar credibilidade às informações dos corréus aludidos e de demonstrar possível desvio ético na militância da advocacia pelo réu consubstanciado na mentalização, arquitetura, e desenvolvimento do esquema delituoso revelado. Ou melhor, faltava!

Embora tenha alegado nortear todo seu comportamento profissional pela esteira da ética, o próprio JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA contrariou-se e denunciou-se.

É que fez revelações por demais detalhadas nos autos dos embargos à execução nº 047.01.2008.003821-4, que tramitou perante o Juízo da 4ª Vara Cível da Comarca de Assis/SP; nos autos da ação declaratória nº 047.01.2008.004899-7, que tramitou perante o Juízo da 1ª Vara Cível da Comarca de Assis/SP; nos autos da ação de cobrança de honorários, que tramitou por uma das varas cíveis da Comarca de Assis/SP; bem ainda nos autos das execuções por quantia certa de fls. 1030/1036 e 1037/1050.

Pelo documento de fls. 997/998, volume IV, é possível denotar a informação prestada pelo dito réu revelando que a CERVEJARIA MALTA fraudava o Fisco mediante declarações de ICMS sem o respectivo recolhimento, sonegava impostos e infringia a legislação fiscal do Estado.

Além disso, justificou a cobrança de honorários em razão de ter *agilizado a expedição de carta de arrematação em processo no qual EDNA SCHINCARIOL figurou como arrematante, conforme estratégia traçada juntamente à empresa, cujo resultado teria sido extremamente vantajoso* (fl. 997/998 do volume IV). Aliás, fez ressalvas no sentido de que *suas estratégias, tendentes à recuperação do patrimônio da CERVEJARIA, ainda estavam sendo utilizadas*.

Pela clareza solar de tal conteúdo, cumpre trazê-la em sua inteireza, esclarecendo que o fez em resposta aos embargos à execução que moveu contra os corréus irmãos:

...Pois, alegar que o signatário está cobrando por um serviço que não foi prestado, é um absurdo, sendo de pleno conhecimento, que neste caso (execução fiscal nº 122/03), e em tantos outros, que se for necessário, serão trazidos à baila, a empresa embargante e seu advogado, deixaram propositalmente transcorrer o prazo para propor embargos de comum acordo com seu advogado à época, *ficou definido que, ante aos bens penhorados (5 veículos), o processo transcorreria até a fase do leilão, para daí se efetuar a arrematação ou remição dos bens por parentes dos sócios da Cervejaria Malta.*

(...)

Sendo ainda que, neste caso específico, *embora o signatário não tenha atuado em nome da embargante, o mesmo ingressou no processo em nome da arrematante Edna Schincariol visando agilizar a expedição de carta de arrematação, bem como, com a estratégia traçada juntamente com a empresa, o resultado foi extremamente positivo e vantajoso para a mesma, fazendo jus ao recebimento de honorários contratados com a embargante.*

Ressalte-se ainda que, esta e outras estratégias traçadas pelo signatário juntamente com a empresa embargante, ante os seus resultados positivos, *visando a recuperação do patrimônio da mesma, estão sendo utilizados até hoje pela embargante, com o aval dos novos procuradores.*

Aludida prova é a peça fundamental que faltava nesse “quebra-cabeça” processual, haja vista ser possuidora de forte carga persuasiva e condensadora das demais provas produzidas, revelando que o réu, efetivamente, valeu-se da militância da advocacia para oferecer serviços tanto escusos quanto criminosos fitados a liberar os bens da CERVEJARIA MALTA LTDA das infundáveis constrições judiciais que pesam sobre eles, “recuperando” o patrimônio de sua cliente.

Referida assunção imprópria da autoria delitiva empresta, agora, maior credibilidade ainda aos testemunhos prestados por MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA, FRANCISCO JOSÉ LONGUINI, ELIANI BUZZO e ROGÉRIO WOHN RATH BELLINI (dispositivo de mídia de fls. 1187) no sentido de que o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA participava ativamente, e com voz de comando, das reuniões nas quais a engrenagem criminosa era arquitetada.

Esse novo contexto probatório possibilita vislumbrar, também, a verdade nas afirmações dos irmãos FERNANDO e CAETANO FILHO de que foram orientados por seu advogado, o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, a, mais uma vez, preferir o caminho da marginalidade.

A autoria, pois, recai inegavelmente sobre o acusado JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA.

#### DA TIPICIDADE

A tipificação do delito de formação de quadrilha requer, inicialmente, a demonstração da prática estável e permanente de crimes.

O contexto probatório delineado nestes autos revela que os fatos subsumam-se aos tipos penais dos artigos 358, por 6 (seis) vezes, na forma do art. 71, e 288, c/c art. 69, todos do Código Penal.

O artigo 358 do Código Penal contempla a descrição típica do crime de “violência ou fraude em arrematação judicial”, estando assim redigido:

Art. 358 - Impedir, perturbar ou *fraudar arrematação judicial*; afastar ou procurar afastar concorrente ou licitante, por meio de violência, grave ameaça, fraude ou oferecimento de vantagem:

Pena - detenção, de dois meses a um ano, ou multa, além da pena correspondente à violência.

Na esteira dos ensinamentos do saudoso JULIO FABBRINI MIRABETE (Código penal interpretado. 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 2049):

As condutas típicas são as de impedir, perturbar *ou fraudar*, tal como no art. 335, com a distinção que diz respeito ao ato que é objeto da conduta, não mais concorrência ou hasta pública promovida pela administração direta ou indireta, mas arrematação judicial, ou alienação em hasta pública, promovida por particular (art. 686 a 707 do CPC).

(...)

Para a ocorrência do crime, é necessário que a arrematação esteja pelo menos aparelhada para seu início. Assim, a sustação do leilão com manobra fraudulenta do agente ao emitir cheque sem fundos para liquidação da execução não constitui o crime definido no art. 358, mas o do art. 171, VI, do CP. (op. cit. p. 2051)

Conforme já demonstrado, o réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA, juntamente com Fernando Machado Schincariol e Caetano Schincariol Filho, incorreu na conduta típica de formação de quadrilha para “fraudar arrematação judicial”.

Com efeito, na medida em que a arrematação, caracterizada como ato expropriatório, tem por fim transferir ao arrematante a titularidade do bem que antes pertencia ao executado<sup>(13)</sup>, as arrematações levadas a efeito pela empresa MACHADO acabaram por obstaculizar a essência do próprio instituto.

Na realidade, apenas aparentemente é que se pode afirmar ter havido arrematações, haja vista que os bens leiloados, à guisa das provas produzidas, sequer saíram do estabelecimento da CERVEJARIA MALTA LTDA, a qual, com tal manobra, conseguiu não apenas dar prosseguimento nas atividades industriais, como também livrá-los das demais constrições existentes em razão das inúmeras execuções fiscais contra ela propostas.

Dito de outro modo, a simulação concretizada entre a executada CERVEJARIAMALTA LTDA e a arrematante MACHADO TRANSPORTE LTDA EPP consistiu na arrematação de bens pela própria devedora, em valor inferior à avaliação e com pagamento parcelado em sessenta vezes, através da utilização de interposta pessoa (a arrematante MACHADO TRANSPORTADORA), empresa que integra (ou integrava) grupo econômico vinculado à devedora executada e seus sócios.

E nem se diga que executada e arrematante se tratavam de pessoas jurídicas diversas, e que, conseqüentemente, tais arrematações observaram os requisitos necessários à higidez, tendo havido transferência da titularidade dos bens arrematados.

A bem da verdade, as provas são robustas no sentido de que a empresa arrematante agia como *longa manus* da executada. Em outras palavras, tratava-se de empresa de fachada constituída exclusivamente para atuar na defesa dos interesses daquela última (CERVEJARIA MALTA LTDA – executada).

À época dos fatos, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI, filha de CAETANO SCHINCARIOL e irmã de FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL e de CAETANO SCHINCARIOL FILHO – *únicos sócios da CERVEJARIA*, era proprietária majoritária da empresa MACHADO,

13 Conforme lecionava Liebman, o órgão judicial, “no exercício de sua função, transfere a título oneroso o direito do executado para outrem”. (In AMARAL, Moacyr Santos. Primeiras linhas de direito processual civil. vol. 3. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 1995. pg. 1980)

detendo cerca de 97,333% do seu capital social (fl. 333, apenso I do volume II).

Apenas para evitar a unipessoalidade no quadro social da empresa MACHADO, conforme relatado pelo corréu FERNANDO MACHADO nos autos do processo penal nº 0001587-76.2007.403.6116, ROQUE DOMINGOS, CARLOS ALBERTO BITTENCOURT e MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA também constaram, cada qual em épocas diferentes e sucessivas, como sócios-proprietários daquela.

No entanto, a parcela de capital social que lhes cabia era diminuta (2,777% - f. 333 do apenso I do volume II). Além disso, nenhum dos sócios minoritários dispendeu qualquer importância para a aquisição de tais quotas, tampouco recebeu por elas quando das respectivas sucessões, além de que, enquanto sócios-proprietários, não percebiam pro labore ou qualquer outra forma de rendimento. Nesse sentido, os depoimentos de CARLOS ALBERTO e MARIA APARECIDA, bem como o interrogatório do corréu FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, todos realizados nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 e colacionados no dispositivo de mídia de fls. 1187.

*CARLOS ALBERTO também confirmou que, com certeza, foram os corréus FERNANDO e CAETANO quem pagaram todas as quotas de todos os sócios da MACHADO, inclusive as da EDNA, da MARIA APARECIDA e do MARCOS NUNES, tal como fizeram com ele* (dispositivo de fls. 1187). Esse fato revela com clareza solar que os sócios da executada, CERVEJARIA MALTA LTDA, também estavam à frente da administração da arrematante (MACHADO).

Como se isso não bastasse, é preciso consignar que vultosa importância de dinheiro, cerca de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), utilizada para majorar o capital social da empresa MACHADO, originou-se de doação feita a EDNA por seu pai, que à época era sócio da CERVEJARIA MALTA LTDA., e que outro aporte, de aproximadamente R\$ 66.000,00 (sessenta e seis mil reais), saiu da conta conjunta que EDNA mantinha com sua mãe, conforme revelam as provas colacionadas aos autos.

Vêm também ao encontro dessas constatações as provas de que a empresa MACHADO voltava-se à prestação de serviços quase que exclusivamente à CERVEJARIA MALTA, além do fato de o local indicado como sua sede (Av. Otto Ribeiro, nº 963) ter pertencido, pelo menos à época dos fatos, ao corréu CAETANO SCHINCARIOL FILHO, e ter servido de estacionamento aos caminhões da CERVEJARIA, conforme ilustrado às fls. 165 (apenso I, vol. I). Inclusive, o laudo de vistoria do Corpo de Bombeiros, juntado às fls. 363 (apenso I, vol. II), indica que o local era utilizado como garagem.

Por fim, os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL e CAETANO SCHINCARIOL FILHO, quando inquirido judicialmente nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 (dispositivo de fls. 1187), *prova reiterada neste processo (f. 997/998), confessaram que JUVENAL, alertando-os de que a CERVEJARIA corria o risco de ter todos os bens leiloados, os aconselhou a pedir a EDNA, sua irmã e então sócia-proprietária da MACHADO, que os arrematasse e os arrendasse logo em seguida, nem que para tanto fosse preciso solicitar empréstimo ao corréu CAETANO SCHINCARIOL (pai de ambos).*

*A vontade livre e consciente do réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA extrai-se do comportamento de instruir, orientar, seus clientes a fraudar as arrematações, os quais, sabedores da ilegitimidade da CERVEJARIA para ofertar lanços, e que tampouco se dispunham a remir a execução, valeram-se de interposta pessoa para assim o fazer. Consequentemente, lograram livrar os bens das penhoras e demais constrições judiciais sem que para tanto fosse necessário adimplir o valor integral das execuções, burlando flagrantemente a ordem jurídica.*

Como se observa, dúvida não paira no sentido de que JUVENAL ANTONIO TEDES-

QUE DA CUNHA uniu-se aos corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI e CAETANO SCHINCARIOL, orientando e dirigindo as atividade desses, para fraudarem dolosamente as arrematações judiciais realizadas nos autos das execuções fiscais n<sup>o</sup> 1999.61.16.001465-4 (POR DUAS VEZES), n<sup>o</sup> 2002.61.16.001025-0, n<sup>o</sup> 2003.61.16.000045-4, n<sup>o</sup> 2003.61.16.00232-3 e n<sup>o</sup> 2003.61.16.001182-8.

A demonstração incontestável dos eventos criminosos dos quais participou JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA é fundamental para embasar a existência material e, conseqüentemente, a tipicidade do delito de formação de quadrilha ou bando preconizado no artigo 288 do Código Penal, na redação anterior à vigência da Lei n<sup>o</sup> 12.850/2013, assim descrita:

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

No que tange ao número mínimo de pessoas associadas, percebe-se a satisfação da exigência legal.

Depreende-se dos autos que pelo menos 6 (seis) pessoas tiveram envolvimento direto com os fatos *sub judice*: EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI, CAETANO SCHINCARIOL, FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES e JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA. Portanto, mais de três pessoas associaram-se e mantiveram-se associadas permanentemente com o propósito de fraudar arrematações judiciais, muito embora os dois primeiros já tenham falecido.

A propósito, consigne-se que EDNA e CAETANO SCHINCARIOL faleceram após a data da última arrematação<sup>(14)</sup>, as quais se deram nos dias 03/08/2006, 16/08/2006, 17/08/2006, 09/04/2007 e 24/04/2007.

Ainda que assim não fosse, a extinção da punibilidade em relação a alguns integrantes do grupo não tem o condão de descaracterizar o delito, consoante farta jurisprudência doméstica nesse sentido:

STF: A extinção da punibilidade com relação a participantes do crime de quadrilha ou bando, reduzindo a apenas três o número dos que restam condenados, não repercute para desfigurar o tipo criminal que se consubstanciou no momento de sua consumação, pela atuação coletiva de agentes em número além do mínimo exigido. (RT 604/461).

STJ: (...) No crime de quadrilha ou bando, que pressupõe a associação de mais de três pessoas, o reconhecimento da prescrição da pretensão punitiva quanto a dois corréus extingue apenas o direito de o Estado os punir, não descaracterizando, é indubitável, o delito, nem afastando, em consequência, a imposição de pena aos demais acusados imputáveis, ainda que em número de dois. (RT 799/552). No mesmo sentido: EJUSTJ 32/299.

Nessa linha intelectual, tem-se por satisfeita a plurissubjetividade.

A estabilidade do vínculo associativo entre os corréus e o propósito delitivo também estão categoricamente comprovados.

14 EDNA MACHADO SCHINCARIOL faleceu no dia 01/05/2009 e o Sr. CAETANO SCHINCARIOL no dia 19/05/2009.

Conforme demonstram as provas mencionadas, EDNA MACHADO SCHINCARIOL PRECI, CAETANO SCHINCARIOL, FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL, CAETANO SCHINCARIOL FILHO, MARCOS ANTÔNIO NUNES e JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA deliberaram conjuntamente acerca da constituição da empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA EPP, derradeiramente denominada MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – EPP, constituição essa fitada exclusivamente a arrematar bens da CERVEJARIA MALTA em leilões judiciais.

Embora apenas EDNA (com 97,3333% das quotas sociais – fls. 333) figurasse como sócia da empresa MACHADO TRANSPORTES LTDA – ao lado de outros sócios que ao longo do tempo foram se sucedendo –, seus familiares – o pai e os irmãos, únicos sócios da CERVEJARIA MALTA LTDA – também tinham ingerência direta “na sua empresa”.

Além disso, outra prova no sentido de que os sócios da CERVEJARIA também estavam envolvidos na administração da empresa MACHADO consta do depoimento prestado por CARLOS ALBERTO BITTENCOURT nos autos da ação penal nº 0001587-76.2007.403.6116 (anexo neste processo através do dispositivo de mídia de fl. 780 do volume III), segundo o qual *com certeza foram os corréus FERNANDO e CAETANO quem pagaram todas as quotas de todos os sócios da MACHADO, inclusive as da EDNA, da MARIA APARECIDA e do MARCOS NUNES, tal como fizeram com as dele.*

Por fim, lembre-se que coincidentemente no mesmo dia em que a empresa MACHADO efetuou DUAS grandes arrematações, as quais perfizeram um total de R\$ 2.064.900,00 (dois milhões, sessenta e quatro mil e novecentos reais)<sup>(15)</sup>, seu capital social, que era de apenas R\$ 20.000,00, foi elevado para R\$ 375.000,00 (5ª alteração contratual – fls. 136, apenso I, vol. I), sendo que parte do dinheiro (R\$ 66.000,00) saiu de uma conta bancária que EDNA mantinha em conjunto com sua mãe, enquanto que aproximadamente R\$ 100.000,00 originaram-se de suposta doação feita por seu pai, CAETANO SCHINCARIOL (um dos sócios da CERVEJARIA).

É de se notar, aliás, que foi MARCOS ANTÔNIO NUNES quem, por ocasião dos leilões, ofertou lanços e subscreveu os respectivos autos de arrematação na condição de responsável máximo pela empresa MACHADO, conforme se denota das fls. 76 (apenso I, bem como dos autos de *arrematação que acompanham a presente* (fl. 90, apenso I do volume I e 366, apenso II do volume I).

Aliás, a prova coligida revela claramente que MARCOS administrava a empresa arrematante na época dos fatos sub judice, malgrado ter feito parte do seu quadro-societário somente a partir de fevereiro de 2008.

EDNA MACHADO, quando ouvida no Inquérito Policial do feito nº 001587-76.2007.403.6116, esclareceu que, em virtude dos seus problemas de saúde, a gerência e administração da empresa MACHADO ficaram a cargo de MARCOS, o qual dispunha de uma procuração que, inclusive, lhe conferia poderes para “... dar lance de arrematação em leilões de bens, assinando termo de arrematação e respectivo auto, efetivar os correspondentes depósitos de valores em todos os procedimentos envolvendo os interesses da empresa...” e “... pagar taxas, guias de recolhimentos, receber e dar quitação”. Confirmaram essa versão MARIA APARECIDA KEIKO SACURAI SEKIYA (dispositivo de fls. 1187), CARLOS ALBERTO POMARI (dispositivo de fls. 1187) e os corréus FERNANDO MACHADO SCHINCARIOL (dispositivo de fls. 1187) e CAETANO SCHINCARIOL FILHO (dispositivo de fls. 1187).

15 A) Autos nº 2003.61.16.000232-3 – Data: 16/08/2006. Valor: R\$ 180.000,00 (fl. 21, apenso II, vol. I); B) Autos nº 2003.61.16.000045-4 – Data: 16/08/2006. Valor: R\$ 1.884.900,00 (cópia em anexo).

É indene de dúvida que amplos poderes assim só são atribuídos a quem realmente disponha de poderes para gerenciar a pessoa jurídica.

Pouco importa, ainda, a circunstância de à época dos fatos MARCOS não ter constado do quadro social da empresa, até porque é irrelevante à configuração do crime de quadrilha a divisão de tarefas e o estabelecimento de lideranças, tampouco o conhecimento entre si dos participantes.

STJ: Crime de quadrilha, pelo seu caráter plurissubjetivo, dispensa o exame aprofundado do grau de participação de cada um na ação delituosa, bastando o fato da integração na quadrilha para figurar o acordo para a prática de crimes. (RSTJ 110/354)

JSC: No crime de formação de quadrilha ou bando pouco importa que os seus componentes não se conheçam reciprocamente, que haja um chefe ou líder, que todos participem de cada ação delituosa ou que cada um desempenhe uma tarefa específica. O que importa verdadeiramente é o propósito deliberado de participação ou contribuição, de forma estável e permanente, para o êxito das ações do grupo. (RT 655/319)

Também não descaracteriza o delito o fato de apenas MARCOS ter comparecido nos leilões e procedido às arrematações, afinal ele assim o fazia justamente em razão do suporte ofertado pelos demais corréus. Nesse sentido:

TJSP: Aquele que, de qualquer forma, concorra para a trama ilícita, responde pelo crime de quadrilha ou bando, ainda que não tenha participado da execução material dos delitos perpetrados pela sociedade criminosa, pois o crime se consuma pela simples associação e não pelos resultados. (RT 747/652)

Ao réu JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA coube, nada mais nada menos, o papel de mentor da empreitada criminosa, sendo ele quem, primeiramente, alertou os comparsas sobre a possibilidade de todos os bens da CERVEJARIA serem alienados forçadamente e, então, idealizou, estruturou e concretizou as fraudes às arrematações, orientando o comportamento dos demais.

Trilhando seu comportamento por esse norte, JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA fez com que suas condutas amoldassem-se, por subordinação típica direta e imediata, aos tipos penais previstos nos artigos 288 e 358 do Código Penal. *No entanto, a peça acusatória, possivelmente em virtude da prescrição da pretensão punitiva dos delitos de fraude à arrematação, não incluiu aludido tipo penal, limitando-se a denunciá-lo pelo cometimento do crime de formação de quadrilha ou bando.*

### 2.3 DA DOSIMETRIA DA PENA

#### *Das circunstâncias judiciais*

A *culpabilidade* deve ser sopesada em desfavor do acusado porque se valeu do conhecimento jurídico que detinha por ser advogado e da ampla visão jurídica que tal situação lhe possibilitava para, dessa forma, arquitetar *juridicamente* toda a estratégia criminosa colocada em prática pela quadrilha da qual participante.

Com conhecimento jurídico específico, mormente na seara do direito penal tributário, o réu não apenas alardeou aos demais corréus a possibilidade de alienação judicial de todos os bens da sociedade empresária CERVEJARIA MALTA LTDA como, também, apresentou-os um novo horizonte a aclarar a situação profissional, processual e criminal deles - que, à essa altura, já estava judicialmente nebulosa -, uma oportunidade de permanecerem nos bens já

constritos e com leilões designados, evitando a transferência forçada desses bens a terceiros e, conseqüentemente, a paralisação das atividades empresariais.

O réu não registra antecedentes criminais, além de inexistirem meios para aferir sua personalidade, e, ademais, não há provas de que seu comportamento social seja merecedor de apontamento negativo.

Os motivos não foram além de unir esforços para praticar crimes reiterada e permanentemente.

As *circunstâncias* pesam em contrário ao acusado porque a quadrilha praticara os delitos mediante a constituição de empresa informal, ou seja, de “fachada” (MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP), fitada exclusivamente para concretizar os desideratos criminosos.

A audácia foi tamanha que a empresa foi forjada mantendo o mesmo endereço da CERVEJARIA MALTA LTDA, numa clara demonstração de que os agentes, incluindo o réu, estavam certos da impunidade do crime, tanto que somente alteraram o endereço quando o Ministério Público Federal questionou a identidade com o daquela.

Paralelo a isso, notou-se alteração contratual na empresa MACHADO TRANSPORTADORA LTDA – EPP, mediante injeção fictícia de aumento de capital social, na exata medida em que também se aumentava a ganância do bando na arrematação de bens de altos valores, ou seja, para lastrear formalmente a arrematação milionária, tudo para dificultar sobremaneira a punição ou garantir a vantagem da ação fraudulenta.

Nota-se, ainda, que o engenho criminoso foi bem orquestrado no sentido de entabular-se, também ficticiamente, contratos de locação nos quais a empresa MACHADO TRANSPORTE LTDA (denominação alterada posteriormente para MACHADO LOCADORA DE VEÍCULOS, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS – EPP) figurava como locadora, em contratos igualmente fictícios, à CERVEJARIA MALTA LTDA dos bens arrematados fraudulentamente, tudo a possibilitar que essa permanesse nos bens cujas alienações buscava-se.

As *consequências*, igualmente, são dignas de maior reprovabilidade, porquanto beneficiou sobremaneira a CERVEJARIA MALTA LTDA que, até hoje - e a despeito de manter dívida bilionária com o fisco e ostentarem seus sócios um cabedal de condenações pelo cometimento de crimes tributários (algumas, inclusive, já transitadas em julgado), está na disposição dos bens e os utiliza na continuidade do processo industrial. Assim, não fosse a atuação exitosa da quadrilha na fraude à arrematação, já não deveriam tais bens estar sobre seus cuidados e, fatalmente, o fechamento da unidade empresarial seria certo.

A rigor, portanto, a CERVEJARIA MALTA LTDA, através de esquema criminoso em apreço, foi premiada na manutenção da livre disposição desses bens cuja fraude à arrematação frustrou a alienação forçada, estando nessa situação até então.

Essas consequências vão além, pois, perpassam à sociedade a imagem de descrédito com relação à Justiça Federal, pois, empresa notoriamente sonegadora de tributos, cujos sócios já foram reiteradas vezes condenados criminalmente por delitos desse jaez, continua explorando normalmente sua atividade como se intocável fosse, e tudo isso graças às nulidades das arrematações causadas pelas fraudes perpetradas pelos agentes, cuja consequência foi a sempre almejada pelo bando: manter a CERVEJARIA MALTA LTDA na disposição dos bens judicialmente constritos pelo maior tempo possível. A perenidade desse lapso temporal demonstra, a um só tempo, o sucesso da empreitada criminosa e o fracasso do Estado na repressão aos crimes cometidos.

O comportamento da vítima – UNIÃO – não é influente.

Havendo 3 (três) circunstâncias judiciais desfavoráveis, fixo a *pena-base em 1 (um) ano e 9 (nove) meses de reclusão*, esclarecendo que cada circunstância judicial desfavorável fora fixada em 3 (três) meses mediante cálculo matemático consubstanciado na divisão da diferença entre as penas mínima e máxima cominadas (24 meses) por 8 (número de circunstâncias judiciais), desprezando-se eventuais frações.

#### *Das causas agravantes e atenuantes*

Faz-se presente a agravante arrolada na alínea “g” do inciso II do artigo 61 do Código Penal, eis que o réu agiu com violação de dever inerente à profissão de advogado, ofendendo o disposto no artigo 33, *caput*, da Lei nº 8.906/94, cumulado com o artigo 2º, parágrafo único, inciso I e II, do Código de Ética e Disciplina da Ordem dos Advogados do Brasil.

Também está nitente a presença da causa agravante prevista no artigo 62, I, d Código Penal, porquanto as provas subjetivas demonstraram inequivocamente que o réu dirigiu as atividades dos demais agentes, traçando a estratégia criminosa e orientando-os a segui-la, como admitido pelo próprio réu nos documentos de fls. 997/998 (Volume IV).

Esclareço, ademais, que a ausência de tal agravante na denúncia não obsta seu reconhecimento de ofício pelo Juiz, consoante previsão expressa no artigo 385 do Código de Processo Penal.

Não há circunstância atenuante.

Assim sendo, e adotando o mesmo produto matemático oriundo do método já referido, *agravo a pena em 6 (seis) meses em razão das 2 (duas) circunstâncias agravantes para perfazê-la, por ora, em 2 (dois) anos e 3 (três) meses de reclusão*.

#### *Das causas de aumento e de diminuição*

Não há.

#### *Da pena definitiva*

Fica a pena definitiva estabelecida em *2 (dois) anos e 3 (três) de reclusão*.

#### *2.4 Das disposições processuais*

O réu poderá apelar em liberdade porque assim permaneceu durante todo o curso do processo.

O regime inicial de cumprimento de pena será o aberto, nos termos do artigo 33, § 2º, “c”, do CP.

Presentes os requisitos do artigo 44 do CP, substituo a pena privativa de liberdade por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviço comunitário e outra pecuniária, ambas a serem definidas pelo juízo da execução.

### 3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal deduzida na inicial para **CONDENAR JUVENAL ANTONIO TEDESQUE DA CUNHA**, (brasileiro, maior, advogado, natural de Assis/SP, nascido em 14/09/1953, filho de Juvenal Laureano da Cunha e Alzira Tedesque da Cunha, portador do RG nº 6.314.089 SSP/SP, inscrito no CPF sob o nº 538.423.408-34, residente na Rua 9 de Julho, 09, Assis/SP) à *pena de 2 (dois) anos e 3 (três) de reclusão pela prática do delito de formação de quadrilha, previsto no artigo 288 do Código Penal*.

4. Condeno o réu, ainda, ao pagamento das custas processuais.

5. Transitada em julgado a sentença: a) oficie-se a Justiça Eleitoral competente, dando-

lhe ciência desta condenação para que proceda às providências pertinentes (CF, art. 15, III); b) inscreva-se o nome do réu no rol dos culpados; c) façam-se as comunicações e anotações de praxe; e d) expeça-se carta de guia de recolhimento para o processamento da execução da pena respectiva; e) comunique-se a Ordem dos Advogados do Brasil, tanto à Subseção de Assis/SP quanto à Subseção de Marília/SP, sede do Tribunal de Ética da referida entidade, com cópia integral da presente sentença.

6. Ao SEDI, para que proceda à alteração na situação processual do réu, que deverá passar à condição de “condenado”.

*7. Oficie-se, com cópia integral da presente sentença, ao Ministério Público Federal para a adoção das providências cabíveis, se assim lhe convier, no sentido de retirar os bens, cujas arrematações foram anuladas pelas fraudes cometidas pela quadrilha, da livre disposição e uso dos sócios da sociedade empresarial denominada CERVEJARIA MALTA LTDA., considerando o descrédito que tal situação vem causando à Justiça.*

8. Ultimadas as providências necessárias, arquivem-se os autos com baixa na distribuição. Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Cumpra-se.

Assis/SP, 22 de maio de 2015.

Juiz Federal Substituto LUCIANO TERTULIANO DA SILVA

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

**0000373-64.2013.4.03.6108**

Autor: FERNANDA LOFIEGO RENOSTO

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP

Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/08/2015

Extrato: Perdimento de veículo batedor a caminhão introdutor de mercadoria estrangeira sem regular documentação - Valor das mercadorias mui superior ao dos dois veículos implicados - Legalidade do gesto estatal hostilizado - Reincidência por parte do motorista do carro auxiliar - Improcedência ao pedido.

Vistos etc.

Trata-se de ação ordinária, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada por Fernanda Lofiego Renosto, qualificação a fls. 02, em face da União, por meio da qual requer a declaração de nulidade do Auto de Infração 0810300/00098/2012, sua multa decorrente, bem assim almeja a anulação da pena de perdimento do veículo GM Montana, placa DXY-6002, de sua propriedade, pois nada de ilícito foi encontrado no automóvel, nem com seu condutor (genitor de Fernanda) - o carro, segundo a Polícia Federal e a Receita Federal, trafegava como "batedor" do caminhão que transportava carga de cigarro sem documentação de importação - aduzindo ser inconstitucional a pena de perdimento, tanto quanto ser terceira de boa-fé, porque não praticou qualquer ilícito, além de não ter sido demonstrada a responsabilidade do proprietário do bem para com a prática delituosa, invocando a desproporcionalidade do ato de apreensão do veículo, que tem efeito de confisco. Colimou a antecipação de tutela, a fim de que o veículo seja restituído e fique em sua posse. Postulou os benefícios da Assistência Judiciária Gratuita, deferidos a fls. 165.

A fls. 177/178, a antecipação de tutela foi indeferida.

Interposto instrumentado agravo, fls. 184, houve deferimento parcial do efeito suspensivo, para o fim de restituir o automóvel à proprietária, na condição de fiel depositária, fls. 218/221.

Contestou a União, fls. 207/215, defendendo que as disposições legais autorizam a aplicação da pena de perdimento, pois o automóvel foi utilizado para auxiliar e permitir o êxito de prática delituosa.

Réplica, fls. 241/244, com pedido de produção de prova testemunhal.

Sem provas pela União, fls. 249.

Lavrado termo de entrega e compromisso de fiel depositário, fls. 247.

Manifestou-se o MPF pelo regular processamento do feito, fls. 254. Oitiva de testemunhas realizada, fls. 283 e seguintes.

Alegações finais, fls. 291/294 e 296/297.

A fls. 307/309, foi determinado que a parte autora trouxesse elementos comprovadores de que sofreu autuação em seu próprio nome, uma vez que a documentação dos autos aponta sanção unicamente em nome de Luiz Roberto Renosto, tanto quanto oportunizou-se a manifestação acerca das alegações finais da União.

Requeridas dilações de prazo por duas vezes, fls. 312 e 315, deferidas, fls. 313 e 316, ficou inerte a interessada, fls. 319.

É o relatório.

DECIDO.

Primeiramente, não se há de falar em anulação da multa nem do Auto de Infração, porquanto a autora não comprovou sofreu qualquer autuação - exceto o perdimento do veículo - uma vez que a documentação carreada ao feito aponta sanção a Luiz Roberto Renosto, fls. 67/69, deixando a parte requerente de atender ao comando de fls. 307/309.

Por sua vez, o ato alvejado, fls. 63/65, em âmbito fático, nem é questionado por Fernanda, pois flagrado um caminhão com mercadorias estrangeiras pelo interior do Brasil (cigarro), acompanhado por automóvel batedor (de propriedade formal de Fernanda, fls. 38, mas conduzido por seu genitor) em linguagem aduaneira conhecida como zona secundária, sem documentação hábil à comprovação de sua regular importação.

Realmente, constata-se o estrito cumprimento, formal e efetivo, por parte da União, ao se arrimar no inciso V do art. 104, do Decreto-Lei (DL) 37/66, o qual prevê a perda do veículo quando a conduzir mercadoria passível de perdimento e pertencente ao responsável infracional e, para o caso concreto, aplicável também ao carro batedor, por direta participação no ilícito.

Ao assim se conduzir o Estado, em verdade, denota observância cerrada à legalidade dos atos administrativos, de estatura constitucional, consoante o *caput* do artigo 37.

É dizer, no âmbito da teoria geral das provas e em sede de seu ônus, avulta manifesto não deu cumprimento a parte demandante ao encargo que lhe vem descrito no inciso I do art. 333 do CPC.

De efeito, se o perdimento incide sobre o veículo a conduzir mercadorias estrangeiras, evidente também recaia sobre aquele que comprovadamente concebeu suporte à prática do ilícito, não logrando a parte postulante, em nenhum momento, demonstrar fato distinto, patente a necessidade deste meio de transporte para introdução, no País, dos referidos bens, auxiliado por veículo conduzido por seu genitor.

Desta forma, a amoldagem do caso em espécie ao dispositivo punitivo examinado é máxima.

Ora, é exatamente este o contexto dos autos, em que nenhum desígnio autônomo animou a introdução das mercadorias estrangeiras no País.

Nesta senda, no auto de prisão a Polícia Federal bem descreveu a ação de Luiz Roberto Renosto, que seguiu à frente do caminhão transportador de cigarros, numa espécie de escolta, tendo informado aos agentes, ainda, que metade da carga lhe pertencia, fls. 33/34.

Por igual, Luiz Roberto possui histórico na prática delituosa, fls. 63, último parágrafo, e fls. 304/306, possuindo diversas passagens por região de fronteira, fls. 299/303, assim pessoa afeta a este tipo de comércio.

É dizer, descabido “fazer vistas grossas” a viagens destinadas à região da fronteira com o Paraguai, mui bem se sabendo que as “excursões” para aquelas localidades têm o nítido cunho de efetuar compras no país vizinho, decorrendo daí a infração aqui alvo de discussão.

Efetivamente, em contraposição ao tom de “inocência” apregoado na peça vestibular, mui bem flagrou a Receita Federal que Fernanda tinha o mesmo endereço de seu pai, sendo que somente teve emprego formal um mês após a aquisição do carro, tudo explicitamente rumando ao estratagema capitaneado por Luiz Roberto, pessoa conhecedora dos trâmites aduaneiros, por ser reincidente na conduta, portanto pleno o conhecimento da prática do ilícito, dolosamente tendo colocado o carro em nome de terceira pessoa com o intuito de se ver livre de qualquer tipo de punição, nada mais absurdo ...

Ou seja, permitir-se a liberação do automóvel (objetivamente também “instrumenta sceleris”) em pauta significaria compactuar com a perpetuação de atividade ilícita para, num futuro previsível/próximo, novamente haver apreensão com mais mercadoria ilegal, quando então Luiz Roberto continuará com suas “excursões” na fronteira e, então, alguém virá ao Judiciário alegar “boa-fé”, porque obviamente o veículo não estará em nome de Luiz Roberto, situação evidentemente a não subsistir, porque destoante do ordenamento jurídico e de qualquer conceito de razoabilidade.

Em outro explanar, o sucesso desta demanda em prol do ente privado traduziria verdadeira afronta ao Estado, desafiando o seu poder sancionador e fazendo das leis vigentes letra morta, além de configurar celebração à impunidade, mal que campeia e se difunde entre os infratores, tornando a prática delituosa meio de vida sustentável, circunstância que a demandar vigorosa repressão, não, condescendência.

Deste modo, diante do contexto fático dos autos, de todo o acerto o ato praticado pela Receita Federal do Brasil, cenário este em consonância com o v. entendimento exarado pelo C. Superior Tribunal de Justiça:

ADMINISTRATIVO - DECRETO-LEI 37/66 - VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC - NÃO OCORRÊNCIA - PENA DE PERDIMENTO DE VEÍCULO - APLICABILIDADE SE COMPROVADA A RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO NA PRÁTICA DO DELITO....

3. A pena de perdimento de veículo utilizado para conduzir mercadoria sujeita a mesma sanção está prevista no art. 96 do Decreto-Lei nº 37/66, exigindo a norma, para a perfeita subsunção do fato à hipótese nela descrita, que o veículo esteja transportando “mercadoria sujeita à pena de perda, se pertencente ao responsável por infração punível com aquela sanção” (art. 104, V).

4. *Tratando-se de dispositivo legal que disciplina, especificamente, a aplicação da pena de perdimento de veículo, a expressão “pertencer ao responsável pela infração” tem relação com o veículo transportador, e não com as mercadorias transportadas.*

5. *Ainda que o proprietário do veículo transportador ou um preposto seu não esteja presente no momento da autuação, possível será a aplicação da pena de perdimento sempre que restar comprovado, pelas mais diversas formas de prova, que sua conduta (comissiva ou omissiva) concorreu para a prática delituosa ou, de alguma forma, lhe trouxe algum benefício (Decreto-Lei nº 37/66, art. 95).*

6. Entendendo o Tribunal de origem que a empresa autora concorreu para a prática do ato infracional ou dele se beneficiou, não é possível rever essa conclusão em sede de recurso especial, por incidir o óbice da Súmula 7/STJ.

7. A apreensão do veículo durante a tramitação do procedimento administrativo instaurado para averiguar a aplicabilidade da pena de perdimento constitui medida legítima, consoante os ditames do art. 131 do Decreto-Lei nº 37/66.

8. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido, prejudicado o pedido de antecipação da tutela recursal.

(REsp 1243170/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/04/2013, DJe 18/04/2013)

Por igual, também merecem destaque os v. precedentes infra, a cancelarem a legalidade do ato combatido:

TRIBUTÁRIO. PERDIMENTO DE VEÍCULO. AUTOMÓVEL “BATEDOR”. POSSIBILIDADE. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO. DESPROPORCIONALIDADE DA PENA EM RELAÇÃO À INFRAÇÃO.

1. *Ficando demonstrada a utilização de veículo como “batedor” na atividade de introdução*

*ilegal de mercadoria estrangeira no território nacional, possível a pena de perdimento desse veículo, que contribuiu, decisivamente, para a prática do ilícito. Orientação da 1ª Seção deste Tribunal.*

2. A proporcionalidade no contexto da norma vertente deve ser avaliada não apenas sob o prisma matemático, mas, sobretudo, axiológico, uma vez que a perda do bem não visa somente o ressarcimento ao Erário, mas, também e precipuamente, impedir a habitualidade do contrabando e do descaminho. Este critério dita que sanção tão gravosa como é o perdimento, que importa em verdadeira constrição à liberdade e à propriedade, somente deve ter lugar quando se está diante de situação em que o veículo não cumpre sua função social, vale dizer, é utilizado de forma contrária aos interesses públicos.

3. Para tanto, a conduta deve revelar-se ofensiva, não apenas aos interesses do Erário, já reparado com a perda dos produtos, mas também a valores juridicamente identificados com a coletividade, tais quais, a balança comercial, a concorrência leal, a saúde pública e os direitos do consumidor.

4. Enfim, há de ser feito o juízo de adequação axiológica e finalística entre o ilícito cometido e a sua consequência jurídica, enfocando-se o problema pelo critério da conduta, de modo a sacrificar o mínimo possível de direitos.

5. A tentativa de internalizar o bem sem o cumprimento das formalidades aduaneiras merece censura, mas não demonstra afronta aos interesses de toda a sociedade. Importa lembrar que a pena de perdimento visa impedir a habitualidade do contrabando e do descaminho e outras condutas infratoras à legislação aduaneira.

6. As provas constantes nos autos demonstram que não se trata de proprietário com potencialidade de incorrer novamente no delito, ficam superadas as razões que motivam a aplicação da pena de perdimento.

7. Se o objetivo da medida é retirar do proprietário o instrumento do delito evitando que ele reincida na infração, constatado que o proprietário do automóvel não é reincidente nem, tampouco, apresenta potencialidade de incorrer novamente no delito, ficam superadas as razões que motivam a aplicação da pena de perdimento.

(TRF4, AC 5002930-73.2014.404.7110, Primeira Turma, Relator p/ Acórdão Joel Ilan Paciornik, juntado aos autos em 16/04/2015)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. AUTO DE INFRAÇÃO. TRANSPORTE ILEGAL DE MERCADORIAS. VEÍCULO AUTOMOTOR. RESPONSABILIDADE DO PROPRIETÁRIO NÃO AFASTADA (RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA OBJETIVA). INSTAURAÇÃO DE PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO PARA APLICAÇÃO DA PENA DE PERDIMENTO. POSSIBILIDADE. DECRETOS-LEI N°s 37/66 E 1.455/76; DECRETO N° 4.543/2002 E LEI N° 10.833/03. PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE. INAPLICABILIDADE.

...

3. A Sétima Turma deste Tribunal entende, todavia, ser legítima a apreensão de veículos por transporte de mercadorias sem a documentação legal e sem a comprovação de internação regular no país, respondendo pela infração quem dela se beneficie ou para ela concorra direta ou indiretamente (“responsabilidade objetiva do proprietário do veículo”). Nesse sentido, confirmam-se os seguintes arestos: TRF1, AG 0008602-63.2010.4.01.0000/MG, DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, 28/05/2010 e-DJF1 p.344; TRF1, AC 200534000264055, DESEMBARGADOR FEDERAL LUCIANO TOLENTINO AMARAL, SÉTIMA TURMA, E-DJF1 DATA: 04/12/2009, P. 457.

4. Recentemente, nos autos do AgRg no AG n° 0040583-13.2010.4.01.0000-DF, Sessão de 22/03/2011, Rel. designado DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, este Órgão fracionário reafirmou a mencionada responsabilidade objetiva e a inaplicabilidade do princípio da proporcionalidade em situações de tal natureza, considerando especialmente a natureza do ilícito praticado. Na dicção majoritária da Turma: a) “As normas que regulam a aplicação

da pena de perdimento são cristalinas, devendo a interpretação ser feita de forma literal.” b) “O transporte irregular de mercadorias importadas sem a devida documentação legal sujeita o transportador à pena de multa e à retenção do veículo, nos termos do disposto no art. 75 e 1º, da Lei nº 10.833/2003, cuja constitucionalidade é presumida.” c) “O proprietário, o transportador e o consignatário respondem, conjunta ou isoladamente, pela infração que decorrer do exercício de atividade própria do veículo ou de ação ou omissão dos seus tripulantes. (Decreto-Lei nº 37/66, art. 95).” d) A prevalecer o entendimento da parte autora “de que deve ser afastada a responsabilidade que lhe é legalmente atribuída, decorrente de culpa *in eligendo* ou culpa *in vigilando*, ter-se-ia inviabilizado todo o trabalho de fiscalização.” e) “Não se pode alegar boa-fé quando há desvio de finalidade.” (AC 0018228-19.2009.4.01.3500/GO, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, Sétima Turma, e-DJF1 p.315 de 08/04/2011).

5. *No que tange ao veículo “batedor”, também está sujeito a apreensão, por acobertar atos ilícitos. Nesse sentido, confira-se o julgamento proferido na AMS 00052363420114036108, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2013.*

6. Apelação não provida, com ressalva do entendimento pessoal do Relator. Sentença mantida. (AMS , DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:29/11/2013 PAGINA:564.)

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCAMINHO/CONTRABANDO. PENA DE PERDIMENTO. PROPORCIONALIDADE. ENVOLVIMENTO DO IMPETRANTE NA PRÁTICA DA CONDUTA DELITUOSA.

1. A responsabilidade do impetrante resta evidenciada na medida em que forneceu o meio material para a prática do ilícito, não sendo os documentos acostados aos autos suficientes para demonstrar a boa-fé por ele alegada.

2. Observe-se, inicialmente, que, na mesma data de 20/06/11, outro veículo da propriedade do impetrante (caminhão Volvo, chassi YV2A4B3C8WA277739, placa 2103 YCP) foi apreendido pela Secretaria de Estado de Fazenda do MS, quando, conduzido por Jorge Ederzon Huerta Giogetty, transportava 429 kg de vestuário diverso, mercadoria de procedência estrangeira sem a regular documentação de ingresso no país (fls. 108/109 - Auto de Infração e Termos de Apreensão e Guarda Fiscal nº 0145200/SAANA000041/2011).

3. *Pela análise do auto de prisão em flagrante, verifica-se que os caminhões objeto de apreensão eram amparados por dois veículos, que faziam o serviço de batedores (fls. 53/56), o que denota que a atuação do impetrante se deu de forma organizada, e não ocasional.*

4. No caso em tela, o veículo era conduzido por Marco Antônio Barrera Escalante, empregado da empresa Viltrans, sociedade unipessoal cujo titular é o ora apelante, a quem cabia, portanto, o dever de cuidado em relação à escolha do funcionário que contrata para lhe prestar serviços, devendo fiscalizar a sua atuação, sob pena de responder com base na culpa *in eligendo* ou na culpa *in vigilando*.

5. O contrato firmado entre o impetrante e a empresa Ingenio Sucrialcolholero Aguai S.A. não é apto a fazer prova da sua boa-fé.

6. Diminuta diferença entre os valores acima mencionados, não havendo que se falar, portanto, na desproporcionalidade da sanção.

7. Apelação a que se nega provimento.

(AMS 00014648420114036004, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:14/06/2013)

APELAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. DESCAMINHO/CONTRABANDO. PENA DE PERDIMENTO. PROPORCIONALIDADE AFASTADA PELA HABITUALIDADE DA CONDUTA.

1. Foram duas as razões para a apreensão do veículo cuja restituição ora se requer: ter sido

a ora apelante abordada quando transportava mercadoria de procedência estrangeira sem prova da sua regular importação e ter servido de “batedor” para outro veículo, carregado de um considerável número de maços de cigarro.

2. Quanto à atuação como “batedor”, verifica-se haver nos autos mais que meros indícios de ter a impetrante assim agido. Consoante apurado no inquérito policial nº 0095/2011-4 (fls. 46/60), Celestiano Neto Alves, condutor do Ford Ka, ao ser abordado pelos policiais, ofereceu-lhes propina e confidenciou que havia três “batedores” em uma picape Fiat Strada. Por sua vez, Tânia Portela Lima, ora apelante, admitiu o fato de ter feito comboio com o veículo Ford Ka, o qual foi também confirmado por Roger Alves Freitas e por Leonardo Felix Viana, namorado da impetrante.

3. Quanto ao fato de ter sido a impetrante abordada quando transportava mercadoria de procedência estrangeira sem prova da sua regular importação, a sua responsabilidade resta evidenciada na medida em que é ela a proprietária do veículo apreendido e que o estava conduzindo quando da sua apreensão.

4. De acordo com a jurisprudência uníssona do E. Superior Tribunal de Justiça, a pena de perdimento revela-se legal desde que haja proporcionalidade entre o valor das mercadorias e do veículo apreendido.

5. Ainda que se possa vislumbrar a desproporcionalidade entre os bens em jogo, há de ser afastado o citado entendimento, uma vez que, aqui, o princípio da proporcionalidade deve ser interpretado cum grano salis, de forma ponderada, para que não seja beneficiado aquele que age em desacordo com ordenamento jurídico.

6. Não basta que seja verificada a relação entre os valores dos bens apreendidos; deve-se investigar, igualmente, a existência de circunstâncias que indiquem a reiteração da conduta ilícita, a qual encontra-se presente, já que o veículo de propriedade da ora apelante foi utilizado diversas outras vezes para cruzar a fronteira do Paraguai, consoante apurado junto ao sistema SINIVEM (fl. 89), o que caracteriza a habitualidade na conduta da impetrante.

7. A apelante tem domicílio em Campinas/SP, foi à Foz do Iguaçu em 12/04/11 para retornar no dia 13/04/11 e seu veículo possui 26 registros anotados em um período de 2 meses.

8. Precedentes.

9. Apelação a que se nega provimento.

(AMS 00052363420114036108, DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MARCONDES, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:01/02/2013)

Deveras, afigura-se grave a conduta em análise, pois acarreta prejuízos à indústria e à economia nacionais, além de representar ilícito de ordem tributária e criminal: logo, plena a adequação do procedimento adotado pelo Fisco Federal, porque em consonância com as diretrizes legais vigentes, mais lesiva ainda a conduta porque constatada reincidência, circunstância a afastar qualquer debate acerca da proporcionalidade de valores - ainda que assim não fosse, a carga tem valor de R\$ 70.500,00, quando os veículos estão avaliados em R\$ 39.000,00 (caminhão) e R\$ 25.000,00, fls. 41 - assim indelével a licitude da aplicação da pena de perdimento, este o pacífico entendimento do C. STJ:

TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO DE BEM. REITERAÇÃO DA CONDUTA ILÍCITA. ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que a reiteração da conduta ilícita dá ensejo à pena de perdimento, ainda que não haja proporcionalidade entre o valor das mercadorias apreendidas e o do veículo....

(AgRg no AREsp 402.556/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 19/11/2013, DJe 05/12/2013)

**TRIBUTÁRIO. PENA DE PERDIMENTO. VEÍCULO TRANSPORTADOR (AUTOMÓVEL). REQUISITOS. NECESSIDADE DE REVISÃO DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ.**

*1. Na hipótese dos autos, a Corte de origem denegou a liberação de veículo apreendido, usado na prática do delito de transporte de mercadorias sem a documentação legal e sem a comprovação de internação regular no País.*

*2. Por ocasião do exame da pena de perdimento do veículo, deve-se observar a proporção entre o seu valor e o da mercadoria apreendida. Porém, outros elementos podem compor o juízo valorativo sobre a sanção, como por exemplo a gravidade do caso, a reiteração da conduta ilícita ou a boa-fé da parte envolvida.*

*3. In casu, o Tribunal de origem destacou a existência de fortes indícios de responsabilidade do proprietário e o grau de reprovabilidade da conduta. Ademais, com base nos elementos fáticos-probatórios, constatou o Sodalício de origem que o veículo objeto da pena foi especialmente preparado para a prática do delito. A modificação do decisum vergastado demanda revolvimento de fatos e provas. Súmula 7/STJ.*

**4. Agravo Regimental não provido.**

(AgRg no REsp 1411117/RR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/04/2014, DJe 15/04/2014)

Por conseguinte, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, tais como os arts. 5º, XXII, 150, IV e 170, II, CF, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, com fulcro no art. 269, I, CPC - doravante sem efeito o termo de fls. 247 - porque lícita a aplicação da pena de perdimento, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com atualização monetária até o seu efetivo desembolso, com juros segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/2013, condicionada a execução desta rubrica para quando o quadro de fortuna da parte vencida vier de mudar a melhor, nos termos e no tempo firmados pela Lei 1.060/50, por este motivo ausentes custas, fls. 165.

Comunique-se ao E. TRF-3 sobre a prolação da presente (AI 0008801-26.2013.4.03.0000, fls. 218).

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

**0003485-41.2013.4.03.6108**

**Autor: OZANA MARQUES DE SOUZA**

**Réus: UNIÃO FEDERAL E OUTRO**

**Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP**

**Juiz Federal: JOAQUIM EURÍPEDES ALVES PINTO**

**Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 08/01/2015**

OZANA MARQUES DE SOUZA propôs a presente ação em face da UNIAO FEDERAL e do ESTADO DE SÃO PAULO, pretendendo indenização por danos materiais e morais, em razão do falecimento de seu pai, por ocasião do golpe militar de 1964, vítima de atos de tortura cometidos pelo regime militar.

Alega a autora, em síntese, que foi reconhecida a condição de anistiado político de seu pai, fazendo jus, portanto, às indenizações previstas na Lei nº 10.559/2002.

A União ofertou contestação às f. 70/74 alegando, preliminarmente, a ocorrência de prescrição, e, no mérito, sustentou a improcedência do pedido.

A Fazenda do Estado de São Paulo, por sua vez, apresentou defesa às f. 77/93, arguindo, preliminarmente, inépcia da inicial, ilegitimidade passiva e prescrição. No mérito, pleiteou a improcedência do pedido deduzido na inicial.

Réplica às f. 97/108.

É o relatório. Decido.

Julgo antecipadamente a lide, na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, ante a desnecessidade de produção probatória.

De início, afasto a preliminar de prescrição arguida pelos réus.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que são imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura, prisão ou demissão, por motivos políticos, durante o regime militar.

Isto porque, neste período, agentes governistas impuseram à população um regime ditatorial onde imperava a prática de atos que importaram em verdadeira violação aos direitos fundamentais, entre eles a dignidade humana.

Ressalte-se, que nos casos como o dos autos, não se cogita na aplicação do Decreto nº 20.910/32, válido apenas para as situações de normalidade. A União não pode dele se socorrer com o intuito de se eximir da reparação dos danos causados em virtude da violação aos direitos humanos fundamentais, os quais são imprescritíveis e protegidos pela Declaração Universal dos Direitos do Homem e pela Constituição Federal.

Nesse sentido:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. REDUÇÃO DISPOSITIVOS DA LEI Nº 10.559/2002. INCIDÊNCIA DA SÚMULAS 282 e 356/STF. 1. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a prescrição quinquenal disposta no art. 1º do Decreto 20.910/1932 é inaplicável aos danos decorrentes de violação de direitos fundamentais, por serem imprescritíveis, principalmente quando ocorreram durante o Regime Militar, época na qual os jurisdicionados não podiam deduzir a contento as suas pretensões.

Precedentes.

2. O argumento referente à afronta ao Princípio da Reserva de Plenário foi trazido, tão-somente, nas razões do agravo regimental ora analisado, o que configura patente inovação da tese.
3. O art. 16 da Lei nº 10.559/02, bem como a tese a ele vinculada que “é impossível cumular as indenizações concedidas com base na Lei nº 10559/02” (e-STJ fl. 640), não foi objeto de debate pela instância ordinária, e o recorrente nem sequer provocou a questão via embargos de declaração. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.
4. Agravo regimental não provido.  
(STJ, Segunda Turma, AGARESP 201300519402, Desembargador CASTRO MEIRA, DJE data 05/06/2013)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PERSEGUIÇÃO POLÍTICA. DITADURA MILITAR. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. PRETENSÃO INDENIZATÓRIA. IMPRESCRITIBILIDADE. DIREITOS HUMANOS FUNDAMENTAIS. INAPLICABILIDADE DO ART. 1º DO DECRETO Nº 20.910/32. REDUÇÃO DA VERBA INDENIZATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 7/STJ. DISPOSITIVOS DA LEI Nº 10.559/2002. SÚMULA 211/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que o julgador não está adstrito a responder todos os argumentos das partes, desde que fundamente sua decisão.
2. São imprescritíveis as ações de reparação de dano ajuizadas em decorrência de perseguição, tortura e prisão, por motivos políticos, durante o Regime Militar. Assim, desnecessária a discussão em torno do termo inicial da contagem do prazo prescricional.
3. A revisão do valor da indenização somente é possível quando exorbitante ou insignificante a importância arbitrada, em flagrante violação dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, o que não ocorreu nos presentes autos.

(...)

(STJ, Primeira Turma, AGA 201001454976, desembargador BENEDITO GONÇALVES, DJE data 13/09/2011)

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. IMPRESCRITIBILIDADE DO DIREITO DE PLEITEAR INDENIZAÇÃO EM RAZÃO DOS ATOS PRATICADOS DURANTE O REGIME MILITAR. AÇÃO CIVIL *EX DELICTO*. ART. 63 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. IMPOSSIBILIDADE DE AFERIR-SE O TERMO *A QUO* DA PRESCRIÇÃO. INAPLICABILIDADE DO DECRETO Nº 20.910/1932, DO CÓDIGO CIVIL E DA LEI Nº 9.140/1995 INTERPRETAÇÃO PRINCÍPIOLÓGICA DA CONSTITUIÇÃO DE 1988 À LUZ DO PÓS-POSITIVISMO.

1. A inaplicabilidade do art. 1º do Decreto nº 20.910/1932 ressoa inequívoca. Deveras, os atos praticados no período do regime de exceção são imprescritíveis, porque atentaram contra a dignidade da pessoa humana.
2. Tampouco a presente hipótese insere-se no Código Civil. Tanto assim, que não se cuida de ilícito civil, mas, antes, de infração tipificada na Lei Penal.
3. A Lei nº 9.140, 5 de dezembro de 1995, a despeito de ter reconhecido como mortas as pessoas desaparecidas em razão de participação, ou acusação de participação, em atividades políticas no período de 02 de setembro de 1961 a 15 de agosto de 1979, bem como de ter possibilitado o pleito indenizatório, omitiu-se, todavia, quanto ao tema respeitante à prescrição.
4. No *sub examinem*, a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979, anistiou todos aqueles que praticaram “crimes políticos” e os que perpetraram condutas conexas a esses “crimes”, e, aí, entenda-se a prática de tortura, e, via de consequência, impediu que essas pessoas fossem processadas. Por isso, sem a deflagração do termo *a quo* da prescrição, é evidente que não há falar no aperfeiçoamento do instituto em comento.
4. O art. 63 do Código de Processo Penal exige o trânsito em julgado da sentença condenatória

como marco deflagrador do prazo prescricional. Portanto, se é certo que a Lei nº 6.683, de 28 de agosto de 1979 impediu que os perpetradores do delito de tortura fossem criminalmente processados, não é somente a inviabilidade de fixar-se o termo *a quo* da prescrição.

5. A jurisprudência de ambas as Turmas da Primeira Seção do STJ é firme no sentido de que, na hipótese de ação indenizatória *ex delicto*, o prazo prescricional do direito de pleitear a reparação começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença penal condenatória. Precedentes: AgRg no Ag 951.232/RN, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ de 5 de setembro de 2008 e REsp 907.966/RO, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 9 de abril de 2007.

6. *Ad argumentantum tantum*, as assertivas de que a Constituição Federal faz expressamente constar todas as hipóteses de imprescritibilidade, sendo que, dentre elas, não está prevista a indenização pelos atos praticados no regime de exceção, é inarredável. Sucede que essa questão deve ser relegada a segundo plano, já que a nova ordem de interpretação principiológica da Lei Fundamental, à luz do pós-positivismo, sinaliza que a solução do litígio, principalmente em se tratando de direitos fundamentais, deve estar voltado para a questão apresentada, e não para a norma em si. Dessa forma, tendo em vista a gravidade do crime perpetrado e o bem a que se visa tutelar, não se pode interpretar a Carta de 1988 em *numerus clausus*.

7. O óbice legal à apuração das infrações perpetradas no regime de exceção preconizada pela Lei da Anistia (Lei 6.683, de 28 de agosto de 1979) inviabiliza, em última análise, que o Estado-Juiz a profira sentença penal condenatória e impede também, por consequência lógica, a fruição do prazo prescricional da indenização que dela decorreria. Precedente: EREsp 816.209/RJ, Relatora Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, DJ de 10 de novembro de 2009 (...) (STJ, 1ª Turma, maioria. AGRESP 200801001596, AGRESP 1056333. Rel. Min. DENISE ARRUDA. DJE 18/06/2010. J. 25/05/2010)

Prosseguindo, rejeito, igualmente, a preliminar de ilegitimidade passiva deduzida pelo Estado de São Paulo.

Os documentos juntados aos autos revelam que o pai da demandante, Sr. Antônio Nunes Marques (f. 22), foi preso em 02/04/1964, com base na Lei nº 1.802/53 - Lei de Segurança Nacional (f. 49), encaminhado à cadeia pública de Marília/SP, e posteriormente, transferido para a cadeia pública de Vera Cruz/SP, onde veio a falecer na madrugada de 15/04/1964 (f. 24, 31 e 49/50).

As alegadas práticas de tortura e sua morte foram executadas em estabelecimentos prisionais do Estado de São Paulo, de forma que justificada sua inclusão no polo passivo da relação processual.

Também não procede a alegação de inépcia da inicial, pois foram observados todos os requisitos essenciais elencados nos artigos 282 e 283 do Código de Processo Civil. O pleito da autora é perfeitamente inteligível, tanto que possibilitou amplitude do exercício da defesa pelo Estado de São Paulo e pela União.

Quanto ao mérito, os danos elencados pela autora na inicial soam-me evidentes.

O pai da requerente, Sr. Antônio Nunes Marques, em razão do histórico político e das circunstâncias que envolveram sua prisão e morte, foi reconhecido como anistiado político *pos mortem*, com base no inciso I do art. 2º da Lei nº 10.559/2002, em decisão proferida pela Comissão de Anistia - Ministério da Justiça, às f. 57/61.

É inquestionável que foi preso por motivos políticos, “suspeito de professar o credo comunista” (grifo nosso - f. 46) e os documentos juntados aos autos, em especial o laudo de exame necroscópico de f. 32 e o relatório de f. 43/44, demonstram os intensos sofrimentos causados à vítima resultantes de tortura e violência física, que culminaram no seu óbito.

Nossa ordem constitucional, no que se refere à responsabilidade por danos causados pelo Estado, adota a teoria do risco administrativo, estabelecendo a responsabilidade objetiva nas condutas comissivas, pela qual “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa” (Constituição Federal, artigo 37, 6º).

Assim, basta a comprovação donexo causal entre a conduta estatal e o resultado lesivo à vítima, para caracterizar a responsabilidade pelos danos causados.

São notórios os efeitos nefastos provocados pelo regime militar, que aterrorizou a família das vítimas, gerando enorme sofrimento e destruição, diante das prisões arbitrárias dos seus entes queridos, pois toda a população tinha ciência que, a partir daí, o preso político seria submetido às condenáveis práticas de torturas, que, em grande maioria, resultavam em morte, e a toda espécie de desrespeito à sua dignidade.

As famílias dos militantes presos por motivos políticos durante a ditadura militar, diante da realidade que assolava o país, tinham plena consciência da dimensão da dor física e moral a que seriam submetidos seus entes queridos, vítimas da inaceitável crueldade imposta por um Estado ditatorial.

Dessa forma, comprovado o dano, decorre a responsabilidade objetiva do Estado.

Neste ponto, menciono trecho de decisão proferida no HC 70.389/SP, lavrado pelo Relator Ministro Celso de Mello: “A tortura constitui a negação arbitrária dos direitos humanos, pois reflete - enquanto prática ilegítima, imoral e abusiva - um inaceitável ensaio de atuação estatal tendente a asfixiar e, até mesmo, a suprimir a dignidade, a autonomia e a liberdade com que o indivíduo foi dotado, de maneira indisponível, pelo ordenamento positivo.”.

O egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em acórdão que apresento a seguir, sintetizou a matéria debatida nos presentes autos, além de consolidar o repúdio do Poder Judiciário aos atos atentatórios à dignidade humana que perduraram durante a ditadura imposta pelo regime militar:

ACÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL DECORRENTE DE PERSEGUIÇÕES POLÍTICAS OCORRIDAS AO TEMPO DO REGIME MILITAR - AUTOR, ENTÃO ESTUDANTE DE ENGENHARIA NA USP/SÃO CARLOS, QUE FOI PRESO TRÊS VEZES PELA PARTICIPAÇÃO EM CONGRESSOS DE UNIVERSITÁRIOS - SOLTURA DO AUTOR POR MEIO DE HC JULGADO NA 2ª TURMA DO STF - NECESSIDADE DE EXÍLIO DO BRASIL (CONTINUOU A SER PROCURADO PELA REPRESSÃO) - DESCABIMENTO DE NEGAR-LHE A INDENIZAÇÃO À CONTA DE QUE DEVESSE SUPORTAR AS AGRURAS DA REPRESSÃO COMO CONSEQUÊNCIA DE SUAS OPÇÕES IDEOLÓGICAS (SEMPRE MANIFESTADAS SEM VIOLÊNCIA) - SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA REFORMADA - PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE NULIDADE REJEITADA E CONDENAÇÃO DA UNIÃO FEDERAL.

(...)

2. Não há que se cogitar de prescrição: afirmar-se que o Decreto n 20.910/32 deve incidir em favor da União onde houve perseguição política promovida por agentes oficiais e extra-oficiais agregados ao regime autoritário que vigorou entre nós a partir de 31/3/1964, é fazer pouco caso da História, é optar pelo juridiquês em desfavor da Justiça, é tripudiar sobre aqueles que em determinado momento histórico tiveram suas vidas - e das suas famílias e amigos - atrapalhadas por ações contrárias muitas vezes até ao direito de exceção que vigeu com força naquele período. Ora, com o Judiciário cabrestado, advogados ameaçados e os cidadãos ame-drontados pelas leis de segurança nacional e pelos órgãos militares, paramilitares e policiais

de repressão, é óbvio que a liberdade de acesso aos mecanismos da Justiça era nenhuma. Destarte, na singularidade do caso não pode produzir efeitos o decurso do tempo como cogitado no Decreto n 20.910/32, mesmo porque a própria Constituição, no corpo do art. 8º do ADCT, fêz retroagir os efeitos da anistia política até 18 de setembro de 1946; a propósito, no âmbito do STJ compreende-se pela imprescritibilidade das ações tendentes ao reconhecimento de indenizações por danos materiais e morais decorrentes de atos perpetrados pelos agentes do Estado e outros que a eles buscavam se equiparar, ocorridos na vigência do regime autoritário (1964/1979), diante da supremacia dos direitos fundamentais. Nesse sentido segue a jurisprudência do STJ (AgRg no Ag 1392493/RJ, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/06/2011, DJe 01/07/2011)

3. A causa petendi da reparação dos danos morais oriundos de sofrimentos e abalos sofridos em decorrência de perseguições políticas diverge da motivação que enseja a reparação prevista no art. 1º da Lei nº 10.559/2002, cujo art. 16 expressamente ressalva outros direitos de quem sofreu perseguições políticas (“Os direitos expressos nesta Lei não excluem os conferidos por outras normas legais ou constitucionais, vedada a acumulação de quaisquer pagamentos ou benefícios ou indenização com o mesmo fundamento, facultando-se a opção mais favorável”).

4. Ademais, a reparação por dano moral - preceito constitucional (art. 5º, V e X) que não pode ser inibido pela legislação ordinária - não é cogitada *primu ictu oculi* pelo art. 8º da ADCT, que é regulado pela Lei nº 10.559/2002. o assim chamado “sistema da jurisdição condicionada” obriga o prévio esgotamento da instância administrativa a que está sujeita inicialmente a questão para possibilitar o acesso posterior ao Poder Judiciário. Sucede que a Constituição Federal de 1988 trata como direito fundamental - e, portanto, cláusula pétrea - , em seu artigo 5, inc. XXXV, o princípio incondicionado da inafastabilidade do controle jurisdicional, de modo que não há espaço para obrigatoriedade de exaurimento da via administrativa para que se possa provocar o Juiz. Exceções só podem ser ventiladas no próprio Texto Magno, como é o caso do prévio acesso à “justiça desportiva” para composição das lides relativas à disciplina e às competições desportivas (art. 217, 1), mas ainda aí não existe condicionamento do acesso ao Poder Judiciário à conclusão do referido procedimento administrativo.

5. Pessoas que se opõem - especialmente sem o uso de força - contra um regime político, agitando em face dele apenas as suas idéias ou manifestações pacíficas (escritos, reuniões, discursos), não precisam e não podem sujeitar-se ao risco de perder a liberdade e a própria vida por conta de suas convicções, ao contrário do que pareceu ao d. Juiz *a quo* (fl. 606). Nenhum Estado, nenhum governo, nenhuma orientação política, tem o direito de prender, torturar e massacrar aqueles que se mostram contrários a eles, especialmente quando se manifestam no plano das idéias ou com posturas incruentas. Não se pode conceber um Estado válido, verdadeiro, se ele se volta violentamente contra seus próprios cidadãos por desacordos políticos. O Estado que prende, tortura e mata os opositores de sua orientação política é um Estado criminoso, seja de tendência direitista ou esquerdista, não importa, é imerecedor de existir. Por isso não se pode dizer que aquele que discorda das orientações políticas, econômicas, sociais, de um certo Estado, manifestando-se pacificamente contra essas tendências, deve aceitar ser imolado na pira de violência acesa pelos agentes da repressão estatal.

6. SÉRGIO DE MELLO SCHNEIDER era universitário, aluno do curso de Engenharia no campus da USP em São Carlos/SP. Envolvido com o movimento estudantil descontente com a Ditadura Militar implantada a partir de abril de 1964, participou de encontros estudantis em 1966, 1967 e no famoso Congresso da UNE em Ibiúna/SP (1968). Foi detido nas três vezes, mas com mais gravidade durante o XXX Congresso da UNE e por conta disso teve a prisão preventiva decretada e foi indiciado no IP n 15/68 instaurado pelo sinistro DOPS do governo paulista (que agia em estreita colaboração com o Regime Militar), que resultou na ação penal n 67/68 da 2ª Auditoria Militar de São Paulo, onde foi decretada a prescrição da pretensão punitiva em 15/12/72; antes disso, fora solto graças a coragem da 2ª Turma do STF, em julgamento histórico de habeas corpus de que participaram os honrados Ministros

Adalício Nogueira (relator), Aliomar Baleeiro, Temístocles Cavalcanti e Evandro Lins (fl. 42). Após essa soltura, no ano de 1969 fugiu para o Chile (onde obteve passaporte no Consulado Geral em Santiago e estudou matemática - fl. 268) e depois esteve nos Estados Unidos, residindo em Berkeley, Califórnia (fl. 261), já que continuou a ser perseguido pela repressão política, pois há registro oficial de uma “campana” de policial civil da Delegacia de Polícia de Rio Claro/SP, local de seu nascimento, feita nas imediações da casa de sua família nos idos de 23 de abril 1973 (fl. 260).

(...)

(TRF3, Sexta Turma, AC 00045729520094036100, Desembargador Federal JOHONSOM DI SALVO, e-DJF3 Judicial 1, data 11/04/2013)

Assim, diante desse contexto, restam evidentes as dores sofridas pela autora, que teve o pai preso por motivos políticos, brutalmente torturado e morto durante a ditadura imposta pelos militares, conhecida como “Golpe Militar de 1964”, bem como o nexos causal entre tais danos e as condutas cometidas pelos agentes públicos federais e estaduais do Estado de São Paulo.

Diga-se, ainda, que no caso dos autos não estamos diante da hipótese de vedação prevista no artigo 16 da Lei nº 10.559/2002, segundo o qual não é permitida a acumulação de quaisquer pagamentos, benefícios ou indenização com o mesmo fundamento da reparação prevista no artigo 1º da mesma norma legal.

Haveria o impedimento somente no caso de a autora ter obtido administrativamente a reparação prevista na Lei nº 10.559/2002, o que não ocorreu. Ao contrário, seu pedido de indenização foi indeferido na via administrativa (f. 57/61).

Cumpra consignar que a viúva e o outro filho do anistiado Antônio Nunes Marques, pai da autora, já faleceram, conforme comprovam os documentos de f. 26 e 28, restando, portanto, somente à autora o direito a ser indenizada pelos danos morais sofridos.

Já o pleito de indenização material não é procedente, pois a requerente, no momento do falecimento de seu pai, não dependia economicamente dele, pois, conforme documento de f. 76, já era casada (desde 27/03/1948) e contava com mais de vinte e um anos de idade.

Resta, neste momento, fixar o valor devido à autora a título de indenização pelos danos morais sofridos. Entendo que a quantia não pode ser elevada a ponto de a reparação se constituir em verdadeiro enriquecimento ao favorecido, mas, ao mesmo tempo, não pode ser irrisória a ponto de não coibir a prática de novos atos semelhantes.

Assim, considerando o porte financeiro da União e do Estado de São Paulo, bem como o grau de culpa de seus agentes, fixo a quantia de R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a título de danos morais, por entender justa no contexto da situação vivenciada pela parte autora.

Diante do exposto, **JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE** o pedido deduzido na inicial, para condenar a União e o Estado de São Paulo a ressarcirem à autora, a título de danos morais, o valor de R\$100.000,00 (cem mil reais), na proporção de 50% (cinquenta por cento) para cada litisconsorte passivo.

Sobre o montante indenizatório, deverá incidir correção monetária, bem como juros moratórios de 0,5% (meio por cento) ao mês, a partir da citação, na forma prevista pela redação original do art. 1º-F da Lei 9.494/97.

Considerando que a autora foi em parte vencida e vencedora, justifica-se o rateamento igualitário das custas processuais - observada a sua condição de beneficiária da assistência judiciária gratuita - e a compensação dos honorários advocatícios, nos termos do art. 21, *caput*, do Código de Processo Civil.

**Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475, I, do CPC).**

**Registre-se. Publique-se. Intimem-se.**

**Juiz Federal JOAQUIM EURÍPEDES ALVES PINTO**

## **AÇÃO PENAL**

**0004029-20.2013.4.03.6111**

Autor: MINISTERIO PUBLICO FEDERAL  
Réu: MARCIO APARECIDO VITORINO  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP  
Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/02/2015

### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de ação penal pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de MÁRCIO APARECIDO VITORINO, denunciando-o como incurso no delito previsto no artigo 157, 2º, I do CP.

A denúncia de fls. 177/179 foi recebida em 11/10/13 (fl. 184).

O réu apresentou petição de próprio punho e documentos (fls. 209/219), a qual não foi apreciada por falta de capacidade postulatória, nomeando-se, outrossim, defensor dativo (fl. 220)O réu foi citado (fls. 237/238).

Houve indeferimento de liminar em habeas corpus impetrado. Depois, houve denegação da ordem (fls. 245/246 e 489/492).

Defesa escrita às fls. 250/251, onde pugnou o réu, em síntese, pela sua absolvição por não ter concorrido para a noticiada infração penal.

Afastada a hipótese de absolvição sumária, deprecaram-se as oitivas das duas testemunhas arroladas pela acusação - Luiz Antonio e Marshal, além de testemunha do juízo - Aparecida Lourença (fl. 252).

Nos juízos deprecados, as referidas testemunhas foram ouvidas (fls. 345/350 - Luiz Antonio e fls. 441/445 - Marshal e Aparecida).

Designou-se audiência para o interrogatório do réu (fl. 467).

Em audiência neste juízo, foi realizado o interrogatório e, nada requerido na fase do art. 402 do CPP, deferiu-se prazo para as partes apresentarem alegações finais escritas (fls. 497/500).

Alegações finais foram apresentadas às fls. 506/513 (acusação) e 516/517 (réu).

O Ministério Público Federal requereu a condenação do réu, sustentando que a materialidade e a autoria do delito restaram comprovadas, "(...) levando em consideração os maus antecedentes (...)".

A defesa, por seu turno, pugnou pela absolvição do réu, aduzindo que não há provas de que estava no local do fato, não tendo participado do crime.

Certidões de distribuição e documentos de antecedentes foram juntados aos autos (fls. 181/183, 189/192, 240/242, 290/294, 482, 484/485, 494, 502 e 505).

### **II – FUNDAMENTAÇÃO**

À minguia de questões preliminares a serem enfrentadas e por estarem presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

A acusação formulada pelo Ministério Público Federal centra-se na afirmação de que o réu, por volta das 14h do dia 24/11/11, compareceu na agência dos Correios no centro da cidade de Quintana e praticou roubo com arma de fogo.

Segundo a denúncia, o indivíduo, “(...) portando um revólver (cor escura), invadiu o interior da citada Agência, anunciando que era um assalto, oportunidade em que de lá subtraiu aproximadamente R\$ 3.000,00 (três mil reais) - fls 05/06.” Assevera que o investigador Marshal identificou o réu como o autor do roubo, informação essa corroborada pela fala de Luiz Antonio, gerente de segurança da EBCT.

Sustenta o órgão ministerial que essa conduta se amolda ao tipo penal descrito no artigo 157 do Código Penal, *in verbis*:

**Roubo**

Art. 157 - Subtrair coisa móvel alheia, para si ou para outrem, mediante grave ameaça ou violência a pessoa, ou depois de havê-la, por qualquer meio, reduzido à impossibilidade de resistência:

Pena - reclusão, de quatro a dez anos, e multa.

(...)

§ 2º - A pena aumenta-se de um terço até metade:

I - se a violência ou ameaça é exercida com emprego de arma;

Passo a verificar se estão presentes a materialidade e autoria do delito imputado ao réu.

Luiz Antonio de Sá, funcionário do setor de segurança dos Correios, compareceu perante o juízo deprecado (fls. 345/350) dizendo que não conhece o réu pessoalmente, mas sim por fotos do sistema de captação da ECBT, tendo feito a descrição de suas características e esclarecido que o assalto foi praticado pelo indivíduo que descreveu, o qual utilizava óculos escuros e boné.

Após, foi informado pelo juiz como seria o procedimento para o reconhecimento pessoal do réu - apresentação de quatro pessoas cada uma com um número, sendo o réu o de número 4 (quatro). Visualizou as quatro pessoas e ficou em dúvidas entre os indivíduos 3 e 4, mas acha que o indivíduo que praticou o assalto foi o que estava identificado pelo número 3.

Na mesma oportunidade, testemunhou que é funcionário dos Correios há 40 anos, atuando como gerente de segurança patrimonial, tendo notícia que o réu teria praticado 09 (nove) assaltos em agências dos Correios, por intermédio de resumos e imagens internas. Em resposta a pergunta da defensora pontuou que houve outros roubos após 2012 em agências da região.

A aludida testemunha apresentou os documentos e mídia juntadas às fls. 351/359.

As testemunhas Aparecida e Marshal também foram ouvidas às fls. 441/445.

Aparecida esclareceu que era gerente da agência de Quintana e na maioria do tempo ficava sozinha na agência, exercendo todas as atividades, dentre as quais a de caixa. Esclareceu que houve o roubo após as 14h do dia 24/11/11, quando estava sozinha na agência. Foi avisada que era um assalto, tendo o assaltante mostrado a arma e indagando se ela queria morrer, ficando ela nervosa. Disse que ele pegou todas as notas do caixa, indo depois até o cofre, que foi aberto pela testemunha, pegando ele o dinheiro e indo embora. Não agrediu e nem “relou” na testemunha, levando consigo somente dinheiro da agência. A testemunha afirmou que o réu presente à audiência pode ser ou não o indivíduo que efetuou o roubo mencionado. Disse que viu fotos na polícia, inclusive a de fl. 384 (fl. 13 da precatória) não reconhecendo, apesar da aparência da boca, como o praticante do delito na agência que trabalhava no dia 24/11/11.

Já Marshal Henrique testemunhou que era investigador de polícia civil na cidade de Quintana e que compareceu na agência após o roubo, passando a investigar o caso. No dia, viu as imagens do roubo e, depois, outras imagens de outros crimes ocorridos em agências da região, chegando a conclusão que todos os roubos foram praticados com o mesmo *modus*

*operandi* e pela mesma pessoa, inclusive com a mesma roupa. Pelas imagens e informações de diversos policiais militares de Garça, bem como fotografia do réu também enviada pela polícia militar, identificou o réu Márcio como sendo o praticante do roubo na agência de Quintana, passando, a partir daí, a investigação para a polícia federal.

Em seu interrogatório (fls. 497/500), o réu ratificou sua fala na fase inquisitiva (fls. 153/154), afirmando que sofreu perseguições de policiais militares após representações que fez e envolvimento com uma mulher. Foi enfático ao negar a autoria do roubo declinado na denúncia. Esclareceu que houve outros roubos em agências após sua prisão. Pontuou que tem condenações criminais por roubo, as quais estão baseadas em reconhecimentos fotográficos, criticados por ele. Falou que está preso por três processos e que é representante comercial desempregado.

Estas são as provas produzidas durante a instrução processual.

Por entender pertinente, analiso as principais ocorrências na fase inquisitiva.

Por primeiro, observo a existência do boletim de fls. 05/06 com a comunicação do roubo (objeto desta ação) feita à polícia.

Na mesma seara, a testemunha Aparecida, confirmando o roubo, consignou “(...) QUE não tem certeza se poderia ou não realizar o reconhecimento do assaltante se suas imagens e ou fotografias lhe fossem mostradas (...)” - fl. 08. Em outra oportunidade, exibiram à testemunha as fotos do réu de fls. 48/49 e ela, novamente, embora tenha reconhecido semelhança no formato dos lábios, registrou “(...) ser incapaz de fazer um reconhecimento mais apurado, pois o meliante quando do assalto perpetrado usava boné e óculos (...)” - fl. 72.

No documento de fl. 15 elaborado pela testemunha Marshal está relatado, *in verbis*:

Após tomar ciência do fato em epígrafe efetuei diligências e identifiquei o autor do crime como sendo Márcio Aparecido Vitorino (...)

Márcio é ex-policia militar e possui diversas passagens por roubo, conforme demonstra sua ficha criminal, e diante disso manteve contato com a 4. CIA/9. BPMI, da cidade de Garça, onde policiais o reconheceram sem sombras de dúvidas como autor dos roubos às agências dos Correios nas cidades de Quintana, Palmital, Guarantã, Echaporã, Cândido Mota e Vera Cruz.

Tal documento veio acompanhado, dentre outros, das fotos de fl. 30 que foram tiradas, sequencialmente, no dia do roubo à agência de Quintana. Essas e outras imagens constam do DVD juntado à fl. 46, onde é possível ver a entrada do assaltante à agência, o roubo em si, bem como a sua saída da agência.

A testemunha Luiz Antonio subscreveu o documento de fls. 130/131, onde consta a informação, com foto, que o autor do roubo na agência de Quintana foi o réu. Veja-se que, segundo o documento, a aludida informação foi dada pelo comando da polícia militar de Bauru que chegou à autoria após investigações internas.

Ao relatar o inquérito, a autoridade policial concluiu (fl. 137):

Haja vista o ter restado negativo o reconhecimento fotográfico referido no AUTO de fl. 72, bem como sendo MÁRCIO APARECIDO VITORINO o único suspeito possível para o crime investigado, entende esta AUTORIDADE POLICIAL, s.m.j., não restarem mais diligências a serem encetadas.

Os elementos de convicção ameadados aos autos mostram-se fracos e insuficientes para a identificação da autoria do delito em comento, tampouco capacitadores de qualquer indícia-

mento, bem como inaptos a nortear novos rumos para a investigação que, por tais motivos, ora se encerra.

O MPF, ciente do relatório policial, requisitou a oitiva do réu e das testemunhas Marshal e Luiz Antonio (fl. 138vº).

Marshal esclareceu que enviou as fotos do roubo à polícia militar de Garça, recebendo como resposta que o autor do roubo era o réu (fl. 150).

Já Luiz Antonio pontuou, de relevante, que não conhece pessoalmente o réu e “(...) relativamente a afirmação de fls. 131, no sentido de que MÁRCIO APARECIDO VITORINI foi o responsável pelo assalto praticado na agência dos Correios de Quintana/SP, aos 24/11/11 a mesma foi feita tendo em vista a identificação fotográfica e a conseqüente ligação da mesma com identidade de MÁRCIO pela Polícia Civil em 23/01/12 quando de sua prisão (...)” - fl. 171.

Pelo que se viu, a materialidade do crime ficou cabalmente demonstrada, restando aqui-latar a sua autoria.

De acordo com o disposto no art. 155 do CPP é dever do juiz fundamentar sua decisão na prova produzida em juízo, sendo-lhe vedado valer-se exclusivamente dos elementos informativos colhidos na fase de investigação.

Frise-se que a única prova oral produzida judicialmente que aponta o réu como sendo o autor do roubo é o testemunho do policial civil Marshal (fls. 441/445). Repita-se que Luiz Antonio e Aparecida não reconheceram, nos juízos deprecados, o réu como o assaltante da agência de Quintana/SP.

Como se sabe, “os testemunhos de policiais são perfeitamente válidos e devem ser considerados em eventual condenação, pois não há óbice legal nesse sentido, principalmente se não forem contraditados e desqualificados, estando em harmonia com o conjunto probatório.”

Não obstante isto, registro que dos dizeres do policial Marshal durante o inquérito e em juízo (fls. 15, 150 e 441/445) se extrai que o reconhecimento do réu foi por meio fotográfico realizado por ele e por policiais militares, cujos nomes a referida testemunha não declinou. A mesma conclusão se chega analisando o escrito e as falas de Luiz Antonio (fls. 130/131, 171 e 345/350).

Reforce-se que havia uma única pessoa presente na cena do roubo com o assaltante. Essa pessoa era a funcionária da agência dos Correios de Quintana, chamada Aparecida Lourença, que se quer foi arrolada na denúncia, sendo ouvida como testemunha do juízo por força da decisão de fl. 252. A aludida testemunha, ouvida em três oportunidades, em nenhum momento reconheceu o réu como sendo o autor do crime complexo, apesar de ter apontado a semelhança dos lábios (vide fls. 08, 72 e 441/445).

O que se tem então, em termos de prova imputando a autoria do roubo ao réu, é somente o reconhecimento fotográfico.

Abalizada doutrina traz a seguinte lição acerca do reconhecimento fotográfico: O reconhecimento é, na sua essência, providência probatória por meio da qual alguém, por ter antes conhecido determinada pessoa, poderá apontá-la como responsável pela prática de determinado ato. (...)

Não prevê a lei o reconhecimento fotográfico, o qual pode, contudo, ser efetuado na impossibilidade da reconhecimento pessoal e direta, embora seja menor o seu valor probatório, uma vez que só permite verificação indireta e normalmente deficiente dos traços fisionômicos. Caso realizado, exige as mesmas cautelas previstas no art. 226 do CPP.

O Supremo Tribunal Federal já disse da validade do reconhecimento fotográfico (RTJ 93/570, RT 542/433 e 677/422). Cuida-se, segundo a jurisprudência, de meio de prova precário (RT 492/357, 476/388, 538/383, 547/357 e 633/298). (...) Por isso, o Supremo Tribunal Federal orienta-se no sentido da validade do reconhecimento como prova, mas realça a sua fragilidade, principalmente quando não se tenta, pela observância do art. 226, do Código de Processo Penal, diminuir os riscos do erro no julgamento (RT 754/529, 749/576-81), ou acentua a necessidade de estar corroborado por outros meios de prova (HC 74.773; HC 75.120; HC 72.467; HC 73.688; HC 73.488).

Eugênio Pacelli de Oliveira pondera:

O reconhecimento fotográfico não poderá, jamais, ter o mesmo valor probatório do reconhecimento de pessoa, tendo em vista as dificuldades notórias de correspondência entre uma (fotografia) e outra (pessoa), devendo ser utilizado este procedimento somente em casos excepcionais, quando puder servir como elemento de confirmação das demais provas. Há decisões na Suprema Corte admitindo o reconhecimento fotográfico (RT 739/546)

Valendo-se das lições doutrinárias antes transcritas é justificável a crítica do réu - acerca da fragilidade do reconhecimento fotográfico - feita durante o seu interrogatório.

Embora reputo o reconhecimento fotográfico como um meio de prova lícito, há que se valer de aludida prova com parcimônia, diante de sua natural deficiência/precariedade probatória. É, na verdade, uma prova indireta, um indício, haja vista que, sozinho, deixa margem para equívocos e erros, pois pode não retratar a realidade.

No caso, o reconhecimento fotográfico do réu não está acompanhado de nenhuma outra prova, conforme antes dito e, por isso, entendo como insuficiente para embasar a condenação do réu.

Em que pese a testemunha Marshal ter dito que recebeu, em resposta a mensagem eletrônica que enviou à polícia militar, que policiais militares também reconheceram, por fotografias que enviou, o réu como sendo a pessoa que praticou o roubo na agência dos Correios de Quintana, observo que ele não mencionou o(s) nome(s) do(s) policial(is) militar(es).

Da mesma forma, Luiz Antonio também não disse nome(s) de integrante(s) da polícia militar no documento de fls. 130/131, ao repetir a informação dada pela cúpula da polícia militar em Bauru no sentido da autoria do crime ter sido descoberta por investigações internas.

Por outro lado, o Ministério Público também não trouxe aos autos nenhuma prova acerca das noticiadas “investigações internas” supostamente perpetradas pela polícia militar. Não tentou nem buscar saber nomes de policiais militares a fim de serem ouvidos na fase do inquérito e/ou instrução processual.

Cabe aqui repetir que ao relatar o inquérito policial, que já contava, por exemplo, com os documentos de fl. 15 (elaborado pelo policial Marschal identificando o réu como sendo o autor do delito aqui imputado); fls. 8 e 72 (termos de depoimentos da funcionária dos Correios - Aparecida) e; fls. 130/131 (confeccionado por Luiz Antonio, que reproduz a informação da polícia militar de reconhecimento do réu), o Delegado de Polícia Federal, consignando ser o réu o único suspeito, não o indiciou e nem vislumbrou nenhuma outra diligência capaz para suficientemente identificar o autor do roubo (fl. 137).

Neste contexto e apesar de: a) reconhecer a semelhança do réu com a pessoa que aparece praticando o roubo nas fotos constantes na mídia de fl. 46; b) a existência de outras ações pe-

nais ajuizadas contra o réu por prática de roubo, inclusive com condenações em algumas e; c) de estar intimamente convencido de ter sido o réu o autor do delito que lhe é imputado nestes autos, o fato é que inexistente, no meu entender, prova suficiente nos autos para sua condenação, considerando que remanesce dúvida acerca da autoria, o que deve beneficiar o réu, atento ao princípio do *in dubio pro reo*.

Os indícios de que o réu teria praticado o roubo foram suficientes para o Ministério Público Federal ofertar a denúncia, pois nessa fase vigora o princípio do *in dubio pro societate*. Todavia, os mesmos indícios não dão o suporte necessário para justificar uma sentença condenatória, visto que, nesse estágio do processo - no qual se exige certeza sobre a autoria do delito e da materialidade delitiva.

É que comungo do seguinte ensinamento:

(...) *Prova insuficiente para a condenação*: é outra consagração do princípio da prevalência do interesse do réu - *in dubio pro reo*. Se o juiz não possui provas sólidas para a formação do seu convencimento, sem poder indicá-las na fundamentação da sua sentença, o melhor caminho é a absolvição (...). (Destques no original).

Destarte, por haver dúvida sobre a autoria, a absolvição é medida que se impõe.

### III – DISPOSITIVO

Posto isso, com fulcro no art. 386, inciso VII, do Código de Processo Penal, *julgo improcedente* a pretensão punitiva deduzida na denúncia no que tange ao crime previsto no artigo 157, 2º, I do CP ocorrido no dia 24/11/11 na agência dos Correios em Quintana/SP e, em consequência, *absolvo* o réu MÁRCIO APARECIDO VITORINO da acusação de cometimento de tal crime.

Sem custas judiciais.

Oportunamente, tratar-se-á dos honorários advocatícios do defensor dativo.

Após o trânsito em julgado, procedam-se às anotações de praxe e arquivem-se estes autos.

Registre-se. Publique-se. Intimem-se.

Marília, 29 de janeiro de 2015.

Juiz Federal JOSÉ RENATO RODRIGUES

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

**0008706-33.2013.4.03.6131**

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Réus: EZIO RAHAL MELILLO E DECELINA DE LIMA  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP  
Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 16/10/2015

*Vistos, em sentença.*

Cuida-se de processo de conhecimento, procedimento ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, proposta pelo INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS em face de EZIO RAHAL MELILLO e DECELINA DE LIMA, com a finalidade, em suma, de se obter ressarcimento ao erário de quantia indevidamente percebida, em montante, que, atualizado até agosto de 2013, perfaz o total de R\$ 35.942,44. Sustenta a inicial que a co-ré, DECELINA DE LIMA, representada pelo seu advogado, e, também, réu neste processo, EZIO RAHAL MELILLO, obteve a concessão do benefício de aposentadoria por idade, por meio do *Processo nº 1642/94*, que tramitou perante a E. 1ª Vara Cível da Comarca Estadual de São Manuel/ SP. Em decorrência da existência de indícios suficientes de fraude no processo de conhecimento, foi ajuizada, *antecedentemente a esta demanda*, ação revisional de julgamento (*Processo nº 2006.03.99.013634-6*), que foi, em primeira instância, parcialmente acolhida, determinando-se o cancelamento do benefício, mas negando o pedido da autarquia de devolução dos valores indevidamente pagos à beneficiária. No entanto, o INSS apelou da sentença, sendo que o E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região acolheu a tese do INSS e possibilitou a repetição do indébito em face da co-ré, segurada (DECELINA DE LIMA). Em razão do exposto, o autor afirma prejuízo patrimonial no valor supra indicado, requerendo, com o ajuizamento, o reconhecimento do enriquecimento sem causa dos réus e a condenação dos mesmos no dever de ressarcir. Juntou documentos a fls. 12/69.

O pedido de antecipação dos efeitos da tutela foi *deferido* pela decisão de fls. 72/73-vº.

Em razão do fato de se encontrar em situação de evadido da Justiça (cf. documentação de fls. 88/89), foi determinada a citação do co-ré EZIO RAHAL MELILLO por edital, de acordo com a decisão de fls. 205 e edital acostado às fls. 207. A co-ré DECELINA DE LIMA foi regularmente citada e intimada (fls. 116 e 195/199).

O pedido de bloqueio sobre as verbas destacadas a título de honorários advocatícios em nome do co-ré EZIO RAHAL MELILLO em outros processos foi *indeferido* pelo Juízo às fls. 205/vº. Fustigada por recurso de agravo, manejado sob a forma de instrumento, o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO a ele *negou seguimento*, conforme se constata a partir da decisão de fls. 231/232 e 233.

Contestação do requerido EZIO RAHAL MELILLO às fls. 235/249, com documentos às fls. 250/607. Em preliminar, aduz o réu sua ilegitimidade passiva *ad causam*, e, quanto ao mérito, prescrição da pretensão indenizatória. Quanto à matéria de fundo, objeto à natureza solidária da obrigação que lhe é imputada, e, subsidiariamente, requer o chamamento ao processo de outros envolvidos nas fraudes aqui aventadas. Sustenta a violação à presunção de inocência que deve militar em seu favor, bem assim a irrepetibilidade de verbas de caráter alimentar.

Réplica do INSS às fls. 610/613.

Às fls. 629, certificou-se o *decorso de prazo* para a apresentação de resposta pela co-ré

DECELINA DE LIMA, seguindo-se o decreto de sua *revelia* às fls. 630.

Às fls. 630, determinou-se o desentranhamento dos autos da petição constante de fls. 615/627, em decisão que restou confirmada em superior instância, consoante decisão que está acostada às fls. 652/654.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.*

*Decido.*

O feito encontra-se em termos para julgamento, porquanto, instadas as partes especificamente em termos de indicação de provas, deixaram precluir a oportunidade para tanto. Ademais, todas as provas necessárias à formação da convicção do juízo já se encontram presentes, incidindo à hipótese o que prescreve o art. 330, I do CPC. Passo ao julgamento.

**CARÊNCIA DE AÇÃO COM RELAÇÃO À AUTORA DA AÇÃO ORIGINÁRIA. EXISTÊNCIA DE AÇÃO ANTERIOR. IDENTIDADE DE OBJETO. DESNECESSIDADE DO AJUIZAMENTO DE NOVA DEMANDA PARA A MESMA FINALIDADE.**

A despeito da certificação da revelia da co-ré DECELINA DE LIMA, é mandatória a conclusão no sentido de que o INSS *carece de ação em relação a esta demandada*.

Consta destes autos, e isto já a partir da documentação encartada pela própria autarquia promovente (fls. 26/69), que o ora autor já havia ajuizado ação anterior, perante o Juízo Estadual da Comarca de São Manuel (Processo nº 2006.03.99.013634-6), dirigida em face dessa co-ré exclusivamente, e que tinha por objeto, *mutatis mutandis*, exatamente a mesma pretensão que está contida no bojo da presente ação de conhecimento. Naquele feito, após a sentença de Primeiro Grau, que reconheceu procedência meramente parcial do pedido articulado pela autarquia (apenas para a cessação da ordem de pagamento das parcelas restantes do benefício irregularmente concedido), seguiu-se recurso de apelação, ao qual o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO deu provimento para garantir ao apelante (o INSS) a *repetição dos valores pagos indevidamente*. Lê-se de fls. 61/vº destes autos, *verbis*:

A insurgência do INSS caminha no sentido do desacerto da sentença ao indeferir o pedido de repetição do *quantum* auferido, já que o decreto de cancelamento da aposentadoria concedida lhe fora favorável. E, no ponto, entendo merecer prosperar as razões alinhadas.

Comprovado que o benefício previdenciário fora obtido mediante fraude perpetrada nos autos da ação subjacente (ação ordinária nº 1.642/94), tal medida atrai a obrigação de restituição ao sistema, pela ré, das parcelas então recebidas, sob pena de se compactuar com o enriquecimento ilícito, em detrimento tanto dos demais segurados do regime geral, como do erário. Não à toa, o art. 115 da lei nº 8.213/91 enumera os descontos que podem ser feitos no valor dos benefícios previdenciários e, embora não tenha disposição específica, prevê o desconto de valores pagos além do devido. (g.n.).

Tal decisão de Segunda Instância passou em julgado, conforme certidão de trânsito de fls. 63.

Em essência, é justamente esta mesma pretensão, dirigida, agora, em face daquela mesma ré e de terceiro, seu então advogado, que o INSS pretende implementar através do recurso a este processo judicial. Evidentemente que a autarquia carece de ação em relação à co-ré DECELINA DE LIMA. É desnecessário o ajuizamento da demanda de conhecimento em face daquela, quando o interessado já dispõe, contra a mesma, de título executivo judicial, transitado em julgado. Cabe ao INSS, não resta dúvida, encoar os atos tendentes à satisfação do título

judicial nos próprios autos em que foi formado, via execução do mandamento condenatório, e não renovar o processo de conhecimento em face de parte já definitivamente condenada em processo judicial anterior.

Falta-lhe, nesta quadra, interesse de agir (modalidade *necessidade*) para acionar a co-demandada aqui em questão (*arts. 3º e 6º do CPC*), razão porque, nesta parte, é o caso de se indeferir a petição inicial (*art. 295, III do CPC*), com a conseqüente exclusão dessa co-ré do polo passivo da lide, decretando-se, em relação a ela, a extinção do processo sem apreciação do mérito, na forma do que dispõe o *art. 267, I e VI do CPC*, medida que ora se implementa.

COM RELAÇÃO AO OUTRO CO-RÉU. LEGITIMIDADE PASSIVA. INTERESSE. ADEQUAÇÃO. PRECEDENTES. STJ.

Estas considerações, que servem ao propósito de assentar o destino da lide em relação a um dos co-demandados, também, de alguma forma, já respondem, ao menos em parte, à preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo co-réu EZIO RAHAL MELILLO.

O fato de o INSS – de forma incompleta, diga-se – haver, numa primeira oportunidade, dirigido ação de ressarcimento apenas em face da segurada (beneficiária dos pagamentos indevidos) não exclui, por óbvio, a possibilidade de que a autarquia – em resgate, aliás, dos princípios constitucionais da legalidade, moralidade e impessoalidade (todos consignados no *caput* do *art. 37 da CF*) – venha a acionar, pela via ampla do conhecimento, todos os potenciais beneficiários e/ ou intervenientes do estratagema criminoso de que aqui se cuida. É claro que, nos autos execução da assim denominada “ação revisional” primogênita (Processo nº 2006.03.99.013634-6), o co-réu EZIO RAHAL MELILLO não ostentava mesmo legitimidade passiva para ali figurar como executado, em razão do fato de que a coisa julgada formada naqueles autos não lhe abrangeu (*res inter alios acta, nec nocet, nec prodest*, limites subjetivos da coisa julgada, *art. 472 do CPC*). E não por outra razão, aliás, é que o incidente de exceção de pré-executividade por ele ali engendrado restou acolhido pelo juízo daquela execução, conforme se colhe da cópia de *fls. 551* destes autos.

Sucede, por outro lado, não ser menos evidente que esta situação não impede e, a bem dizer, nem isenta a autarquia previdenciária de buscar o ressarcimento que entenda devido em face de terceiros beneficiados ou causadores ato de improbidade por ela denunciado nos autos, desde que o faça por meio do acesso à via ampla e exauriente processo de cognição plena, exatamente da forma como ora manejado pelo INSS. Daí porque, se me afigura plenamente justificado o direcionamento da demanda em face desse co-réu – doravante o único defendente –, justamente para que a entidade autora possa, agora em face desse réu, constituir o título executivo de que já dispõe em face da segurada, autora da malsinada ação previdenciária agora *sub censura*. Por tais motivos, *rejeito* a preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam* suscitada pelo réu.

Por fim, e de algum modo agregando àquilo que já se decidiu em outros processos relativos à mesma demanda que ora vem a julgamento (Processos ns. 2006.61.08.008707-06; 2006.61.08.008708-8; 2006.61.08.008711-8; 2009.61.08.004573-3; 2009.61.08.004574-5, cf. *fls. 567/590*), é de se deixar consignado que a via adequada para a repetição dos valores ora pretendidos pelo INSS é mesmo a do processo de conhecimento pleno, vedada – nestas hipóteses – a inscrição do débito em dívida ativa.

É que a orientação jurisprudencial hoje vigente pacificou-se, após julgamento, no âmbito do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, de *leading case* representativo da divergência por meio da sistemática de recursos repetitivos (*art. 543-C do CPC*), no sentido de que a execução fiscal *não* é o meio adequado para a cobrança de benefício previdenciário percebido de modo

supostamente indevido pelo beneficiário. Nesse sentido, já se posicionou o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, em *decisum* assim ementado:

RECURSO DE APELAÇÃO. AGRAVO LEGAL. CRÉDITO ORIUNDO DE FRAUDE NO RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. EXECUÇÃO FISCAL. MEIO INADEQUADO.

1. De acordo com o artigo 557, *caput*, do Código de Processo Civil, o relator negará seguimento a recurso manifestamente inadmissível, improcedente, prejudicado ou em confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do respectivo tribunal, do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior. E, ainda, consoante o § 1º-A do mesmo dispositivo se a decisão recorrida estiver em manifesto confronto com súmula ou com jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal, ou de Tribunal Superior, o relator poderá dar provimento ao recurso.

2. É firme, no Colendo Superior Tribunal de Justiça, e na Quinta Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, a orientação no sentido de que o suposto crédito decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário não se insere no conceito de dívida ativa não tributária por ausência do requisito de certeza, não sendo adequada a sua cobrança através execução fiscal (STJ, AgRg no REsp 1177252/RS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 15/12/2011; TRF 3ª REGIÃO, APELREEX 00005628220084036119, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/06/2012).

3. Agravo legal improvido (g.n.).

(AC 00020162520114036109, DESEMBARGADOR FEDERAL LUIZ STEFANINI, TRF3 - QUINTA TURMA - 1A. SEÇÃO, e-DJF3 Judicial 1 DATA:03/07/2014)

No mesmo sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. INSS. CRÉDITO DECORRENTE DE PAGAMENTO INDEVIDO. EXECUÇÃO FISCAL. IMPOSSIBILIDADE.

I - A execução fiscal não é a via adequada à cobrança de crédito decorrente de pagamento indevido de benefício previdenciário, uma vez que a inscrição em dívida ativa não se faz em relação a débitos cuja apuração exija a necessidade de ampla dilação em matéria de prova.

II - A Lei nº 6.830/80 permite a execução fiscal de dívida não tributária. O seu art. 2º dispõe que constitui dívida ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não tributária (de acordo com a Lei nº 4.320/64). O § 1º do mencionado artigo estabelece que qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será dívida ativa da Fazenda Pública, depois do regular processo de inscrição.

III - Por sua vez, o § 3º do art. 2º da mencionada lei refere que a inscrição será feita pelo órgão competente para apurar a certeza e a liquidez do crédito, de modo que se cristalizou o entendimento de que, em casos em que existe a necessidade evidente de apuração de fatos intrincados, e não apenas de documentos, não é cabível a inscrição do débito em dívida ativa.

IV - Em tal contexto, a referência a indenizações e reposições, extraída da Lei nº 4.320/64, exige certeza para que se forme o título executivo.

V - A Lei nº 8.213/91 prevê o ressarcimento de valores pagos indevidamente aos segurados, sem, no entanto, prever a inscrição em dívida ativa. No mesmo sentido é a redação do art. 154, II, §2º do Decreto nº 3.048/99.

VI - A matéria encontra-se pacificada no âmbito do E. Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do REsp nº 1.350.804, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, firmou entendimento no sentido da impossibilidade de inscrição em dívida ativa de valor indevidamente recebido a título de benefício previdenciário do INSS, por não haver regramento específico para tal.

VII - A forma prevista em lei para a autarquia previdenciária reaver tal valor do beneficiário é o desconto no benefício a ser pago em períodos posteriores, sendo certo que, nos casos de dolo, fraude ou má-fé, a restituição pode ocorrer de uma só vez ou mediante parcelamento.

VIII - No que concerne à verba honorária, frise-se que os Embargos à Execução consubstanciam-se em ação de natureza constitutiva negativa, e não condenatória, posto que visam desconstituir a eficácia do título executivo ou a relação processual da execução, devendo, portanto, o Juízo pautar-se de acordo com a regra da equidade, prevista no art. 20, §4º, do CPC, não se impondo utilizar os percentuais mínimo e máximo previstos no §3º do mesmo artigo, mas apenas atender às normas dispostas em suas alíneas.

IX - Desse modo, tendo em vista a simplicidade do presente e a celeridade no seu desenrolar, arbitro os honorários advocatícios no valor de R\$ 300,00 (trezentos reais).

X - Agravo improvido (g.n.).

(AC 201351010262524, Desembargador Federal REIS FRIEDE, TRF2 - SÉTIMA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::18/11/2014.)

#### Também:

ADMINISTRATIVO. EXECUÇÃO FISCAL. DÍVIDA DECORRENTE DE PAGAMENTO INDEVIDO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. DÉBITO NÃO TRIBUTÁRIO. INSCRIÇÃO COMO DÍVIDA ATIVA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTE DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. REGIME DO RECURSO REPETITIVO. ART. 543-C DO CPC. APELAÇÃO NÃO PROVIDA.

1. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.350.804/PR, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, DJe 12/6/13, firmou o entendimento no sentido de que não é possível a inscrição em dívida ativa de valor indevidamente recebido a título de benefício previdenciário do INSS, tendo em vista a ausência de regramento específico. O ressarcimento dos referidos valores deve ser precedido de processo judicial para o reconhecimento do direito do INSS à repetição. (REsp 1350804 / PR. RECURSO ESPECIAL 2012/0185253-1. Relator(a) Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES. Órgão Julgador. PRIMEIRA SEÇÃO. Data do Julgamento: 12/06/2013. Data da Publicação/Fonte DJe 28/06/2013).

2. Apelação desprovida (g.n.).

(AC 8683420114013813, JUIZ FEDERAL EVALDO DE OLIVEIRA FERNANDES (CONV.), TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA:14/11/2014 PAGINA:1148)

#### Idem:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - EXECUÇÃO FISCAL - PREVIDÊNCIA SOCIAL - PAGAMENTOS INDEVIDOS/FRAUDE - IMPOSSIBILIDADE DE INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA POR AUSÊNCIA DE LEI EXPRESSA - NÃO INCLUSÃO NO CONCEITO DE DÍVIDA ATIVA NÃO TRIBUTÁRIA - INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA - NECESSIDADE DE AJUIZAMENTO DE AÇÃO PRÓPRIA - EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO - RECURSO DESPROVIDO.

1 - Sentença que julgou extinto o processo, sem resolução do mérito, na forma do artigo 267, inciso IV c/c artigo 1º, da Lei nº 6.830/80, em razão da inadequação da via eleita, vez que os débitos oriundos de pagamento indevido/fraude de benefícios previdenciários não possuem natureza tributária e não admitem inscrição em dívida ativa.

2 - O débito oriundo do pagamento indevido de benefício previdenciário não se enquadra no conceito de dívida ativa não tributária (artigos 1º, 2º e 3º da Lei nº 6.830/80 e art. 39, § 2º, da Lei nº 4.320/64), de acordo com precedentes desta Corte e do STJ, devendo o INSS ajuizar a ação ordinária cabível.

3 - Segundo a assentada jurisprudência do E. STJ, a execução fiscal não é o meio cabível para a cobrança judicial de dívida que tem origem em fraude relacionada à concessão de benefício previdenciário.

4 - A questão já havia sido tratada pelo STJ, mas agora a tese foi firmada em julgamento de recurso repetitivo (artigo 543-C do Código de Processo Civil) e vai servir como orientação para magistrados de todo o país. Apenas decisões contrárias a esse entendimento serão passíveis de recurso à Corte Superior.

5 - Precedentes do STJ e desta Corte: STJ - REsp nº 1.350.804/PR - Primeira Seção - Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES - DJe 28-06-2013; AC nº 2011.51.17.001002-4 - Sexta Turma Especializada - Rel. Juiz Federal Convocado WILLIAM DOUGLAS - e-DJF2R 07-06-2013; AC nº 2011.51.17.000998-8/RJ - Oitava Turma Especializada - Rel. Des. Fed. POUL ERIK DYRLUND - e-DJF2R 25-02-2013.

6 - Recurso desprovido. Sentença mantida (g.n.).

(AC 201151170010000, Desembargador Federal ANTONIO HENRIQUE C. DA SILVA, TRF2 - QUINTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 09/12/2013).

É o suficiente para que se conclua, na linha dos precedentes indicados, que há carência de ação executiva, por ausência de interesse processual, modalidade adequação, na medida em que os créditos cujo adimplemento aqui se exige não são passíveis de inscrição em dívida ativa. Por tal razão, plenamente justificado o ajuizamento, de parte do INSS, da presente ação de conhecimento.

Com estas considerações, *rejeito* as preliminares arguidas pelo co-réu EZIO RAHAL MELILLO.

Com estas considerações já devidamente apascentadas, estou em que 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. A demanda está em termos de julgamento, pelo mérito. É o que passo a fazer.

DE MÉRITO. PRESCRIÇÃO. NATUREZA DA RESPONSABILIDADE. SOLIDARIEDADE. INTERVENÇÃO DE TERCEIROS. INSTÂNCIAS APURATÓRIAS. ESTANQUEIDADE.

De prescrição, no caso concreto, não se há de cogitar, considerando a natureza jurídica dos atos aqui em escrutínio, incidindo à hipótese o mandamento constitucional insculpido no *art. 37, § 5º da CF*, que consigna a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário decorrentes da prática, como no caso, de atos de improbidade. Nesse sentido, são diversos os precedentes do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO: AC 00000834120024036106, DESEMBARGADORA FEDERAL ALDA BASTO, TRF3 - QUARTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2015; AC 00066109420064036000, JUIZ CONVOCADO CIRO BRANDANI, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/02/2015; APELREEX 00005229520024036124, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 - TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:27/01/2015.

Rejeito, com tais considerações, a tese de prescrição da pretensão inicial.

No que se refere ao mérito da demanda propriamente dito, é de se fixar que a responsabilidade do co-réu EZIO RAHAL MELILLO é, sim, *solidária*, não apenas em relação à segurada beneficiária dos pagamentos indevidos, mas também em relação a outros beneficiários e/ ou causadores do prejuízo lastimado pela instituição promotora.

Dispõe o art. 3º da Lei nº 8.492/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA) que:

Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.

Dispositivo, que fixa, de forma inarredável a responsabilidade concorrente, integral e inarredável de todos os agentes ou beneficiados pela prática espúria à composição do dano por ela ocasionado. Neste sentido, aliás, não poderia ser mais firme a posição jurisprudencial, cumprindo relacionar, nesse sentido, precedente do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Processo : RESP 200900137428 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 1119458

Relator(a) : HAMILTON CARVALHIDO

Sigla do órgão : STJ

Órgão julgador : PRIMEIRA TURMA

Fonte : DJE DATA:29/04/2010

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Ementa

RECURSO ESPECIAL. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. INDISPONIBILIDADE DE BENS. LIMITE DA CONSTRIÇÃO. QUANTUM SUFICIENTE AO INTEGRAL RESSARCIMENTO DO DANO.

1. No ato de improbidade administrativa do qual resulta prejuízo, *a responsabilidade dos agentes em concurso é solidária.*

2. É defeso a indisponibilidade de bens alcançar o débito total em relação a cada um dos obrigados, ante a proibição legal do excesso na cautela.

3. Os patrimônios existentes são franqueados à cautelar, tanto quanto for possível determinar, até a medida da responsabilidade de seus titulares obrigados à reparação do dano, seus acréscimos legais e à multa, não havendo, como não há, incompatibilidade qualquer entre a solidariedade passiva e as obrigações divisíveis. Recurso especial improvido (g.n.).

Data da Decisão : 13/04/2010

Data da Publicação : 29/04/2010

Daí porque, presente o contexto legislativo e jurisprudencial acerca do tema, afigura-se-me absolutamente indene de dúvida a constatação de que o requerido aqui em causa responde, sim, e de forma solidária, relativamente à obrigação de indenizar veiculada na inicial.

Neste aspecto, no entanto, cumpre consignar que, a despeito dos reclamos da combativa defesa técnica deste acionado, não há como acatar o protesto pelo *chamamento ao processo* por ela realizado no âmbito destes autos (*arts. 77 e ss. do CPC*). É que, em tema de ação de ressarcimento decorrente de prática de atos de improbidade, a responsabilidade solidária somente se configura em relação àquelas pessoas contra as quais exista comprovação robusta e efetiva da prática dos atos ilícitos dos quais o ente público pretende se indenizar. Sem isso, não há como considerá-los agentes, ou beneficiários das condutas proscritas, porque não há como vinculá-los à ocorrência dos fatos geradores das reparações pretendidas.

Por tal razão, e malgrado o co-réu aqui em testilha, em outros tantos processos, relativos a outros quantos segurados, possa ter sido processado conjuntamente com outros agentes que eventualmente – junto com ele – consumaram atos de assalto à legislação que tutela a probidade administrativa, o certo é que, neste caso específico (*i. é, relativo a esta segurada em particular – DECELINA DE LIMA*), indiscutível mesmo é a comprovação da participação, nos atos ímprobos que substanciam a inicial, deste requerido especificamente, que atuou no processo previdenciário, na condição de advogado da segurada. Assim é que, *v.g.*, é esse réu

quem assina, sozinho, a petição inicial (*fls. 280/282*); é apenas ele quem comparece à audiência de instrução e julgamento a acompanhar a parte autora (*fls. 291/292*); e finalmente é ele – e ele somente – quem comparece aos autos da execução (*fls. 299/300*), a apresentar a conta de liquidação em favor da requerente, tudo em conformidade com documentos juntados aos autos pelo próprio réu.

Sucedem que, ainda que a parte interessada no benefício (a autora na ação previdenciária de origem) possa haver outorgado procuração aos demais advogados da sociedade do co-réu, o certo é que prova concreta da efetiva participação no estratagema criminoso de que aqui se cuida só existe mesmo em relação ao requerido EZIO RAHAL MELILLO. Aliás, consoante se depreende da análise cuidadosa de toda a documentação juntada aos autos pelas partes, a interveniência de outro advogado no curso do processo judicial que deferiu o benefício previdenciário de que, agora, o INSS pretende se ressarcir, somente vem a ocorrer em fase bem posterior, justamente para requerer a suspensão do feito em razão da instauração dos inquéritos policiais destinados a apurar, no âmbito criminal, a conduta de segurados e advogados envolvidos com a concessão irregular de benefícios previdenciários (*fls. 304*). Conduta essa, não há como deixar de reconhecer, não passa nem perto de configurar ato de improbidade, a justificar o chamamento à lide, que, por tais razões deve ser recusado. Caberá ao requerido aqui em questão, se entender que é o caso, solver a obrigação em face da entidade pública, para, ao depois, pela via do regresso, voltar-se contra aqueles que entender co-responsáveis pela indevida apropriação do erário ou de dinheiros públicos, provando-lhes a culpa no âmbito das vias ordinárias. Nesta lide, a pleiteada intervenção de terceiros não tem qualquer base para ser acatada. Por tais razões, *indefiro* o requerimento de chamamento ao processo dos terceiros arrolados pelo requerido.

Quanto ao tema de fundo da demanda propriamente dito, melhor sorte não acorre ao contestante.

Preliminarmente, será necessário dizer que não é o fato de se encontrar, em relação ao réu (EZIO), suspenso o processo penal relativo ao benefício aqui em estudo, que firma a presunção de inocência em relação ao ora sindicado ou viola o seu direito ao *due process of law*.

E isto porque, em *primeiro lugar*, o processo penal que investiga o benefício deferido à segurada aqui em questão (Processo nº 0008849-48.2000.403.6108) teve sua tramitação trancada em relação ao co-réu EZIO RAHAL MELILLO *não* em função de sua presumível inocência, ou não-culpabilidade em relação aos fatos ora sub sindicância, mas – o que é bem diferente – em decorrência de decisão proferida em outra ação penal (já julgada em primeiro grau de jurisdição [Processo nº 2002.61.08.00957-6]), e que, em função de punição severa imposta aos ali acusados, acabou deliberando, àquela ocasião, pela suspensão parcial dos inquéritos ainda em tramitação (apenas em relação aos advogados, porque já punidos em diversas outras ações criminais), como expressão da necessidade de adequação da reprimenda penal a ser estabelecida ao acusado no caso concreto. *Nessa conjuntura*, a ausência de conclusão do procedimento criminal para apuração da responsabilidade do co-réu EZIO RAHAL MELILLO em relação ao caso específico da segurada aqui em apreço, antes de indicar uma presumível ou virtual ausência de culpabilidade desse réu, ao revés, a confirma, o que tanto mais se escancara a partir da conduta do próprio sindicado que, fato notório – e confirmado nos presentes autos –, encontra-se em situação de foragido da Justiça desde a eclosão da notícia dos fatos envolvendo a sua participação nos eventos aqui relacionados, o que, a meu ver, tanto mais demonstra que esse réu absolutamente não tem como responder ou oferecer qualquer tipo de justificativa às sérias acusações que lhe são imputadas.

*Em segundo lugar*, pondere-se que este argumento de defesa não ostenta qualquer plausibilidade que possa lhe oferecer sustentação. Está muito bem assentado, tanto em doutrina quanto em jurisprudência, que salvo as hipóteses em que há preeminência legal da jurisdição penal sobre as demais (v.g., arts. 65, 66 do CPP), não existe qualquer comunicabilidade entre as instâncias civil, penal e administrativa de apuração, sendo essa a regra geral a ser aplicada também aqui ao caso em pauta.

Apreciando a questão com bastante percuciência e profundidade, explica a doutrina que, quando a infração em estudo puder, a um só tempo, ser qualificada como ilícito penal e administrativo, prevalece a regra da independência entre as instâncias de apuração, ressalvadas as hipóteses *suslo* comentadas. Nesse sentido:

Na primeira hipótese, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal, prevalecendo a regra da independência entre as duas instâncias, ressalvadas algumas exceções, em que a decisão proferida no juízo penal deve prevalecer, fazendo coisa julgada na área cível e na administrativa.

[MARIA SYLVIA ZANELLA DI PITERO, *Direito Administrativo*, 19 ed., São Paulo: Atlas, 2006, p. 592].

No caso, pretende o ora contestante obstar o acolhimento de uma pretensão de reparação civil por conta do arquivamento de uma ação penal que sequer se manifesta sobre a ilicitude da conduta posta sob apreciação. Não há qualquer base que sustente a pretensão porque, *a uma*, sequer as interferências de uma instância sobre a outra (que são sempre de natureza penal) se fazem presentes. *A duas*, que, tal decisão, como aliás nem poderia deixar de ser, efetivou a sua análise do caso concreto exclusivamente sob o ponto de vista da *persecutio criminis*. Vale dizer, o que a decisão de arquivamento do processo criminal acabou por chancelar foi o respeito a uma decisão anterior, respeitante a diversos outros casos concretos pelos quais o réu se viu processado e condenado, e que acabou por reconhecer a inviabilidade do prosseguimento de milhares de inquéritos e ações penais em face das mesmas pessoas (o ora réu e seus demais associados), porque, em última análise a eventual condenação em todos eles não projetaria qualquer modificação sobre a já consolidada situação criminal do requerido.

Não se pronunciou, mesmo porque o âmbito de cognição presente naquele expediente a isso não conduzia, sobre a existência ou não de ato passível de configuração do ilícito civil disparador da responsabilidade pela indenização dos prejuízos causados, esse sim, o objeto da lide aqui proposta pelo autor.

Cediço que, a par das hipóteses constantes do *art. 65 do CPP*, as instâncias civil, penal e administrativa são estanques e incomunicáveis, com amplitudes, características e profundidades diferentes de cognição, nada autorizando que o arquivamento de uma ação penal, ou de um inquérito policial, por questões estritamente afetas à persecução penal de envolvidos em crimes possa ser erigido em condição negativa de procedibilidade da instância civil tendente à liquidação dos danos decorrentes das mesmas condutas. É o que decorre da análise conjunta dos *arts. 66 e 67 do CPP*, este último que, aliás, menciona expressamente não impedir a ação civil o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação.

Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.

Art. 67. Não impedirão igualmente a propositura da ação civil:

I - o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação;

- II - a decisão que julgar extinta a punibilidade;
- III - a sentença absolutória que decidir que o fato imputado não constitui crime.

Não tendo sido, na decisão de arquivamento do inquérito aqui cogitado, reconhecida, categoricamente, a inexistência do fato ou negada peremptoriamente a sua autoria, está liberada a instância civil atinente ao mesmo fato, inclusive porque busca a realização de valores diversos, com a imposição de sanções de natureza distinta. Bem assentada a premissa primordial da estanqueidade das instâncias apuratórias, a conclusão que se impõe é a de que essa constatação não projeta qualquer eficácia inibitória em relação ao acolhimento da pretensão adversada na lide ora jacente.

De mais a mais, motivos sobejam para a condenação do ora réu à reparação dos danos causados por sua conduta, no que – fato demonstrado à saciedade nesses autos – o benefício de que se cuida foi obtido a partir da apresentação, em autos judiciais, de documentação falsa ou contrafeita, entre tais a CTPS/ livros de registro de empregado relativos à segurada. Valho-me, no ponto, de excerto da decisão do *MM. Juízo Estadual* que julgou a ação revisio-nal anteriormente aparelhada pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, que enfatiza, *verbis* (fls. 401/402):

Os documentos que instruíram a peça vestibular dos autos do processo 1642/94 foram confessadamente contrafeitos, circunstância não rechaçada pela ré em sua contestação, e evidentemente reconhecida em suas declarações quando ouvida na Polícia Federal. E tais documentos foram decisivos para a obtenção do benefício em tela.

O fato versado nos autos em apreço, diga-se de passagem, não é estranho e isolado na comarca. Conforme é de conhecimento geral, no dia 07 de julho de 2.000, agentes da Polícia Federal de Bauru, em rigoroso cumprimento de mandado judicial de busca e apreensão, da lavra do Egrégio Juízo da Segunda Vara Federal de Bauru, *apreenderam em escritório de advocacia de São Manuel, de suposta propriedade dos advogados Ézio Rahal Melillo e Francisco Alberto de Moura Silva, o primeiro subscritor da inicial da ação originária no caso dos autos, nada mais do que 1.000 (mil) carteiras de trabalho e livros de registros de empregados*. Centenas de inquéritos policiais e ações penais em curso objetivam a apuração de crimes previstos nos artigos 171, parágrafo 3º, 299, 304, todos do Código Penal, e crimes contra a previdência social, com indícios mais do que razoáveis de adulteração dos documentos com simulações de vínculos empregatícios inexistentes. Neste juízo, por exemplo, tramitam inúmeras cartas precatórias para inquirição de testemunhas nos processos criminais *envolvendo os procuradores em questão, nas quais os aposentados, via de regra, admitem a existência do falso, igualmente em sede de depoimentos pessoais realizados por determinação do Egrégio Tribunal Regional Federal da Terceira Região, em sede de cartas de ordem, já que inúmeras são as ações rescisórias aforadas pela previdência social junto àquele tribunal, muitas das quais tramitam com tutela antecipada*.

*A sentença proferida nos autos do processo 1642/94, na qual obteve a ré aposentadoria por idade, bem como assim o acórdão que a confirmou, foram proferidos a partir de documentos comprovadamente falsos, no caso, anotações constantes da Carteira de Trabalho e Previdência Social da ré, mediante procedimento caracterizador de fraude contra a previdência social (g.n.).*

Dá porque, manifesto o concurso do réu aqui em testilha nos atos ímprobos que redundaram na outorga do benefício aqui em causa, é de se fixar a sua responsabilidade pela reparação.

Ainda resta repelir o argumento de que a repetição aqui pretendida não seria possível por se tratar de verba alimentar. Despropositada a tese. Quando muito, o fundamento poderia

escusar eventual reparação por parte do *segurado*, autor da ação, mas não o seu *advogado*, visto como, à evidência, o benefício não deve, ao menos em princípio, ser deferido em seu favor. Por outro lado, o argumento somente tem valia se brandido por *aquela que percebe as verbas investido de boa-fé*, o que não é o caso dos autos, na medida em que o acesso a tais verbas ocorreu como decorrência de fraude, o que, por óbvio, afasta a tese da irrepetibilidade. Aliás, nesse sentido, o v. *decisum* do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, ao apreciar o recurso interposto na ação revisional antecedente a esta, deu provimento ao recurso autárquico exatamente por este motivo (cf. *fls. 430* dos autos, em excerto aqui já destacado).

É procedente a pretensão reparatória aqui desenvolvida pelo INSS. Tendo em vista que, com relação ao *quantum* pretendido não houve impugnação específica por parte do réu (*CPC, art. 302*), é de se presumir que representam a real extensão dos danos experimentados pela autarquia, razão porque de se deferir a indenização nos exatos termos em que pleiteada, alcançando à importância de *RS 35.942,44*.

No que se refere à correção monetária e juros moratórios, deverão incidir a partir da data do pagamento de cada uma das parcelas indevidas (*Súmula nº 54 do E. STJ*), ao percentual de *0,5% a.m.* até o advento da entrada em vigor do Código Civil/ 2002, e, a partir dele, pela *taxa SELIC* (taxa de remuneração em vigor para os créditos em aberto para com a Fazenda Nacional, *art. 406 do CC*), vedada, neste último caso a incidência de qualquer outro consecratório. Nesse sentido, arrola precedente específico para ações desta natureza:

**APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ADMINISTRATIVO. MILITAR. CURSO DE FORMAÇÃO. DEMISSÃO. NÃO CUMPRIMENTO DE PERÍODO OBRIGATÓRIO. INDENIZAÇÃO. CABIMENTO. APURAÇÃO DO QUANTUM NA FASE DE LIQUIDAÇÃO DO JULGADO. JUROS PELA TAXA SELIC.**

1. Trata-se de remessa necessária e apelações cíveis interpostas em face de sentença proferida em ação comum, pelo rito ordinário, objetivando o ressarcimento ao Erário da importância de R\$ 312.406,18 (trezentos e doze mil, quatrocentos e seis reais e dezoito centavos), em razão dos cursos que o réu frequentou durante a vida castrense.

2. Com efeito, demissão a pedido, ou *ex officio*, impõe o dever de indenizar, quando não cumprido o prazo mínimo de 5 anos de oficialato, decorrente da sua formação de militar. *In casu*, o réu ingressou na Marinha do Brasil, onde realizou curso de formação da Escola Naval (Ciclo Escolar e Pós-Escolar), com duração de 5 anos e dez meses e vinte dias, com previsão de término para 08/12/2008 e Curso de Aperfeiçoamento de Submarinos para Oficiais, com previsão de término para 10/01/2011. Todavia, antes de findar o referido quinquênio, o Réu foi desligado do Serviço Ativo da Marinha do Brasil, através da Portaria nº 252/MB, de 30 de Agosto de 2011.

3. Ora, o ressarcimento das despesas com o estudo do militar, na hipótese, não constitui qualquer afronta à garantia do ensino gratuito prestado pelos estabelecimentos oficiais, em razão da própria previsão legal da indenização pleiteada e tendo em vista que a obrigação em tela não está associada à natureza da organização de ensino, mas decorre do dispêndio de recursos da União com a capacitação daqueles beneficiários que, por ato voluntário, não observaram o vínculo pós-oficialato exigido por lei, frustrando a expectativa de retorno desse investimento nele depositada.

4. Para fixação do *quantum* indenizatório deve ser aplicado o princípio da proporcionalidade e da isonomia, correspondendo ao que efetivamente foi despendido na formação do militar, devendo ser proporcional ao tempo que resta para que o militar cumpra o tempo mínimo exigido, uma vez que a indenização não tem caráter de sanção, mas sim de restituição ao erário.

5. Em relação aos juros moratórios e correção monetária, o entendimento firmado na jurisprudência é no sentido de que os juros moratórios são devidos a partir do evento danoso

*(Súmula 54-STJ), no percentual de 0,5% até a entrada em vigor do novo Código Civil, e, a partir daí, os juros moratórios devem observar a taxa que estiver em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional (art. 406 CC) que, no caso, é a taxa SELIC, vedando-se, entretanto, o acúmulo com a correção monetária.*

6. Apelação da União e remessa necessária parcialmente providas. Recurso adesivo improvido (g.n.).

[AC 201251020008314, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data:09/09/2014].

Com tais considerações é de se acolher, ao menos em relação a um dos réus, a pretensão inicialmente deduzida pelo INSS.

#### DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta:

(A) Por ausência de interesse processual (modalidade *necessidade*), tenho o autor (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS) por carecedor da ação proposta em face da co-ré (DECELINA DE LIMA), razão pela qual, *com relação a ela*, INDEFIRO A PETIÇÃO INICIAL da presente ação de conhecimento, e o faço para, *nesta parte*, excluí-la da lide, e JULGAR EXTINTO O PROCESSO, sem apreciação do mérito da causa, tudo na conformidade do que dispõem os arts. 3º e 6º, c.c. art. 295, III e art. 267, I e VI, todos do CPC; e,

(B) Quanto ao mais, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, na forma do art. 269, I do CPC. *Condeno* o réu (EZIO RAHAL MELILLO) a ressarcir o autor (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS) na quantia discriminada na exordial (R\$ 35.942,44), devidamente atualizada e acrescida dos juros moratórios à data do efetivo pagamento, na forma discriminada nesta sentença.

Arcará o réu (EZIO RAHAL MELILLO), vencido, com o reembolso de eventuais custas e despesas processuais e mais honorários de advogado que, com fundamento no que dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, arbitro em 10% sobre o valor total da condenação, tudo devidamente atualizado à data da efetiva liquidação do débito pelo Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

P.R.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

**0014489-39.2013.4.03.6120**

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
Ré: USINA MARINGÁ INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP  
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/10/2015

### **I – RELATÓRIO**

Trata-se de ação regressiva de indenização proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de Usina Maringá Indústria e Comércio Ltda., objetivando a condenação da requerida ao ressarcimento dos valores pagos em benefício previdenciário (pensão por morte) em decorrência de acidente de trabalho, bem como a restituição das quantias que serão despendidas em razão daquele benefício, que deverá ser garantido mediante a prestação de garantia real ou fidejussória.

A inicial narra que em 20 de abril de 2009, por volta das 09h30, o funcionário Ezequiel Chiquito foi vítima de acidente de trabalho do qual resultou sua morte. A vítima foi admitida na empresa requerida em 10/05/2004, sendo que a partir de outubro de 2007 passou a desempenhar a função de “mecânico de moenda”, realizando a manutenção, desmonte e montagem nas máquinas e equipamentos do setor de moendas. Argumenta que o acidente foi decorrência de negligência da empresa, que nada fez para evitar o infortúnio, desrespeitando as Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho. Relata a instauração de *PIP – Procedimento de Instrução Prévia* pelo Escritório de Representação da Procuradoria Regional Federal da 3ª Região em Araraquara/SP, através do qual se concluiu que o infortúnio poderia ter sido evitado se os procedimentos de segurança tivessem sido adotados pela empresa demandada. Ao final, requereu além da procedência da ação a intimação do Ministério Público, considerando a natureza da lide e o interesse público envolvido. Inicial e documentos às fls. 02-271.

A requerida apresentou contestação às fls. 299/324, aduzindo inicialmente a ocorrência de prescrição. No mérito propriamente dito, requereu a improcedência da ação, alegando que: inexistente culpa da ré, sendo que esta sempre seguiu as normas de segurança e saúde do trabalhador, fornecendo-lhes EPIs e condições para desenvolverem seu labor, tais como treinamentos contínuos, fato corroborado pelo laudo pericial produzido na Reclamatória Trabalhista n. 0114900/2009; o falecido não trabalhava em excesso de jornada; o acidente ocorreu por falha humana atribuída ao próprio funcionário; não se aplica a responsabilidade objetiva, pois ausentes os requisitos exigidos pelo art. 927, parágrafo único do Código Civil; ausente nexo de causalidade entre a ação/omissão da ré com o acidente; a culpa é exclusiva do *de cujus* pelo acidente, ou sucessivamente, a culpa é concorrente, já que por ato dele (deixar acoplado o equipamento), o acidente ocorreu; as contribuições sociais são cobradas tanto do empregado quanto do empregador, o custeio da Previdência Social já foi suportado pelos contribuintes, razão pela qual não se justifica a ação regressiva; o seguro acidente de trabalho – SAT destina-se a cobrir os casos em que há culpa exclusiva da empresa ou apenas culpa concorrente, uma vez que esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição; e incabível a constituição de capital almejada pela parte autora, uma vez que esta somente é possível com dívidas de natureza alimentar. Contestação e documentos juntados às fls. 299-530.

Em réplica (fls. 533-542) o INSS rechaçou a preliminar de prescrição.

As partes foram intimadas para especificarem as provas que pretendiam produzir (fls. 544). O INSS manifestou-se às fls. 545, requerendo o julgamento antecipado da lide. A ré manifestou-se às fls. 546-547, requerendo a designação de audiência.

Audiência designada às fls. 548. Em instrução, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela requerida: José Rodriguez de Souza e Márcia Barbosa dos Santos (fls. 555-557).

Em seus memoriais (fls. 560-564 e 565-567) as partes repisaram os argumentos expostos na inicial e na contestação.

Vieram os autos conclusos.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

De partida, quanto à atuação do Ministério Público Federal, consigno que não há incapaz em um dos polos da ação. Além disso, o interesse envolvido é de cunho individual e secundário, interessando somente as partes. Por tais motivos, entendo que, no presente feito, desnecessária se mostra a intervenção do MPF e prossigo na análise da matéria.

Rejeito também a alegação de prescrição. Revendo posicionamento anterior (v.g. ação nº 0006695-64.2013.403.6120, atualmente no TRF da 3ª Região aguardando o julgamento de apelo do INSS), alinhei-me ao posicionamento pacífico do STJ, no sentido de que a ação regressiva por acidente de trabalho proposta pelo INSS prescreve em cinco anos contados do pagamento da primeira parcela, devendo ser observado que nessa hipótese a prescrição atinge o próprio fundo de direito.

Nesse sentido, os precedentes que seguem:

PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. PRINCÍPIO DA ISONOMIA. PRESCRIÇÃO. 1. A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.251.993/PR, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, assentou a orientação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública é quinquenal, conforme previsto no art. 1º do Decreto-Lei 20.910/1932, e não trienal, nos termos do art. 206, § 3º, V, do CC/2002. 2. A jurisprudência é firme no sentido de que, pelo princípio da isonomia, o mesmo prazo deve ser aplicado nos casos em que a Fazenda Pública é autora, como nas ações de regresso acidentárias. Precedentes: AgRg no REsp 1.423.088/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 19.5.2014; AgRg no AREsp 523.412/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 26.9.2014; e AgRg no REsp 1.365.905/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 25.11.2014. 3. A pretensão ressarcitória da autarquia previdenciária prescreve em cinco anos, contados a partir do pagamento do benefício previdenciário. Por conseguinte, revela-se incabível a tese de que o lapso prescricional não atinge o fundo de direito, mas apenas as prestações anteriores ao quinquênio que antecede o ajuizamento da ação. 4. O Tribunal *a quo* consignou que o INSS concedeu benefício auxílio-acidente, o que vem sendo pago desde 30.01.2001. A propositura da Ação de Regresso ocorreu em 5.6.2013 (fl. 402, e-STJ). Assim, está caracterizada a prescrição. 5. Recurso Especial não provido. (STJ, Segunda Turma, Resp. 1.499.511, rel. Herman Benjamin, j. 23/06/2015).

ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. PRESCRIÇÃO. QUINQUENAL. DECRETO Nº 20.910/32. PRINCÍPIO DA SIMETRIA. NATUREZA CIVIL DA REPARAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO DE TRATO SUCESSIVO. PRESCRIÇÃO DO FUNDO DE DIREITO RECONHECIDA DE OFÍCIO. PREJUDICADAS AS APELAÇÕES. 1- A hipótese é de ação regressiva proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social (INSS) em face de ex-empregador, objetivando o ressarcimento dos valores pagos pela Autarquia, em função de suposta negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho (Art. 120 da Lei

8.213/90). 2- A imprescritibilidade prevista no artigo 37, §5º, da Constituição Federal, refere-se ao direito da Administração Pública de obter o ressarcimento de danos ao seu patrimônio decorrentes de atos de agentes públicos, servidores ou não. Tal hipótese é taxativa e, por se tratar de exceção à regra da prescritibilidade, não pode ser ampliada com o escopo de abarcar a ação de reparação ajuizada pelo Instituto Nacional do Seguro Social- INSS, cuja natureza é nitidamente civil. 3- Em razão do princípio da especialidade, o prazo de prescrição das ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública é de cinco anos, consoante dispõe o art. 1º do Decreto nº 20.910/32, que não foi revogado pelo Código Civil (lei geral) em vigor. Precedente: REsp 1.251.993/PR, de relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, submetido ao rito dos recursos repetitivos, conforme o disposto no art. 543-C do CPC. 4- Em sintonia com o entendimento esposado pelo C. Superior Tribunal de Justiça e em observância ao princípio da isonomia, o prazo prescricional aplicável às hipóteses em que a Fazenda Pública é autora (como *in casu*) deve ser o quinquenal. Precedentes. 5- Nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91, o fundamento da ação regressiva é a concessão do benefício em caso de negligência quanto às normas de segurança e higiene do trabalho. 6- Assim, a partir da data da concessão do benefício surge para o INSS a pretensão de se ver ressarcido dos valores despendidos para o pagamento das prestações mensais em favor do segurado ou seus dependentes. 7- Não há como se acolher a tese no sentido de que a prescrição não atingiria o fundo de direito, mas, tão-somente, as prestações vencidas antes do quinquênio que antecede o ajuizamento da ação regressiva. Isto porque a natureza da reparação buscada é civil e, portanto, tem como fundamento o ato ilícito do empregador (inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho) que gerou o dano (concessão do benefício). 8- A relação jurídica entre o INSS e o empregador negligente, diferentemente daquela existente entre o INSS e o segurado, não possui trato sucessivo, de maneira que a prescrição, em ocorrendo, atinge o fundo de direito. 9- De ofício decretada a prescrição da pretensão autoral. 10- Prejudicadas as apelações. (TRF 3ª Região, 11ª Turma, AC 0005069-94.2009.4.03.6105, rel. Des. Federal José Lunardelli, j. 11/05/2015).

Superado o ponto, passo ao exame da questão de fundo.

O INSS pretende a condenação da ré ao ressarcimento dos valores que a autarquia pagou e pagará aos dependentes de empregado da requerida que foi vítima de grave acidente de trabalho, do qual resultou seu falecimento e a concessão de pensão por morte.

O artigo 120 da Lei nº 8.213/1991 estabelece que “Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis”. Ao comentarem essa norma, CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI<sup>1</sup> observam que “(...) surge um novo conceito de responsabilidade pelo acidente de trabalho; o Estado, por meio do ente público responsável pelas prestações previdenciárias, resguarda a subsistência do trabalhador e seus dependentes, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado pelo dano que este arque com os ônus das prestações — aplicando-se a noção de responsabilidade objetiva, conforme a teoria do risco social para o Estado; mas da responsabilidade subjetiva e integral, para o empregador infrator. Medida justa, pois a solidariedade social não pode abrigar condutas deploráveis como a do empregador que não forneça condições de trabalho indenes de risco de acidentes. Com bem assinalou Daniel Pulino [Revista de Previdência Social. São Paulo. LTr. Nº 182, p. 16.] o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua responsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática

1 Manual de direito previdenciário. 11 ed. Florianópolis : Conceito Editorial, 2009, p. 562.

socialmente indesejável”.

Conforme se depreende do dispositivo há pouco mencionado, não é qualquer acidente de trabalho gerador de despesa ao INSS que autoriza o ressarcimento da autarquia, mas apenas aqueles casos em que demonstrado que o fato gerador da prestação previdenciária decorreu de negligência do empregador na observância das normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos empregados. Por aí se vê que a responsabilidade do empregador nesses casos é subjetiva, cabendo ao INSS demonstrar o nexo causal entre o acidente e a negligência do empregador no cumprimento da norma-padrão de segurança.

Cumprе observar que o pagamento do Seguro de Acidente do Trabalho — SAT não exclui a responsabilidade do empregador pelos acidentes de trabalhos decorrentes de sua negligência, por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. É que nesses casos a conduta do empregador acaba criando riscos excepcionais que vão além daqueles cobertos pelo adicional correspondente ao SAT.

No caso concreto, tem-se que em 20/04/2009 o empregado Ezequiel Chiquito sofreu grave acidente de trabalho, do qual resultou sua morte e, no plano previdenciário, a concessão de pensão por morte aos dependentes do segurado.

Para examinar a dinâmica do acidente, vou me valer fundamentalmente dos laudos juntados às fls. 143-158 e 160-178, produzidos nos autos de ação de indenização nº 730-77.2010.5.15.0079 que tramitou na 2ª Vara do Trabalho da Subseção de Araraquara. Ambos os laudos acompanham a inicial, sendo que o primeiro (fls. 143-158) foi elaborado pelo assistente técnico da parte autora da ação trabalhista e o segundo pela perita nomeada pelo Juiz do Trabalho.

Pelo que se depreende desses laudos, a moenda é o sistema que realiza a moagem da cana-de-açúcar; esse dispositivo é dividido em partes denominadas de ternos, sendo que em cada moenda há de quatro a sete ternos; a moenda onde Ezequiel Chiquito trabalhava era formada de cinco ternos, tendo o acidente ocorrido justamente quando o empregado fazia ajustes no quinto terno. Cada terno é formado por um sistema de rolos por onde a cana transita, denominado *castelo*; esses rolos são acionados por uma turbina movida a vapor. Quatro dos cinco ternos eram idênticos, mas o quinto terno possuía um subsistema composto por acoplamento e motor redutor. Esse subsistema era utilizado para uma função específica: lubrificação das engrenagens do terno. Em razão disso, era utilizado apenas na entressafra, pois na safra não se lubrifica a moenda.

No dia do acidente, o empregado Ezequiel Chiquito estava trabalhando em ajustes finos no sistema, de modo que havia vapor circulando na linha e o subsistema de lubrificação (acoplamento e o motor redutor) estava instalado. Nessas condições, bastante comuns no período de ajustes na linha de produção, o mecânico deveria se atentar para duas medidas cruciais na operação do sistema: quando fosse lubrificar o sistema, deveria manter a válvula de vapor fechada e posicionar a chave do acoplamento na posição “*acoplada*”; quando o sistema fosse acionado para moenda, os comandos deveriam ser invertidos, ou seja, a válvula de vapor deveria ser aberta e a chave do acoplamento deveria ser fixada na posição “*desacoplada*”. Essas posições estavam indicadas de forma ostensiva no equipamento.

Sucedе que naquela manhã o empregado Ezequiel Chiquito deixou de observar essas diretrizes, pois em dado momento abriu a válvula de vapor sem se atentar que a chave do acoplamento estava na posição “*acoplada*”. Este foi o primeiro erro do empregado.

O segundo foi não se atentar de imediato para o problema quando se manifestaram os sinais de que havia algo de errado. Com efeito, em razão do equivocado arranjo entre a vál-

vula do vapor e a chave do acoplamento, o sistema apresentou duas anomalias: não atingia a velocidade esperada e apresentava vibração. O empregado interpretou esses sintomas como sendo indícios da existência de “*junta cega*”, expressão utilizada para denominar furo com impedimento de passagem de vapor. Na verdade, o que ocorria é que parte da energia proveniente da pressão do vapor era transferida para o motor redutor, por meio do acoplamento (cuja chave inadvertidamente estava na posição “*acoplado*”), o que acionou esse equipamento e impôs um regime de rotação que ia muito além da capacidade para a qual fora projetado.

Convicto de que o problema era a existência de *junta-cega*, Ezequiel Chiquito dirigiu-se ao local onde se encontrava o líder da moenda, seu supervisor direto (José Rodriguez de Souza), para lhe reportar o problema e solicitar duas chaves apropriadas para abrir válvulas da turbina, manobra indicada para corrigir falhas decorrentes de “*juntas cegas*”. Ambos os funcionários então se municiaram das chaves e voltaram ao quinto terno, para fechar a válvula de vapor; no entanto, assim que se aproximaram da válvula, uma peça do motor redutor (volante metálico) se rompeu, dispersando fragmentos que se projetaram a altíssima velocidade; um desses fragmentos acertou a cabeça de Ezequiel Chiquito, ocasionando ferimento que resultou em seu óbito, por traumatismo crânio encefálico.

Colho do laudo das fls. 160-178 passagem que resume a dinâmica do acidente:

Logo após o acidente, os funcionários da manutenção da moenda, cipeiros, membros do SES-MT que investigaram o evento chegaram à conclusão de que o mesmo ocorrera em virtude do moto redutor estar acoplado ao eixo da turbina. Quando o Acidentado abriu a válvula liberando o vapor, o eixo da turbina foi movimentado. Como o eixo do redutor estava acoplado ao da turbina (alavanca na posição acoplado), após vencer a inércia, a velocidade da turbina (aproximadamente 5200 RPM) foi transmitida para o moto redutor que girou em velocidade superior à sua capacidade (1700 RPM). O equipamento não possuía dispositivo de segurança que interrompesse o seu funcionamento em caso de velocidades elevadas. A Reclamada comunicou a falha ao fabricante após o acidente.

No curso da instrução foram inquiridas duas testemunhas, ambas arroladas pela requerida.

Uma das testemunhas é a viúva do acidentado, que a rigor não trouxe nenhuma informação relevante para o presente caso. É bem verdade que, como bem lembra o INSS, em dado momento a depoente referiu que seu marido faleceu quando trabalhava fora de sua área, e em atividade para a qual não possuía treinamento. No entanto, conforme será detalhado adiante, fazia quase dois anos que Ezequiel Chiquito trabalhava na função de mecânico da moenda.

A outra testemunha é o Sr. José Rodriguez de Souza, que conforme visto acompanhava o funcionário Ezequiel Chiquito quando da ocorrência do acidente. Segue uma síntese do depoimento da testemunha, em transcrição livre:

Eu era o líder da manutenção de um dos turnos da moenda, mas na época do acidente estávamos trabalhando apenas na diária (das 7h às 17h); o acidente aconteceu entre o fim da entressafra e o início da safra, na fase dos ajustes finais da moenda; no dia do acidente, o Ezequiel Chiquinho me chamou dizendo que estava com um problema; naquilo que nós chegamos na moenda aconteceu a explosão; não deu tempo nem de piscar o olho; só vi que ele tombou, e quando juntei ele vi que estava todo quebrado; a explosão foi muito forte; se pegasse um estilhaço em mim eu também morria; eu não sei se ele esqueceu, mas ele ligou a máquina com o giro lento acoplado; não sei o que aconteceu com ele, que era acostumado

a fazer a operação; quando chegamos lá, não deu tempo nem de falar onde era o problema e aconteceu a explosão; quando me procurou, ele disse que o problema era na válvula, mas na verdade era por causa do giro lento acoplado; isso não poderia estar acoplado; acho que quando ele botou a máquina a operar, esqueceu desse detalhe; o operador só precisa colocar ela pra funcionar e depois ela trabalha; até hoje não consigo entender o que aconteceu nesse dia... ele não ter desacoplado o equipamento; falhar, todo mundo falha, né?!; mas o operador não poderia falhar; ele tinha experiência, fazia aquela atividade com frequência, há no mínimo três anos antes do acidente; os procedimentos de manutenção da moenda eram feitos todo ano, na entressafra; havia a expectativa de Ezequiel Chiquito ser promovido a líder; a empresa fornecia EPIs, que eram utilizados pelo acidentado.

A testemunha José Rodriguez de Souza também prestou depoimento em sindicância do Ministério do Trabalho (fls. 380-381) e nos autos do inquérito policial instaurado para apurar a morte do funcionário Ezequiel Chiquito (fl. 384), sendo que essas declarações não divergem das informações prestadas em Juízo nesta ação.

Esse acidente foi amplamente estudado. Além dos laudos há pouco mencionados, o evento foi tema do Relatório de Análise de Acidente Grave, elaborado por Auditor Fiscal do Trabalho da Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Araraquara (fls. 19-33), e de relatórios do Serviço Especializado em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho — SESMT e da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes — CIPA; esses relatórios não foram juntados aos autos, mas as respectivas conclusões estão transcritas no estudo assinado pela Auditora do Trabalho. O fato também foi investigado na perspectiva criminal, sendo que o inquérito policial acabou arquivado sem indiciamento.

Em linhas gerais, os estudos há pouco referidos compartilham das mesmas conclusões. Como é comum em casos dessa natureza, o acidente decorreu da conjugação de diversos fatores, embora alguns preponderando sobre outros. Todavia, é consenso que o acidentado contribuiu decisivamente para a ocorrência do infortúnio, quando inadvertidamente abriu a válvula do vapor enquanto a chave do acoplamento entre o turno e o motor redutor estava na posição “*acoplada*”. Ao lado dessa causa, que qualifico como *principal*, os diversos especialistas que se debruçaram sobre esse fato mencionaram outras causas que reputam direta ou indiretamente relacionadas ao acidente. Mais adiante vou enfocar algumas dessas concausas, mas por ora vou me concentrar na conduta do acidentado.

Conforme leciona SERGIO CAVALIERI FILHO<sup>2</sup>, a imprudência, ao lado da negligência e da imperícia, é uma das formas de exteriorização da conduta culposa, manifestada pela falta de cautela ou cuidado por meio de conduta comissiva do agente. No caso dos autos, o relatório de análise do acidente aponta que o fato só ocorreu da forma que ocorreu por conta de erros cometidos pelo próprio acidentado na operação dos equipamentos, ou seja, por imprudência da própria vítima.

Sucedem que o erro humano é uma ocorrência natural no ambiente fabril, especialmente quando o trabalho envolve atividades mecânicas e repetitivas — dados os riscos da atividade industrial, um segundo de desatenção é o suficiente para se perder um dedo, um braço ou a vida. Variados fatores contribuem para a diminuição do nível de atenção do trabalhador. Alguns estão relacionados à negligência do empregador (a extensão indevida da jornada, a iluminação deficiente do ambiente, o nível de cobrança por produtividade, etc.). Outros escapam do controle do empregador, pois relacionados a condições pessoais do empregado (por exemplo, o cansaço

2 Programa de responsabilidade civil. — 9 ed. — São Paulo : Atlas, 2010, p. 37.

por uma noite mal dormida, problemas familiares ou uma indisposição física).

As exigências de segurança existem justamente para neutralizar os efeitos da desatenção do empregado. Com efeito, é no reconhecimento da inevitabilidade do erro humano que surge a preocupação na adoção de medidas visando à neutralização dos efeitos da falta de atenção ou o descuido que fatalmente vez ou outra acometerá o trabalhador.

Digo isso com conhecimento de causa. Em meados dos anos 1990, trabalhei durante alguns meses como assistente de manutenção industrial, operando lixadeiras, furadeiras de bancada e máquinas de corte. Uma das tarefas consistia em desbastar as arestas de peças de ferro retangulares, cada uma com 15 ou 20 quilos. A operação se dava da seguinte forma: fixava a peça na morsa e lixava uma das arestas; feito isso, aliviava suavemente a pressão da morsa, apenas o suficiente para virar a peça para lixar a outra face, sem desprendê-la do equipamento de retenção. Ocorre que num momento de distração afrouxei a morsa mais do que o necessário e o diabo da peça caiu sobre meu pé. Como operava uma lixadeira, estava equipado com óculos de proteção, luvas e avental de couro, mas desgraçadamente não calçava sapato com biqueira de aço. O resultado disso foram alguns dedos do pé fraturados (um deles com risco de amputação), cortes profundos e o afastamento temporário do trabalho, inclusive com a concessão de auxílio-doença acidentário.

Note-se que nesse caso o uso de sapato com biqueira de aço não evitaria a imperícia no manuseio da morsa (culpa minha) nem neutralizaria os efeitos da gravidade (culpa da física), mas certamente evitaria o ferimento, ou ao menos reduziria significativamente a gravidade da lesão. Daí porque se exige cinto de segurança ou redes de proteção para o trabalho acima do nível do solo, óculos de proteção em operações com lixadeiras e máquinas de corte etc. É por isso também que a norma-padrão prevê que as dobradeiras sejam acionadas por dois pedais, se dois forem os empregados que estiverem lidando com o equipamento; que os pedais estejam protegidos por caixas de segurança, de modo a não serem acionados apenas porque alguém neles esbarrou; que as áreas de transmissão de força tenham proteções fixas que impeçam o ingresso das mãos ou dedos. Tais cautelas, dentre outras, compõem o conjunto mínimo de precauções que devem ser observadas pelo empregador.

Saltando da memória para a realidade do caso concreto, penso que o INSS não logrou demonstrar o nexos causal entre o acidente e a negligência do empregador. Dito de outra forma, as provas não indicam que o acidente resultou de conduta culposa ou dolosa do empregador na observância das normas de segurança e higiene do trabalho indicadas para a proteção individual e coletiva dos empregados, mas sim por imprudência da vítima na operação do sistema de moenda.

As ordens de serviço das fls. 61-63, as informações contidas nos laudos e o depoimento da testemunha atestam que o funcionário Ezequiel Chiquito tinha experiência no desempenho da função. Trabalhava na Usina Maringá há quase cinco anos, e há cerca de dois na função de mecânico de moenda. Não há dúvida que tinha experiência na manutenção do sistema de moenda, o que em certa medida explica a perplexidade manifestada pela testemunha José Rodriguez de Souza — “até hoje não consigo entender o que aconteceu nesse dia... ele não ter desacoplado o equipamento; falhar, todo mundo falha, né?!; mas o operador não poderia falhar”.

Por aí se vê que não convence a alegação de que o acidente é resultado da falta de treinamento ou de treinamento ineficiente pela empregadora, causas apontadas pela Auditora do Trabalho em seu relatório. O acidente não foi decorrência de erro de um novato naquela atividade, que ainda estava se enfronhando nos meandros do mecanismo da moenda, mas sim por funcionário que trabalhava como mecânico daquele equipamento há cerca de dois anos.

Conforme referi em outro momento, os diversos especialistas que se debruçaram sobre o caso fazem referência a outras causas que podem ter contribuído para o acidente, bem como inúmeras medidas que poderiam tê-lo evitado. Do primeiro grupo, pode-se citar a ausência de treinamento específico do funcionário Ezequiel Chiquito para operar o equipamento que ocasionou o acidente — hipótese que afastei há pouco —, a falta de radiocomunicador para facilitar a comunicação entre o mecânico e seu supervisor, o excesso de jornada na véspera do acidente, dentre outros fatores. Do segundo grupo, pode-se mencionar a presença de dispositivos de segurança que evitassem a aceleração do motor redutor além dos níveis suportáveis, ou ao menos que evitassem a dispersão de destroços em caso de colapso de componentes.

Oportuno destacar, aliás, que os laudos técnicos e os relatórios de sindicância são unânimes em apontar que o acidente poderia ser evitado se o sistema redutor contasse com dispositivos que cortassem o giro do motor quando este superasse a velocidade máxima para o qual fora projetado, ou se contasse com telas de proteção mais resistentes, que suportassem impactos mais intensos em caso de desprendimento de partes móveis. No entanto, tais observações relacionam-se a hipotéticos erros no projeto dos equipamentos, de modo que devem ser imputados ao fabricante, e não à empresa que adquiriu o produto. Se a pretensão regressiva estivesse fundada na responsabilidade objetiva — como se passou na ação de indenização proposta na Justiça do Trabalho — até seria admissível transferir os alegados vícios de projeto à empresa que adquiriu o equipamento, que certamente teria assegurado o direito de regresso contra a fabricante. Neste caso, todavia, a pretensão do INSS se fundamenta em responsabilidade subjetiva, de modo que os supostos defeitos na concepção dos equipamentos não podem ser imputados à empresa ré.

Cumprido observar que a análise de um acidente sempre vai resultar na identificação de inúmeros fatores que contribuíram para sua ocorrência, além de outras tantas condutas que, se fossem observadas, poderiam tê-lo evitado. A dificuldade consiste em separar as causas diretamente relacionadas ao evento daquelas acessórias que podem ter contribuído para sua ocorrência, bem como das condutas cuja inobservância impediu evitá-lo, mas que não se relacionam de forma imediata com o evento. No entanto, mais importante do que identificar culpados, essas conclusões são essenciais para incrementar os níveis de segurança nas atividades e, assim, evitar a ocorrência de novos acidentes, ou, para ser mais claro, a repetição de acidentes. Por paradoxal que seja, a mais importante fonte de conhecimento para evitar a ocorrência de acidentes são os próprios acidentes. Daí porque os controladores de velocidade são instalados preferencialmente nos pontos de maior incidência de colisões e atropelamentos, bem como de uma hora para outra a tampa da caneta Bic ganhou um furo no topo, cuja função é evitar o sufocamento caso seja engolida.

Empiricamente, parece-me que o ramo que parece aplicar com mais eficiência esse conceito é o da aviação civil. Historicamente a segurança nos voos é ampliada em razão inversamente proporcional ao número de acidentes ocorridos, de modo que a cada ano está mais seguro voar, inobstante o crescimento constante do tráfego aéreo. Há cinquenta anos, quando teve início a era dos jatos, havia dez acidentes com morte para cada milhão de voos; atualmente esse número baixou para 0,21. E uma das principais razões para isso é o aperfeiçoamento nos equipamentos e nos procedimentos, que por sua vez são resultado das análises minuciosas de acidentes. A segurança em aviação civil rege-se por uma política que pode ser assim resumida: nem sempre é possível evitar um acidente, mas com certeza é possível evitar o segundo acidente pela mesma causa.

A consequência disso é que os desastres aéreos envolvendo empresas de aviação civil tendem a ser cada vez mais insólitos, pois o espaço para a atuação do imponderável é diminuído

após cada ocorrência. Trago um exemplo recente que bem ilustra essa conclusão. Há alguns meses o mundo ficou perplexo com o caso do tresloucado copiloto da Germanwings que se trancou na cabine e deliberadamente chocou o Airbus que pilotava contra uma montanha no sul da França, matando 150 passageiros e tripulantes. No geral, o caso foi enfocado na perspectiva penal ou, numa linha mais condescendente, da saúde pública, pois logo surgiram notícias de que o copiloto Andreas Lubitz sofria de grave depressão. No campo da aviação, contudo, esse episódio foi encarado como um acidente, de modo que imediatamente se estudaram soluções para evitar sua repetição. Daí porque dois ou três dias depois que surgiram os primeiros indícios apontando que o avião fora derrubado de forma deliberada, as companhias aéreas do mundo todo alteraram os procedimentos em voo, proibindo os tripulantes de permanecer sozinhos nas cabines de comando, regra que atualmente, cinco meses após o acidente, é observada à risca, inclusive no Brasil. Ainda sobre o tema, interessante observar que o acidente com o Airbus da Germanwings só ocorreu da forma que ocorreu em razão da observância de procedimento de segurança introduzido a partir dos ataques de 11 de setembro: o trancamento da cabine durante todo o voo.

Voltando para o caso dos autos, parece-me que os fatores causais que o Ministério do Trabalho identificou como contribuintes para o acidente (fatores da tarefa, do material e da organização e gerenciamento das atividades), não estão diretamente relacionadas ao acidente, tampouco poderiam evitá-lo. É o caso, por exemplo, da alegação de que na semana que antecedeu o acidente o funcionário Ezequiel Chiquito cumprira jornadas excessivas, bem como que o trabalho estava atrasado em razão de greve realizada pelos trabalhadores, ou ainda, que os empregados não foram orientados de forma adequada acerca dos riscos no ambiente de trabalho. Tais circunstâncias podem configurar infrações à legislação do trabalho, sujeitando a empresa ao pagamento de multas, mas não há prova de que esses fatores estão na linha de desdobramento do acidente, tampouco que a inocorrência delas pudesse ter interferido no evento a ponto de evitar sua ocorrência. Com efeito, abstraída da linha de desdobramento as horas-extras que Ezequiel Chiquito fez na semana anterior, isso evitaria a ocorrência do acidente? Talvez sim, provavelmente não, até mesmo porque não há indícios de que o acidente foi causado pela estafa do empregado.

Tirante a flagrante colaboração da própria vítima, os demais fatores levantados pelos diversos especialistas como concorrentes para a ocorrência do acidente decorrem de suposições, exercícios mentais que acabam facilitados porque se concentram sobre fato consumado. Bem a propósito disso, transcrevo interessante artigo do filósofo Hélio Schwartzman, publicado na edição de 17/01/2015 no jornal Folha de São Paulo, e que quando da prolação desta sentença ainda estava disponível na internet<sup>3</sup>. Nesse artigo, intitulado “*Eu sabia*”, o articulista se debruça sobre ciladas cognitivas onde frequentemente nos enredamos quando buscamos entender as causas que levaram à ocorrência de determinado fato:

Serviços de inteligência franceses estão sendo criticados por não ter impedido os ataques terroristas. Os irmãos Kouachi, afinal, estavam no radar das agências e chegaram, por algum tempo, a ser classificados como uma ameaça.

Receio que o problema aqui seja menos a competência da polícia e mais as armadilhas embutidas em nosso modo de pensar, mais especificamente o viés retrospectivo, que é a inclinação para qualificar eventos pretéritos como mais previsíveis do que eram antes de ter acontecido. Um exemplo clássico é o de Pearl Harbor. Nos dias que antecederam o ataque japonês, os EUA

3 <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/helioschwartzman/2015/01/1576487-eu-sabia.shtml>, acessado em 27/07/2015, às 8h50.

receberam vários sinais. Num despacho interceptado pela Inteligência Naval, Tóquio pedia a um espião em Honolulu detalhes sobre os navios ancorados no porto. Os EUA também tiveram a informação de que a Marinha japonesa trocara, pela segunda vez no mês, seus códigos de comunicação e de que Tóquio instruíra diplomatas a destruir material sensível.

Nós, que sabemos o que aconteceu em 7 de dezembro de 1941, automaticamente ligamos os pontos e acusamos a segurança de não ter visto o óbvio. Só que não foi apenas Pearl Harbor. Algo parecido aconteceu no 11 de Setembro, no 7/7/2005 em Londres e, agora, na França. A verdade é que a Inteligência vive o dilema de todas as burocracias: como distinguir, dentre milhares de dados coletados diariamente, aqueles que são realmente importantes dos que não passam de ruído?

*O problema de fundo, como explica Leonard Mlodinow, é que, em qualquer cadeia complexa de acontecimentos, há uma assimetria fundamental entre presente e passado. Enquanto as coisas estão acontecendo, cada elemento se desdobra numa série quase infinita de incertezas. Mas, quando estamos diante da história acabada, tudo o que não aconteceu perde relevância, e a narrativa se torna enganosamente límpida. Isso se traduz na sensação de “eu sabia”.*

Retomando o tema desta ação, concluo que o acidente que resultou no benefício de pensão por morte ocorreu fundamentalmente por imprudência do funcionário Ezequiel Chiquito na operação do equipamento em que fazia a manutenção. E embora o acidente tenha dado ensejo à fiscalização que concluiu pela autuação da empresa por infrações à legislação trabalhista, entendo que as causas do infortúnio não ultrapassaram os riscos inerentes da atividade industrial, e que são a razão de ser do adicional do SAT.

Calha destacar que a ré está longe de ser um exemplo quando se fala em segurança do trabalho. Como bem destacado pelo INSS em seus memoriais, a empresa requerida foi condenada em primeira instância ao pagamento de indenização por dano moral coletivo em ação proposta pelo Ministério Público do Trabalho, cuja causa de pedir se funda na alegação do descumprimento da legislação trabalhista. Entretanto, empresa alguma pode ser condenada em ação de regresso por conta de seu retrospecto, mas sim pela demonstração segura de que o fato que deu origem à prestação que o autor busca ressarcir decorreu de conduta dolosa ou culposa do empregador, e neste caso o INSS não logrou comprovar esse ponto.

Logo, não comprovada culpa ou dolo da empregadora com o ocorrido, não há como transferir-lhe o ônus no pagamento do benefício previdenciário decorrente do acidente.

Por derradeiro, destaco alguns precedentes que tratam de casos semelhantes ao destes autos e nos quais se chegou à mesma solução ora desenhada:

DIREITO CIVIL. DIREITO PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO ACIDENTÁRIO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. CULPA DA EMPRESA. NEGLIGÊNCIA. NÃO COMPROVAÇÃO. PRECEDENTES. O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 é claro ao vincular o direito de regresso da autarquia previdenciária à comprovação da negligência por parte do empregador quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho, indicadas para a proteção individual e coletiva. No presente caso, é incontroversa a ocorrência do acidente de trabalho e o nexo de causalidade entre este e as lesões que resultaram na concessão do benefício pelo órgão previdenciário. Contudo, o acervo probatório indica a ausência de culpa da empresa demandada. A conclusão que se impõe é a de que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que realizou de forma negligente a manutenção de equipamento, mesmo após ter recebido treinamento a respeito. (TRF4, AC 5025324-17.2013.404.7108, Quarta Turma, Relator p/ Acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 21/08/2015).

ADMINISTRATIVO E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO REGRESSIVA DE INDENIZAÇÃO. POSSIBILIDADE. NORMAS DE SEGURANÇA E NEGLIGÊNCIA DA EMPREGADORA - NÃO COMPROVADAS. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA - INEXISTÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. 1. O INSS tem direito à ação regressiva prevista nos arts. 120 e 121 da Lei nº 8.213/91 quando demonstrada a negligência da empregadora quanto à adoção e fiscalização das medidas de segurança do trabalhador. 2. A responsabilidade da empresa contratante não se presume, deve ser demonstrado pelo INSS o nexo entre a ação/omissão da empregadora e o acidente com o segurado. (TRF4, APELREEX 5006968-20.2012.404.7201, Terceira Turma, Relator p/ Acórdão Nicolau Konkel Júnior, juntado aos autos em 12/03/2015).

APELAÇÃO CIVEL. AÇÃO REGRESSIVA MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPRESA VISANDO INDENIZAÇÃO COM FUNDAMENTO NO ART. 120 DA LEI 8.213/91. CULPA DA RÉ NÃO COMPROVADA. I - Hipótese dos autos em que o INSS não demonstrou a ocorrência de conduta culposa da empresa, ao contrário restando consignado no depoimento do acidentado que o empregador fornecia e fiscalizava a utilização de equipamentos de segurança para minimizar os riscos inerentes ao desempenho da atividade, tendo o trabalhador informado ainda que sempre utilizava o guincho e que possuía treinamento específico para operar a máquina. II - Recurso desprovido. (TRF 3ª Região, 2ª Turma, AC 0009910-50.2009.4.03.6100, rel. Des. Federal Peixoto Junior, j. 05/11/2013).

Tudo somado, impõe-se o julgamento de improcedência do pedido.

### III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo IMPROCEDENTE O PEDIDO, extinguindo o feito com resolução de méritos, nos termos do art. 269, inciso I do Código de Processo Civil.

Condeno o INSS ao pagamento de honorário de advogado, os quais fixo em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa.

Custas pelo réu, que é isento do recolhimento.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Araraquara, 26 de agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

## PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0000455-83.2014.4.03.6133

Autora: J. S. TÁXI AÉREO LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2015

Trata-se de ação de repetição de indébito movida por J. S. Táxi Aéreo em face da União. Aduz o autor ter sido compelido a pagar juros de mora quando da renovação da admissão temporária de aeronave arrendada, irresignando-se agora contra tal exação, pois entende que o acréscimo foi injusto na medida em que o pagamento do IPI a operação deveria ser somente o valor principal, contra o qual não se opõe e nem pede a restituição, mas sem o acessório. Advoga que a incorreção do entendimento da Receita Federal estriba-se em dois equívocos, a saber, o primeiro no sentido de considerar o autor em mora, quando não havia inadimplemento, ao passo que o segundo seria considerar como fato gerador o desembarço da aeronave, eis que segundo o postulante o marco seria o pedido de prorrogação. Eis a suma do pleito.

Em contestação a União advoga a correção do entendimento adotado pela Receita Federal, aduzindo que o pagamento em 2012 relativo a fato ocorrido em 2007 não pode dar-se sem os ônus respectivos. Sustenta que o autor quer apenas as benesses do regime de IPI pertinente ao arrendatário, sem a contrapartida inerente ao mesmo.

Houve réplica e dentre os argumentos apresentados está o de que a própria ré na contestação teria admitido que a obrigação tributária estava suspensa, de forma que não havia vencimento e por consequência inexistia mora, restando desautorizada a cobrança dos juros moratórios.

Desnecessária a produção de outras provas, tenho que o feito está maduro para sentença.

Sem preliminares. Não há nulidade a ser sanada e nem questão de ordem pública a ser dirimida de ofício. O feito está regular e deve ter seu mérito conhecido imediatamente.

Ultrapassada a cognição preambular, passo ao exame do *meritum causae*.

O cerne da questão, a meu sentir, independentemente de minúcias infralegais a respeito do regime diferenciado de IPI-arrendamento, é acerca da existência ou não de mora durante a suspensão da obrigação tributária e se ao fim da suspensão o pagamento deve incluir juros de mora pelo período da suspensão. Isso porque a existência de suspensão é incontroversa, sendo discutido apenas o efeito jurídico da mesma no que tange aos juros de mora. Note-se, ainda, que a cessação da suspensão quando da prorrogação da admissão da aeronave está igualmente fora de dúvida.

O que a União defende, em apertada síntese, é de que ao final da suspensão há uma retroação ao momento do desembarço aduaneiro, contando-se juros moratórios desde lá, estendendo-se a suspensão sobre o principal ao mesmo tempo em que nascem os acessórios ao longo do período de suspensão.

Entretanto, a interpretação fazendária revela-se equivocada na medida em que desconsidera o funcionamento inerente a uma condição suspensiva e atenta contra a própria natureza dos juros moratórios.

A suspensão do IPI *in casu* possui a inequívoca natureza jurídica de período de pendên-

cia, sujeitando-se o nascimento do direito de crédito ao advento da condição consistente na prorrogação da admissão da aeronave. Até o advento da condição, somente existia a expectativa de direito, tanto que se não renovado o pedido de admissão temporária sequer existiria débito tributário a ser cobrado.

O advento da condição suspensiva é a gênese da eficácia obrigacional tributária no caso em tela e sem ela nada seria devido. Se o advento do direito subjetivo ao pagamento somente adveio quando do implemento da condição, inexistindo direito efetivo até então, mas apenas direito condicional, logo a situação de mora inexistente durante o período de pendência. O autor não se encontrava inadimplente ao longo do período de suspensão pelo simples fato de que não havia direito subjetivo por parte do (futuro e eventual) credor.

A alegação de que o autor quer o melhor de dois mundos não prospera, pois mesmo o benefício fiscal deve manter-se no espaço de validade normativa desenhado pelo sistema jurídico, não se cogitando de renúncia do contribuinte aos seus direitos o mero fato de ter sido globalmente beneficiado por regime mais favorável. Não há deslealdade alguma aqui, inclusive devendo ser chamada a atenção para a difícil situação do contribuinte que se vê compelido ao pagamento do que não deve para depois ter que buscar o Poder Judiciário para ver reconhecido seu direito a devolução.

De igual modo, os juros moratórios revelam-se incompatíveis com o estado de latência da obrigação tributária suspensa. Na ausência de inadimplemento, inexistente mora e por consequência não são devidos juros moratórios. Apenas para exemplificar o tradicional entendimento doutrinário sobre a questão, transcreve-se a opinião de Carlos Roberto Gonçalves<sup>1</sup>: “Os *moratórios*, que são devidos em razão do inadimplemento e correm a partir da constituição em mora (...)” e de Orlando Gomes<sup>2</sup> “Se bem que os *juros de mora* constituam a indenização específica, devida em consequência de retardamento culposos no cumprimento da obrigação (...)”.

Assim, assiste razão ao autor que merece a procedência do pedido.

Por todo o exposto, o caso é de PROCEDÊNCIA DO PEDIDO, condenando-se a União a restituir o valor de R\$ 226.854,98 (duzentos e vinte e seis mil, oitocentos e cinquenta e quatro reais e noventa e oito centavos).

Condena-se, ainda, ao pagamento de 15% (quinze por cento) a título de honorários, dada a complexidade e a singularidade da causa, bem como dado o esmero técnico dos causídicos que patrocinaram o pleito.

Sem condenação ao pagamento de custas, mas deverá a União reembolsar as já pagas pelo autor.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se. Transitado em julgado archive-se.

Mogi das Cruzes/SP, 17 de novembro de 2015.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

1 GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito Civil Brasileiro: teoria geral das obrigações. Volume 2. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 405.

2 GOMES, Orlando. Obrigações. 16ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 203.

## PROCEDIMENTO ORDINÁRIO

0000771-90.2014.4.03.6135

Autora: ASSOCIAÇÃO AMIGOS DA PONTA DAS TONINHAS  
Ré: EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE CARAGUATATUBA - SP  
Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 24/11/2015

### I – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária, com pedido de tutela antecipada, por meio da qual a *Associação Amigos da Ponta das Toninhas* pretende a *condenação da ré a efetuar a entrega de correspondências de forma individualizada aos moradores do loteamento Ponta das Toninhas, situado no canto sul da Praia de Toninhas, Município de Ubatuba-SP, sob pena de fixação de multa diária. Juntou procuração e documentos (fls. 08/65).*

Aduz, em síntese, que a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Correios)* realizava a *entrega das correspondências de forma individualizada em cada residência dentro do referido loteamento desde a sua criação, e que “houve a alteração do carteiro que atende o bairro e este se recusa a entregar as correspondências de forma individualizada sob alegação de que não está obrigada a efetuar entrega individualizada a coletividades residenciais com restrições de acesso” (fl. 03 – Grifou-se).*

Alega que o loteamento possui “logradouros oficializados, com imóveis individualizados com caixa receptora de correspondências”, e que “a numeração dos imóveis obedece às posturas municipais” (fl. 04), finalizando que oferece condições de acesso e segurança para a realização das entregas pelos carteiros da empresa ré.

Reitera que *não há qualquer limitação ou restrição de acesso e trânsito de pessoas no loteamento, não se aplicando ao caso o disposto no artigo 5º da Portaria nº 567/2011 do Ministério das Comunicações, afirmando ainda que “não se trata de condomínio residencial” (fl. 05).*

Por *decisão* deste Juízo foi *deferida a antecipação da tutela judicial* para “determinar que a *parte ré promova a entrega de correspondências de forma individualizada no loteamento Ponta das Toninhas, situado no canto sul da Praia de Toninhas, Município de Ubatuba-SP, sob pena de aplicação de multa diária em caso de descumprimento.*” (Fl. 71/72-v).

Citada, a ré apresentou *contestação* em que requer, em síntese, a improcedência do pedido, bem como interpôs agravo de instrumento, tendo o *Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região* proferido *decisão* convertendo o recurso em *agravo retido* (fls. 274-v e apenso), a ser apreciado por ocasião desta sentença.

Ainda, a ré informou o *cumprimento à decisão que antecipou os efeitos da tutela* “para distribuição diretamente às residências da Ponta das Toninhas”, sendo que “a distribuição domiciliária de correspondências porta a porta se iniciou em 04/11/2014” (Fls. 175 e 262).

Apresentada *réplica* pela parte autora (fls. 268/269).

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

### II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

#### II.1 – AGRAVO RETIDO – ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA TUTELA

Em razão dos *fundamentos* expostos na *decisão que deferiu a antecipação dos efeitos da tutela* para se determinar a “a entrega de correspondências de forma individualizada no

loteamento Ponta das Toninhas” (fls. 71/72-v), *indefiro* o pedido formulado pela ré/agravante no *agravo retido* apenso aos autos, ressaltando que cumpre ao Juízo determinar os *atos necessários à efetividade do provimento jurisdicional*, sobretudo quando *presentes os requisitos legais de fumus boni iuris e periculum in mora* (CPC, art. 273), e inclusive em observância ao *poder geral de cautela* (CPC, art. 461), conforme se verificou na decisão agravada de fls. 71/72-v.

## II.2 – PRELIMINARMENTE: ILEGITIMIDADE ATIVA

Trata-se a *legitimidade* para a causa a pertinência subjetiva existente entre os sujeitos da relação jurídica processual e os sujeitos que figuram em um dos pólos da relação jurídica de direito material deduzida em juízo.

O microsistema das tutelas coletivas, em especial o art. 5º da Lei nº 7.347/85 e art. 82, inciso IV, da Lei nº 8.078/90, conferiu às *associações civis legitimação* para a *defesa dos interesses individuais de titulares* que se encontram dispersos no seio desta *coletividade*. Não se trata, portanto, de representação legal, mas de *legitimação atribuída às associações* para promover a *tutela e proteção dos interesses coletivos*, razão pela qual não se faz necessário que ação contemple pretensão relacionada apenas aos associados, mas sim a todos aqueles que se encontrem nas condições de direito e de fato que mereçam ser tutelados.

Assim, cumpridos os três *requisitos* para que a *associação* seja considerada *representativa dos interesses da coletividade* na proteção dos direitos e interesses transindividuais, é mister reconhecer a *legitimidade ativa*. Eis os requisitos: a) a associação deve estar constituída nos termos da lei civil, no sentido de ter *personalidade jurídica* (fl. 09/31); b) a associação deve *estar constituída há, pelo menos, um ano* contado retroativamente da data da propositura da ação coletiva, sendo que, no caso dos autos, a autora foi constituída há mais de ano da distribuição da ação, tendo sido registrado o estatuto social junto ao Oficial de Registro Civil de Pessoa Jurídica de Ubatuba-SP (fl. 25); c) a associação deve ter como finalidade institucional, prevista no estatuto, a *proteção dos direitos e interesses difusos e coletivos* por ela própria definidos como objeto de tutela.

O *estatuto da associação* autora prevê, em seu art. 2º, dentre os seus objetivos institucionais, “representar coletivamente os associados”, “defender os interesses comuns dos associados” e “colaborar com os poderes públicos e junto a eles pleitear quanto aos interesses e necessidades comuns” (fls. 10/11). Desta cláusula, é possível extrair sua legitimidade para propor ação ordinária em que se pretende a *entrega direta e individualizada de correspondências aos moradores situados no loteamento Ponta das Toninhas*.

Assim, *rejeito a preliminar de ilegitimidade de parte* argüida pela ré.

## II.3 MÉRITO: ADMINISTRATIVO – SERVIÇO POSTAL – MONOPÓLIO – ENTREGA INDIVIDUALIZADA DE CORRESPONDÊNCIAS – LOTEAMENTO HORIZONTAL – REQUISITOS LEGAIS

A autora *Associação Amigos da Ponta das Toninhas* pretende que seja a *Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT (Correios)* obrigada a promover a *entrega individualizada de correspondências diretamente nas casas que pertencem ao loteamento ocupado por moradores que representa, a partir de acesso aos imóveis destinatários pelos respectivos carteiros dos Correios*.

Sobre a matéria objeto destes autos, prevê a *Lei nº 6.538/1978*, que dispõe sobre os *serviços postais*:

*Art. 3º - A empresa exploradora é obrigada a assegurar a continuidade dos serviços, observados os índices de confiabilidade, qualidade, eficiência e outros requisitos fixados pelo*

Ministério das Comunicações .

Art. 4º - *É reconhecido a todos o direito de haver a prestação do serviço postal e do serviço de telegrama, observadas as disposições legais e regulamentares.*

Art. 5º - *O sigilo da correspondência é inviolável. (...)*

DO SERVIÇO POSTAL

Art. 7º - *Constitui serviço postal o recebimento, expedição, transporte e entrega de objetos de correspondência, valores e encomendas, conforme definido em regulamento. (...)*

Art. 9º - *São exploradas pela União, em regime de monopólio, as seguintes atividades postais: I - recebimento, transporte e entrega, no território nacional, e a expedição, para o exterior, de carta e cartão-postal; (...)*

Por sua vez, a *Portaria nº 567/2011, do Ministério das Comunicações*, que dispõe sobre a *entrega de objetos dos serviços postais pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT*, estabelece que:

Art. 1º. *A entrega postal de objetos dos serviços de carta e cartão postal, de impresso, de encomenda não urgente e de telegrama será realizada da seguinte maneira:*

I - *externa:*

a) *em domicílio*, quando a entrega do objeto postal ocorrer no endereço indicado pelo remetente ou na forma descrita no artigo 5º desta Portaria; (...)

Art. 2º. *A ECT deverá realizar a entrega externa em domicílio nas localidades, sempre que atendidas as seguintes condições:*

I - *houver correta indicação do endereço de entrega no objeto postal;*

II - *possuir o distrito mais de 500 habitantes, conforme o censo do IBGE;*

III - *as vias e os logradouros ofereçam condições de acesso e de segurança ao empregado postal;*

IV - *os logradouros e vias disponham de placas indicativas de nomes instaladas pelo órgão municipal ou distrital responsável;*

V - *os imóveis apresentem numeração de forma ordenada, individualizada e única; e*

VI - *os imóveis disponham de caixa receptora de correspondência, localizada na entrada, ou haja a presença de algum responsável pelo recebimento no endereço de entrega.*

Parágrafo único. *Ainda que não atendida a condição prevista no inciso VI, a entrega em domicílio poderá ser efetuada por outras formas, a critério da ECT.*

(...)

Art. 5º. *A entrega postal dos objetos endereçados a coletividades residenciais com restrições de acesso e trânsito de pessoas, bem como a todas as coletividades não residenciais, será feita por meio de uma caixa receptora única de correspondências, instalada na área térrea de acesso à coletividade, ou entregue ao porteiro, administrador, zelador ou pessoa designada para esse fim. (...)* (Grifou-se).

Ocorre que, a partir do *conjunto probatório* dos autos, verifica-se *não haver óbice ao acesso dos carteiros aos imóveis destinatários das correspondências situados no loteamento representado pela Associação Amigos da Ponta das Toninhas*, em que as ruas encontram-se devidamente nominadas e as casas com respectivos números apostos na fachada do imóvel (fls. 52/58 e 97/99), *não se vislumbrando, segundo consta, qualquer risco à segurança ou integridade dos carteiros na entrega das correspondências no local.*

Conforme *documentos juntados aos autos*, trata-se de *loteamento aprovado pela Prefeitura Municipal de Ubatuba-SP, com regular denominação de ruas e individualização de lotes* (fls. 35/38).

Ademais, nos termos de ajustamento de conduta firmando com o Ministério Público do Estado de São Paulo (fls. 39/43) e contrato celebrado entre o Município de Ubatuba-SP e a parte autora (fls. 44/48), está assegurado o livre ingresso e locomoção de qualquer pessoa nas vias e áreas públicas, bens de uso comum do povo, autorizada a identificação das pessoas que ali pretendam ingressar para segurança aos moradores do local, sob as devidas sanções a serem impostas à Associação Amigos da Ponta das Toninhas em caso de descumprimento do ajustado e contratado.

Por oportuno, não há que se confundir essa modalidade de loteamento com os denominados “condomínios fechados”, que se encontram disciplinados no art. 8º da Lei nº 4.591/64, segundo o qual as praças, ruas e áreas de lazer que integram ao condomínio estão sob o domínio privado, auto-regulamentado pro convenção e assembleias do condomínio. Inexistem, por conseguinte, ruas e praças em áreas livres públicas. Tudo o que integra o condomínio é de propriedade exclusiva dos condôminos, que não têm a obrigação legal de trasladar os espaços internos comuns ao Município, quando da aprovação e do registro do empreendimento. Ao passo que no “loteamento” definido pela Lei nº 6.766/79, as vias e logradouros passam a ser do domínio público, podendo ser utilizadas por qualquer do povo, sem nenhuma restrição a não ser aquelas impostas pelo próprio Município, como ocorre em relação ao loteamento Ponta das Toninhas.

Assim, ao contrário do que sustentam os Correios, a existência de portaria na via de acesso ao loteamento em que se encontram situadas as casas, com monitoramento do acesso ao loteamento de livre acesso mediante a identificação de pessoas (fls. 51 e 95/96), visando sobretudo garantir maior segurança aos moradores e frequentadores do local (inclusive os carteiros), não pode ser considerada como “restrição de acesso” (art. 5º da Portaria nº 567/2011) a representar justificativa plausível à negativa em promover a entrega de correspondências em domicílio, sobretudo ante as características que permitem a regular individualização dos destinatários (fls. 52/58 e 97/99) e a inexistência de riscos à incolumidade dos carteiros.

Por oportuno, há que se ponderar que, a organização dos moradores do loteamento para, a partir do dispêndio de tempo e de recursos financeiros, serem colocadas estruturas de portaria para o monitoramento do acesso mediante identificação de pessoas (fls. 51), principalmente no propósito de proporcionar maior segurança ao local, e inclusive aos carteiros exercem seu trabalho, não pode surtir efeito contrário aos interesses dos destinatários residentes no loteamento.

Isto porque, na hipótese de inexistência de qualquer estrutura de monitoramento e identificação de pessoas que visem dar mais segurança aos limites do loteamento, e a região viesse a ser considerada pelos Correios como em zona de risco à segurança dos carteiros, os moradores do também sofreriam restrições na entrega de correspondências sob o fundamento da necessidade de segurança à integridade dos carteiros na entrega das correspondências, devendo por tais motivos haver coerência e razoabilidade por parte dos Correios nos critérios a definirem os lugares a serem amparados pela entrega em domicílio, ainda que sejam loteamentos com portaria para a identificação de pessoal visando segurança de todos, como ocorre no presente caso.

Assim, considerando a efetiva presença de elementos que permitem a entrega individualizada de correspondências aos destinatários que residem nas casas situadas no loteamento, tal como previsto na legislação específica que rege a matéria (Lei nº 6.538/1978 e Portaria nº 567/2011), impõe-se que pelos Correios seja realizada a entrega direta das correspondências aos imóveis destinatários, contanto que presentes as condições necessárias para tanto (art.

*2º da Portaria nº 567/2011: ruas nominadas, casas numeradas, ausência de riscos etc.), o que restou demonstrado no caso em tela.*

Nesse sentido, a *jurisprudência do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região*

PROCESSO CIVIL. AGRAVO. ART. 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS - ECT. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS NO INTERIOR DE CONDOMÍNIO. AGRAVO DESPROVIDO. 1. Tratando-se de loteamento ou condomínio horizontal cujas ruas estejam devidamente individualizadas e cadastradas junto à ECT, sendo possível identificá-las para fins de entrega das correspondências, não há qualquer óbice para que se proceda à entrega diretamente aos seus destinatários, e não na portaria ou em uma caixa receptora única. 2. Agravo desprovido. (AMS 00029435720124036108, DESEMBARGADOR FEDERAL NELTON DOS SANTOS, TRF3 – TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 28/09/2015 – Grifou-se).

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. CORREIOS. CONDOMÍNIO RESIDENCIAL. DISTRIBUIÇÃO POSTAL DOMICILIAR DIRETA E INDIVIDUALIZADA. DIREITO DO DESTINATÁRIO. RECURSO DESPROVIDO. 1. Consolidada a jurisprudência, no sentido de que a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, mesmo nos casos de condomínio, desde que as ruas estejam devidamente identificadas, deve proceder à entrega individualizada de correspondências, nos endereços de seus destinatários. 2. Caso em que, como bem observou o Juízo *a quo*, “o loteamento é fechado, bem organizado, regular perante a Prefeitura Municipal de Itu, dotado de segurança, possui ruas individualizadas por números, permitindo a fiscalização dos agentes públicos, de coleta de lixo doméstico, o acesso de funcionários, máquinas e demais veículos necessários à prestação de serviços no local, mantendo o controle de acesso na portaria”. Ainda, as próprias fotos carreadas aos autos comprovam que os imóveis estão devidamente numerados. 3. As restrições de acesso e trânsito de pessoas, adotadas no intento de promover a segurança de condôminos, autorizaram a entrega indireta, arcando os interessados com o ônus de não serem atendidos com entrega direta, quando seja proibida a prestação do serviço com entrada do carteiro. Todavia, se embora seja fechado o condomínio, houver não proibição, mas mero controle de acesso, com registro de entrada, insusceptível de criar impedimento objetivo à prestação plena e individualizada do serviço postal, que presume a regra da entrega direta, cabe a ECT não invocar direito à entrega indireta (artigo 5º da Portaria 567/2011 do MC), mas cumprir sua obrigação contratual e legal de efetuar a entrega da correspondência do remetente ao destinatário, no endereço que tenha sido identificado, e não na portaria ou em caixa de coleta coletiva. 4. Cumpre, pois, confirmar a sentença, já que as ruas do condomínio estão nominadas, com numeração individualizada, e, quanto às condições de acesso e de segurança, as restrições impostas pelo condomínio, tais como cadastro e identificação, são para garantia da integridade física dos moradores e, inclusive do carteiro, inexistindo, pois, óbice à entrega da correspondência, diretamente nas residências, no interior de condomínio. (...) 6. Agravo inominado desprovido. (AC 00036066320134036110, DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3 – TERCEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 08/07/2015 – Grifou-se).

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIA. CONDOMÍNIO HORIZONTAL. POSSIBILIDADE. 1. Estabelece o art. 21, X, da Constituição Federal, competir à União Federal a manutenção do serviço postal. Para tanto foi criada a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, por meio do Decreto-Lei 509/1969, a quem compete executar e controlar, em regime de monopólio, os serviços postais em todo o território nacional. 2. A Lei 6.538/1978 dispõe ser a empresa exploradora obrigada a assegurar a continuidade dos serviços, observados os índices de confiabilidade, qualidade e eficiência. 3. A Portaria nº 567/2011, foi editada

para regulamentar a Lei 6.538/1978, que disciplina os direitos e obrigações concernentes ao serviço postal e ao serviço de telegrama em todo o território do País. 4. Analisando os artigos 20, 21 e 22, do referido diploma legal, que disciplina o serviço postal, observa-se que em nenhum momento ele autorizou a entrega da correspondência na portaria de condomínios horizontais, fazendo sempre menção expressa aos edifícios residenciais ou não residenciais. 5. Admitir que a aludida portaria refere-se também aos condomínios horizontais, implicaria reconhecer sua ilegalidade, na medida em que estaria extrapolando de seu poder regulamentar, prevendo hipótese que a lei não contemplou. 6. Compete ao ato regulamentar conferir fiel execução à lei, em consonância com o artigo 84, IV, da Constituição Federal. 7. Assim, em condomínio horizontal, dotado de condições de acesso e segurança para os empregados dos Correios, ruas com denominação própria e composta de imóveis mistos numerados, não há óbice à entrega individualizada da correspondência aos destinatários, dever legal da ré. 8. Não se mostra crível delegar a terceiros, pessoas estranhas ao contrato de serviço postal desempenhado pela ré, a execução de parcela substancial do serviço quando sua execução integral deve ficar sob a responsabilidade da empresa pública responsável. 9. Sentença mantida. (AC 00019766420124036123, JUIZ CONVOCADO HERBERT DE BRUYN, TRF3 - SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:09/01/2014 – Grifou-se).

Apesar da alegação da parte ré no sentido de que, uma vez *existente o controle de acesso na portaria de acesso do loteamento*, poderiam os Correios se eximir da *entrega individualizada aos destinatários para simples entrega coletiva na respectiva portaria*, tal pretensão não deve prosperar no presente caso. Isto porque, a *entrega individualizada de correspondências nas casas pelos Correios não se trata de conveniência ou comodidade em prol dos moradores residentes no loteamento em tela*, mas de *serviço público no pleno exercício ao monopólio do serviço postal previsto na Constituição Federal (art. 21, inciso X)*, do qual a parte ré não pode dispor nem oferecer recusa.

Ou seja, sendo a parte ré *empresa pública criada pela União Federal para executar e controlar o serviço público postal em todo o território nacional em regime de monopólio*, e não havendo como os particulares se socorrerem a outros meios ou formas para efetuar a entrega/recebimento de correspondências, *têm os Correios a obrigação prevista na Constituição Federal de proceder à entrega das correspondências no endereço final destinatário*.

Sobre o exercício do *monopólio do serviço postal e o dever dos Correios de atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços postais*, decidiu o *Eg. Supremo Tribunal Federal*:

ARGUICÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL. EMPRESA PÚBLICA DE CORREIOS E TELEGRÁFOS. PRIVILÉGIO DE ENTREGA DE CORRESPONDÊNCIAS. SERVIÇO POSTAL. CONTROVÉRSIA REFERENTE À LEI FEDERAL 6.538, DE 22 DE JUNHO DE 1978. ATO NORMATIVO QUE REGULA DIREITOS E OBRIGAÇÕES CONCERNENTES AO SERVIÇO POSTAL. PREVISÃO DE SANÇÕES NAS HIPÓTESES DE VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL. COMPATIBILIDADE COM O SISTEMA CONSTITUCIONAL VIGENTE. ALEGAÇÃO DE AFRONTA AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 1º, INCISO IV; 5º, INCISO XIII, 170, *CAPUT*, INCISO IV E PARÁGRAFO ÚNICO, E 173 DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. VIOLAÇÃO DOS PRINCÍPIOS DA LIVRE CONCORRÊNCIA E LIVRE INICIATIVA. NÃO-CARACTERIZAÇÃO. ARGUIÇÃO JULGADA IMPROCEDENTE. INTERPRETAÇÃO CONFORME À CONSTITUIÇÃO CONFERIDA AO ARTIGO 42 DA LEI Nº 6.538, QUE ESTABELECE SANÇÃO, SE CONFIGURADA A VIOLAÇÃO DO PRIVILÉGIO POSTAL DA UNIÃO. APLICAÇÃO ÀS ATIVIDADES POSTAIS DESCRITAS NO ARTIGO 9º, DA LEI. 1. O serviço postal --- conjunto de atividades que torna possível o envio de correspondência, ou objeto

postal, de um remetente para endereço final e determinado --- não consubstancia atividade econômica em sentido estrito. Serviço postal é serviço público. 2. A atividade econômica em sentido amplo é gênero que compreende duas espécies, o serviço público e a atividade econômica em sentido estrito. Monopólio é de atividade econômica em sentido estrito, empreendida por agentes econômicos privados. A exclusividade da prestação dos serviços públicos é expressão de uma situação de privilégio. Monopólio e privilégio são distintos entre si; não se os deve confundir no âmbito da linguagem jurídica, qual ocorre no vocabulário vulgar. 3. A Constituição do Brasil confere à União, em caráter exclusivo, a exploração do serviço postal e o correio aéreo nacional [artigo 20, inciso X]. 4. O serviço postal é prestado pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, empresa pública, entidade da Administração Indireta da União, criada pelo decreto-lei nº 509, de 10 de março de 1.969. 5. É imprescindível distinguirmos o regime de privilégio, que diz com a prestação dos serviços públicos, do regime de monopólio sob o qual, algumas vezes, a exploração de atividade econômica em sentido estrito é empreendida pelo Estado. 6. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos deve atuar em regime de exclusividade na prestação dos serviços que lhe incumbem em situação de privilégio, o privilégio postal. 7. Os regimes jurídicos sob os quais em regra são prestados os serviços públicos importam em que essa atividade seja desenvolvida sob privilégio, inclusive, em regra, o da exclusividade. 8. Argüição de descumprimento de preceito fundamental julgada improcedente por maioria. O Tribunal deu interpretação conforme à Constituição ao artigo 42 da Lei nº 6.538 para restringir a sua aplicação às atividades postais descritas no artigo 9º desse ato normativo. (ADPF 46, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EROS GRAU, Tribunal Pleno, julgado em 05/08/2009, DJe-035 DIVULG 25-02-2010 PUBLIC 26-02-2010 EMENT VOL-02391-01 PP-00020 RTJ VOL-00223-01 PP-00011). (Grifou-se).

*Outrossim, a ausência de entrega direta e individualizada de correspondências pelos Correios a seus destinatários, repassando suas obrigações e responsabilidades legais a terceiros, provoca prejuízo ao remetente, que paga pelo serviço postal, ao destinatário, que pode deixar de receber suas correspondências no tempo e modo devido, e à sociedade em geral, que perde ao se permitir à empresa ré se exima de suas responsabilidades decorrentes do monopólio do serviço postal em caso de eventual violação de sigilo de correspondências ou de extravio ou erro na entrega das correspondências.*

*Portanto, presentes as condições previstas na Portaria nº 567/2011, art. 2º, que permitem a devida individualização do imóvel destinatário pelos carteiros (ruas nominadas, casas numeradas etc.), conforme fotos comprobatórias acostadas por ambas as partes aos autos (fls. 52/58 e 97/99), de modo que não seja o carteiro exposto a risco em sua segurança e integridade física, impõe-se cumprimento da obrigação dos Correios de promover a entrega direta e individualizada das correspondências nas casas situadas no loteamento representado pela Associação Amigos da Ponta das Toninhas, sob pena de imposição de multa diária em caso de descumprimento, motivo pelo qual a procedência do pedido é medida que se impõe.*

### III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido da parte autora, extinguindo o feito com resolução do mérito, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para fins de condenar a Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT a promover a entrega direta e individualizada de correspondências aos moradores do loteamento Ponta de Toninhas, situado na Praia de Toninhas, em Ubatuba-SP, nos termos do art. 2º, da Portaria nº 567/2011, do Ministério das Comunicações, sob pena de aplicação de multa diária em caso de descumprimento.

*Condeno a ré ao pagamento de honorários advocatícios de sucumbência, que arbitro em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, com fundamento no art. 20, §§ 3º e 4º, do Código de Processo Civil.*

*Custas na forma da lei, com a ressalva de que a ré Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT, equiparada à Fazenda Pública, goza da imunidade tributária recíproca prevista no art. 12 do Decreto-Lei nº 509/69 e no art. 150, VI, "a" da Constituição Federal, conforme precedentes do Eg. TRF da 3ª Região e do Eg. Supremo Tribunal Federal.*

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos, observadas as formalidades legais.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

## **AÇÃO CRIMINAL**

### **0001811-12.2014.4.03.6005**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Ré: ÉRIKA PEREIRA  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS  
Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA  
Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 16/09/2015

#### **I - RELATÓRIO**

Em 03/11/2014, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de ÉRIKA PEREIRA (qualificada nos autos), pela prática, em tese, do crime tipificado no art. 33, *caput* c/c art. 40, inciso I e III da Lei 11.343/06 (fls. 72/73).

Aduz a exordial acusatória que, por volta das 21h do dia 20/09/2014, na rodovia BR 463, no município de Ponta Porã/MS, a denunciada foi flagrada *transportando, guardando e trazendo consigo*, sem autorização legal ou regulamentar, 2.100g (dois mil e cem gramas) de “crack”, que *importara* do Paraguai (Pedro Juan Caballero).

O Juízo adotou o rito previsto na Lei 11.343/06 e determinou a destruição do entorpecente apreendido e a notificação do acusado (f. 57). O denunciado foi notificado e, por meio de advogado dativo, apresentou defesa prévia (fls. 66/67). A denúncia foi recebida no dia 10/03/2015 (fls. 94/96), e, posteriormente, o réu foi citado (fl. 108). Na audiência de instrução e julgamento, a ré foi interrogada às fls. 121/122 e as testemunhas comuns ouvidas às fls. 138/139.

Em sede de alegações finais (fls. 164/174), o MPF pugnou pelo(a): a) condenação do réu às penas do art. 33, *caput*, c/c art. 40 incisos I e III, da Lei nº 11.343/06; b) fixação da pena-base acima do mínimo legal, considerando a quantidade (23.270g) e a natureza da droga (maconha), com fulcro no art. 42 da Lei nº 11.343/06; c) a aplicação das atenuante de confissão espontânea (art. 65, III, *d*, do Código Penal) e da menoridade; d) aplicação da causa de aumento relativa à transnacionalidade do crime (art. 40, inciso I da Lei nº 11.343/06) e da utilização do transporte público para cometimento do delito (art. 40, III); e) a não aplicação da causa de diminuição prevista no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (fls. 138-140), uma vez a acusada na condição de mula.

Por seu turno, a defesa, em memoriais (fls. 176/187), requereu: a) o reconhecimento das atenuantes da confissão espontânea e da menoridade (art. 65, I e III, *d*, do Código penal); b) o afastamento da majorante do art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/06; c) a aplicação da minorante inserta no art. 33, §4º, da Lei 11.343/06 (fls. 142-150); d) a aplicação do regime aberto na fixação da pen, com substituição pela restritiva de direitos.

É o relatório.

#### **II - FUNDAMENTAÇÃO**

##### **1. Da materialidade e autoria**

No que tange à *materialidade* do fato, restou-a cabalmente comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fls. 02/07), do Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 11/12), do Laudo Preliminar de Constatação (fls. 09/10), os quais comprovam a apreensão de 2.100g (dois mil e cem gramas) de “crack” em poder da ré, tendo a natureza da droga sido confirmada pelo Laudo de Perícia Criminal Federal (fls. 36/40).

Por sua vez, a *autoria* também é inconteste, não restando qualquer dúvida quanto à prá-

tica, pela ré, das condutas nucleares, “transportar”, “trazer consigo” e “guardar” droga ilícita em sua residência, já que o entorpecente foi apreendido com a ré em seus pertences, quando se deslocava para Campo Grande, como se extrai do conjunto probatório produzido, sobretudo do teor do seu próprio interrogatório e dos testemunhos prestados em âmbito extrajudicial e também em Juízo.

Tanto na fase extrajudicial quanto na fase judicial, a ré confessou o crime. Afirmou ter aceitado tal incumbência criminosa, pois precisava de dinheiro para ajudar na criação de sua filha, tendo conseguido o contato com o tráfico, através de uma amiga. Sendo assim, sua conduta criminosa está claramente inculpada dentro do tipo delitivo do art. 33 da Lei de drogas.

A confissão da ré quanto ao transporte da droga foi corroborada pelas provas testemunhais produzidas na fase inquisitorial (fls. 02/04) e processual (fls. 138/139), na qual a testemunha Paulo César Costa Trindade reafirmou os termos da denúncia.

Em virtude disso, conclui-se que o conjunto probatório, colhido sob o crivo do contraditório, é robusto, constante da própria flagrância do delito, das provas testemunhais e da confissão por parte do réu. Restam-se, então, incontestes a materialidade e a autoria do delito, assim como a responsabilidade criminal do réu.

## 2. Das teses agitadas

No que concerne à *confissão*, é perfeitamente aplicável a atenuante inserta no art. 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal, haja vista que a ré confessou perante a autoridade judicial a prática do delito em comento. Assim sendo, viabilizou a colheita de maior suporte probatório para a condenação. Dessa forma, por razões de política criminal, tendo em vista que a Administração da Justiça foi favorecida, moralmente é justo que sofra o condenado uma pena menos gravosa, configurando motivo bastante que a confissão seja tão somente voluntária.

Quanto à *transnacionalidade*, resta patente e incontroversa a pertinência da majorante contida no art. 40, inciso I, da Lei 11.343/06. Nesse sentido, a natureza e procedência da substância (laudo preliminar e laudo pericial) e as circunstâncias de fato (confissão, depoimentos, documentos apreendidos) são uníssonas quanto à transnacionalidade do delito. A ré afirmou que a droga foi adquirida nas proximidades do Shopping China, que sabidamente se encontra em Pedro Juan Caballero/PY.

No que se refere à causa de aumento prevista no inciso III do artigo 40 da Lei nº 11.343/06, afasto sua incidência. Considero que o transporte público serviu apenas como meio de locomoção do réu ao seu destino, não tendo restado comprovado que utilizaria o coletivo para a traficância em seu interior. Assim já decidiu o seguinte julgado:

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. ARTIGO 33, CAPUT, C/C 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/06. AUTORIA E MATERIALIDADE. PROVA. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO DO AUMENTO PARA O MÍNIMO LEGAL. ARTIGO 33 § 4 DA LEI Nº 11.343/06. REDUÇÃO PARA PATAMAR MÍNIMO. APELAÇÃO DO RÉU E DA ACUSAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDAS. 1 a 5 [omissis] 6. Artigo 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006. Não incidência. Ausência de prova de que a acusada se utilizou do transporte público para a prática de tráfico de drogas que serviu apenas de meio de locomoção. 7. Mantidos o regime inicialmente fechado e a não substituição da pena privativa de liberdade. 8. Apelação do réu e da acusação parcialmente providas. (ACR 200861190103656, DESEMBARGADORA VESNA KOLMAR, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, DJF3 CJ1 DATA: 03/05/2011 PÁGINA: 207).

Por derradeiro, acerca da *causa de diminuição do art. 33, §4º, da Lei 11.343/06*, é de rigor sua aplicação. Trata-se de ré primária, de bons antecedentes e não há provas de dedicação a atividades criminosas e de integração com organização criminosa, razão pela qual o próprio *Parquet* pugnou nesse sentido.

Passo à dosimetria da pena.

### 3. Da dosimetria da pena

O tipo penal em análise (art. 33, *caput*, da Lei 11.343/06) prevê pena de reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que a ré agiu com culpabilidade normal à espécie penal, não tendo nada a valorar; a ré não possui condenação anterior, por conseguinte não valoro a circunstância de maus antecedentes. Os dados acerca de sua conduta social são neutros e não há pareceres psicológicos que possam aferir sobre a sua personalidade, portanto também não valoro essas circunstâncias. Os motivos do crime são próprios à norma penal e por ela reprovada, não se tendo, pois, nada a agravar; entretanto, verifico que as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado, com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Ressalta-se que tal circunstância é preponderante em relação às demais. Conforme provado nos autos, o réu praticou o crime de tráfico internacional de drogas, sendo o peso total de 2.100g (dois mil e cem gramas) de “crack”. Certamente, o transporte de consideráveis quantidades de entorpecente evidencia um maior risco a que se expõe a sociedade. No mais, a natureza da droga tem ainda um maior desvalor, uma vez que o “crack” tem um enorme poder destrutivo. Não há que se falar de comportamento da vítima, razão pela qual nada se tem a apreciar nesse ponto. Logo, fixo a *pena base* em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (seiscentos) dias-multa, pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

No que se refere às circunstâncias atenuantes, reconheço a ocorrência da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), e, assim, atenuo a pena pelos motivos já expostos na fundamentação. Da mesma forma, reconheço também a atenuante da menoridade (a ré tinha 19 anos na data do fato). Não havendo agravantes ou outras atenuantes, estabeleço a *pena provisória* em 05 (cinco) anos de reclusão e pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa. Ressalta-se que, de acordo com entendimento dos tribunais superiores, a pena não pode ser estabelecida em patamar menor do que a pena mínima do tipo legal nessa fase da dosimetria.

No que tange às *causas de aumento*, deve-se aplicar a majorante da transnacionalidade (art. 40, I da Lei nº 11.343/06). Fixo o aumento em 1/6, haja vista ter ocorrido uma internacionalização não muito longínqua, pois próxima à fronteira. Assim, atinge-se o total de 05 (cinco) anos, 10 (dez) meses e de reclusão e pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Doutro lado, reconheço a incidência da causa de diminuição prevista no artigo 33, § 4º, da lei 11.343/06. Dessa forma, atendendo ao disposto no artigo 42 da Lei de Drogas, diminuo sua pena em 1/5, em razão da quantidade da droga (2.100g) e o poder mais nocivo do entorpecente transportado, fixando *pena definitiva* em 04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa.

Ademais, arbitro o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, haja vista que o réu encontrava-se desempregado.

O regime inicial de cumprimento da pena será o semiaberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “b”, e §3º do Código Penal, considerando a ré não é reincidente em crime doloso e as condições serem favoráveis a tal.

Deixo de aplicar a detração prevista no §2º, do art. 387 do Código de Processo Penal (novel modificação trazida pela Lei nº 12.736/12), não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado, vez que o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) assevera que a progressão de regime depende de bom comportamento, além de prévia manifestação do Ministério Público e do defensor, o que comprova sua incompatibilidade com a fase de prolação de sentença condenatória. Aliás, nesse sentido, já se pronunciou a Corte desse E. Tribunal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP 2010.61.81.005815-2/SP (...) 5. Regime inicial de cumprimento da pena fechado. Manutenção. 6. Vigência da Lei nº 12.736, de 30.11.2012. Art. 387, § 2º, do CPP. Todos os réus já cumpriram mais de um sexto da pena a que sentenciados. 7. Marco mínimo previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal cumprido. Impossibilidade de análise do bom comportamento carcerário e se há outras condenações, em relação a cada um dos réus. 8. Comunicação ao Juízo das execuções para avaliar detração, conforme este julgado, e possibilidade de progressão de regime dos réus, nos termos da lei de regência. 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP, data do julgamento: 17.12.2012).

Na hipótese é incabível, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a expressa disposição do inciso I, do art. 44 do Código Penal, que veda a substituição quando a aplicação da pena privativa de liberdade for superior a 04 (quatro) anos, como é o caso desses autos. De igual modo, inexistente o requisito objetivo necessário para a concessão do sursis.

#### 4. Da prisão preventiva

Verifico que a condenada está presa cautelarmente.

Entretanto, como fixado o regime semiaberto e sendo a ré confessa, com residência fixa, ausente o *periculum libertatis*, sendo, de rigor, sua soltura. Assim, expeça-se alvará de soltura em favor de ÉRIKA PEREIRA.

#### III-DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE a demanda penal, para CONDENAR ÉRIKA PEREIRA à pena privativa de liberdade de *04 (quatro) anos e 08 (oito) meses de reclusão e pagamento de 466 (quatrocentos e sessenta e seis) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente a época dos fatos; a ser cumprida inicialmente no regime semiaberto.*

#### IV-PROVIDÊNCIAS FINAIS

Deixo de fixar valor mínimo de indenização, porque se trata de matéria não debatida em Juízo, em preservação dos princípios do contraditório e da ampla defesa.

Expeça-se imediatamente *alvará de soltura* em favor de ÉRIKA PEREIRA.

Condene ÉRIKA PEREIRA ao pagamento das custas processuais, bem como deixo de isenta-lo por força de ausência de pedido dos benefícios da justiça gratuita.

Após o trânsito em julgado, providencie a Secretaria: i) o lançamento do nome da ré no rol dos culpados, nos termos da Resolução do Conselho da Justiça Federal CJF nº 408, de 20 de dezembro de 2004; ii) o encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação da ré; iii) expedição de ofício à Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal; iv) a expedição das demais comunicações de praxe.

Arbitro os honorários do defensor dativo, no valor máximo da tabela. Expeça-se solicitação de pagamento.

**Publique-se. Registre-se. Comuniquem-se. Oportunamente, arquivem-se os autos.  
Intimem-se.**

**Ponta Porã/MS, 27 de Agosto de 2015.**

**Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA**

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

**0008817-82.2015.4.03.6119**

Autora: DAIANA SOUZA DOS SANTOS

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

*VISTOS, em decisão.*

Trata-se de ação de rito ordinário, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela, em que a autora pretende a condenação da União à aquisição e fornecimento de medicamento importado, sem registro na ANVISA.

Afirma a demandante ser portadora de uma rara doença genética progressiva e potencialmente fatal, denominada “Hemoglobinúria Paroxística Noturna” (HPN), que provoca a destruição dos glóbulos vermelhos, ensejando anemias, trombozes (tidas como a principal *causa mortis* ligada à doença), doença renal crônica, hipertensão pulmonar, dispnéia, dores torácicas e abdominais, entre outros sintomas.

Por não apresentar resposta satisfatória aos tratamentos tradicionais (transfusões de sangue quinzenais, aplicação de Ciclosporina, entre outros), a autora pretende a condenação da União à aquisição e fornecimento do fármaco “Soliris” (*Eculizumabe*), medicamento importado, *sem registro na ANVISA*, que alegadamente poderia melhorar sua qualidade de vida e aumentar sua expectativa de vida com a doença.

É a síntese do necessário. DECIDO.

O pedido liminar comporta análise imediata, sendo dispensável a prévia oitiva da União, como normalmente se faz em casos envolvendo o fornecimento de medicamentos.

Não só por conta da consulta já realizada pelas advogadas da autora – respondida negativamente pela União (fls. 48/51) – como também pela circunstância de que *a pretensão ao recebimento do medicamento em questão (“Soliris”), diretamente pelo SUS, encontra proibição expressa na legislação brasileira.*

Com efeito, estabelece a Lei 8.080/90, na redação da Lei 12.401/11, que “São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS [...] a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa” (art. 19-T - grifei).

Logo, não poderia mesmo o Sistema Único de Saúde fornecer à demandante o medicamento importado pretendido (ainda não registrado pela ANVISA, como reconhecido na própria petição inicial).

Sendo assim, passo ao exame do pedido de antecipação dos efeitos da tutela. E, ao fazê-lo, constato a *viabilidade do pedido liminar*.

A presente demanda traz ao Judiciário questão que, embora não seja nova, continua a ser uma das mais controvertidas e tormentosas questões jurídicas da atualidade: pode o Poder Judiciário, interferindo nas atividades administrativas do Poder Executivo (no exercício das funções de alocação de verbas destinadas ao atendimento à saúde), determinar o fornecimento, ao autor de ação judicial, de medicamento não fornecido pelo SUS (e por vezes sequer aprovado pela ANVISA e disponível no mercado nacional, como vem a ser o caso dos autos)?

Sem prejuízo de ulteriores reflexões, resultantes do aprofundamento dos estudos sobre o tema no decorrer da instrução, tenho para mim, por ora, que a solução da questão passa pela resposta que se dê a três indagações, uma prejudicial a outra.

A primeira e mais óbvia é: pode o Poder Judiciário interferir na alocação de recursos do Ministério da Saúde, determinando o fornecimento de um medicamento ou tratamento não previstos nas políticas públicas de saúde existentes?

Superada a primeira indagação, a segunda é: podendo o Poder Judiciário intervir em casos assim, pode ele determinar o fornecimento de um medicamento importado não registrado na ANVISA, o que, como visto, a lei expressamente proíbe?

Por fim, superada também esta questão: o custo desse medicamento importado pode ser impeditivo a esse fornecimento, tendo em vista a limitação de recursos do Ministério da Saúde e o tumulto orçamentário que o fornecimento a um único paciente, de um medicamento ou tratamento caríssimos, poderia representar para o equilíbrio dos gastos dos recursos destinados à saúde, acabando por prejudicar todos os demais usuários do SUS, atendidos pelas políticas públicas existentes?

Cabe examinar cada uma das indagações em separado.

*1. A possibilidade de o Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamentos ou tratamentos de saúde não previstos nas políticas públicas existentes*

A despeito das intermináveis discussões parlamentares, jurisprudenciais e doutrinárias a respeito das complexas questões relacionadas à concretização do direito fundamental à saúde, há dois precedentes do C. Supremo Tribunal Federal que, se não eliminam toda e qualquer controvérsia sobre o tema, ao menos conferem um guia para o julgamento dos casos concretos: a *ADPF-MC/DF (arguição de descumprimento de preceito fundamental) nº 45* e o *STA (pedido de suspensão de tutela antecipada) nº 175-AgR/CE*. Vale a pena resgatar alguns trechos desses julgamentos.

Começemos por lembrar, antes de tudo, que o art. 196 da Constituição Federal – fundamento constitucional do direito à saúde – proclama que “*A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação*” (grifei).

Como salientado pelo eminente Min. GILMAR MENDES (relator do STA 175),

em razão da inexistência de suportes financeiros suficientes para a satisfação de todas as necessidades sociais [...] a formulação das políticas sociais e econômicas voltadas a implementação dos direitos sociais implicaria, invariavelmente, escolhas alocativas. Essas escolhas seguiriam critérios de justiça distributiva (o quanto disponibilizar e a quem atender), configurando-se como típicas opções políticas, as quais pressupõem “escolhas trágicas”, pautadas por critérios de macrojustiça (STF, STA 175 AgR, Rel. Min. GILMAR MENDES (Presidente), Tribunal Pleno, DJe 29/04/2010).

É preciso ler a Constituição da República, como sempre, em sua inteireza, e não apenas “até a vírgula”, isto é, somente no que interesse momentaneamente. Significa dizer que, se é verdade que a Constituição estabelece que “a saúde é direito de todos e dever do Estado”, a mesma Constituição, no mesmo art. 196, acrescenta que esse direito será *garantido mediante políticas sociais e econômicas*.

Neste particular, lembra o eminente Ministro GILMAR MENDES que

esse direito subjetivo público é assegurado mediante políticas sociais e econômicas, ou seja, não há um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário para a proteção, promoção e recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde (STF, STA 175).

Ou seja, *“para que o Estado possa garantir a manutenção do sistema, é necessário que se atente para a estabilidade dos gastos com a saúde”*, sendo certo que o direito à saúde estampado na Constituição Federal se refere, em princípio, *“à efetivação de políticas públicas que alcancem a população como um todo”* (STF, STA 91-1/AL, Rel. Min. ELLEN GRACIE, DJe 26/02/2007).

Precisamente por essa razão, a intervenção do Poder Judiciário, na análise de casos concretos, também deve estar *“condicionada ao não comprometimento do funcionamento do Sistema Único de Saúde”* (STF, STA 175).

Saliente-se, a propósito, que *“Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde (SUS), o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento”* (STF, STA 175). Não se discute, aí, a clara possibilidade de intervenção do Poder Judiciário em favor do cidadão privado de determinado medicamento ou tratamento já previsto nas políticas públicas de saúde existentes.

O problema surge *quando a prestação de saúde pleiteada não está entre as políticas do SUS*, seja por omissão do Legislativo ou do Executivo, seja por decisão técnico-administrativa de não fornecê-la.

Contudo, mesmo nessa situação, o C. Supremo Tribunal Federal já reconheceu, em passagem impregnada de significado ético-jurídico, que

a inexistência de Protocolo Clínico no SUS não pode significar violação ao princípio da integralidade do sistema, nem justificar a diferença entre as opções acessíveis aos usuários da rede pública e as disponíveis aos usuários da rede privada. Nesses casos, a omissão administrativa no tratamento de determinada patologia poderá ser objeto de impugnação judicial, tanto por ações individuais como coletivas (STF, STA 175).

Reconheceu nossa C. Suprema Corte, assim, a *possibilidade “de o Poder Judiciário vir a garantir o direito à saúde, por meio do fornecimento de medicamento ou de tratamento imprescindível para o aumento de sobrevida e a melhoria de qualidade de vida da paciente”*, desde que existam nos autos provas suficientes quanto ao estado de saúde do requerente e a necessidade do medicamento indicado (STF, STA 175).

Nas palavras do eminente Ministro CELSO DE MELLO,

entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendo, uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas (STF, ADPF-MC 45, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ 04/05/2004 – sem os grifos e destaques originais).

Cumpra ressaltar, na linha do que se vem de expor, que essa excepcional intervenção do Poder Judiciário no âmbito do direito à saúde não configura uma “intrusão” em esfera reservada aos demais Poderes da República. E isso porque (quem o lembra é o insigne Ministro CELSO DE MELLO),

dentre as inúmeras causas que justificam esse comportamento afirmativo do Poder Judiciário (de que resulta uma positiva criação jurisprudencial do direito), inclui-se a necessidade de fazer prevalecer a primazia da Constituição da República, muitas vezes transgredida e desrespeitada por pura, simples e conveniente omissão dos poderes públicos (STF, STA 175).

Presentes estas considerações, tenho para mim – ainda que neste juízo tomado em sede de cognição sumária – que *a Constituição Federal autoriza o Poder Judiciário a determinar, em dado caso concreto, o fornecimento de medicamento não previsto nas políticas públicas de saúde estabelecidas em lei e implementadas pelo Poder Executivo, desde que existam nos autos provas suficientes quanto ao estado de saúde do autor da ação e à necessidade do medicamento indicado.*

Nesse sentido, retomando o caso sob julgamento, vê-se que a autora, uma jovem de 22 anos, afirma ser portadora de uma rara doença genética progressiva e potencialmente fatal, denominada “Hemoglobinúria Paroxística Noturna” (HPN), que provoca a destruição dos glóbulos vermelhos, ensejando anemias, trombozes (tidas como a principal *causa mortis* ligada à doença), doença renal crônica, hipertensão pulmonar, dispnéia, dores torácicas e abdominais, entre outros sintomas. Relata a demandante, ainda, ter apresentado, há um ano, quadro de “pancitopenia” (redução de todos os elementos do sangue ao mesmo tempo: hemácias, leucócitos e plaquetas), tornando-se dependente de transfusões de sangue constantes.

Por não apresentar a autora resposta satisfatória aos tratamentos tradicionais (transfusões de sangue quinzenais, aplicação de Ciclosporina, entre outros), a médica que a acompanha prescreveu o uso do medicamento “Soliris” (*Ecuzumabe*), *fármaco importado, sem registro na ANVISA, que alegadamente “melhora a necessidade transfusional, a qualidade de vida, diminui a ocorrência de eventos trombóticos e prolonga a sobrevida dos pacientes”* (cfr. relatório médico à fl. 08).

Sendo esses os termos da ação ajuizada, os relatórios médicos e exames laboratoriais que acompanham a petição inicial efetivamente demonstram ser a demandante portadora de “HPN” e ter apresentado o quadro de “pancitopenia” (fls. 36/47).

Por outro lado, o próprio Ministério da Saúde, em resposta a consulta formulada pelas advogadas da autora, esclarece que

*o ecuzumabe (Soliris®) é um inibidor do complemento terminal que se liga de forma específica à proteína C5 do complemento, com alta afinidade, inibindo, deste modo, a sua clivagem em C5a e C5b e impedindo a geração do complexo do complemento terminal C5b-9. Esse medicamento possui indicação para o tratamento de doentes com Hemoglobinúria Paroxística Noturna (HPN) e Síndrome Hemolítica-Urêmica atípica (SHUa).*

[...]

O SUS disponibiliza os medicamentos prednisona, prednisolona, ácido fólico, sulfato ferroso, heparina e varfarina, por meio do Componente Básico da Assistência Farmacêutica, que é a primeira linha de cuidado do sistema.

[...]

O único tratamento curativo para HPN é o TCTHa, porém este está associado a morbimorta-

lidade considerável. Há relatos bem sucedidos de transplantes mieloablativos e não mieloablativos, tanto de doadores aparentados quanto de doadores de banco de doadores.

[...]

Atualmente indica-se transplante apenas para os pacientes com fatores de risco para pior evolução de doença e morte, especialmente nos casos de síndromes de falência medular com citopenias graves.

[...]

Diante do solicitado, evidencia-se que *o eculizumabe não está previsto na Assistência Farmacêutica do SUS*. Entretanto, diversos medicamentos e procedimentos médicos são disponibilizados pelo sistema público para o manejo dos sintomas da doença para a qual o produto possui indicação (fls. 50/51 - grifei).

A petição inicial apresenta, ainda, diversos estudos e relatórios que apontam a eficácia superior do medicamento “*eculizumabe*” (Soliris) em relação aos tratamentos tradicionais, e indicam o fato de esse fármaco já ter sido autorizado pela “FDS/FDA” (*U.S. Food and Drug Administration*) e pela “EMA” (*European Medicines Agency*).

Acrescente-se a esse quadro de prova pré-constituída, a circunstância de que já em 2012 a imprensa repercutiu casos relacionados à doença (então levados ao Judiciário, inclusive), atestando, de um lado, o *alto custo do tratamento* com o “*eculizumabe*” (Soliris) e, de outro, a *sensível melhora da qualidade de vida dos pacientes* submetidos a tal tratamento (cf. <http://revistaepoca.globo.com/tempo/noticia/2012/03/o-paciente-de-r-800-mil.html>).

Nesse cenário, pode-se afirmar que:

a) a “HPN” é doença rara, que causa severa redução da qualidade de vida dos doentes, podendo, além de matar, condenar os doentes a sucessivas transfusões de sangue, por toda a vida;

b) a única cura para a doença é o transplante de medula, de alto risco para o transplantado e aconselhável apenas em casos de agravamento da doença e risco iminente de morte;

c) o Sistema Único de Saúde disponibiliza diversos medicamentos e procedimentos médicos para o combate aos sintomas da doença;

d) a autora, segundo os médicos que a acompanham, não vem respondendo satisfatoriamente ao tratamento existente no Brasil;

e) o medicamento importado “*eculizumabe*” (Soliris), sem registro na ANVISA (e, portanto, não fornecido pelo SUS), tem constatados efeitos superiores aos dos medicamentos fornecidos pelo SUS, sobretudo no que diz com a melhoria da qualidade de vida dos doentes; e

f) o medicamento importado “*eculizumabe*” (Soliris), conquanto ainda não liberado pela ANVISA, teve seu uso aprovado pela agência de segurança sanitária norte-americana em 2007 (<http://www.accessdata.fda.gov/scripts/cder/drugsatfda/index.cfm?fuseaction=SearchDrugDetails> – extrato em inglês retro juntado pela Assessoria do Gabinete), não se tratando de droga experimental e inexistindo equivalente terapêutico.

Sendo certo que o fato de serem fornecidos, pelo SUS, medicamentos também indicados para o tratamento da doença, *não implica impedimento absoluto ao fornecimento de outros*, não previstos, que melhor atendam à situação específica de um dado doente, parece-me suficientemente demonstrada a necessidade do medicamento importado no caso de que se cuida.

Deveras, a prova pré-constituída trazida aos autos evidencia que, conquanto se destinem ao tratamento da “HPN”, os medicamentos fornecidos pelo SUS não têm conseguido livrar os doentes do calvário das constantes transfusões de sangue, enquanto o “*eculizumabe*” (Soliris)

parece proporcionar sensível melhora dos sintomas em geral, permitindo um retorno à vida quase normal.

Cabe lembrar, neste ponto, que, ao assegurar o direito à vida (art. 5º, *caput*) e à saúde (art. 196), a Constituição Federal não almeja simplesmente que as pessoas *sobrevivam*. Pretende, mais, que vivam efetivamente, em plenitude e com dignidade.

Destarte, tratando-se de doença rara, e havendo laudo médico atestando a *essencialidade* do medicamento pretendido para o aumento da sobrevida e da qualidade de vida da autora, impõe-se o reconhecimento da *necessidade do fármaco* na espécie.

É certo que, tratando-se de circunstância essencial ao acolhimento definitivo do pedido da demandante, ao final, essa *necessidade do medicamento importado deverá ser cabalmente comprovada em instrução*. Cuidando-se, contudo, de decisão tomada em juízo de cognição sumária, diante de alegação de risco de dano irreparável, tenho que a prova pré-constituída apresentada pela autora com sua petição inicial é suficiente à demonstração da plausibilidade de suas alegações.

Postas estas considerações, e na linha da orientação jurisprudencial do C. Supremo Tribunal Federal, entendo existirem nos autos *início de prova suficiente* quanto ao *estado de saúde da autora da ação* e à *necessidade do medicamento pretendido*.

*2. A possibilidade de o Poder Judiciário determinar o fornecimento de medicamento importado não registrado na ANVISA*

Superada a primeira questão, impõe-se seja examinada a segunda indagação lançada acima, uma vez que – como já assinalado - a pretensão ao recebimento do fármaco “*eculizumabe*” (Soliris), diretamente pelo SUS, encontra proibição expressa na legislação brasileira (Lei 8.080/90, na redação da Lei 12.401/11, art. 19-T: “*São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS [...] a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na Anvisa*”).

A razão de tal proibição é evidente, uma vez que *a aprovação do medicamento pela ANVISA é uma garantia à saúde pública*. Deveras, “*o registro na ANVISA configura-se como condição necessária para atestar a segurança e o benefício do produto, sendo o primeiro requisito para que o Sistema único de Saúde possa considerar sua incorporação*” (STF, STA 175).

Essa, a regra.

Contudo, *pode o Poder Judiciário*, no exercício de sua competência jurisdicional cautelar (constitucionalmente fixada: art. 5º inciso XXXV), *reconhecer exceções diante de casos concretos peculiares* – como o presente – em que, conquanto ainda não liberado pela ANVISA, o medicamento em causa já tenha tido aprovação por *órgãos de segurança sanitária internacionais reconhecidos* (como a FDA e a EMA).

Em realidade, nem mesmo a proibição de *importação* de medicamentos que não possuam registro na ANVISA é uma regra absoluta. Como lembrado pelo C. Supremo Tribunal Federal, “*Em casos excepcionais, a importação de medicamento não registrado poderá ser autorizada pela ANVISA. A Lei nº 9.782/99, que criou a Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA), permite que ela dispense de ‘registro’ medicamentos adquiridos por intermédio de organismos multilaterais internacionais, para uso de programas em saúde pública pelo Ministério da Saúde*” (STF, STA 175).

Nesse sentido, havendo *provas suficientes* (i) da *gravidade do estado de saúde da autora da ação*; (ii) da *necessidade do medicamento indicado*; e (iii) da *aprovação do fármaco por reconhecidos equivalentes internacionais da ANVISA* (como a FDA e a EMA), *pode o Poder*

Judiciário determinar, *em caráter absolutamente excepcional*, o fornecimento, pelo SUS, de medicamento importado sem registro na ANVISA.

É evidente que, via de regra, os medicamentos registrados na ANVISA e oferecidos pelo SUS devem ser privilegiados em detrimento de opção diversa escolhida pelo médico que acompanha o doente. Diz-se “via de regra”, contudo, porque sempre poderá o paciente demonstrar em juízo a impropriedade da política de saúde existente ou a ineficácia do medicamento/tratamento fornecidos pelo SUS (precisamente a hipótese destes autos).

É o próprio C. Supremo Tribunal Federal quem faz a ressalva, referindo-se à constatação de que, em regra, deve ser privilegiado o medicamento/tratamento oferecido pelo SUS:

Essa conclusão não afasta, contudo, a possibilidade de o Poder Judiciário, ou de a própria Administração, decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Inclusive, como ressaltado pelo próprio Ministro da Saúde na Audiência Pública, há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos. Assim, não se pode afirmar que os Protocolos Clínicos e Diretrizes Terapêuticas do SUS são inquestionáveis, o que permite sua contestação judicial (STF, STA 175).

Não se trata, à toda evidência, de “descumprimento da lei” pelo Poder Judiciário ou mesmo de “declaração de inconstitucionalidade da norma” constante do art. 19-T da Lei 8.080/90, na redação da Lei 12.401/11. Cuida-se, tão somente, do regular exercício, pelo Judiciário, de sua competência cautelar (outorgada pela Constituição Federal com vistas em evitar danos irreparáveis a direito aparente), reconhecendo-se uma situação excepcional, não prevista (e sequer previsível) pelo legislador.

A lei permanece existente, válida e eficaz: não pode o SUS, *sponte propria*, fornecer medicamentos sem registro na ANVISA, devendo os interessados, necessariamente, demonstrar em Juízo a excepcionalidade de seu caso e a presença dos requisitos acima indicados (gravidade do caso, necessidade do medicamento sem registro e aprovação por organismos internacionais reconhecidos).

Sendo essa precisamente a hipótese dos autos, entendo que a falta de registro do medicamento “*eculizumabe*” (Soliris) na ANVISA não configura, por si só, impedimento à determinação judicial de seu fornecimento pelo SUS à autora.

**3. Da possibilidade de custeio do caro medicamento importado com recursos da União não vinculados à Saúde**

Visto o quanto exposto até aqui, chega-se à última indagação de cuja resposta depende o sucesso ou insucesso do pedido liminar deduzido na inicial: o custo do medicamento importado pretendido pode ser impeditivo da determinação judicial de seu fornecimento pelo SUS, tendo em vista a limitação de recursos do Ministério da Saúde e a possibilidade de prejudicar todos os demais usuários do sistema público de saúde, atendidos pelas políticas públicas existentes (custeadas pelos mesmos recursos finitos do orçamento destinado à Saúde)?

Trata-se, claramente, de questão ligada ao tema da “reserva do possível” e do “custo de implementação dos direitos fundamentais”. Como ressaltado pelo C. Supremo Tribunal Federal,

não se pode esquecer de que a gestão do Sistema Único de Saúde, obrigado a observar o princípio constitucional do acesso universal e igualitário às ações e prestações de saúde, só

torna-se viável mediante a elaboração de políticas públicas que repartam os recursos (naturalmente escassos) da forma mais eficiente possível. Obrigar a rede pública a financiar toda e qualquer ação e prestação de saúde existente geraria grave lesão à ordem administrativa e levaria ao comprometimento do SUS, de modo a prejudicar ainda mais o atendimento médico da parcela da população mais necessitada (STF, STA 175).

Não há como se discordar da constatação: sendo finitos os recursos orçamentários vinculados à Saúde (seja na esfera federal, estadual ou municipal), não há como o Poder Público custear tratamentos caríssimos para um único paciente portador de rara doença genética, em prejuízo da imensa coletividade de usuários do sistema público de saúde.

Como reconhecido por nossa C. Suprema Corte, “a escolha da destinação de recursos para uma política e não para outra leva em consideração fatores como o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e a eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados etc.” (STF, STA 175).

Significa dizer que o Poder Judiciário, ao atender à demanda médica específica de um único cidadão - realizando a *justiça do caso concreto* - estaria, inadvertidamente, ignorando as conseqüências globais da destinação dos recursos públicos da Saúde, com invariável prejuízo para o todo.

É indisputável, assim, que o Poder Judiciário não pode, no julgamento de casos concretos, interferir em políticas públicas estabelecidas pelo Legislativo e implementadas pelo Executivo, determinando, por exemplo, a alocação de recursos para compra de um caro medicamento fora da lista do SUS, em prejuízo de inúmeros outros atendimentos previstos pelo sistema público de saúde, que se verão necessariamente privados de sua cobertura orçamentária, *dentro do orçamento da Saúde*.

Nada obstante, se não cabe ao Judiciário interferir na alocação dos recursos *dentro do orçamento da Saúde* (até mesmo por falta de capacitação técnica dos Juizes para identificar prioridades médicas), pode o Poder Judiciário, perfeitamente, analisar a *constitucionalidade da distribuição de recursos no orçamento como um todo*.

Vale dizer, não pode o Poder Judiciário determinar a compra deste medicamento em vez daquele, ou a realização desta cirurgia em vez daquela. Tal equivaleria, como visto, a uma indevida (e irresponsável) interferência judicial na atividade do Poder Executivo.

Todavia, tendo sido *a Saúde e a Educação eleitas pela Constituição da República como prioridades da nação*, é de se perguntar se a alocação de recursos orçamentários para outras áreas não prioritárias (como a propaganda estatal, por exemplo), enquanto os orçamentos da Saúde e da Educação escasseiam, não configura comportamento *inconstitucional* do Poder Público. Entendo que *sim*.

Trata-se, em realidade, de singelo exercício de interpretação constitucional, à luz do princípio da razoabilidade: *é razoável que o Estado brasileiro se negue a adquirir e fornecer a portadores de uma doença rara um caro medicamento importado, sob a justificativa de carência de recursos, quando segue veiculando regularmente nas TV's, na internet e na mídia impressa anúncios publicitários desvestidos de qualquer caráter educativo, informativo ou de orientação social (como autorizado pelo art. 37, §1º da Constituição Federal), voltados à mera exaltação das iniciativas do Governo de turno?*

Não se trata de indagação pueril, de mero apelo popular e destituída de conteúdo jurídico. Muito ao contrário, trata-se de *indagação técnica*, formulada com os olhos postos na Constituição da República: é constitucional a alocação de recursos públicos em finalidades

manifestamente menos prioritárias (como a veiculação de mera propaganda estatal) quando escasseiam os recursos destinados a aéreas privilegiadas pelo constituinte (como Educação e Saúde)?

*Entendo que não.*

Tal comportamento estatal, absolutamente reprovável, evidencia uma *inversão constitucional de prioridades*. Mais do que isso, representa uma *subversão dos valores constitucionais*, que, mediante manipulação dos recursos financeiros do Estado brasileiro, revela o “*ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência*” (STF, ADPF 45).

Significa dizer que, enquanto houver necessidades não atendidas nos campos da Educação e da Saúde, sempre poderão os cidadãos prejudicados reivindicar a intervenção do Poder Judiciário para determinar a realocação de recursos públicos que venham sendo empregados em finalidades, ainda que igualmente públicas, claramente menos prioritárias (como, *e.g.*, a mencionada veiculação de propaganda estatal em TV’s, jornais e revistas). Noutras palavras, enquanto se verificar tal situação, não há que se falar em “reserva do possível”.

Cuida-se, simplesmente, de reconhecer a *má gestão da coisa pública*, independentemente de juízo quanto à boa ou má-fé do administrador público: esgotados os recursos da saúde quando ainda há necessidades a serem atendidas, e havendo recursos destinados a atividades de baixa prioridade (como a comunicação social, por exemplo), emerge com nitidez o *erro manifesto na prévia destinação dos recursos* no Orçamento da União. Erro que, como visto, carrega consigo a pecha da *inconstitucionalidade* e, por isso mesmo, pode ser remediado pelo Poder Judiciário, na análise de casos concretos instaurados por cidadãos prejudicados pela má gestão orçamentária.

Note-se que a intervenção do Judiciário nesses casos *não interfere nas prioridades já estabelecidas e na alocação de recursos já determinada pelo Ministério da Saúde*. Muito ao contrário, determina o *reabastecimento* dos cofres do sistema público de saúde, com recursos oriundos do Orçamento que, imprópriamente, encontravam-se vinculados a atividades menos prioritárias.

Cumpra registrar, por fim, que uma rápida consulta à execução do Orçamento Federal (cfr. extratos retro juntados pela Assessoria do Gabinete, extraídos do “Portal da Transparência” da Presidência da República) evidencia a existência de milhões de reais alocados à sub-função “Comunicação Social”, dentro da função “Administração”.

*Não há*, pois, que se falar em ausência de recursos públicos para atendimento da pretensão da autora, tampouco em indevido redirecionamento de recursos já destinados ao atendimento de outras prestações de saúde.

#### 4. Conclusão

As razões que se vem de referir evidenciam, claramente, a *presença do fumus boni juris e do periculum damnum irreparabile na espécie*.

No que diz respeito à possibilidade de ser o medicamento pleiteado adquirido e custeado diretamente pela União, o C. Supremo Tribunal Federal, em sucessivos julgamentos sobre a matéria, tem acentuado que “*constitui obrigação solidária dos entes da federação o dever de fornecimento gratuito de tratamento médico e de medicamentos indispensáveis em favor de pessoas carentes* (AI 732.582/SP, Rel. Min. ELLEN GRACIE – RE 586.995-AgR/MG, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 607.385-AgR/SC, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA – RE 641.916-AgR/

*PR, Rel. Min. CÁRMEN LÚCIA, v.g.)” (STF, RE 716.777 AgR, Rel. Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, DJe 15/05/2013 – sem os destaques do original).*

Rigorosamente cabível, pois, o direcionamento da ação exclusivamente em face da União.

Postas estas considerações, DEFIRO EM PARTE *o pedido liminar*, para determinar à União que *adquira, com recursos da União não vinculados à Saúde, e forneça à autora, DAIANA SOUZA DOS SANTOS, o medicamento eculizumabe (nome comercial “Soliris”), na forma e nos quantitativos constantes da prescrição médica que acompanha a petição inicial, garantindo o seu fornecimento regular e contínuo até decisão final desta ação.*

Deverá a União disponibilizar o medicamento à autora em posto de saúde credenciado no Município de seu domicílio, Ferraz de Vasconcelos/SP (ou o mais próximo), podendo a demandante retirá-lo pessoalmente ou por suas advogadas constituídas. Inacolível, no ponto, a pretensão inicial de entrega do medicamento na residência da autora, sobretudo por questões de segurança atinentes a possível extravio do caro medicamento importado.

*Fica a União expressamente proibida de utilizar verbas do orçamento da Saúde para a aquisição do medicamento*, devendo o custo do cumprimento desta decisão judicial ser suportado por *verbas destinadas no Orçamento à veiculação da publicidade oficial*, passíveis as autoridades encarregadas de responsabilização civil e criminal em caso de comprovado descumprimento.

*OFICIE-SE diretamente ao Ministério da Saúde/CONJUR/CGIES/CDJU para cumprimento desta decisão*, devendo ser comprovada nos autos, no prazo de 5 (cinco) dias, *a adoção das providências de importação cabíveis*, informando-se o *prazo previsto para entrega do medicamento à autora e o seu custo*. Por dia de atraso no cumprimento desta determinação, fixo desde já multa diária de R\$5.000,00, a ser suportada pessoalmente pelas autoridades encarregadas, independentemente da eventual responsabilização por ato de improbidade administrativa e por crime de desobediência.

DEFIRO os benefícios da assistência judiciária gratuita e da prioridade na tramitação para os portadores de doença grave.

CITE-SE a União.

Guarulhos, 25 de setembro de 2015

Juiz Federal Substituto PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA

## “HABEAS CORPUS”

0012720-28.2015.4.03.6119

Impetrante: VINICIUS ROSA DE AGUIAR  
Paciente: FRANCISCA IZABEL RIBEIRO DA SILVA  
Impetrado: MAJOR EUGÊNIO TAVARES CÂMARA, COMANDANTE DO ESQUADRÃO DE INTENDÊNCIA DA BASE AÉREA DE SÃO PAULO  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP  
Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/01/2016

Trata-se de *habeas corpus* objetivando, em sede de medida liminar, o impedimento de que a paciente seja detida antes do julgamento final do presente. Ao final, requer a concessão da ordem de *habeas corpus* para impedir que a paciente seja detida por transgressão militar que não cometeu, bem como para declarar a nulidade do processo administrativo (ou da decisão) que acarretou sua punição, bem como o seu respectivo trancamento.

A inicial veio com os documentos de fls. 14/36.

Às fls. 39/41 decisão deferindo o pedido de liminar.

Às fls. 93/101v informações da autoridade coatora, acompanhada dos documentos de fls. 102/126.

Às fls. 128/131 parecer do MPF pela concessão da ordem de *habeas corpus*.

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório. Decido.

Inicialmente, destaco que a legislação militar é por mim bastante conhecida, já que, antes de ser empossado como Juiz Federal, era militar. Entendo muito bem a importância do regulamento disciplinar e o papel da punição administrativa para a manutenção da Hierarquia e Disciplina em uma Organização Militar. Diferentemente de qualquer entidade civil, a natureza das atribuições das Forças Armadas exige um regramento distinto, o que *justifica uma série de direitos previdenciários não reconhecidos aos civis* e uma *interpretação da legislação castrense* sem as lentes civis. Aliás, apenas a título de ilustração, um civil que abandona o emprego, é demitido por justa causa; o militar, ao contrário, comete o crime de deserção. Portanto, aprecio o presente HC na confortável situação de quem já passou pela vida castrense e sabe da importância da preservação dos pilares da Hierarquia e Disciplina.

Conforme já mencionado na decisão de fls. 39/41, em sede *habeas corpus*, não é possível analisar o mérito da punição disciplinar aplicada pela autoridade coatora, mas apenas a legalidade do procedimento adotado para a imposição da punição, razão pela qual não deve incidir o artigo 142, §2º da Constituição Federal. Se os fatos apurados na punição disciplinar configuram ou não transgressão disciplinar, isto é análise de mérito e, conseqüentemente, inviável por meio do presente writ. Desta forma, como a *análise* a ser procedida por este juízo será de natureza objetiva, atrelada à legalidade do procedimento de punição, fica afastada a alegação da autoridade coatora de inadequação da via eleita pelo impetrante.

Convém lembrar também que a Lei nº 6.880, de 09/12/1980, que dispõe sobre o Estatuto dos Militares e o Decreto nº 76.322, de 22 de setembro de 1975, que dispõe sobre o Regulamento Disciplinar da Aeronáutica (RDAER), foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988. Portanto, não há que se falar na aplicação da Lei nº 8.112/90, a qual dispõe sobre o regime jurídico dos *servidores públicos civis* da União, das autarquias e das fundações

públicas federais.

No caso concreto, em 11/11/2015, a Sra. Elba Rosa Batista da Silva, 2º Ten. QFO, Adjunto do Chefe do Setor de Subsistência, elaborou a comunicação de ocorrência – Parte nº 8786/3EI – Protocolo COMAER nº 67263.014342/2015-81 - cuja cópia encontra-se às fls. 14/15. Naquela parte, basicamente, *dois fatos* originaram a abertura do Procedimento para Apuração de Transgressão Disciplinar – FATD nº 443/SIJ/2015: a) portar-se de maneira *desrespeitosa por ter saído e entrado da sala sem autorização* da Ten Elba; e b) portar-se de maneira *desrespeitosa ao ameaçar processar a Ten Elba*. Em consequência, em 16/11/2015, foi preenchido o Formulário para Apuração de Transgressão Disciplinar nº 443/SIJ/2015, no qual foi identificado o militar arrolado, ora paciente, a autoridade que apura a transgressão disciplinar, e as testemunhas. A paciente tomou ciência da imputação e da concessão do prazo de cinco úteis, a contar do primeiro dia útil subsequente daquela data, para apresentar, por escrito, as justificativas ou alegações de defesa no dia 19/11/2015 (fl. 16). *A paciente apresentou sua justificativa por escrito, de próprio punho* (fls. 17/18).

Ao final do procedimento, foi aplicada a punição de 2 dias de detenção, conforme fl 23, a qual transcrevo:

Aos dez dias do mês de dezembro do ano de dois mil e quinze, o Maj Int Eugênio Tavares Câmara – Comandante do EI da BASP, faz saber à 1º Sgt SAD Francisca Izabel Ribeiro da Silva do efetivo do EI, que *a mesma foi punida com dois dias de detenção* pelo fato de que, no dia 11 de novembro de 2015, *ter portado-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, por ter entrado na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial.* (...) Transgressão disciplinar assim definida no art 47 da Lei 6880, de 09/12/1980, conforme apurado por ocasião da FATD nº 401/SIJ/2015 e , de acordo o n 8, 66,68 do art 10, transgressão disciplinar “média” nos termos do art 11, com atenuante da letra “a” do nº 2 do art 13, tudo do RDAer.

Como se nota, a Nota de Punição Disciplinar Militar apenas pune com dois dias o fato de a impetrante portar-se de maneira desrespeitosa ao *sair e entrar na sala sem autorização* da Ten Elba. Contudo, verifica-se que a real intenção do Comandante era punir também por outro fato, conforme se infere da “Decisão da Autoridade Que Aplica a Punição Disciplinar”, fl 22:

O exposto no art. 3º do Decreto n 76.322 (de 22/09/1975) mostra a base da hierarquia e disciplina militar (“O militar deve consideração, respeito e acatamento aos seus superiores hierárquicos.”). E, sem os princípios da hierarquia e disciplina, nenhuma força armada teria condições de operar.

Percebe-se também, claramente e sem contestação, que *a Sgt Izabel entrou na sala da Ten Elba sem prestar a devida continência e ausentou-se da sala sem autorização da Ten Elba*, o que já é algo inaceitável e desrespeitoso.

Ao mesmo tempo, não existe nos autos da FATD comprovação da testemunha de que a Sgt Izabel levantou a voz ou que apontou dedo para Ten Elba, e a contestação de qualquer ato no poder judiciário é um direito de qualquer militar.

Porém, *o fato da Sgt Izabel ameaçar processar a Ten Elba*, fato que foi testemunhado pelo Soldado S Ferreira *já demonstra a postura agressiva e inadequada* da Sgt Izabel.

*A conduta da Sgt Izabel deve ser evitada e reprimida* para que outros militares que convivem com ela não façam o mesmo.

Dado o exposto e apurado no presente processo e à gravidade da transgressão, ratifico parcialmente a decisão proferida pelo Gestor de Subsistência da BASP, aplicando a punição de 02 de detenção (*sic*).

Como é a Nota de Punição Disciplinar Militar que delimita a sanção, os fundamentos jurídicos e a motivação fática, *houve interposição de Recurso de Reconsideração apenas argumentando e contraditando* o fato de “ter portado-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, por ter entrado na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial” (fls24/31). Ao solucionar o Recurso, o Comandante acatou os argumentos da autora, tendo como justificada aquela conduta; contudo, a punição de dois dias de detenção foi mantida sob o argumento de que portou-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta. Dessa nova decisão, não houve mais recurso, já que inexistente previsão legal.

Nas informações do Comandante (autoridade coatora), foi mencionado que *houve erro de digitação na Nota de Punição Disciplinar Militar*. Em verdade, era para constar apenas “maneira desrespeitosa”, já que a expressão “entrado na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial” foi incluída equivocadamente. Dai, concluiu que *não houve nova punição, pois o fundamento centrado no desrespeito em relação à oficial foi mantido* (maneira desrespeitosa). A conduta desrespeitosa se referiu, em verdade, à forma pela qual a paciente declarou que iria exercer o direito potestativo de processar alguém (fl 54 e item 20 da fl 35). Como o transgressor se defende dos fatos e não da capitulação, o procedimento manteve-se regular, sendo, portanto, caso de improcedência do pedido no presente HC.

Abaixo, transcrevo a conclusão da decisão do recurso interposto pela paciente:

(...)

Assim, indefiro o pedido de anulação da punição outrora imputada, corrigindo porém o erro material de indicação do item de punição e excluindo o fato da militar ter se retirado sem autorização, mantendo-se, porém, a punição da IS QSS SAD IZABEL RIBEIRO DA SILVA, fixada em dois dias de detenção, a contar do dia 22/12/2015, por ter no dia onze de novembro de dois mil e quinze, portando-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, conforme apurado na FATD nº 443/SIJ/2015, infringindo os itens nº 8, 21 e 66 do Art. 10, transgressão militar média, nos termos do Art. 11, com atenuante da letra “a” do nº 2 do Art. 13, tudo do RDAer.

Pelo histórico relatado, verifica-se que *existiu violação à ampla de defesa e contraditório*. Isto porque a Nota de Punição Disciplinar Militar justifica a detenção de dois dias baseada no fato de “ter portado-se de maneira desrespeitosa perante a Gestora de Subsistência Substituta, *por ter entrado* na sala desta oficial sem ter pedido licença e ainda ter saído da mesma sala sem autorização da oficial”, dando a entender claramente que “a maneira desrespeitosa” se refere à circunstância de ter entrado/saído sem autorização. Ou seja, fora deste evento, a Nota mostra que o entendimento do Comandante foi de que inexistiu qualquer outra atitude desrespeitosa. Aliás, *o uso da expressão “por ter” revela exatamente esta dependência e relação de causa e efeito*, de maneira que poderia ser substituída por “em razão” ou “por causa: maneira desrespeitosa por ter (por causa, em razão...) entrado na sala...”. Entretanto, reconhecendo o equívoco, em nova decisão, o Comandante diz que a “maneira desrespeitosa” não se refere exatamente à saída/entrada sem autorização, mas à maneira pela qual a paciente disse que processaria a Ten Elba. Ora, *fica claro que a paciente não teve oportunidade de recorrer deste fato*. E nem poderia, pois a *Nota de Punição nada menciona* com relação a isso, já que, por sua descrição, houve desrespeito por ter entrado/saído sem autorização, mas *não por ter ameaçado processar*.

Situação diversa seria se, *ao invés de usar “por ter”, tivesse sido usado “e”*. Aqui, sim, a paciente saberia que duas situações estavam sendo levadas em consideração e, consequentemente, deveria recorrer de tudo. Contudo, da maneira como foi escrita a Nota de Punição Disciplinar Militar, não seria razoável exigir tal compreensão por parte da paciente.

Por último, destaco que não estou me olvidando da regra de que o transgressor se defende dos fatos e não da capitulação jurídica. Ocorre que *a aplicação desta regra em nada interfere nas conclusões acima*. A violação à defesa ocorreu em sede de recurso, uma vez que o equívoco na hora da transcrição da Nota de Punição Disciplinar Militar fez com que a punição se baseasse na transgressão de apenas a uma situação (maneira desrespeitosa por ter entrado/saído sem autorização). Não poderia, portanto, manter a punição em sede recursal com base em fato que não foi objeto e fundamento da decisão recorrida (maneira desrespeitosa por ter ameaçado processar). *Veja que estou me referindo à decisão recorrida e não aos fatos apurados*. Os fatos apurados abarcaram ambas as situações e ela se defendeu de ambas; porém, a Nota de Punição foi aquém e abarcou apenas uma delas. Em consequência, é inegável que a paciente não teve oportunidade de se defender/recorrer deste novo fundamento em sede recursal, tendo, em consequência, seu *direito de recorrer violado*.

Portanto, deve ser concedida a ordem de *habeas corpus*, sem prejuízo de nova avaliação dos fatos por parte da autoridade coatora.

Diante do exposto, CONCEDO A ORDEM DE *HABEAS CORPUS* para declarar a nulidade da decisão que acarretou a punição da paciente em dois dias de detenção, no bojo da Nota de Punição Disciplinar Militar, de fl 23, e no Memorando nº 34/SIJ, com resolução de mérito, com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em custas e em honorários advocatícios.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Guarulhos (SP), 21 de janeiro de 2016.

Juiz Federal Substituto ETIENE COELHO MARTINS