

Sentenças



EXECUÇÃO FISCAL

0014857-61.2010.4.03.6182

Exequente: FAZENDA NACIONAL

Executados: ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA. E OUTROS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/05/2017

Vistos.

Trata-se da cobrança de crédito tributário, relativo ao Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (CDA de fls. 4 a 23, referente ao período de apuração de junho de 1992 a dezembro de 1995), Imposto de Renda Retido na Fonte (CDA de fls. 24 a 44, referente ao período de apuração de janeiro de 1993 a maio de 1994) e Contribuição ao PIS (CDA de fls. 45 a 52, referente ao período de apuração de julho a dezembro de 1997), execução fiscal ajuizada em 24/03/2010 (fls. 2) em face de ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA, no valor de R\$ 52.286.093,23 (cinquenta e dois milhões, duzentos e oitenta e seis mil, noventa e três reais e vinte e três centavos), com valor atual de R\$ 63.560.486,72 (sessenta e três milhões, quinhentos e sessenta mil, quatrocentos e oitenta e seis reais e setenta e dois centavos), conforme informado a fls. 1680.

Frente à citação negativa pelo Correio (fls. 55/56), a exequente foi instada a demonstrar que ocorrera suspensão do crédito tributário, por aparente prescrição (fls. 57), o que foi atendido (fls. 59 a 115). De fato, a fls. 64 se lê a respeito do “cancelamento parcial da exigência”, em 09/01/2004; impugnação administrativa de fls. 65 a 98, datada de agosto de 1997; decisão do Conselho de Contribuintes de 23/02/2001 (fls. 99); decisão administrativa de 16/10/2002 (fls. 100 a 101); e outras que tais (fls. 103 a 115).

Ante a não localização da executada, foi decretada a suspensão do feito, nos termos do art. 40 da LEF (fls. 116).

A exequente, por petição de fls. 118 a 142, frente ao indício de dissolução irregular, pede a caracterização de grupo econômico e a declaração de responsabilidade solidária da PARMALAT BRASIL SA e sua controladora LAEP INVESTMENTS, com base nos artigos 124, II e 133 do CTN, bem como do art. 233 da Lei nº 6.404/1976 (Lei das SA).

De referida petição, extrai-se dezenas de sucessões empresariais, tendo a exequente destacado a cisão parcial em 30/10/1999 de PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA e YOPAR EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, sendo que a primeira teria ficado, em resumo, com os passivos e a segunda com os ativos (fls. 119).

A exequente indica que a PARMALAT SpA (da Itália) cedeu suas quotas da PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA para CARITAL FOODS, que passou a ser a controladora junto com DANCENT CORPORATION. A PARMALAT PARTICIPAÇÕES LTDA controlaria a PARMALAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA (atual ZIRCÔNIA, ou seja, a executada), que por sua vez controlaria a PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 120).

Em seguida, destacou que as empresas passaram por reestruturação societária, sendo que CARITAL BRASIL LTDA controlava a PARMALAT INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE LATICÍNIOS LTDA (atual ZIRCÔNIA, ou seja, a executada), que incorporara os bens cindidos da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 122).

Apresentou dados da “engenharia organizacional do grupo Parmalat” a fls. 123 a 127, referente ao período de 1998 a 2003, sendo que, em 26/05/2006 “os credores da Parmalat Alimentos aprovaram a venda da companhia para o fundo latino-americano LAEP (*Latin America Equity Partners*)” (fls. 128, grifei).

Quanto à LAEP INVESTMENTS, indica ser a controladora de LÁCTEOS, que por sua vez detém, a partir de julho de 2007, o controle da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS e a INTEGRALAT (fls. 128 e 129).

Indica que o Fisco teria levantado “interesse comum” entre tais sociedades (fls. 129 a 134), o que caracterizaria o grupo econômico, a sucessão e a solidariedade entre diversas das empresas mencionadas. Juntou documentos (fls. 143 a 300, complementados a fls. 305 a 309). A fls. 303 indicou que PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA seria a atual designação de PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

Por decisão de fls. 310, foi deferida a inclusão no polo passivo de PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e de LAEP INVESTMENTS LTD., com fundamento no art. 133 do CTN (sucessão empresarial).

LAEP INVESTMENTS LTD. foi citada por mandado (fls. 316), sem haver bens (fls. 318). PADMA foi citada (fls. 319), também sem possuir bens (fls. 320).

LAEP INVESTMENTS LTD. junta procuração aos autos (fls. 321 e documentos de fls. 322 a 353).

A exequente requer a inclusão de LACTEOS DO BRASIL SA (fls. 358), por ser intermediária entre PADMA e LAEP.

Por sua vez, PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e LAEP INVESTMENTS LTD. apresentaram exceção de pré-executividade (fls. 363 a 391) alegando, em breve síntese, (i) incompetência deste Juízo; e, (ii) LAEP INVESTMENTS LTD. não ser parte do “Antigo Grupo Parmalat Itália” (fls. 365). Sustentam que o juízo competente seria a 42ª Vara Cível do Foro Central de São Paulo/SP, onde foi processada a *intervenção judicial* na PARMALAT BRASIL, que acarretou no “*descasamento societário*” entre a PARMALAT BRASIL e suas controladoras (ZIRCÔNIA e CARITAL), bem como alegam que a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial de São Paulo/SP reconheceu a *inexistência de responsabilidade* entre as excipientes e as anteriores controladoras da PARMALAT BRASIL (ZIRCÔNIA e CARITAL). Juntaram documentos (fls. 392 a 640).

Instada a se manifestar, a exequente (fls. 643 a 651) enfrenta os pontos levantados pelas excipientes, ao sustentar que o Juízo da recuperação judicial é competente apenas para assuntos relacionados à alienação de bens da PARMALAT e que o redirecionamento deste feito para a PADMA decorre de sucessão empresarial. Reitera aspectos já apresentados na peça de fls. 118 a 142 e apresenta outros, tais como a respeito da comparação entre o presente caso e a recuperação judicial da VARIG. Ao final, requer o prosseguimento da execução, a inclusão de LACTEOS DO BRASIL SA, MARCUS ALBERTO ELIAS e RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, arresto de bens dos executados via BACENJUD e a expedição de ofício para o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF solicitando relatório de informações financeiras dos executados e de LAEP FUND BRASIL SA, HELOTES EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES SA, LACTEOS INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e ALBERTO MENDES TEPEDINO, além das pessoas físicas e jurídicas já mencionadas. Juntou documentos (fls. 652 a 731).

Em seguida, a exequente peticiona a fim de “retificar” o pedido anterior, para a inclusão na lide de LAEP FUND BRASIL SA e de ANTONIO ROMILDO, bem como arresto de seus bens e pedido de informações ao COAF também em relação a eles (fls. 732 a 733 e documentos

de fls. 734 a 738).

Este Juízo, diante da decisão do egrégio Superior Tribunal de Justiça pela competência do Juízo da Recuperação Judicial, deixou de analisar as petições de fls. 364/392 e 644/652 e determinou a exclusão de LAEP INVESTMENTS LTDA da lide (fls. 739).

Dessa decisão, a exequente apresentou embargos de declaração (fls. 741 a 743), sustentando contradição, o que não foi acolhido pelo Juízo (fls. 744). A decisão foi objeto de agravo de instrumento com pedido de efeito suspensivo (cópias a fls. 747 a 753).

O feito foi suspenso com base no art. 40 da LEF (fls. 754).

A exequente peticiona nos autos (fls. 756 a 757) sustentando, em síntese, que o Juízo da Recuperação Judicial não analisou a responsabilidade de terceiros pelas dívidas da executada; que a decisão do juízo universal não faz coisa julgada em relação à Exequente *por não lhe ter sido assegurada a participação naquele processo*; e, como fato novo, que a recuperação judicial de PADMA/PARMALAT foi encerrada, requerendo a apreciação de seus pedidos anteriores. Juntou documentos de fls. 758 a 767.

Este Juízo acolheu o pleito da exequente a fls. 768, determinando a inclusão, no polo passivo desta execução, das pessoas físicas e jurídicas já mencionadas.

LAEP INVESTMENTS LTD peticiona nos autos (fls. 772 a 773), noticiando a oposição de agravo de instrumento com pedido de antecipação de tutela (cópia a fls. 774 a 809). Menciona a juntada de documentos que comprovariam que a decisão de atribuição de competência à Justiça Estadual teria transitado em julgado, bem como apresenta cópia da tradução pública de decisão do Tribunal de Recursos das Ilhas Bermudas que atestaria a não dissolução irregular da excipiente (fls. 815 a 825).

LÁCTEOS DO BRASIL SA apresenta exceção de pré-executividade (fls. 839 a 869) sustentando, em breve síntese, que sua inclusão no polo passivo desta execução ofendeu o quanto decidido na ação de recuperação judicial já mencionada. Juntou documentos (fls. 870 a 879).

Instada a se manifestar, a exequente rebateu os argumentos da excipiente a fls. 887 a 889. Juntou documentos (fls. 890 a 895).

RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA, por sua vez, apresenta exceção de pré-executividade (fls. 896 a 941) sustentando, em breve síntese, que é parte ilegítima por não ser responsável tributário, que não há sucessão tributária na reestruturação da PARMALAT e indicou “os verdadeiros devedores”. Juntou documentos (fls. 942 a 1.195).

Instada a se manifestar, a exequente rebateu os argumentos da excipiente a fls. 1.199 a 1.203. Juntou documentos (fls. 1.204 a 1.234).

RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA requer a instauração do incidente de descon sideração da personalidade jurídica (fls. 1.238 a 1.251), nos termos do artigo 133 a 137 do Código de Processo Civil, ao argumento de necessidade de sua aplicação nos casos de responsabilidade tributária (artigos 135 do CTN e 50 do CC); aduz que não exerceu cargo na Zircônia e que deixou o Conselho de Administração da LAEP em junho de 2011, portanto antes de sua alegada dissolução irregular. Juntou documentos (fls. 1.252 a 1.307).

A fls. 1.308, este Juízo reconheceu o equívoco na inclusão de HELOTES EMPREENDIMEN- TOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, LÁCTEOS – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA e ALBERTO MENDES TEPEDINO no polo passivo, determinando que sejam excluídos da lide. Determinou vista à exequente que, no particular, concordou com referidas exclusões. Todavia, opôs-se à instauração do Incidente de Desconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ.

A Fazenda Nacional sustenta, a fls. 1.312 e seguintes, que a inclusão de RODRIGO FER-

RAZ PIMENTA DA CUNHA no polo passivo da execução fiscal, na qualidade de responsável tributário, antecedeu à entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015; que, à luz do regramento processual anterior, não havia qualquer prescrição a ser observada quanto ao redirecionamento da execução para os responsáveis, cabendo-lhe apenas seu requerimento; e que não pode ser surpreendida, agora, com a instauração do indigitado incidente. Requer, além do indeferimento do pedido, a citação de MARCUS ALBERTO ELIAS; a penhora via BACENJUD em face de todos os executados e a inclusão de todos eles no cadastro de inadimplentes previsto no artigo 782, § 3º, do CPC/2015.

A fls. 1.317 e seguintes, RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA requer o sobrestamento do feito, a seu respeito, até o julgamento do Recurso Especial nº 1.377.019/SP, onde será decidida a possibilidade de responsabilização do sócio que exercia a gerência à época do fato gerador, mas regularmente dela se afastou, sem participar da dissolução irregular.

A fls. 1.326 a 1.328, este Juízo deferiu (1) a suspensão do feito em relação a RODRIGO FERRAZ, (2) a citação de MARCUS ELIAS, (3) indeferiu o pedido de penhora via BACENJUD de todos os executados, (4) indeferiu o pedido de inscrição dos executados em cadastro de inadimplentes nos moldes como estipulado pelo atual Código de Processo Civil e (5) determinou a vinda dos autos à conclusão para apreciação de diversos pedidos.

A fls. 1.329 e seguintes, RODRIGO FERRAZ apresenta embargos de declaração requerendo que o Juízo manifeste-se expressamente sobre se o incidente de desconconsideração da personalidade jurídica será instaurado.

A fls. 1.332 a 1.383, MARCUS ALBERTO ELIAS apresenta sua exceção de pré-executividade, em que aborda diversos pontos já aqui relatados, requerendo, ao final, a declaração de sua ilegitimidade passiva, com a consequente exclusão sua do polo passivo. Juntou documentos (1.386 a 1.669), sendo a maioria ou a totalidade deles cópias do quanto já constava dos autos.

Determinada vista à exequente (fls. 1.670), os autos saíram em carga (fls. 1.671).

Antes que retornassem, LÁCTEOS DO BRASIL noticiou, a fls. 1.674 a 1.676, que a FAZENDA NACIONAL oficiou ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL por considerar ter sido constatado, nestes autos, crime de lavagem de dinheiro. Requereu audiência com a PFN. Juntou cópia do referido ofício (fls. 1.677 a 1.679).

A exequente manifesta-se a fls. 1.680 a 1.683, informando o valor atual da dívida, reiterando o pedido de não instauração do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e enfrentou os argumentos trazidos na exceção de pré-executividade de MARCUS A. ELIAS.

Por sua vez, a exequente protocolou embargos de declaração de fls. 1.685 a 1.688 em face da decisão de fls. 1.326/1.328.

Por decisão de fls. 1.689 e 1.690, o Juízo deu por citado MARCUS ALBERTO ELIAS, indeferiu o pedido de instauração do incidente de desconconsideração de personalidade jurídica, revogou a suspensão do curso da execução em relação a RODRIGO FERRAZ, determino que LÁCTEOS DO BRASIL esclarecesse os aspectos da audiência requerida, julgou improcedentes os embargos de declaração da exequente de fls. 1.685 a 1.688 e determinou a sua manifestação acerca do pedido de designação de audiência.

A fls. 1.697 a 1.699, LÁCTEOS DO BRASIL SA justificou a necessidade de realização da audiência, pautada na compreensão do histórico da sucessão da executada e delimitação dos eventuais corresponsáveis. Apresentou rol de testemunhas.

A fls. 1.704 e 1.705, RODRIGO FERRAZ requereu autorização para participar da audiência requerida por LÁCTEOS.

A fls. 1.709 a 1.710, a exequente manifestou-se nos termos como requerido na decisão de fls. 1.689, discordando da realização de audiência em execução fiscal e requereu a apreciação das exceções de pré-executividade. Juntou notícia publicada por meio de comunicação de pretenso golpe de R\$ 5 bilhões por parte de LAEP INVESTMENTS e MARCUS ALBERTO ELIAS, bem como movimentação processual da ação penal já mencionada (fls. 1.711 a 1.715).

A fls. 1.717 a 1.719, RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA reitera o pedido de participação na audiência requerida por LÁCTEOS. Juntou documentos (fls. 1.719 a 1.730) relativos a pedido de audiência administrativa junto à PROCURADORIA REGIONAL DA FAZENDA NACIONAL, que foi indeferido, tendo apresentado recurso administrativo.

Nestes termos, vieram os autos conclusos.

Brevemente relatado, DECIDO.

Conforme estipulado na decisão de fls. 1.326 a 1.328, há que ser enfrentado, de início, os seguintes pontos:

(1) a competência deste juízo diante da intervenção judicial na PARMALAT perante a 42ª Vara Cível e, posteriormente, de sua recuperação judicial, processada perante a 1ª Vara de Falências e Recuperação Judicial, ambas de São Paulo/SP;

(2) a responsabilidade, ou não, de PADMA, LAEP, LÁCTEOS ou outra empresa por débitos do GRUPO PARMALAT ITÁLIA;

(3) dos efeitos do descasamento societário entre PARMALAT BRASIL, ZIRCÔNIA e CARITAL frente à exequente;

(4) os efeitos da declaração judicial de inexistência de responsabilidade entre PADMA e ZIRCÔNIA e CARITAL.

Desde logo, deixo registrado que a apreciação de documentos, juntados no bojo de exceções de pré-executividade, são plenamente aceitos atualmente. Este Juízo, ao analisar o quanto apresentado pelas partes, por óbvio não abriu uma “fase probatória”, vedada pelo veículo de defesa utilizado pelos corresponsáveis. Em outras palavras, a análise de documentos juntados para corroborar elementos de defesa, ainda que complexos, são aceitos no ambiente procedimental de defesa conhecido como *exceção de pré-executividade*. Isto posto, passo a considerá-los.

1 – Da intervenção judicial e da recuperação judicial da PARMALAT

O primeiro ponto a ser enfrentado por este Juízo refere-se à intervenção judicial e à recuperação judicial da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

Acredito que todas as partes estão de acordo que ocorreram diversas alterações societárias, inclusive a partir do fato gerador mais antigo aqui em cobro (junho de 1992). Portanto, neste momento, a elas não farei referência. O primeiro dado que destaco, agora, é a intervenção judicial na PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS.

DA INTERVENÇÃO JUDICIAL

Em 11 de fevereiro de 2004, o juiz de direito titular da 42ª Vara Cível do Foro Central da Capital, em São Paulo, Dr. Carlos Henrique Abrão, decretou o “Estado de Crise Econômico-Financeira da Empresa Parmalat Alimentos (sociedade anônima de capital aberto)” (fls. 471, item 1), o que significou a *intervenção judicial na Parmalat*. Os motivos para tal decisão estão muito bem expostos na fundamentada decisão, cuja cópia se encontra a fls. 423 a 479 e outras destes autos.

Considero que algumas passagens da indigitada decisão devem ser aqui reproduzidas,

pois refletem no quanto está sendo decidido. Senão vejamos.

Da lavra do excelentíssimo Juiz de Direito colho que:

De fato, desde o acontecimento eclodido no exterior, com o afastamento do controlador, sua prisão e de diversos integrantes da diretoria, houve do Governo Italiano a sensibilidade da nomeação de um interventor – Enrico Bondi – que desde o final de dezembro de 2003, juntamente com sua equipe, tem buscado salvar a todo custo a linha industrial de produção, em detrimento das sociedades atingidas pela insolvência do mercado financeiro (fls. 424, p. 2 da decisão).

Sua excelência indica ter havido *concordata preventiva* na 29ª Vara Cível Central (fls. 426), que não logrou bons resultados, posto ter gerado “maior desconfiança do mercado” (fls. 428).

Em seguida, aduz:

A crise como fato notório que se abateu sobre a empresa italiana Parmalat desencadeou no mês de dezembro de 2003 sérias e enérgicas providências adotadas pelo Governo [italiano] que além de baixar um Decreto cuidando das empresas em crise, concomitante afastou a pessoa física do Controlador – Calixto Tanzi – imediatamente preso – com demais diretores, nomeando Sr. Enrido Bondi para, na condição de interventor, por 180 dias, prorrogáveis por mais 60 – tomar conjunto de medidas que levem ao menos à salvação da empresa industrial (fls. 428, p. 6 da decisão).

Do parágrafo acima citado, chama atenção o aspecto de que a responsabilidade pelos fatos geradores que levaram à expedição das CDAs aqui em cobro (repito, de junho de 1992 a dezembro de 1995) aparentemente repercutem na indigitada decisão judicial, que é de 2004, bem como nos fatos que ensejaram a atuação do Governo Italiano em 2003. Assim, em princípio, atos do tipo “confusão patrimonial” ou práticas fraudulentas havidas até 2003, inclusive quanto as que aqui estão sendo executadas, já foram relatadas em juízo anteriormente e foram realizados sob o comando de CALIXTO TANZI, que foi preso pelo Governo Italiano justamente por tais atos.

O Juízo Estadual mencionou a falta do “nascituro (nova lei de recuperação)”, em discussão por mais de uma década (fls. 428, *in fine*). Diz que a Lei nº 7.661/45, então com 60 anos, não mais atendia à “rápida mudança dos padrões da economia” (fls. 429).

Causa espécie, na leitura da referida decisão judicial, a demora da Administração Tributária Federal em ajuizar a presente execução, posto que débitos de 1992 a 1997 tiveram a execução ajuizada em 2010, o que, inclusive, levantou a suspeita de prescrição (fls. 57). Todavia, sem abordar aspectos políticos ou administrativos, o certo que é que referida demora, no quanto compete a este Juízo apreciar, foi superada com o processamento normal do feito, a partir das fls. 116.

Voltando à decisão judicial aqui analisada, destaco que, naquela oportunidade, os débitos tributários não demonstravam preocupação, pois extraio da decisão da 42ª Vara Cível do Foro Central da Capital que:

Embora fossem diagnosticados *passivos tributário* [sic] *de pequeno relevo* e trabalhista, maior monta, provisionado em torno de 30 milhões de reais, seguro dizer que somente o afastamento dos administradores permitirá a imediata e eficiente, por efetiva, tomada de posição

para, inclusive, ingressar com as ações e recuperar a passos rápidos a solidez e a estrutura danificada em virtude dos gestos danosos das controladoras (fls. 441 – destaquei).

Ainda que tal declaração cause estranheza, os motivos que ensejaram referida reflexão não fazem parte do objeto desta causa, sendo certo que a Advocacia Pública poderia, por exemplo, ter ajuizado uma ação cautelar fiscal, ainda que os créditos tributários aqui em cobro estivessem com sua exigibilidade suspensa.

Por sinal, o juiz estadual provocou a Administração Federal e sua decisão bem espelha a notoriedade do momento então vivido pela PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS:

E diante dessa característica [“papel relevante social da empresa que a Constituição sinaliza e o atual Código Civil assimila”], o Governo Federal, assistindo a agonia da empresa propagada pelos meios de comunicação de massa, não editou a esperada medida provisória, a Lei aguarda sua tramitação pelo Senador [sic] Federal, indaga-se seria justo ao Judiciário, como em outras oportunidades, tais como Encol, Casa Anglo Brasileira S/A (Mappin), Casa Centro, Engesa e uma dezenas [sic] de empresas de grande porte, assistir de camarote a derrocada das unidades produtivas, com o sopamento [sic] de sua estrutura, milhares de demissões, e mais grave ainda o problema social incalculável (fls. 445-446).

Diante da inércia do Governo Federal, o juiz estadual asseverou:

A missão desbravadora caberá, sem sombra de dúvida à atividade intrépida do Judiciário, porquanto em Países avançados, como Itália, Alemanha, França, etc., em casos de repercussão nacional e no exterior, sempre é o Governo – Executivo que toma a primeira iniciativa e submete todos os atos para o controle de legalidade da Justiça (fls. 447).

A situação é dramática e merece uma medida que consigna [sic], em pouco tempo, reestruturar a entidade societária, sua performance, e mais do que tudo ditar ao mercado segurança e certeza da recuperação se acompanhada de mecanismos instrumentais dotados de validade e eficácia. (fls. 448).

A fls. 449 destes autos começa a delineação do quanto foi decidido em 2004:

Uma vez reconhecido o estado de crise da empresa, determina-se que todos os fornecedores, a partir desta data (11 de fevereiro de 2004) serão considerados extraconcursais, sem qualquer atrelamento ao concurso, ficando, de igual, suspensas quaisquer ações ou execuções tiradas contra a empresa em administração judicial provisória, pelo prazo de 6 (seis) meses, podendo ser prorrogado, não se computando o lapso prescricional. Exceto as ações em andamento, que foram abraçadas pela empresa e as novas a serem intentadas pelo administrador judicial terão regular curso, vez que se sustentam na redução do endividamento, *responsabilização do controlador* [destaquei], rescisão de contratos e despesas consideradas supérfluas, enxugamento de setores manifestamente desnecessários, mas a principal característica, qual seja, a preservação incessante da preservação dos postos de serviços, de funcionários, da folha de pagamento, *numa verdadeira reengenharia societária* [destaquei].

Registro que falta página 29 da indigitada decisão.

Prossegue o Dr. Carlos Henrique Abrão no delineamento do quanto ocorrido que, repita-

se, é anterior aos fatos geradores aqui em cobrança, fazendo com que este Juízo perceba que as alterações societárias e demais atos em desconformidade com o direito refletiram na decisão de fevereiro de 2004:

No entanto, a punição que vem sendo feita por todos os responsáveis das linhas de crédito e financiamento destinados à empresa, parece ganhar o contorno da perspectiva de confundir administrador com a empresa.

Seguramente que se punam os responsáveis pela mazelas, dinheiro que foi evaporado pelo ralo e intermináveis redes de intriga, mas que deixe livre a empresa, patrimônio maior da comunidade, dos trabalhadores, do público, da tradição emblemática do nome Parmalat, e que não vivamos apenas de expectativas, mas com a situação incontrastável de por o dedo na ferida e marcar novos tempos.

Temos a confiança que com o afastamento dos administradores que se interligam com a holding e dela não sofrerão mais negativas influências – sob o olhar nefasto, as autoridades poderão doravante enxergar melhor e separar o joio do trigo entre empresário que agiu sem razão e com o propósito exclusivo de financiar a riqueza do controlador, do marco insuplantável da empresa (fls. 454-455).

Consequentemente, a jurisprudência registra diversos casos do afastamento do sócio dirigente, mormente se o poder controlador é abusivo e contrário à consecução do seu objeto, sem transparência ou articulação de legalidade (fls. 457).

Continuando, o juiz se refere a diversos autores doutrinários que sustentam o afastamento dos dirigentes, em casos que tais, em favor da empresa e da sociedade, bem como descrevendo as providências que estavam sendo tomadas pelas autoridades administrativas da época, inclusive os da esfera federal:

Consentâneo dizer que corre contra a empresa ação de despejo por falta de pagamento de sua sede social (sci), *há investigações na Polícia Federal e também na Receita, e recentemente o Ministério Público Federal* (Ofício 1333/04) abriu procedimento com o escopo de apurar suposta prática de crime contra a ordem tributária por parte da empresa Parmalat do Brasil S/A, cujas Procuradoras da República Ana Letícia e Anamara Osório solicitaram deste juízo cópias da ação cautelar inominada (fls. 459 – destaquei).

Importante frisar que o processo de administração judicial temporária compreenderá a primeira fase de saneamento, com sua destinação à recuperação e a *derradeira de entrega do poder diretivo aos interessados na aquisição*, sem prejudicar a integração na gestão dos cooperados e demais que se aglutinam na rede de produção, fornecimento e distribuição, até sob a forma de micro empresários cooperativas *formadas com esse escopo* (fls. 460 – destaquei).

Ao lado disso é imprescindível *indisponibilizar os bens dos dirigentes obedecido o lapso de cinco anos*, a fim de resguardar eventuais ações de responsabilidade e a segurança no momento da liquidação do julgado, dêis que, a exemplo de Modesto Carvalhosa, traz traços de natureza objetiva e se aplica subsidiariamente a regra do Código Civil, em termos de prescrição, dado o desvio do poder de controle e sua anomalia que datam de pelo menos um lustro (p. 461 – destaquei).

Em seguida, ele determinou a quebra de sigilos bancários, fiscal e eletrônico da empresa, para realizar ampla investigação e averiguação de responsabilidades dos administradores.

Indica que teve apuração da Câmara dos Deputados, com pedido de abertura de CPI.

Corretamente, deverá a controladora italiana suportar todo endividamento, principalmente da Parmalat Alimentos, *transferindo-se para ela o endividamento*, afora as diversas ações que serão promovidas para redução dos custos, questionamento dos negócios jurídicos, *descasamentos societários*, e as indenizações comporão o Fundo de Recuperação da Empresa (FRE) (p. 466 - destaquei).

Após um longo resumo das medidas que estavam sendo e seriam em seguida tomadas, inclusive o descasamento societário, fixou:

Com isso se põe um ponto final, verdadeiro basta à grande família italiana que trouxe os recursos, inviabilizou praticamente a empresa, deteve monopólio no seu controle e não exibiu transparência e clareza suficientes ao mercado e lesou uma infinidade de investidores (fls. 468-469).

Descortina-se conforme informado pelo Banco Central remessas nos anos de 1998 e 1999, quando dirigia a empresa o Sr. Gianni Grisendi, ademais a partir de 2001 e nos anos seguintes, cerca de 26 milhões de dólares também foram canalizados, sob várias rubricas, em diversos Países, salientando-se valores elevados, um dos quais, na casa de DEZ MILHÕES DE DÓLARES (fls. 470).

Relatado e fundamentado, Sua Excelência decidiu nos seguintes parâmetros, que será aqui reproduzido apenas nas partes que possam ter algum interesse no deslinde desta causa:

1) Decretação do Estado de Crise Econômico-Financeira da Empresa Parmalat Alimentos (sociedade anônima de capital aberto), com possibilidade de extensão dos efeitos ao grupo, a contar de 11 de fevereiro de 2004 (fls. 471).

3) Ficam afastados Conselho Administração e os Diretores da Parmalat Alimentos, diante do abuso do poder de controle, endividamento comprometendo o interesse nacional e as incapacidades de gestão, alcançados pela indisponibilidade dos próprios bens, retroativa a cinco anos, da decisão, sob aplicação por analogia da Lei 6024/76 (fls. 472).

Nesse momento, vai-se delineando que os atos praticados entre 1992 a 1997 (é dizer, os fatos geradores aqui executados) foram abarcados pelas providências da decisão judicial trazida aos autos.

Além desses, destaco brevemente o item 4, com a quebra dos sigilos bancário, fiscal e eletrônico de diretores e administradores nos últimos 5 anos, que ficaram proibidos de se afastar do país (item 5) sem autorização judicial; o item 9 (fls. 473): suspensão das execuções, não contando o prazo prescricional, nos últimos 6 meses; o item 16:

Nenhuma interferência, direção ou comando será determinada pela Parmalat Administração e Parmalat Holding em relação à Parmalat Alimentos, cuja sobrevivência neste processo é vital para sair dos prejuízos causados pela administração, bloqueando-se mediante sequestro judicial as quotas do controle de primeiro e segundo graus, até que sejam apuradas as responsabilidades societárias do grupo pelos danos causados à controlada (fls. 475 e 476).

O item 19 também merece ser reproduzido:

Facultam-se eventuais ações contra os responsáveis solidários pelas operações de risco, fraude, ou desvio de finalidade, de natureza “ultra vires societatis” com abuso do poder de controle, como é a realidade atual nos Estados Unidos, e os valores recebidos comporão o fundo de recuperação da empresa Parmalat Alimentos (fls. 476).

Há que se destacar que o Ilustre Magistrado prolator da decisão, naturalmente, estava se referindo aos então sócios e administradores da empresa no Brasil, à época (fevereiro de 2004).

Por fim, reporto-me ao item 21, por conter o convite para a colaboração de diversos órgãos, incluindo-se a “Procuradoria da Fazenda Nacional” com o “*projeto Parmalat Brasil de recuperação*” (fls. 477).

Em breve síntese, extrai-se da decisão supra referida que a empresa PARMALAT ALIMENTOS vivia uma grave crise econômica e financeira, a partir de fatos que ocorreram na sua sede mundial (Itália), com repercussão direta no Brasil. Tais fatos coincidem, grosso modo (sem entrar em detalhamentos desnecessários) com o exposto pela exequente, de quem trago à colação o seguinte:

Não se logrou efetivar a citação da executada no endereço fornecido de sua sede, donde se pode extrair indício de sua dissolução irregular. Adicione-se a este fato a constatação de que a executada integra o GRUPO PARMALAT, conforme passamos expor, o que torna a inclusão das pessoas jurídicas descritas a seguir.

Nesta ordem de considerações, primeiramente, é preciso perquirir quem é o Grupo Parmalat do Brasil que teria articulado o “plano de reestruturação societária” e por meio de quais pessoas físicas os negócios jurídicos foram celebrados. Isto porque, para haver responsabilização tributária, por óbvio, é imprescindível haver o detalhamento de toda a estrutura organizacional e institucional do grupo (fls. 118).

Em 23/05/1989 foi constituída PARMALAT BRASIL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA, CNPJ (...). Já, em 09/01/1992 teve sua razão social alterada para PARMALAT ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÕES LTDA. (...) (p. 119).

Destaque-se que os presentes organogramas se referem ao período de 1998 a 2003 (relatório DOC. 05). Portanto, alheios ao fato de que em 26/05/2006, os credores da Parmalat Alimentos aprovaram a venda da companhia para o fundo latino-americano LAEP (*Latin America Equity Partners*). Com efeito, conforme será delineado a seguir, em última instância, LAEP é a atual controladora de todo o grupo Parmalat (fls. 128).

Pois bem, todo o quanto foi relatado pela exequente entre as folhas 119 a 128 destes autos, com os documentos pertinentes juntados, referem-se a fatos posteriores aos geradores dos tributos aqui em cobro e que fazem parte do conjunto fático que ensejou a intervenção judicial na PARMALAT em 2004, suficientemente reproduzido nos parágrafos acima, com especial destaque para a prisão do presidente mundial do Grupo na Itália e o afastamento de seu corpo diretivo e administrativo no Brasil pela decisão de fls. 423 a 479, sendo certo que, da petição da exequente a partir das fls. 128, LAEP e, por óbvio, acontecimentos posteriores a fevereiro de 2004 não fizeram parte da decisão em comento.

DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL DA PARMALAT

Dos autos em análise, também consta decisão que concedeu *recuperação judicial à Parmalat Alimentos*, exarada na 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Fórum João Mendes Júnior, assinada pelo Dr. Alexandre Alves Lazzarinni em 2 de fevereiro de 2006.

De referida decisão, destaco: a PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS requereu a recuperação judicial, nos termos da Lei nº 11.101/05. Foram dispensadas as certidões negativas de débito previstas no art. 57 da referida lei, por afronta aos “princípios que regem o instituto da recuperação judicial, regulado pela mesma lei, bem como a própria Constituição Federal” (fls. 482).

A respeito da dispensa de certidões, Sua Excelência citou o *princípio da proporcionalidade* como “princípio constitucional ou princípio geral de direito”, nas palavras de Paulo Bonavides (*Curso de Direito Constitucional*). Citou, também, para afastar a exigência de certidões negativas de débito fiscal, Marcos de Barros Lisboa, que fora Secretário de Política Econômica do Ministério da Fazenda: *A racionalidade econômica da nova Lei de Falências e de Recuperação de Empresas (in Direito Falimentar e a nova Lei de Falências e Recuperação de Empresas*, coord. Luiz Fernando Valente de Paiva, Quartier Latin, 2005, p. 52):

“o Fisco colabora com a recuperação da empresa mediante o parcelamento dos créditos tributários”, fixando norma determinando “que as Receitas de cada ente Federativo criem regras específicas sobre o parcelamento de dívidas tributárias para empresas em recuperação de empresas” [sic], como forma de ajudar a recuperação judicial, já que dela não participa, “estabelecendo uma dilatação dos prazos para pagamento, *aliviando as necessidades de fluxo de caixa da empresa e propiciando a regularização de sua situação fiscal*” (fls. 485).

E aduziu:

Em face de um aspecto pragmático, com a recuperação judicial o fisco tem a chance de receber os tributos devidos; com a falência, a prática demonstra que nada, ou muito pouco, receberá dos seus créditos (fls. 486).

A esse respeito, tenho que destacar qual foi a ideia que gerou a Lei de Recuperação Judicial, com destaque para o ponto acima citado – “o fisco tem a chance de receber os tributos devidos”. A noção é que, se a empresa se recuperar, o fisco passará a receber *principalmente* os tributos devidos pelos atos futuros. Nas hipóteses típicas de falência, como descrito pelo autor, o fisco normalmente nada recebe. Evidentemente que, se a empresa se recuperar com a mesma estrutura que possuía antes, os tributos devidos anteriormente também passam a ter maiores chances de serem recolhidos. Mas, pelo quanto interpreto, o fisco receberá não propriamente da empresa recuperanda em seu eventual insucesso, mas daquela que vier a desenvolver as atividades empresariais da pessoa jurídica anterior.

De qualquer forma, o fato é que, em 2 de fevereiro de 2006, foi decretada a recuperação judicial da PARMALAT:

Isto posto, com fundamento no art. 58 da Lei nº 11.101/05, concedo a recuperação judicial à PARMALAT BRASIL S/A – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, destacando-se o seu cumprimento nos termos dos arts. 59 a 61 da mesma lei, e do plano aprovado pela Assembleia Geral de Credores (fls. 486).

Este Juízo registra a omissão de tal fato no detalhamento feito pela exequente a fls. 128. Ela passa do quanto relatado entre 1998 a 2003 diretamente para 26/05/2006, sem nada dizer sobre a intervenção judicial e a recuperação judicial da executada, dois dados jurídicos de maior relevo, como visto. Sem os destaques que, a meu ver, seriam devidos por um advogado público, que se sujeita aos princípios constitucionais dispostos no artigo 37 da Constituição da República, a exequente, a fls. 139, menciona a “possível alegação de que a própria PGFN teria se posicionado contra o reconhecimento da sucessão tributária no caso da VARIG”. De fato, tal alegação veio aos autos, provocada pelas executadas. Senão vejamos.

Está juntado aos autos, também, parecer da PROCURADORIA GERAL DA FAZENDA NACIONAL a respeito do plano de recuperação judicial da VARIG (fls. 488 a 497), onde se destaca não haver sucessão tributária quando ocorrer “*alienação judicial de unidade produtiva isolada*”. No parecer, está dito que serão segregadas duas empresas (“UNIDADE OPERACIONAL INTEGRAL” e “UNIDADE OPERACIONAL DOMÉSTICA”, sendo que a primeira inclui serviços domésticos e internacionais da antiga companhia aérea). Consta que o art. 47 da Lei 11.101, de 9/2/2005 traz o “vetor exegético”, e que a alienação de unidades produtivas isoladas está prevista nos artigos 60, 141 e 142 da lei, que estão de acordo com a Lei Complementar nº 118, do mesmo dia, que deu nova redação ao art. 133 do CTN, cujo § 1º, II, também se refere a “unidade produtiva isolada”.

No referido parecer, está citado o professor Eduardo Domingos Bottallo (Revista do Advogado nº 83, p. 30-34), de quem são as seguintes palavras:

Quer-nos parecer que a expressão “unidade produtiva isolada” (§1º, II) associa-se, em seu significado, ao conceito de estabelecimento de que tratam os artigos 1.142 e 1.143, do Código Civil, ou seja “complexo de bens organizado para o exercício da empresa”, capaz de “ser objeto unitário de direito e de negócios jurídicos, translativos ou constitutivos, que sejam compatíveis com a sua natureza”.

Portanto, a consideração sistemática dos preceitos do Código Civil e da NLF autoriza-nos a entender por “unidade produtiva isolada” o estabelecimento apto a possibilitar, de per si, o desempenho de atividades econômicas, embora não se trate de pessoa jurídica, ou de filial de pessoa jurídica, formalmente constituídas (fls. 494).

Agora palavras dos Excelentíssimos Senhores Procuradores da Fazenda Nacional Doutores Pedro Câmara Raposo Lopes e Patrícia de Seixas Lessa, na qualidade de pareceristas:

Se assim é, pode-se afirmar que, em sendo a alienação efetivada em sede judicial de acordo com Plano de Recuperação Judicial adrede aprovado, não há se falar, *a priori*, em sucessão tributária, a não ser que reste caracterizada alguma das hipóteses estabelecidas na lei como indiciárias de proceder fraudulento (fls. 495).

Em seguida, passam a distinguir da cisão (que, por sinal, não existia quando da edição do CTN, posto criada pela Lei 6.404/76).

E finalizam indicando que o art. 132 do CTN não se presta para a hipótese estudada (VARIG), já que a alienação judicial “pressupõe adquirente já existente à época da transmissão onerosa do ativo, jamais pessoa jurídica *in fieri*” (fls. 496).

Neste ponto, naturalmente, este Juízo, aparentemente, deveria abordar, desde logo, a discussão sobre as diferenciações entre “alienação de unidade isolada” e “alienação de unidade integral”, no âmbito da Lei 11.101/2005. Entretanto, a continuação da verificação dos demais

documentos juntados por PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS LTDA e LAEP INVESTMENTS LTD. talvez indiquem em sentido contrário. Vejamos.

Dos autos, consta importante decisão, também da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Fórum João Mendes Júnior e assina pelo Dr. Alexandre Alves Lazzarinni, de 21 de novembro de 2006, DECLARANDO que a LÁCTEOS não é sucessora de qualquer obrigação da recuperanda (fls. 500 a 504). A recuperanda, no caso, é a aqui executada ZIRCÔNIA. Confira-se:

Postula a LÁCTEOS, na condição de adquirente da Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos, devidamente autorizada por assembleia de credores, em 26/5/2006, instituindo, inclusive, nova administração, pois passou a condição de controladora, a “declaração judicial de que a Recuperanda não se constitui como sucessora de qualquer obrigação de quaisquer outras empresas terceiras que não a própria recuperanda” (fl. 7398, item 10), inclusive com a finalidade de publicar edital com a forma indicada no art. 36 da Lei nº 11.101/05 (fls. 500).

LÁCTEOS, conforme consta inclusive na petição da exequente de fls. 128 e 129, é controlada pela LAEP INVESTMENTS e detém, a partir de julho de 2007, o controle da PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS (fls. 128 e 129).

Pois bem, referida DECLARAÇÃO JUDICIAL requerida foi dada em 21 de novembro de 2006, conforme cópia juntada a fls. 501, de onde extraio o seguinte:

Isto posto, declaro, que nos termos do art. 61, “caput” e parágrafo único, da Lei nº 11.101/05, a empresa LÁCTEOS DO BRASIL S/A (atual denominação de Agord S/A) não se constitui como sucessora de *qualquer obrigação*, de quaisquer outras empresas terceiras, que tiveram como origem a unidades por ela adquiridas, com ou sem a manutenção da marca Parmalat, eis que se constitui em outra empresa. Autorizo o edital requerido.

A fls. 502 a 528 há documentos relacionados à referida declaração, mas cuja descrição me parece, ao menos neste momento, despicienda.

Já a fls. 529 e 530 destes autos, constam cópias de ofícios da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo, que repassaram à 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais deste fórum, para instruírem diversas execuções fiscais que tiveram as mesmas partes que compõem este feito que ora julgo as exceções de pré-executividade propostas, o conteúdo da indigitada declaração judicial de ausência de sucessão entre LÁCTEOS e a antiga Parmalat, o que inclui, como referidos ofícios expressamente consignam, a aqui executada ZIRCÔNIA. Em outras palavras, por ato judicial de 21 de novembro de 2006, os adquirentes da PARMALAT ALIMENTOS não foram considerados sucessores da ZIRCÔNIA ou nenhuma das pessoas jurídicas que controlavam a Parmalat. Trazido esse importante dado para as execuções fiscais federais, apesar de referida declaração ter sido divulgada até mesmo em jornal de ampla circulação, passou a ser de conhecimento da exequente.

Para a boa compreensão do que depreenho do quanto relatado desde o item anterior desta decisão interlocutória, resumo o que até aqui observo: a) por atos de descontrole econômico e financeiro que culminaram com o afastamento da administração anterior da PARMALAT, bem como com a prisão, em 2003, na Itália, de seu então presidente, foi decretada a intervenção judicial na PARMALAT BRASIL SA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, no Brasil; b) depois da intervenção judicial, foi publicada a Lei nº 11.101/2005, que instituiu a Recuperação Judicial de empresas entre nós; c) no curso de processo de Recuperação Judicial da PARMALAT, no

Brasil, ocorreu o “descasamento societário” por ordem judicial. Esse “descasamento” significou que, de um lado, ficariam as pessoas jurídicas que, até 2003, controlavam a Parmalat, e de outro lado ficaria a própria Parmalat, então sob intervenção judicial. Para o quanto importa para este processo, de um lado ficaram ZIRCÔNIA e CARITAL, e de outro ficou PARMALAT ALIMENTOS. Registro, por oportuno, que primeiro ZIRCÔNIA e CARITAL ficaram proibidas de continuar administrando a PARMALAT, conforme a decisão judicial de 2004; em seguida, em 2006, a PARMALAT foi leiloada judicialmente, sendo adquirida por LÁCTEOS DO BRASIL SA. A partir de 26/05/2006, com a aprovação por parte dos credores da alienação judicial da Parmalat para a LÁCTEOS, a ZIRCÔNIA continuou com todos os débitos fiscais, *inclusive os referentes às certidões de dívida ativa em execução nestes autos*, enquanto a LÁCTEOS, na condição de adquirente da Parmalat, não foi considerada sucessora tributária de ZIRCÔNIA ou de CARITAL; d) tais informações foram repassadas pela Justiça Estadual de São Paulo à Justiça Federal, nos termos dos ofícios a fls. 529 e 530. Se até então a exequente não tinha conhecimento do quanto havia ocorrido, a partir de 2010, ela o teve.

Chegados neste ponto, surge o momento de se discutir se a decisão dada na Justiça Estadual vincula a exequente e este Juízo. Ao longo deste feito, a PFN alega que não está vinculada à decisão proferida na esfera estadual (fls. 1.681-v).

Também neste ponto, antes de tecer minhas próprias considerações, é prudente prosseguir na exposição dos documentos que constam dos autos.

Relembrando, a fls. 529 a 534 constam cópias dos ofícios da Justiça Estadual à Justiça Federal noticiando a declaração de ausência de sucessão entre as empresas acima indicadas. A fls. 535 a 540 consta ofício no mesmo sentido para a Junta Comercial do Estado de São Paulo – JUCESP.

A partir das fls. 541, consta uma série de decisões exaradas pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça, cujo interesse para a presente decisão é patente. Antecipando brevíssima síntese, o STJ decidiu que “deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações. Precedente” (fls. 542, liminar; 546, decisão; 553, acórdão; 561). Senão vejamos.

A primeira dessas decisões foi uma liminar dada pela Ministra Nancy Andrichi em 15 de agosto de 2012 (Conflito de Competência nº 123.934 - fls. 541 a 544). Tratou-se de conflito positivo de competência suscitado por PADMA entre a 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais e a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central, ambas da Capital de São Paulo, cuja ementa foi assim vazada:

PROCESSO CIVIL. CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. RECUPERAÇÃO JUDICIAL. ALIENAÇÃO DO CONTROLE DE UNIDADE DE NEGÓCIOS INTEGRANTE DO GRUPO DA RECUPERANDA. SUCESSÃO DOS ÔNUS E OBRIGAÇÕES. ART. 60, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 11.101/05. ALEGAÇÃO DE BURLA. COMPETÊNCIA DO JUÍZO EM QUE SE PROCESSA A RECUPERAÇÃO JUDICIAL. PRECEDENTE.

- Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações. Precedente.

- O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.

- Liminar deferida para suspensão das execuções fiscais, atribuindo-se a competência do juízo da recuperação judicial para as medidas urgentes.

No corpo da liminar dada, sua Excelência indica a similitude do ali decidido com o Conflito de Competência nº 116.036/SP (rel. Min. Nancy Andrighi, 2ª Seção, DJe de 09/03/2011), também referente à recuperação judicial da PARMALAT, bem como do Conflito de Competência nº 109.400, DJe 01º/02/2010. Da liminar transcrevo:

A exemplo do que ocorre aqui, a matéria de fundo dizia respeito à responsabilização de empresa que adquirira o controle de uma das sociedades que compunha o grupo em recuperação judicial. Tal alienação, do mesmo modo como ocorre neste processo, fora autorizada pela assembleia de credores e estaria, ao menos em princípio, protegida pelas regras do art. 60, parágrafo único, 141 e 142 da Lei 11.101/2005.

A solução dada por esta Corte em outro conflito de competência suscitado pela Parmalat (CC 109.400, DJe 01º/02/2010) foi a de declarar a competência do juízo da recuperação judicial para definir a existência de sucessão nas dívidas, sob o fundamento, entre outros, de que seria “indubitável que até mesmo a possível extensão dos efeitos e responsabilidades à suscitante, em virtude da alegação de sucessão da suscitante pela empresa Zircônia ou de que ambas pertenceriam ao mesmo grupo econômico, será, à luz dos fatos que ensejaram a crise empresarial, melhor analisada pelo juízo em que tramita a recuperação da suscitante” (fls. 543).

A decisão final foi relatada pela Min. Nancy Andrighi em 31 de outubro de 2012 (fls. 545 a 549), cuja ementa foi assim redigida:

CONFLITO DE COMPETÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. JUÍZO FEDERAL FISCAL E JUÍZO DA RECUPERAÇÃO JUDICIAL. EMPRESA SUSCITANTE EM RECUPERAÇÃO JUDICIAL. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FALIMENTAR PARA TODOS OS ATOS QUE IMPLIQUEM RESTRIÇÃO PATRIMONIAL. PRECEDENTES.

- *Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações.* Precedente (destaquei).

- O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.

- Há manifesta incompatibilidade entre o cumprimento do plano de recuperação judicial previamente aprovado e homologado e o prosseguimento das execuções individuais ajuizadas em face da empresa em recuperação.

- Respeitadas as especificidades da falência e da recuperação judicial, é competente o juízo universal para prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais. Precedentes.

- Aprovado e homologado o plano de recuperação judicial, é do juízo de falências e recuperações judiciais a competência para quaisquer atos de execução relacionados a execuções fiscais movidas contra a empresa suscitante. Precedentes.

- O prosseguimento de execuções fiscais objetivando a alienação do patrimônio de sociedade alienada em conformidade com plano de recuperação judicial é ato que, em princípio, invade a competência do juízo da recuperação.

- Conflito conhecido para declarar a competência do Juízo de Direito 1ª Vara Cível de Falências e Recuperações Judiciais do Foro Central de São Paulo/SP (fls. 545).

Do julgado, destaco o que segue: “[...] Em se tratando de recuperação judicial, o destino dos bens da empresa seguirá o que estiver fixado no plano aprovado, cujo cumprimento é fiscalizado pela Justiça Cível” (fls. 547 e 548).

A Fazenda Nacional apresentou agravo regimental, que não foi suficiente para inverter o julgamento (fls. 551 a 552, bem como fls. 553 a 560). *Destaco que os dois primeiros parágrafos da liminar dada são novamente reproduzidos no agravo regimental, principalmente – para esta causa – o que diz que “compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações”.*

Consoante andamento processual do referido Conflito de Competência disponibilizado no site do STJ (consulta em 12/05/2017), verifico que a Fazenda Nacional interpôs recurso extraordinário, o qual não foi admitido por decisão do Vice-Presidente do STJ proferida em 06/05/2013.

Conforme consulta realizada ao site do STF em 12/05/2017, registro que a União Federal interpôs Agravo contra a decisão que não admitiu o recurso extraordinário, autuado sob nº ARE 757.856. Inicialmente, por decisão proferida pelo relator Min. Celso de Mello, foi negado provimento ao agravo em 27/05/2014. A União Federal ainda interpôs Agravo Regimental, o qual não foi provido, em julgamento realizado em 24/06/2014, cuja ementa transcrevo.

EMENTA: RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – ALEGADA VIOLAÇÃO A PRECEITOS INSCRITOS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA – AUSÊNCIA DE OFENSA DIRETA À CONSTITUIÇÃO – APELO EXTREMO DEDUZIDO TAMBÉM COM FUNDAMENTO EM SUPOSTA OFENSA AO ART. 97 DA CONSTITUIÇÃO – ACÓRDÃO QUE NÃO DECLAROU A INCONSTITUCIONALIDADE DE QUALQUER ATO ESTATAL – INVIALIBILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO – AGRAVO IMPROVIDO.

Do Conflito de Competência nº 110.941-SP, rel. Min. Nancy Andrighi, entre a 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais de São Paulo/SP e a 17ª Vara Cível de Manaus/AM, também envolvendo a PARMALAT, destaco o quanto segue:

Na hipótese em exame, duas realidades merecem destaque. A primeira é o deferimento do processamento da recuperação judicial da suscitanda em 04/07/2005 e sua concessão em 02/02/2006, após a aprovação do pedido, por mais de 99% (noventa e nove por cento) de seus credores, permitindo a continuação da sua atividade econômica (e-STJ fls. 178/184).

A segunda observação reside no fato de haver o Juízo de Direito da 17ª Vara Cível de Manaus-AM, em momento posterior aos acontecimentos acima mencionados, ter ordenado a penhora de numerário da suscitante – apontada como a antiga denominação da executada – e de outras empresas que seriam integrantes do Grupo Parmalat, ante a infrutífera tentativa de bloqueio de numerário da própria executada, *Zircônia Participações Ltda.* (destaquei)

Com a edição da Lei 11.101/05, esta Corte firmou o entendimento de que a partir da data de deferimento da recuperação judicial, todas as questões relacionadas à recuperanda ficarão afetas ao juízo da recuperação. Prevalece, assim, a lógica de que é preciso preservar, na sua integralidade, o sistema instituído por esse diploma legal, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária.

A adoção desse entendimento para a hipótese sub judice ocorre pelo fato de ter sido noticiada nos autos a aquisição do controle da recuperanda por outra empresa, a Lácteos do Brasil S/A, aquisição essa devidamente autorizada por assembleia de credores realizada em 26/05/06 e verificada no bojo de recuperação judicial, a justificar-lhe um tratamento diferenciado.

A questão da sucessão da empresa recuperanda pelo adquirente da empresa é, indubitavelmente, umas das mais instigantes do direito falimentar. Como salienta Fábio Ulhoa Coelho (Comentários à Nova Lei de Falências e de Recuperações de Empresas. São Paulo: Saraiva, 2007, p. 364) “se o adquirente da empresa anteriormente explorada pela falida tiver de honrar todas as dívidas dessas, é evidente que menos empresários terão interesse no negócio”.

Por essa razão, o diploma legal em questão liberou, no art. 60, parágrafo único, o objeto da alienação de qualquer ônus, estabelecendo, ainda, que não haverá sucessão do arrematante nas obrigações do devedor, inclusive as de natureza tributária, observadas as condições estabelecidas no parágrafo 1º do art. 141.

Assim, não remanescem dúvidas que a competência, para decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações cabe ao juízo universal da recuperação, conforme já assinalou esta Corte no julgamento do AgRg no CC 93.788/RJ (2ª Seção, Rel. Min. Massami Uyeda, DJe de 09/12/2009). Destaca-se ainda que, mesmo que não houvesse ocorrido a alienação do controle da suscitante pela empresa Lácteos, a prudência recomenda concentrar no juízo da recuperação judicial todas as decisões que envolvam o patrimônio da recuperanda. Com efeito, é indubitável que *até mesmo a possível extensão dos efeitos e responsabilidades à suscitante, em razão da alegação de sucessão da suscitante pela empresa Zircônia ou de que ambas pertenceriam ao mesmo grupo econômico, será, à luz dos fatos que ensejaram a crise empresarial, melhor analisada pelo juízo em que tramita a recuperação da suscitante, o qual pode esclarecer, dentre outros aspectos, em quais das formas do art. 141 da Lei 11.101/05 se processou, bem como situar temporalmente tal alienação* (destaquei).

Na linha do entendimento acima exposto, a 2ª Seção, no julgamento do CC 68.173/SP (Rel. Min. Luiz Felipe Salomão, DJe de 04/12/2008), por unanimidade, conheceu do conflito para declarar competente o juízo da recuperação judicial para decidir acerca do patrimônio da empresa recuperanda e também acerca “*da eventual extensão dos efeitos e responsabilidades aos sócios, especialmente após aprovado o plano de recuperação*”, visto que nos autos da reclamação trabalhista foi determinado a desconsideração da personalidade jurídica da recuperanda. (destaques do original).

Por conseguinte, uma vez reconhecido, pelo juízo da recuperação judicial, a responsabilidade solidária da suscitante, da mesma forma será ele competente para o prosseguimento dos atos de execução.

Tem prevalecido nesta Corte a orientação no sentido de que, com a edição da Lei 11.101/05, a partir da data de deferimento da recuperação judicial “é competente o respectivo Juízo para o prosseguimento dos atos de execução, tais como alienação de ativos e pagamento de credores, que envolvam créditos apurados em outros órgãos judiciais, inclusive trabalhistas, ainda que tenha ocorrido a constrição de bens do devedor” (CC 90.160/RJ, 2ª Seção, Rel. Min. João Otávio de Noronha, DJe 05/06/2009) (voto da Min. Nancy Andrighi, fls. 566 a 568).

Sua Excelência esclarece que sua decisão é fundamentada no art. 47 da Lei 11.101/05, *in verbis*:

A recuperação judicial tem por objetivo viabilizar a superação da situação de crise econômico-financeira do devedor, a fim de permitir a manutenção da fonte produtora, do emprego dos trabalhadores e dos interesses dos credores, promovendo, assim, a preservação da empresa, sua função social e o estímulo à atividade econômica.

O parecer do Ministério Público Federal, juntado a fls. 572 a 590 destes autos, foi exarado no mesmo sentido que, afinal, julgado à unanimidade pelo egrégio STJ.

Deixo registrado, em atenção ao quanto contido no artigo 489, § 1º, inciso V, do Código de Processo Civil de 2015, que o quanto decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça nos conflitos de competência acima reportados se ajustam integralmente à situação destes autos. Afinal, apartando-se para os aspectos formais dos conflitos de competência (disputa entre dois juízos pelo dever de julgar a causa), os dados materiais aqui em jogo (cobrança de dívida ativa) são os mesmos que colocaram, em lados opostos, a Justiça Estadual, na recuperação judicial,

e a Justiça Federal (5ª Vara de Execuções Fiscais), sendo que a Corte com competência para dirimir o litígio não apenas declarou a competência do primeiro sobre o segundo, como fixou a questão central da força do descasamento societário praticado, sob a égide da lei, pelo juízo competente.

Dos excertos acima transcritos, conclui-se que a decisão proferida pelo Juízo da Recuperação Judicial vincula a exequente e este juízo, haja vista que àquele juízo cabe a competência para apreciar todas as questões relacionadas à recuperanda, inclusive acerca de eventual sucessão dos ônus e obrigações decorrentes do trespasse de estabelecimento, conforme precedentes citados do STJ.

Ao que parece, essa conclusão vai no mesmo sentido do parecer de autoria do Professor José Rogério Cruz e Tucci (fls. 591 a 640). Nele, o parecerista inicia com histórico dos problemas enfrentados pela PARMALAT a partir da Itália e das soluções alcançadas no Brasil, quer quanto aos aspectos relacionados aos processos judiciais já aqui mencionados, quer quanto à sucessão empresarial ocorrida após o início da recuperação judicial.

Em seguida, inicia a “análise dogmática das questões” (fls. 608), abordando a eficácia preclusiva da coisa julgada, nos termos do art. 471 do CPC/73; a recuperação judicial, nos termos do art. 47 da Lei 11.101/05; a questão da “unidade produtiva isolada” (art. 60 da Lei 11.101/05) etc.

O parecerista, à evidência, destacou a relevância da declaração judicial de ausência de sucessão entre a PARMALAT (em recuperação judicial), posteriormente LÁCTEOS, e a PARMALAT BRASIL, a devedora originária (fls. 601 a 606).

Quanto à questão da “unidade produtiva isolada”, destaco a explicação colacionada, da lavra de Eduardo Secchi Munhoz:

[...] Trata-se do tardio reconhecimento pela lei brasileira da distinção entre *empresa* e *empresário*; os ônus e obrigações assumidos por este ao longo do exercício da atividade empresarial devem permanecer sob a sua responsabilidade, não sendo de se admitir que a sucessão destes comprometa a continuidade da empresa sob o comando de terceiro (*Comentários à lei de recuperação de empresas e falência*, coord. Francisco Satiro de Souza Júnior e Antônio Sérgio A. de Moraes Pitombo, São Paulo, Ed. RT, 2005, pág. 215-216. V., no mesmo sentido, MANOEL JUSTINO BEZERRA FILHO, *Lei de recuperação de empresas e falência comentada*, 6ª ed., São Paulo, Ed. RT, 2009, pág. 160). (fls. 615).

O parecerista indica, também, que a competência por prevenção atende à celeridade processual e à harmonia de julgamentos (fls. 620), sendo também de se destacar:

Sensível a esse importante aspecto, assevera, mais uma vez, EDUARDO RIBEIRO DE OLIVEIRA, que os pronunciamentos judiciais, proferidos no bojo do processo de recuperação judicial e, em especial, relacionados com a *unidade produtiva isolada*, não podem, em hipótese alguma, ser contraditórios: “Ora, aceitar que cada juiz competente, em tese, possa proferir decisão sobre a matéria, seria consagrar a completa insegurança”. (fls. 622 e 623)

José Rogério Cruz e Tucci aborda o *leading case* (processo VARIG e o Conflito de Competência nº 61.272/RJ, rel. Min. Ari Pargendler), seguido de outros (CC 79.170-SP-PR, rel. Min. Castro Meira; CC 73.380-SP, rel. Min. Hélio Quaglia Barbosa; e outros).

Indo, agora, direto às conclusões, citamos:

- a) a decisão monocrática, de natureza substancial, proferida, em 11 de dezembro de 2006, nos já mencionados autos de recuperação judicial (proc. Nº 583.00.2005.068090-1), pelo Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP, faz coisa julgada nos limites do que foi decidido, *particularmente no que concerne à inexistência de sucessão em relação à unidade produtiva isolada (“nova Parmalat Brasil”), e, por via de consequência, à sua atual controladora;*
- b) o Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial do Foro Central da Comarca de São Paulo-SP, que homologou o plano de recuperação judicial tempestivamente apresentado pela referida empresa, é o competente – *absolutamente competente* – para conhecer e julgar eventuais demandas que tenham por objeto o cumprimento daquele, ainda que o argumento fulcral seja o de que a unidade produtiva isolada é responsável pelos débitos da empresa recuperanda, bem como de quaisquer discussões que envolvam desconsideração da personalidade jurídica ou que possa afetar os ativos da “nova Parmalat Brasil”;
- c) tendo em vista a competência, por força de prevenção, do apontado Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial, *nenhum* outro órgão judiciário é competente para apreciar e decidir medidas constitutivas, de natureza cautelar ou satisfativa isolada (“nova Parmalat Brasil”), com fundamento em débitos anteriores da aludida empresa em recuperação, ou, em débitos presentes e/ou futuros de terceiros;
- d) os credores que pretenderem questionar o plano de recuperação judicial, procurando imputar responsabilidade à unidade produtiva isolada, deverão aforar a demanda que entenderem cabível perante o indigitado Juízo de Direito da 1ª Vara de Falência e Recuperação Judicial de São Paulo –SP; e, por fim,
- e) diante do disposto nos arts. 60, parágrafo único, da Lei 11.101/05, e 133, § 1º, II, do Código Tributário Nacional, depois de alterado pela Lei Complementar nº 118/05 (editada quase simultaneamente à Lei nº 11.101/05), é inequívoca a conclusão de que a “nova Parmalat Brasil”: (i) não é sucessora de débitos tributários com fatos geradores ocorridos anteriormente à alienação da já apontada unidade produtiva isolada; e (ii) não é, nem poderia, ser sucessora de empresas do Antigo Grupo Parmalat, especificamente as empresas Carital Brasil Ltda. e Zircônia Ltda. (fls. 636 a 639. Os destaques são do original).

A Procuradoria da Fazenda Nacional, de seu turno, sustenta, na exceção de pré de PADMA e LAEP (fls. 643 e segs.), que a “argumentação é falaciosa e tendenciosa”, pois “apenas assuntos relacionados à alienação de ativos da PADMA devem ser tratados de forma exclusiva pelo juízo da recuperação”. Há “sucessão decorrente da aquisição do controle integral da PADMA/PARMALAT, por meio da LACTEOS DO BRASIL S/A”. Apresenta ilustrativo esquema que, *ao meu modo*, reproduzo:

Parmalat SpA → Carital Foods Distributors NV + Dancent Corporation → Parmalat Participações (atual Carital Brasil) → Parmalat Indústria e Comércio (atual Zircônia) → Parmalat Brasil (adaptação do quanto consta a fls. 643-v).

Relata a venda de ativos e as sucessões de 2000 a 2003 da Parmalat, de onde destaco:

Ora, os fatos geradores dos tributos em cobro neste feito são de 1993, momento anterior a toda a reestruturação, caracterizando o interesse comum existente por parte da PARMALAT BRASIL S.A. INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, pois a Zircônia financiava sua estrutura enquanto não pagava seus débitos que, aliás, foram constituídos apenas em 1997, por meio de auto de infração. Com uma atividade conjunta, o interesse comum no fato gerador fica patente, devendo haver a responsabilização nos termos do artigo 124, I do CTN (fls. 644 e 644-v)

Também destaco:

O argumento de que a PADMA não pode ser responsabilizada por conta da existência de uma recuperação judicial em andamento é bastante falacioso, sobretudo por partir de uma premissa equivocada: a de que a PADMA/PARMALAT BRASIL é uma empresa isolada das demais e que não ocorreu qualquer fraude antes do início do processo de recuperação judicial (fls. 644-v. Os destaques são do original).

A PFN aborda a alienação da VARIG e cita decisão do TJRJ, contrária à tese de venda de “unidade produtiva isolada”; diz que a PFN não integrou o plano de recuperação judicial, reforça que o crédito tributário não é sujeito à habilitação na recuperação judicial, inclusive citando decisão do TRF/3R; pugna pela inaplicabilidade das decisões do STJ, *“porquanto se tratam de alegações diversas”* (fls. 648-v), por haver grupo econômico e aquisição completa do controle da PARMALAT. Considera, à luz das decisões do STJ que os atos de alienação de bens ficaram com o juízo da recuperação, sendo que, *“a contrario sensu, os demais atos, como o reconhecimento de responsabilidade solidária, podem continuar sendo praticados pelo juízo da execução fiscal”* (fls. 649. Os destaques são do original).

A PFN diz que há *“indícios de fraude na gestão”* da LAEP, com a prática de atos ilegais que fundamentam a aplicação do art. 50 do Código Civil (desconsideração da personalidade jurídica, a ensejar a responsabilidade de pessoas físicas) (fls. 649-v. Os destaques são do original).

A PFN apresenta como prova o “fato relevante” (fls. 653) a decisão do CARF de anular um auto de infração que a empresa não se considerava devedora; a “nota explicativa” e pareceres de fls. 655 a 671, em que destacou que a LAEP controla diretamente a LÁCTEOS e indiretamente a PADMA, que tem “acordo de licenciamento de marca com a Parmalat SpA” e o sublicenciamento com a Leitbom, deixando de “operar diretamente no setor lácteo” etc.

Juntou, ainda, fichas cadastrais (fls. 671 a 704), “aviso ao mercado” em que a LAEP anuncia a liquidação antecipada de créditos, requerida ao juízo da recuperação judicial (fls. 706); decisão judicial (fls. 708 e 709) que defere a penhora de bens de MARCUS ALBERTO ELIAS e da LAEP; “fato relevante” e notícia de jornal de fls. 711 e 712 a respeito da liquidação judicial, nas Bermudas, da LAEP; e outros dados cadastrais (fls. 713 a 731).

Em que pesem os judiciosos argumentos levantados pela exequente, este Juízo não considera elementos falaciosos os apresentados pelos excipientes, cujas argumentações e documentos acima mencionados acabaram por ser reproduzidos mais de uma vez nos autos (assim, por exemplo, os documentos de fls. 1.394 a 1.519).

Conforme ficou claro desde o início deste tópico, a eventual relação entre a ZIRCÔNIA, ora executada, a LÁCTEOS DO BRASIL e sua controladora LAEP, advém da compra da PARMALAT ALIMENTOS/ PADMA, no bojo da recuperação judicial, consoante documentação acostada aos autos.

O fato de a recuperação judicial ter chegado ao seu término não representa óbice a essa conclusão, ainda mais se considerado que aquele juízo de recuperação judicial expressamente declarou que a PARMALAT BRASIL SA – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS não é sucessora de dívidas de natureza tributária de ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA. (fls. 529). Declarou, ainda, que a LÁCTEOS DO BRASIL SA não se constitui como sucessora de qualquer obrigação de empresas terceiras que tiveram relação com as unidades adquiridas (fls. 532). Não é por outro motivo que foram expedidos os ofícios à 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais, cujas cópias encontram-se juntadas às fls. 529/530.

Assim, diferentemente do alegado pela exequente (fls. 643 e seguintes), não são apenas os assuntos relacionados à alienação de ativos da PARMALAT ALIMENTOS/ PADMA que devem ser tratados de forma exclusiva pelo juízo da recuperação.

A própria caracterização ou não da sucessão empresarial, o descasamento societário e a responsabilidade tributária e de outras naturezas (cível, comercial, trabalhista etc.) dos antigos administradores e controladores da empresa recuperanda são de competência do Juízo da Falência e Recuperação Judicial, ainda que, por escolha legislativa, tal juízo seja da Justiça Estadual. E não há o mínimo indício na legislação de regência que as decisões da Justiça Estadual tivessem valor e aplicação para todas as partes envolvidas, exceto a Procuradoria da Fazenda Nacional. Se tal regra excepcional tivesse sido adotada pelo legislador, o que se menciona apenas a título de ilustração, significaria, em última análise, que a legislação de regência valesse apenas para as dívidas privadas e públicas, restritas essas aos Estados, Distrito Federal e Município, ao provável arrepio dos princípios constitucionais da igualdade e federativo.

Menciono, para melhor fundamentar, que até mesmo indícios de que possa ter havido *fraude* na recuperação judicial que reflete nestes autos deveria ter sido levantada – se é que não o foi – e provada pela exequente perante a Justiça Estadual, ambiente jurídico competente para tanto. Assim, por exemplo, destaco o quanto segue de petição da exequente:

A Lácteos do Brasil S/A foi criada no final de 2004. Todavia, sua estrutura demonstra claramente que era apenas uma “start up”, isto é, uma empresa criada com capital mínimo e sócios contadores ou advogados para ser utilizada, posteriormente, em casos de planejamento tributário. Já em 2006, antes da aquisição da PADMA pela LAEP, mas depois da deflagração do processo de recuperação judicial, Marcus Elias foi eleito presidente da companhia e, em 2009, Rodrigo Ferraz Pimenta da Cunha e Othiniel Rodrigues Lopes passaram a ocupar cargos de diretoria. Em 2010 foi a vez de Alberto Mendes Tepedino ser eleito. É verdade que o conluio pode ter sido posterior às operações societárias, mas é fato que dois ex-dirigentes da PADMA/PARMALAT passaram a ocupar cargos de administração da LACTEOS/LAEP e, futuramente, ajudaram a desviar o patrimônio para o exterior, como descreveremos adiante. (...) (p. 647-v).

Pois bem, desta citação, resta evidente que a exequente indica *planejamento tributário* provavelmente em sentido atípico, pois este Juízo desconhece que a criação de empresa para, posteriormente, participar da aquisição de outras seja ocorrência vedada pela legislação brasileira. E a menção à infração legal *conluio* é feita superficialmente, sem boa caracterização e sem o regular acompanhamento de prova, exceto a mera juntada de ficha empresarial expedida pela Junta Comercial.

De qualquer forma, entendo que tais menções, levantadas quase que “de passagem” em petição, desacompanhada de provas, em nada altera o curso deste julgamento. Acaso a exequente tivesse mais do que indícios, e considerando que o processo de recuperação judicial onde as práticas de atos que ferem o direito eventualmente ocorreram já tivesse sido encerrado quando de sua percepção, caberia à exequente propor outras medidas judiciais, como uma ação cautelar fiscal, mas não para cobrar Certidões de Dívida Ativa que sejam devidas por outra pessoa jurídica, mas para a cobrança de outros créditos fiscais que, porventura, estivessem em aberto.

Em outras palavras, o fato de que uma pessoa jurídica foi criada e, posteriormente, participou da arrematação judicial de empresa em recuperação judicial, bem como a possibilidade de que dirigentes daquela empresa passaram a ser dirigentes dessa não parece infringir

nenhuma legislação em vigor, muito menos ter a força para desconstituir ou destruir atos jurídicos e judiciais do passado, notadamente aqueles protegidos pela *coisa julgada*, de que se cuidará no próximo item.

Esclareço que, se a interpretação desejada pela exequente (de que os atos da Justiça Estadual, contra os quais ela recorreu o quanto pode e perdeu) de que o descasamento societário decidido pela Justiça Estadual não lhe é aplicável, o Pacto Federativo constitucionalmente estabelecido ficaria abalado. Havia o efeito jurídico de que uma Procuradoria Fazendária poderia cobrar seus créditos fiscais contra quaisquer pessoas envolvidas, antes, durante e depois da intervenção judicial e da recuperação judicial, enquanto as demais Procuradorias Fazendárias teriam que fazer a distinção entre fatos geradores anteriores a tais decisões e posteriores a elas, realizando cobranças completamente distintas.

Não vislumbro no Texto Constitucional elementos que afastem o Princípio Federativo em confronto com a Lei nº 11.101/2005, sendo certo que, historicamente, a competência da Justiça Federal exclui as causas falimentares. Por certo, não desconheço o artigo 109, I, da Constituição da República, *in verbis*:

Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

I – as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou oponentes, *exceto as de falência*, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho (destaquei).

Quero crer, e entendo que essa foi a *ratio decidendi* do quanto decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 123.934/SP, entre as mesmas partes do direito material aqui *sub judice* (ZIRCÔNIA e etc, de um lado; e PFN, de outro), que se está a fazer interpretação sistemática do Texto Constitucional para abarcar, dentro da falência, também a recuperação judicial. Nessa linha, desconhecemos que, à luz do dispositivo constitucional em comento, tenha a União sido afastada da concordata judicial, ou que tenha ela, em algum momento após 1988, sido transferida para a competência da Justiça Federal quando o interessado for a Administração Tributária Federal.

2. Da coisa julgada

Consoante disposto no art. 502 do Código de Processo Civil, “Denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”.

Segundo magistério de Cássio Scarpinella Bueno, em sua obra Manual de Direito Processual Civil – volume único, São Paulo: Editora Saraiva, 2015, p. 362:

A chamada “coisa julgada material”, por sua vez, representa a característica de indiscutibilidade e imutabilidade do quanto decidido para “fora” do processo, com vistas a estabilizar as relações de direito material tais quais resolvidas perante o mesmo juízo ou qualquer outro. Trata-se, a bem da verdade, da concepção da coisa julgada a que geralmente se faz referência e que é a albergada pelo próprio art. 502.

A coisa julgada material impede que um novo julgamento seja realizado, ou seja, o juiz está impedido de conhecer de novo a matéria em razão do chamado efeito negativo da coisa julgada.

Nesse ponto, faz-se necessário analisar se os requisitos legais, que, em nosso sistema

jurídico, conformam o fenômeno processual da *res judicata* estão presentes para o reconhecimento da coisa julgada: em outras palavras, há de ser uma decisão jurisdicional com análise de mérito e exauriente, bem como que tenha havido a preclusão máxima.

A doutrina de Humberto Theodoro Junior, citada na Ementa de julgamento da Rcl. 4421/DF, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 23/02/2011, define os contornos da coisa julgada, *in verbis*:

É na conjugação dos atos das partes e do juiz que se chega aos contornos objetivos da coisa julgada. São, pois, as pretensões formuladas e respectivas causa de pedir (questões litigiosas) julgadas pelo Judiciário (questões decididas) que se revestirão da eficácia da imutabilidade e indiscutibilidade de que trata o art. 468 do CPC. (...) Ressalte-se, mais uma vez, que o dispositivo da sentença não se confunde com o texto final do julgado, mas deve ser localizado em todos os momentos da sentença em que o julgador deu solução às questões que integram a causa petendi, seja da demanda do autor, seja da defesa do réu, como adverte Liebman na seguinte passagem: “Em conclusão, é exata a afirmativa de que a coisa julgada se restringe à parte dispositiva da sentença. A expressão, entretanto, deve ser entendida em sentido substancial e não apenas formalístico, de modo que compreenda não apenas a fase final da sentença, mas também tudo quanto o juiz porventura tenha considerado e resolvido acerca do pedido feito pelas partes. Os motivos são, pois, excluídos por essa razão, da coisa julgada, mas constituem amiúde indispensável elemento para determinar com exatidão o significado e o alcance do dispositivo” (*in* “Notas sobre a sentença, coisa julgada e interpretação”, Revista de Processo nº 167, ano 34, janeiro de 2009).

No caso *sub judice*, entendo que há coisa julgada (“*res judicata*”) na decisão proferida pelo STJ no Conflito de Competência nº 123.934-SP, o que significa dizer que a ZIRCÔNIA, ora executada, segue como devedora de *tudo* quanto devido até a assembleia de credores realizada em 26/05/2006.

O argumento da exequente no sentido de que o reconhecimento de responsabilidade solidária pode ser analisado pelo juízo da execução fiscal (fls. 649) vai de encontro ao decidido no referido Conflito de Competência. Nesse sentido, destaco a seguinte assertiva constante da ementa da decisão final proferida na referida ação: “Deferida a recuperação judicial da empresa e aprovada pelo Comitê de Credores, como um dos meios de recuperação judicial, o trespasse de estabelecimento, compete ao respectivo juízo decidir acerca da sucessão dos ônus e obrigações.” (fls. 545).

Melhor sorte não assiste à exequente no que tange a sua alegação de que a referida decisão não faz coisa julgada com relação a ela, por não ter sido assegurada a participação naquele processo. Essa parte poderia ter ingressado com ação rescisória, na qualidade de terceiro juridicamente interessado (art. 487, inciso II, CPC/1973, correspondente ao art. 967, II, CPC). Registre-se que a Fazenda Nacional figura como exequente na execução fiscal nº 0049683-21.2007.403.6182, em tramitação na 5ª Vara Federal de Execuções Fiscais, e para o qual foi expedido o ofício pela 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, em 07/07/2010, informando que a alienação em questão teria ocorrido nos termos da Lei 11.101/05 e que a Recuperanda (Parmalat Brasil S/A – Indústria de Alimentos) não seria a sucessora de dívidas de natureza tributária de Zircônia Participações Ltda. (fls. 529).

E era fato notório, amplamente divulgado pela Mídia nacional e, ao menos, também a italiana, todos os grandes passos judiciais relacionados à PARMALAT. Assim, quero crer que, tanto oficial quanto extraoficialmente, a FAZENDA NACIONAL tinha informações do quanto se passava nas ações em curso na Justiça Estadual.

Em outras palavras, a exequente têm notícias desde o ano 2010 da decisão mencionada, sendo a execução fiscal é via inadequada para eventual manifestação de inconformismo quanto ao decido no Conflito de Competência.

Ademais, eventuais indícios de fraude na gestão da LAEP, perpetradas pelo Sr. Marcus Alberto Elias, a partir do ano de 2008, conforme notícia acostada pela exequente a fls. 1711/1712, que é corroborada pelo extrato da decisão juntada a fls. 708/709, não tem o condão de invalidar os efeitos do trespasse ocorrido no bojo da recuperação judicial no ano de 2006.

O documento de fls. 653 (“fato relevante”), no qual a LAEP divulga a decisão do CARF de anular parcialmente um auto de infração que a empresa não se considerava devedora em nada influi o quanto exposto. Nem, tampouco, o “aviso ao mercado” em que a LAEP anuncia a liquidação antecipada de créditos, requerida ao juízo da recuperação judicial (fls. 706), até mesmo porque não está claro nos autos se a referida liquidação se deu em razão da contrapartida devida pela LÁCTEOS pela compra da PARMALAT ALIMENTOS.

Observe que o documento de fls. 655/670 (“nota explicativa”) que detalha o contexto operacional das empresas que compõem o Grupo LAEP, especificamente no que tange à alegação da exequente de fls. 646-v sobre o licenciamento da marca PARMALAT de propriedade da PARMALAT Spa (companhia italiana), não evidencia que houve fraude na compra da PARMALAT ALIMENTOS no bojo da recuperação judicial. Na linha do quanto já dito anteriormente, tais ocorrências, se caracterizaram fraude ao processo de recuperação judicial da então recuperanda, deveriam ter sido apresentados ao juízo competente (Justiça Estadual) na época própria, qual seja, no curso do referido processo ou até mesmo em ação rescisória. Se nenhuma dessas providências foi tomada pela exequente no momento juridicamente adequado, nos dá suporte a doutrina de Cândido Rangel Dinamarco sobre *eficácia preclusiva*. Senão vejamos:

Chama-se *eficácia preclusiva* o poder que a própria coisa julgada tem de impedir qualquer discussão sobre os pontos cuja solução (entre os motivos da sentença) constitui a base que dá apoio e legitima o julgamento da causa (Chiovenda). Ela é instrumento de defesa da própria coisa julgada, na medida em que impede a remoção de sua base sustentadora: seria mera ilusão declarar estável o *decisum* mas permitir que se rediscutissem, com efeitos sobre a estabilidade dele, os motivos que o embasam. (*in Fundamentos do Processo Civil Moderno*, 6 ed., tomo II. São Paulo: Malheiros, 2010, p.1162.

Por todo o exposto, entendo que a decisão proferida nos autos do Conflito de Competência nº 123.934-SP, com trânsito em julgado, obsta o reconhecimento da sucessão tributária alegada pela exequente nestes autos, eis que foi definida a competência da 1ª Vara de Falências e Recuperações Judiciais, pelo STJ, para decidir, repita-se, acerca da sucessão dos ônus e obrigações do trespasse de estabelecimento ocorrida no bojo da recuperação judicial.

No exercício dessa competência, o juízo das recuperações judiciais declarou expressamente que PARMALAT BRASIL SA – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS não é sucessora de dívidas de natureza tributária de ZIRCÔNIA PARTICIPAÇÕES LTDA, bem como que LÁCTEOS DO BRASIL SA não se constitui como sucessora de qualquer obrigação de empresas terceiras que tiveram relação com as unidades adquiridas (PARMALAT BRASIL SA – INDÚSTRIA DE ALIMENTOS, atual denominação PADMA INDÚSTRIA DE ALIMENTOS SA). Assim, o reconhecimento da ilegitimidade de ambas as empresas para figurarem no polo passivo desta execução é medida que se impõe.

Do mesmo modo, considerando que LAEP INVESTMENTS LTD, LAEP FUND BRASIL

S/A, RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA e MARCUS ALBERTO ELIAS foram incluídos no polo passivo em razão da ligação deles com a LÁCTEOS DO BRASIL S.A. e ao GRUPO DA LAEP, são partes ilegítimas para figurarem no polo passivo.

3 – Do incidente de desconconsideração da personalidade jurídica e da audiência requerida

Chegado a esse ponto, é dizer, a partir da firme convicção por parte deste Juízo de que o descasamento societário determinado pela Justiça Estadual resultou na manutenção da ZIRCÔNIA e CARITAL, de um lado, como responsáveis tributários pelas dívidas da PARMALAT até a Assembleia de Credores havida em 26/05/2006; e, de outro lado, LACTEOS DO BRASIL S/A e sua controladora pelos fatos geradores de tributos que surgiram na empresa recuperanda a partir de 26/05/2006, não há mais razão em se decidir, nestes autos, eventual desconconsideração da personalidade jurídica de empresas que não a ZIRCÔNIA (devedora originária).

Isto porque, é útil que fique bem claro, nestes autos se cobram débitos tributários federais surgidos entre 1992 e 1995, portanto muito anteriores a 26/05/2006. Caso tenha havido alguma participação das pessoas físicas aqui relacionadas em tais débitos, na linha do quanto fundamentado no item anterior, esses atos estiveram na competência da Justiça Estadual durante a intervenção judicial e a recuperação judicial da PARMALAT, de todo em todo alheio à competência deste Juízo Federal.

Quanto à argumentação de que não é possível a realização de audiência em execução fiscal, não é como penso. Sob a ótica do Código de Processo Civil de 2015, notadamente ao estabelecer a instauração e trâmite do Incidente de Desconconsideração da Personalidade Jurídica – IDPJ, sobre o qual já decidi a fls. 1689/1690 que considero plenamente possível e até desejável a realização de audiências no âmbito da competência do Juízo das Execuções Fiscais, desde que não o seja – ao menos por enquanto – em exceção de pré-executividade, instrumento de defesa que não comporta fase probatória. Todavia, o IDPJ comporta fase probatória, por expressa determinação legislativa (CPC/2015, artigo 135). Por sinal, acaso o IDPJ tivesse sido instaurado neste feito, teria sido de grande aproveitamento para o Juízo e para as partes, na mais rápida elucidação dos fatos e no melhor manuseio dos autos. Assim, o eventual trânsito em julgado desta decisão, por exemplo, já manteria a execução fiscal apenas com as petições e documentos relacionados à ZIRCÔNIA, com economia de tempo e ganho de produtividade para os serviços públicos relacionados (Justiça e Advocacia Pública).

Decisão

Diante de todo o exposto, acolho as exceções de pré-executividade opostas por PADMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S/A LAEP INVESTMENTS LTD (fls. 363 a 391), LACTEOS DO BRASIL S/A. (fls. 839 a 869), RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA (fls. 896/941) e MARCUS ALBERTO ELIAS (fls. 1332/1383) e determino a exclusão dos referidos coexecutados, bem como de LAEP FUND BRASIL S/A do polo passivo. Remetam-se os autos ao SEDI.

Condeno a exequente ao pagamento dos honorários advocatícios dos patronos dos coexecutados PADMA INDUSTRIA DE ALIMENTOS S/A, LAEP INVESTMENTS LTD, LACTEOS DO BRASIL S/A., RODRIGO FERRAZ PIMENTA DA CUNHA e MARCUS ALBERTO ELIAS, os quais fixo, na forma do artigo 85 c.c. art. 87 do Código de Processo Civil em R\$ 334.511,80 (trezentos e trinta e quatro mil, quinhentos e onze reais e oitenta centavos) para cada parte, que corresponde a proporção de 1/7 de R\$ 2.341.582,60, que, por sua vez, resulta da aplicação dos percentuais mínimos previstos no art. 85 do Código de Processo Civil sobre o valor do débito atualizado (fls. 1.680).

Registro que a questão ora decidida não se confunde com a tratada no REsp 1.358.837/SP (Tema 961), submetido ao regime de recursos repetitivos (art. 1.037, II, CPC), qual seja,

“possibilidade de fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta”, eis que as partes ora excluídas não são sócias da executada originária.

Comunique-se ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde foram opostos os Agravos de Instrumento nº 0015939-10.2014.4.03.0000 e 0017013-65.2015.4.03.0000, instruindo-se com cópia desta decisão.

Int.

São Paulo,

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

USUCAPIÃO

0016945-56.2012.4.03.6100

Autora: KATIA LISBOA DE ALMEIDA

Réus: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF E EMPRESA GESTORA DE ATIVOS - EMGEA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 21ª VARA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: HERALDO GARCIA VITTA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/12/2016

Relatório

Trata-se de usucapião especial urbano, com pedido de liminar, para que seja declarada a aquisição de propriedade pela autora, do imóvel descrito na matrícula 108.526, do 18º Ofício de Registro Imobiliário.

Narra a inicial, em síntese, em dezembro de 2001, a autora firmou contrato de locação com os antigos proprietários; entretanto, em junho de 2007, foi notificada, pelas rés, quanto à *arrematação, a favor da Emgea, decorrente de execução extrajudicial de financiamento imobiliário*.

A autora diz ter deixado de pagar o aluguel e o condomínio e que teria notificado as rés, a fim de exercer o direito de preferência na compra do imóvel, nos termos da Lei 8.245/91.

No entanto, as rés mantiveram-se inertes; passados mais de cinco anos do início da posse direta do bem, que seria justa, pacífica e contínua, faz jus à aquisição da propriedade.

Por decisão de fls. 210/212 foi indeferido o pedido de liminar.

Agravo de instrumento interposto pela parte autora (fls. 223/224).

Citadas, as rés contestaram o feito (fls. 287/294), juntando documentos (fls. 295/329).

À fls. 330/334 noticia o E. TRF3 ter sido negado seguimento ao agravo interposto pela parte autora.

A fls. 337 determinou-se a citação dos confinantes e a intimação dos representantes da Fazenda Pública da União, do Estado e do Município, para se manifestarem quanto ao interesse na causa; e procedeu-se à abertura de vista ao Ministério Público Federal.

Edital para citação de eventuais interessados à fls. 362, 366 e 367.

A Municipalidade de São Paulo manifesta seu desinteresse no feito (fl. 383).

O Ministério Público Federal manifesta-se pela improcedência do pedido de autor (fls. 387/389).

A fls. 430 houve indeferimento do pedido de acesso a cadastros públicos, especialmente a Receita Federal, visando à localização dos confinantes Carolina Martins Lucio Marcelino e Lyani Vieira do Prado; foi determinada a expedição de Edital; e à fls 467, rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 455/464).

Edital expedido (fl. 433).

Por decisão de fls. 503, deu-se por sanada a citação dos confinantes, e determinada a manifestação da autora sobre a contestação apresentada. Determinou-se a especificação de provas.

Réplica a fls. 508/522.

A fls. 507, a parte autora requer a produção de prova testemunhal (visando demonstrar o *animus domini* e demais requisitos da usucapião) e documental. Pugnou, ainda, pela expedição de ofício à “Central Registradores de Imóveis”, para que informe se há registro de propriedade imobiliária, em nome da autora, oficializando as informações constantes dos autos.

É o relatório. Passo a decidir.

Preliminarmente, anoto a legitimidade passiva da CEF, tendo em vista estar autorizada a promover a alienação de bens da EMGEA, bem como porque todas as providências relacionadas ao leilão estão ao seu encargo.

Desde já, indefiro a produção de prova testemunhal requerida pelo autor, consistente na oitiva de testemunha “visando demonstrar o *animus domini* e demais requisitos” bem como a expedição de ofício à Central Registradores de Imóveis, por serem despicienda, tendo em conta que, como se verá abaixo, as provas requeridas são desnecessárias, inúteis (art.370, parágrafo único, CPC), porque evidenciadas, pela *lógica dos fatos e das provas suficientemente produzidas, a ausência do “animus domini”*.

Pois bem. Arguiu-se a *impossibilidade jurídica do pedido*, pois o bem imóvel seria de empresa pública federal, (Emgea), portanto, não poderia ser objeto da usucapião, nos termos do artigo 183,§2º, da CF, segundo o qual *imóveis públicos* não podem ser usucapidos. Do mesmo teor o artigo 191, parágrafo único, da CF, bem como o artigo 102, do Código Civil Brasileiro. No âmbito federal, dispõe o artigo 20, do D.L.9.760/46: “Os bens imóveis da União, seja qual for a natureza, não são sujeitos a usucapião.”

Nesse sentido, a Súmula 340, do STF, na seguinte dicção: “Desde a vigência do Código Civil [antigo], os bens dominicais, como os demais bens públicos, não podem ser adquiridos por usucapião.”

Assim, o atual Código Civil Brasileiro, no artigo 98, conceitua bens públicos os pertencentes a *pessoas jurídicas de direito público*; os demais bens [pertencentes a pessoas jurídicas de direito privado] seriam, necessariamente, bens particulares.

Mas esse dispositivo “civilístico” é insuficiente para abranger todas as *categorias de bens públicos*, mesmo porque empresas públicas são pessoas jurídicas de *direito privado*, cujo *capital é totalmente público* (cf.art.3º, da L.13.303/16) Logo, há *bens públicos* pertencentes a pessoas jurídicas de *direito privado*.

Além disso, a Constituição Federal estabelece a distinção entre estatais que prestam *serviços públicos e estatais que atuam na atividade econômica*. As primeiras estão submetidas ao *regime de direito público*, enquanto as segundas, *basicamente*, ao *direito privado*; escrevemos:

Existem empresas públicas e sociedades de economia mista que atuam na atividade econômica e, por conseguinte, pelos princípios da livre iniciativa e da livre concorrência [art.170, “caput”, e inc.IV], devem estar no mesmo polo de atuação das demais pessoas jurídicas de direito privado, sem qualquer distinção. Aplica-se, aqui, a regra inserida no §2º, do art.173, da CF/88.¹

É a própria *Constituição* que delimita, circunscreve, a atividade das empresas públicas e sociedades de economia mista, segundo o *regime de direito público* (prestadoras de serviços públicos) ou de *direito privado* (atividade econômica).

Assim esclarece Celso Antônio Bandeira de Mello:

¹ Heraldito Garcia Vitta, “Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista em face do art. 173 da Constituição”, in *RTDP*, 10/95, p. 203 e ss.

Há, portanto, *dois tipos fundamentais de empresas públicas e sociedades de economia mista*: exploradoras de atividade econômica e prestadoras de serviços públicos ou coordenadoras de obras públicas e demais atividades públicas. Seus regimes jurídicos não são, nem podem ser, idênticos...²

Dessa forma, em princípio, as estatais da *atividade econômica* podem ter seus bens penhorados – e até executados, pelos seus credores; inclusive, sujeitam-se, linhas gerais, aos ditames da Lei de Falências (L.11.101,2005). De outra parte, as *prestadoras de serviços públicos* não estão submetidas àqueles e nem a esta. Como os regimes jurídicos são distintos, as consequências [jurídicas] só podem ser diferentes.

A Emgea é *empresa pública federal*, que atua na gestão de ativos, de natureza não-financeira, que tem objetivo adquirir bens e direitos da União e demais entidades integrantes da Administração Pública Federal. Administra operações originárias da CEF e de outros agentes financeiros, vinculadas à área habitacional e à área comercial; sua carteira compõe-se de contratos de pessoas físicas decorrentes de financiamentos habitacionais originárias da CEF e de outros agentes financeiros. Portanto, ele é gestora de carteira de crédito imobiliário com pessoas físicas e jurídicas – setor público e privado (fonte: Emgea, 07.07.2011).

Normalmente, a Emgea atua no caso de bens imóveis, cuja aquisição, pelos particulares, ocorre mediante *recursos vinculados ao SFH*; isso não transmuda o regime jurídico, pois essa verba não é pública; trata-se de dinheiro captado de aplicações financeiras, e emprestado aos mutuários. Atividade, portanto, *bancária*, submetida ao regime do *Direito Privado*, com “supervisão” do órgão estatal competente, mediante o *Poder de Polícia Administrativa*.³

De todo modo, o imóvel – que está em nome da Emgea – pode-se dizer *dominical*, porque integrante de seu patrimônio administrativo, sem uso especial.

Assim, embora a Emgea atue na *atividade econômica*, é *empresa pública federal*, de *natureza privada*, mas cujo *capital é totalmente público*; sua origem é governamental. Conforme expõe Celso Antônio Bandeira de Mello, o capital das empresas públicas é formado “unicamente por recursos de pessoas de Direito Público interno ou de pessoas de suas Administrações Indiretas...”⁴

Nesse sentido, Hely Lopes Meirelles, segundo o qual “o *patrimônio* dessas empresas [estatais] é constituído com recursos públicos (na empresa pública) ou públicos e particulares (no caso de sociedade de economia mista).”⁵

Porém, justamente pelo fato de atuar no âmbito da economia, na livre concorrência, os bens da Emgea podem sofrer penhora e demais consectários do regime de Direito Privado, inclusive com a possibilidade de *usucapião de seus bens imóveis*.

É que os bens da Emgea não são *afetados ao serviço público*; à atividade pública, mas à *atividade empresarial, econômica*, cujo regime é de direito privado. Não há *relação de administração pública* tendente a *paralisar o direito subjetivo* (referente à propriedade). Expõe o jurista gaúcho Cirne Lima:

... no Direito Administrativo, a relação de administração *domina e paralisa* a de direito subjetivo. Relação de administração, *exempli gratia*, é a que estabelece, segundo o Direito Administrativo, sobre os bens destinados ao *uso público*.⁶

2 Curso de Direito Administrativo, p. 203, 33ª ed., 2016, Malheiros. Grifos originais.

3 Heraldo Garcia Vitta, *Poder de Polícia*, p. 40 e ss., Malheiros, 2010.

4 Curso de Direito Administrativo, p. 191. Grifos originais.

5 Direito Administrativo Brasileiro, p. 361. Grifo original, 32ª ed., Malheiros, 2007.

6 Princípios de Direito Administrativo, 7ªed., p. 107, Malheiros, 2007; rev. e reel. por Paulo Alberto Pasqualini. Grifos não originais.

De efeito, nas palavras do mesmo autor, noutra obra:

Na verdade, ao passo que o *direito subjetivo* vincula os fatos e os bens do mundo exterior imediatamente a um sujeito, a *administração* vincula-os imediatamente a um fim.⁷ [público]

Portanto, entendo pertinente a *usucapião sobre bens imóveis de empresas públicas que atuam na atividade econômica*, caso dos bens da Emgea.

Já, a questão, propriamente, da presença dos requisitos da usucapião, o resultado é outro.

Note-se, o artigo 1201, do Código Civil, prevê: “é de boa-fé a posse, se o possuidor ignora o vício, ou o obstáculo que impede a aquisição da coisa” e; “a intenção de possuir como dono manifesta-se pelos atos inerentes aos praticados pelo proprietário, desde o momento em que o possuidor se apossa do bem.”

A boa-fé é *princípio geral de Direito*; aplica-se a todas as searas jurídicas, mesmo porque não teria sentido o Direito acobertar situações em que as partes não tenham agido conforme os *padrões normais de comportamento* na sociedade. A boa-fé decorre do *princípio da segurança jurídica*, fundamento do *regime democrático de Direito e da República brasileira*.

No caso vertente, a autora não desconhecia os titulares do direito de propriedade, *tampouco ignorava as circunstâncias que obstavam e impediam a aquisição de propriedade originária*, já que firmou contrato de locação e, unilateralmente, rompeu o pacto, porque *notificada da arrematação do imóvel pelo agente financeiro*.

Além disso, a própria autora manifestou interesse pela compra do bem, com base no exercício do direito de preferência de que trata a lei da locação imobiliária urbana.

O Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede de agravo de instrumento, pertinente a este caso (fl. 330/334), decidiu:

Ao que se apresenta, a agravante nunca possuiu o imóvel com *animus domini*. Ao contrário, de que ocupava o imóvel na condição de locatária, relação locatícia essa que foi reafirmada pela agravante inclusive quando notificou a Emgea. A posse advinda de contrato de locação não se caracteriza como posse “ad usucapionem”.
(...)

Por fim, em 22/08/2007, a EMGEA notificou a ocupante do imóvel – a agravante – a desocupá-lo no prazo de 10 dias, contados do recebimento da notificação (fls. 162/163).

Em resposta, a agravante emitiu notificação (fls. 164/166), alegando que o contrato de locação continuaria vigente e que deveria ter sido notificada a exercer seu direito de preferência.

Nesse sentido, os seguintes precedentes dos Tribunais Regionais Federais, citados no mesmo julgado:

PROCESSUAL CIVIL – USUCAPIÃO – LOCATÁRIO – POSSE PRECARIA – ARTIGO 497 DO CÓDIGO CIVIL – IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO EXTINÇÃO DO FEITO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO (ART. 267 DO CPC) LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ.

1. O locatário não possui com ânimo de dono (*animus domini*), sendo titular apenas da posse direta da coisa enquanto vigorar o contrato de locação. Sua posse é precária e nunca convalida-se. 2. Os atos de mera permissão ou tolerância não induzem posse (art. 497 do Código

⁷ Preparação à Dogmática Jurídica, p. 57. s/ed., Porto Alegre, 1949. Grifos não-originais.

Civil). 3. – Portanto, o locatário não pode requerer o usucapião, pois está obrigado a devolver o imóvel quando do término do contrato. 4. Pedido juridicamente impossível. 5. Reputa-se litigante de má-fé aquele que alterar a verdade dos fatos (artigo 17 do Código de Processo Civil). 6. Apelação improvida, sentença mantida.

(TRF3, 2ª Turma, AC 09027236919864036100, Rel. Des. Fed. Sylvia Steiner, j. 11/11/1997, DJ 18/02/1998)

Verifica-se, deste modo, que a autora entrou na posse do imóvel em razão de contrato de locação; e ali permaneceu, mesmo após tomar conhecimento da arrematação do bem, restando ausente o “*animus domini*”. Numa palavra; a posse da autora é precária, efêmera.

O autor germânico Savigny, numa passagem de sua monumental obra, expôs:

De outro lado, a expressão *conscientia rei alienae* não pode ser interpretada de forma muito restrita, porque isso poderia entender-se como exclusivamente a consciência da *propriedade* de outrem; assim, o desonesto conhecimento do direito de garantia do adversário, da sua enfiteuse, da posse proibida, seriam indiferentes. Antes, deve-se entender-se por ela toda desonestidade relativa a qualquer relação de posse estabelecida, isto é, que se refira a uma restituição requerida.⁸

Ao referir igualmente ao *Direito romano*, Edílson Pereira Nobre Júnior explica:

Coincidente com a *usucapio*, logo se partiu para qualificar a posse suscetível de proteção, requerendo-se a *boa-fé* do seu titular, ou seja, o *seu desconhecimento da real situação de quem lhe transferiu o objeto possuído*.⁹

Nessa linha, o Código de Processo Civil [embora não precisaria dizê-lo], no artigo 5º: “Aquele que de qualquer forma participa do processo deve comportar-se de acordo com a boa-fé.” Parece óbvio, mas consta como reforço ao bom-senso.

Maria Helena Diniz afirma:

Ter-se-á a posse de boa-fé se o possuidor estiver convicto de que coisa, realmente lhe pertence, ignorando que está prejudicando direito de outra pessoa, por não saber da existência de vício que lhe impede a aquisição da coisa ou do direito.¹⁰

Ao contrário, mesmo que o possuidor detiver título jurídico, se tiver ciência da ilegitimidade do seu direito de posse, “em virtude de vício ou obstáculo impeditivo de sua aquisição, *surgirá a má-fé*”, nas palavras da mesma autora.¹¹

8 *Sistema del Diritto Romano Attuale*, Vol.V, p.384-5, 1893, trad.original tedesco para o italiano por Vittorio Scialloji, Unione Tipografico-Editrice. Grifo do autor tedesco. No original: “Da un altro lato invece l’espressione conscientia rei alinae non può interpretarsi troppo ristrettamente, poichè per essa potrebbe intendersi pure esclusivamente la coscienza dela proprietà altrui, sicchè la desonesta consapevolezza del diritto di pegno dell’avversario, della sua enfiteuse, del possesso interdittale, ecc. sarebbe indifferente. Ma anzi deve intendersi per essa ogni disonestà relativa ad un qualunque rapporto di possesso del convenuto, cioè che si riferisca ad una restituzione richiestagli.”

9 *O Princípio da Boa-fé e sua Aplicação no Direito Administrativo Brasileiro*, p.74, item II - , 1. Direito romano, Sérgio Antônio Fabris Editor, 2002. Grifos nossos.

10 *Código Civil Anotado*, p.836. Saraiva, 2004.

11 *Idem, ibidem*, mesma página. Grifos não-originais.

Não foi demonstrado, ainda, o lapso temporal à aquisição do bem, pois, conforme mencionado, a posse da autora sempre foi *precária*, na medida em que ela decorreu de contrato de locação com os antigos proprietários, tendo havido, posteriormente, arrematação do imóvel.

Posto isso, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, *extinguindo o processo, com resolução do mérito*, nos termos do artigo 487, I do NCPC.

Condeno a parte autora ao pagamento das custas e honorários advocatícios, fixados estes últimos em 10% sobre o valor da causa atualizado.

Ressalto que não obstante a prolação da sentença já sob a vigência do Novo Código de Processo Civil, as normas relativas aos honorários são de natureza mista, visto que fixam obrigação em favor do advogado, portanto direito material, além de se reportarem à propositura da ação, momento em que se firma o objeto da lide, que demarca os limites da causalidade e sucumbência, cuja estimativa é feita pelo autor antes do ajuizamento.

Nesse sentido é a doutrina de Marcelo Barbi Gonçalves, em “*Honorários Advocatícios e Direito Intertemporal*”, <http://jota.uol.com.br/honorarios-advocaticios-e-direito-intertemporal>:

Ora, se a causalidade é dotada de referibilidade ao ajuizamento da petição inicial, é natural que se aplique a regra *tempus regit actum*, de sorte que os honorários sejam disciplinados não pela lei em vigor ao tempo de prolação da sentença/acórdão, senão por aquela vigente àquele primeiro momento. Dessa forma, pode-se dizer que o capítulo condenatório, à semelhança do lançamento tributário (art. 144, CTN), reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação, qual seja, a propositura da ação, e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente revogada.

Veja-se, ainda, que a celeuma doutrinária quanto à natureza jurídica do ato de lançamento – se declaratório da obrigação, ou se constitutivo do crédito tributário -, é despicienda para a questão ora em debate. Com efeito, a despeito da natureza que se lhe queira atribuir, a obrigatoriedade de que os atos substanciais sejam regidos pela lei em vigor ao tempo de seu aperfeiçoamento é uma decorrência da tutela ao ato jurídico perfeito (art. 5º, inc. XXXVI, CRFB), de maneira que não se pode retroagir o NCPC para colher sob seu manto de eficácia ato já consumado.

(...)

E, deveras, outra solução não é possível em um código que busca, incessantemente, evitar as decisões-surpresa. Como é cediço, a decisão de *terza via*, incompatível com o modelo processual participativo preconizado pelo novo código,[12] é aquela que, em desrespeito aos deveres de cooperação processual, surpreende as partes quanto a aspectos fáticos ou jurídicos da demanda. Ora, se assim o é, o que dizer de uma decisão que frustra a legítima expectativa de despesa decorrente da improcedência do pedido? Essa calculabilidade também não está coberta pelo modelo cooperativo de processo?

De fato, o custo *ex ante* de se utilizar um método de resolução de conflitos é um primado ínsito a um bom sistema jurisdicional, de forma que apenas em sociedades de subterrâneo capital institucional os cidadãos socorrem-se do aparelho estatal para compor litígios sem poder antever as consequências possíveis de seu comportamento.

Em palavras outras, o prêmio de risco de um litígio judicial deve, em um sistema constitucional que abraça o princípio da segurança jurídica, assim como em um modelo processual que resguarda as partes de decisões-surpresa, ser um dado prévio à propositura da ação, de modo que o jurisdicionado não seja surpreendido com uma despesa-surpresa que não podia antever quando calculou o custo envolvido.

Assim, em atenção à segurança jurídica, aplica-se o princípio *tempus regit actum*, reportando a origem dos honorários e a avaliação da causalidade e dos riscos de sucumbência à inicial, pelo que as novas normas sobre essa matéria só devem incidir para processos ajuizados após sua entrada em vigor.

Oportunamente, ao arquivo.

P.R.I.

São Paulo, ____ de Novembro de 2016.

Juiz Federal HERALDO GARCIA VITTA

AÇÃO PENAL

0002015-57.2013.4.03.6113

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: ADEMIR ANDRADE DE OLIVEIRA E OUTROS

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

Juiz Federal: MARCELO DUARTE DA SILVA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2017

Vistos.

Cuida-se de ação penal ajuizada pelo *Ministério Público Federal* contra *Ademir Andrade de Oliveira, Francisco Raimundo Cassimiro e Miguel Ferreira de Almeida* na qual se imputa aos dois primeiros, em concurso de pessoas (art. 29, CP), as condutas tipificadas no artigo 207, § 1º c/c § 2º; em concurso material (art. 69, CP) com o artigo 203, § 1º, inciso I, c/c § 2º; em concurso material (art. 69, CP) com o artigo 149, *caput*, c/c § 2º, inciso I, todos do Código Penal; ao terceiro acusado se increpa, em concurso de pessoas (art. 29, CP), a conduta tipificada no artigo 207, § 1º c/c § 2º do Código Penal.

Segundo a acusação, no dia 18 de julho de 2013, em fiscalização do Ministério do Trabalho e Emprego em conjunto com o Ministério Público do Trabalho, foram resgatados 28 trabalhadores rurais na Fazenda Ouro Verde, localizada no Município de Itirapuã-SP, que estava submetidos a condições degradantes de trabalho.

Afirma-se que tais trabalhadores, oriundos de Julião, Distrito de Malhada, no Estado da Bahia, foram aliciados pelos acusados para trabalharem na referida fazenda, de propriedade do acusado Ademir, na colheita de café.

Em suma, afirma-se que Ademir contactou Miguel, nascido na Bahia e morador de Ibiraci-MG, mesma cidade de Ademir, para reunir trabalhadores para a colheita de café. Miguel, contrerrâneo de Francisco, mais conhecido pelo apelido de “Assis”, ligou para o mesmo e solicitou os trabalhadores, com a promessa de um bom salário.

Assis teria arregimentado 26 trabalhadores, fretando um ônibus que os trouxe até Ibiraci-MG, onde indicou um mercado para que adquirissem mantimentos e utensílios.

Na seqüência, Ademir providenciou o transporte dos rurícolas até a fazenda em Itirapuã-SP em um caminhão de sua propriedade, onde os trabalhadores foram alojados em casas em estado precaríssimo.

A colheita foi iniciada em 21 de junho de 2013, mas foi encerrada no dia 18 de julho de 2013, quando houve a mencionada fiscalização e resgate dos trabalhadores, que foram alojados em um hotel na cidade de Franca-SP, próximo à Delegacia Regional do Trabalho, onde foram regularizados os contratos de trabalho e pagas as verbas rescisórias acrescidas de indenização por danos morais.

Os trabalhadores, então, puderam retornar à Bahia.

A denúncia relata, além da redução dos trabalhadores à condição análoga a de escravo, vários direitos trabalhistas que foram frustrados pela ação do empregador Ademir e do empreiteiro Assis, bem ainda o crime de aliciamento de trabalhadores de outra unidade da Federação.

Os corréus Ademir e Miguel foram presos em flagrante e soltos mediante fiança arbitrada judicialmente (fls. 201/215).

A denúncia foi recebida em 08/11/2013, às fl. 216.

Citados às fls. 294 e 296, os corréus Ademir e Miguel constituíram os mesmos defensores (fls. 227/228), apresentando defesa preliminar, onde sustentou que a inobservância das normas trabalhistas não implicava o crime de redução a condição análoga a de escravo, uma vez que não houve sujeição a prestação de serviços forçados e nem restrição ao direito de locomoção. Também não houve qualquer intenção manifesta de subjugar os trabalhadores. Pediram a absolvição e arrolaram testemunhas (fls. 244/253 e 264/273).

Citado às fls. 354/355, o corréu Francisco apresentou resposta à acusação escrita, onde alegou inépcia da denúncia em razão da forma genérica como foi acusado. No mérito, alegou que Miguel, a pedido de Ademir, solicitou que reunisse uma turma de 25 trabalhadores para a colheita de café em Ibiraci-MG. Esclareceu que tinha amizade com Miguel, que era seu conterrâneo, e que lhe disse que a safra estava boa, prometendo bons ganhos. O acusado reuniu 24 trabalhadores e tomaram o ônibus rumo a Ibiraci-MG, não tendo conhecimento sobre as condições da fazenda de Ademir. Pediu a absolvição, arrolou testemunhas e juntou documentos (fls. 298/317).

Rejeitada a preliminar de inépcia e não vislumbrada hipótese de absolvição sumária, foi designada audiência de instrução para oitiva das testemunhas de acusação residentes em Franca e determinada a expedição de carta precatória para a oitiva das testemunhas de acusação de fora da terra (fl. 318), redesignada pelos despachos de fls. 320 e 338.

Na primeira audiência, realizada neste Juízo em 28/08/2014, foram ouvidas três testemunhas presencialmente e uma por videoconferência com a Subseção de Ribeirão Preto-SP, todas arroladas pela acusação (fls. 477/482).

Na segunda audiência, realizada em 17/06/2015 na Comarca de Carinhanha-BA, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela acusação (fls. 611/613).

Na terceira audiência, realizada em 05/10/2015 na Comarca de Ibiraci-MG, foram ouvidas duas testemunhas arroladas pela defesa de Ademir e Miguel (fls. 653/656).

Na quarta audiência, realizada neste Juízo em 16/06/2016, foram tomados os interrogatórios de Ademir e Miguel (fls. 724/727).

Na quinta audiência, realizada neste Juízo em 23/09/2016, foram ouvidas três testemunhas arroladas pela defesa de Francisco e tomado o interrogatório do mesmo, todos por videoconferência com a Subseção de Guanambi-BA; foi noticiado o óbito do corréu Miguel e não foi requerida nenhuma diligência instrutória, sendo, portanto, agendados os prazos para alegações finais (fls. 775/778).

Alegações finais do *parquet* às fls. 783/799, onde sustenta o pedido condenatório em face dos corréus Ademir e Francisco, tal qual pedido na denúncia, requerendo, ainda, a extinção de punibilidade pela morte do corréu Miguel. Assevera que restaram comprovados os três delitos imputados na exordial.

A defesa de Ademir apresentou suas alegações finais às fls. 818/837, sustentando o pedido de absolvição, uma vez que para a configuração do delito do artigo 149§9º do Código Penal há que se ter, de alguma forma, a restrição da liberdade de locomoção dos trabalhadores, o que não houve no caso. Asseverou que não houve exposição a trabalhos forçados, tampouco de jornadas exaustivas, bem como as condições precárias dos alojamentos configurariam, no máximo, ilícito trabalhista.

A defesa de Francisco, em suas alegações finais, reiterou a alegação de atipicidade em sua conduta, afirmando ser mais uma vítima das promessas de Miguel e Ademir, pedindo sua absolvição (fls. 838/845).

É o relatório do essencial. Passo a decidir.

Ao cabo da instrução probatória, restou suficientemente comprovado que *Ademir Andrade de Oliveira*, proprietário da Fazenda Ouro Verde (antiga Fazenda Mundo Novo), localizada na zona rural do Município de Itirapuã-SP, solicitou a *Miguel Ferreira de Almeida* que providenciasse uma turma de trabalhadores para a colheita de café em junho de 2013.

Ademir Andrade de Oliveira e *Miguel Ferreira de Almeida* residiam em Ibiraci-MG, cidade vizinha a Itirapuã-SP. Miguel, embora aposentado, prestava serviços esporádicos de turmeiro de trabalhadores rurais.

Miguel Ferreira de Almeida residia em Ibiraci-MG mas era nascido na Bahia, sendo conhecido de *Francisco Raimundo Cassimiro*, que trabalhava e residia na Bahia, mais precisamente em Julião, distrito de Malhada.

Miguel efetuou ligação telefônica para *Francisco Raimundo Cassimiro*, mais conhecido como “Assis”, solicitando que reunisse uma turma de trabalhadores da Bahia para a colheita do café da fazenda de Ademir.

Tais fatos foram revelados nos interrogatórios dos três réus e confirmados pela *testemunha Betinha de Jesus Silva* (fls. 51/54 e 611/613).

Conquanto Ademir tenha ressaltado que pedira uma turma bem menor, cerca de 8 a 10 trabalhadores, no máximo, e Miguel tenha afirmado ter visto, quando da chegada da turma, somente os 10 trabalhadores que combinara com Assis, este trouxe 24 trabalhadores da Bahia.

Como Miguel confessou que viu a lavoura previamente, bem como foi ele quem ligou para Assis, concluo que não faz sentido Assis ter trazido, a seu bel prazer, 24 trabalhadores quando havia serviço somente para 8 a 10.

É voz uníssona entre as testemunhas que o combinado era trabalho por três meses, de modo que a vinda de 24 trabalhadores reduziria o tempo de serviço para cerca de hum mês apenas, o que certamente não compensaria economicamente para os trabalhadores.

Se fosse verdadeira tal alegação de Ademir e Miguel, Assis trairia a confiança dos demais trabalhadores, os quais residem no mesmo arraial que Assis, certamente provocando uma revolta que não se viu nos testemunhos dos trabalhadores.

Pelo contrário, os testemunhos dos trabalhadores resgatados, tanto no momento do resgate, quanto em Juízo, demonstraram não haver ressentimento em face de Assis, confirmando a alegação deste de que se sujeitara às mesmas condições dos demais.

Ademais, mesmo com 28 trabalhadores resgatados após 28 dias de serviço ainda tinha bastante café para ser colhido. Se o trabalho fosse suficiente para apenas 8 ou 10 trabalhadores, certamente todo o café estaria colhido após esses 28 dias!

Embora os trabalhadores tenham chegado da Bahia no dia 19/06/2013, os testemunhos são fartos em esclarecer que os trabalhos foram iniciados somente no dia 21/06/2013, de modo que o dia da fiscalização era o 28º dia de trabalho.

Também restou fartamente comprovado que os trabalhadores oriundos da Bahia foram encontrados na Fazenda Ouro Verde pela fiscalização do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, com apoio da Polícia Federal e da Polícia Militar, no dia 18/07/2013.

Há relatos de que tal fiscalização se deu a partir de denúncia anônima; outros disseram que foi fiscalização de rotina. Há quem diga ter partido dos dois ou de um dos dois trabalhadores que saíram antes da Fazenda; há suspeita de que tenha sido o caseiro da Fazenda, empregado formal de Ademir, quem tenha denunciado a situação ao Ministério do Trabalho e

também há relato de que partira do sindicato dos trabalhadores rurais.

Todavia, essa questão quer me parecer irrelevante, porquanto agentes dos órgãos mencionados estiveram lá e constataram toda a situação a que estavam submetidos os trabalhadores resgatados.

Além dos autos de infração lavrados pelo Ministério do Trabalho (CD ROM de fls. 197), existem os depoimentos dos trabalhadores resgatados (fls. 47/102); o auto de prisão em flagrante de Ademir e Miguel (fls. 02/35); as fotografias tiradas pelos auditores do Ministério do Trabalho (fls. 103/142) e o laudo fotográfico (exame de local) elaborado pela Perícia Criminal da Polícia Federal (fls. 143/169), tudo a confirmar a materialidade e a autoria dos fatos sob julgamento.

Em Juízo foram ouvidas testemunhas, vítimas e réus (fls. 477/482; 611/613; 653/656; 724/727 e 775/778).

Com efeito, Ademir e Francisco foram acusados pelos crimes de redução a condição análoga à de escravo (artigo 149, *caput*, c/c § 2º, inciso I, CP), frustração de direitos trabalhistas (artigo 203, § 1º, inciso I, c/c § 2º, CP) e aliciamento de trabalhadores (artigo 207, § 1º c/c § 2º, CP); Miguel apenas de aliciamento de trabalhadores (artigo 207, § 1º c/c § 2º, CP).

Antes de mais nada, é preciso deixar bem claro acerca da independência das responsabilidades trabalhista e criminal. Alguns fatos, conquanto possam ser considerados ilícitos no âmbito trabalhista, podem não constituir crime.

Um bom exemplo dessa afirmação é a jornada de trabalho: não é porque uma jornada pode ser reconhecida como ilegal segundo a legislação trabalhista que será, necessariamente, reconhecida como exaustiva no julgamento do aspecto penal da mesma conduta, o que poderia levar à tipificação ou não do crime do artigo 149 do Código Penal.

À toda evidência que os parâmetros da legislação trabalhista devem ser considerados, mas não são determinantes ou suficientes para se concluir pela tipificação penal.

Diz o artigo 149 do Código Penal, com redação dada pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

Pena - reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º. Nas mesmas penas incorre quem:

I - cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II - mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho.

§ 2º. A pena é aumentada de metade, se o crime é cometido:

I - contra criança ou adolescente;

II - por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem.

Trata-se, pois, de crime de ação múltipla, consumando-se com a prática de uma das condutas descritas no tipo penal, não havendo a necessidade da prática de todas elas.

A primeira figura típica é submeter alguém a trabalhos forçados. No presente caso tal conduta não está configurada, porquanto é voz uníssona dos trabalhadores resgatados que os mesmos iam para as frentes de trabalho em grupo, sem a presença do fazendeiro Ademir, do caseiro Joel ou de qualquer funcionário ou capataz do empregador.

Não havia ninguém que vigiasse ou constrangesse os trabalhadores a trabalhar em determinado ritmo, nem armado e nem sem armas.

Apenas o corréu Francisco foi designado para fazer os apontamentos da produção de cada trabalhador, mas sem qualquer constrangimento, muito menos forçando a trabalhar em determinado ritmo.

Logo, não havia trabalhos forçados.

Também não havia jornadas exaustivas, do ponto de vista criminal, a configurar condição análoga à de escravo.

Com efeito, é voz uníssona entre os trabalhadores que os mesmo saíam por volta das 6:00 horas e retornavam por volta das 17:00 horas.

À toda evidência que se trata de uma jornada puxada, cansativa, configurando ilícito trabalhista, porquanto o limite diário é de oito horas e mais duas horas extras, totalizando dez horas por dia, no máximo.

Como a jornada era de cerca de 11 horas diárias, o ilícito trabalhista é evidente.

Ocorre que os trabalhadores foram contratados apenas para a colheita do café, a qual é realizada apenas entre os meses de abril e outubro, de acordo com a produtividade de cada lavoura, variando ano a ano.

O combinado é que receberiam por produção, ou seja, por balaio colhido. Por isso é que Assis anotava a quantidade de balaies colhida de cada trabalhador, a fim de individualizar a respectiva remuneração.

Não havia imposição de horários e nem fiscalização. Todavia, como era do interesse dos trabalhadores, os mesmos aproveitavam o máximo do dia para colherem o café enquanto havia luz natural.

Tanto é verdade, que os testemunhos variam muito em relação à duração do intervalo para o almoço, indo de dez minutos até trinta minutos, revelando que cada trabalhador fazia o horário conforme sua conveniência ou capacidade física.

Alguns trabalhadores afirmaram ter laborado em todos os domingos. Outros afirmaram ter trabalhado em um ou nenhum domingo. A maioria trabalhou aos sábados fazendo o mesmo horário do resto da semana. Outros fizeram uma jornada reduzida.

O fazendeiro Ademir comparecia alguns dias da semana e ali permanecia por pouco tempo, de sorte que não havia imposição ou fiscalização quanto ao cumprimento de horário de trabalho. Assim, não se pode considerar que o ilícito trabalhista ora verificado se traduz em redução a condição análoga à de escravo, porquanto não havia restrição à liberdade de cada trabalhador laborar por mais ou menos tempo.

Também não havia restrição da locomoção dos trabalhadores em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

Com efeito, a dívida foi contraída com o mercado localizado na cidade de Ibiraci-MG, não havendo qualquer menção que tal estabelecimento fosse de propriedade do fazendeiro Ademir ou de algum preposto seu.

A prova em relação a esse fato é bastante pulverizada, havendo divergência em alguns detalhes.

Segundo a maioria dos depoimentos que tratou desse assunto, os trabalhadores vieram da Bahia em um ônibus, descendo na cidade de Ibiraci-MG, onde foram recepcionados pelo corréu Miguel.

Alguns trabalhadores foram até o Mercado Ipiranga juntamente com Assis para fazer umas compras. Estas foram anotadas em nome dos compradores e “avalizadas” por Assis.

Tal “aval” se deu em razão de Assis já ter trabalhado na colheita de café na safra do ano anterior, quando conheceu o referido mercado, passando a contar com a confiança da respectiva proprietária Luciana.

Veja-se que a lista com o valor total das compras de cada trabalhador demonstra valores bem distintos, revelando que cada um comprava o que queria.

Há relatos de que alguns trabalhadores trouxeram parte de seus alimentos da Bahia, assim como travesseiros, cobertores, fogareiros, entre outros produtos.

As compras seguintes foram feitas da seguinte forma: cada trabalhador interessado pedia a Assis, que fazia as anotações e entregava a Ademir ou ao caseiro Joel. O pedido era repassado ao mercado, não ficando bem provado se era Ademir quem trazia as compras em sua camionete ou vinham na camionete do próprio mercado: há relatos nos dois sentidos.

Aparentemente não havia nenhum veículo à disposição dos trabalhadores para efetuarem as compras no exato momento em que desejassem, mas também não houve relatos reclamando de demora ou mesmo negativa de Ademir em providenciar os mantimentos.

O asfalto mais próximo ficava há cerca de dois a três quilômetros da fazenda, o que não inviabilizava o deslocamento à pé. Mas naquela pista não passava ônibus para Ibiraci-MG, cidade mais próxima; apenas a linha Cássia-Franca.

Não havia nenhum funcionário do fazendeiro Ademir que vigiasse e impedisse a saída da fazenda, seja armado ou sem arma.

Não houve qualquer reclamação quanto a preços abusivos.

Assim, ainda que houvesse alguma restrição à liberdade de compras, em nenhum momento houve menção a que as compras somente poderiam ser feitas naquele mercado. Tudo leva a crer que a indicação daquele estabelecimento era apenas por conveniência, centralizando-se apenas nele, muito mais pela confiança adquirida por Assis no ano anterior do que por qualquer outro motivo.

Não se olvida que o valor das compras seria descontado da remuneração, conforme combinado entre as partes. Tal sistemática beneficiaria apenas o estabelecimento comercial, uma vez que não foi sequer mencionada qualquer relação mais próxima do fazendeiro Ademir com a proprietária do mercado.

Ninguém era obrigado a comprar nada. Alguns trouxeram seus mantimentos da Bahia. Ninguém reclamou de preços abusivos. Portanto, não restou comprovada a alegação de que havia submissão dos trabalhadores com dívidas que restringissem sua liberdade de locomoção, restando os mesmos junto ao trabalho para saldá-las.

Até porque não houve prova – e nem mesmo menção – de que o estabelecimento comercial fosse de propriedade do fazendeiro ou de algum preposto seu, tampouco que houvesse qualquer conluio com a proprietária do mercado.

Em suma, a liberdade dos trabalhadores não foi significativamente restringida pelo empregador no tocante às compras.

Embora não se tenha imputado a prática das formas derivadas do § 1º do art. 149 do CP, não custa observar que não houve o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte dos trabalhadores, com o fim de retê-los no local de trabalho, assim como não havia vigilância ostensiva no local de trabalho e nem se apoderava de documentos ou objetos pessoais

dos trabalhadores, com o fim de retê-los no local de trabalho.

Outra conduta imputada pelo Ministério Público Federal, mas que não restou comprovada, é a retenção de pagamento como forma de manutenção do trabalhador no local da prestação dos serviços.

Com efeito, é voz unânime entre os depoimentos dos trabalhadores que foi combinado que os pagamentos seriam feitos mensalmente.

Da mesma forma, todos os trabalhadores que tocaram no assunto disseram que não receberam porque não havia se completado o primeiro mês, ou os primeiros 30 dias.

Não há dúvida de que os trabalhadores chegaram em 19/06/2013, mas começaram a trabalhar somente em 21/06/2013, sendo que a fiscalização chegou no 28º dia de trabalho.

Observo que nenhum dos trabalhadores manifestou irresignação com esse fato em particular, abonando a alegação dos acusados de que havia sido combinado o pagamento a cada 30 dias.

O Ministério do Trabalho entendeu que a legislação trabalhista fora vulnerada nesse particular, porquanto o § 1º do artigo 459 da Consolidação das Leis do Trabalho determina que o pagamento do salário deverá ser efetuado, o mais tardar, até o quinto dia útil do mês subsequente ao vencido.

Portanto, o salário parcial do mês de junho deveria ter sido pago até o quinto dia útil do mês de julho, sendo que até o dia 18/07/2013 não havia sido pago nada.

Esse é mais um exemplo de um claro ilícito trabalhista não configurar, a meu sentir, o delito do artigo 149 do Código Penal. Com efeito, a objetividade jurídica desta figura penal é a proteção à liberdade pessoal e a dignidade da pessoa humana.

Conquanto o primeiro salário, ainda que parcial, não tenha sido pago no prazo legal, ainda não havia vencido o prazo combinado entre as partes. Não me parece correto afirmar que o acordo de pagamento a cada 30 dias efetivos seja fato de extrema gravidade a configurar retenção de pagamento, com o fim de reter o trabalhador no local de trabalho e, por conseguinte, vulnerar sua liberdade pessoal e sua dignidade.

Tanto é verdade, que dois trabalhadores desse grupo foram embora antes da fiscalização, tendo recebido a remuneração combinada, sem qualquer obstáculo por parte do empregador.

Ocorreu apenas o desconto do valor das compras, o que também era combinado e não se alegou nenhum abuso nesse particular.

O que foi relatado é que os valores efetivamente recebidos eram muito baixos, mas isso ocorreu por dois motivos distintos: a) o valor da remuneração era por balaio colhido, sendo R\$ 8,00 para o café novo (mais fácil de se panhar) e R\$ 10,00 para o café velho. No entanto, foi constatado que o balaio utilizado pelo fazendeiro Ademir comportava 80 litros de café, quando a medida padrão na região é de 60 litros; os trabalhadores trabalharam poucos dias.

Tenho que a atitude maliciosa do empregador vulnerou direito trabalhista consistente no salário correto, o que configura, à toda evidência, ilícito de natureza trabalhista e, eventualmente, o delito do artigo 203 do Código Penal, o que será tratado adiante.

Mas não restou vulnerada a liberdade e a dignidade do trabalhador enquanto pessoa humana, demonstrando, ao revés, que os trabalhadores não eram retidos no local de trabalho, conservando a liberdade de sair do trabalho quando bem entendessem.

Este Magistrado fez questão de perguntar às testemunhas da forma mais direta possível: esses dois trabalhadores saíram fugidos da fazenda? Todas as respostas foram negativas.

Das condutas nucleares do tipo penal em debate restou somente uma: a sujeição a condições degradantes de trabalho.

Ao contrário das demais condutas típicas, a prática desta restou bem comprovada. Com efeito, as condições a que o empregador submeteu os trabalhadores oriundos da Bahia eram efetivamente degradantes.

Bastaria a observação das fotografias que instruem os autos para se chegar a essa conclusão (fls. 103/142 e fls. 143/169). Mas aprofundemos a análise das provas, começando pelos testemunhos e declarações das vítimas.

O auditor-fiscal do Ministério do Trabalho *Alex Muniz Santos*, embora não tenha participado da diligência na fazenda, auxiliou nos serviços burocráticos de apuração e pagamento dos direitos trabalhistas. Relatou, de mais relevante, o sentimento de gratidão que os trabalhadores expressaram por terem sido resgatados pelo Ministério do Trabalho, havendo comoção na despedida para a Bahia (audiência de 28/08/2014; fls. 477/482).

A auditora-fiscal do Ministério do Trabalho *Ana Paula Alves Salvador* esteve na fazenda no momento da fiscalização, relatando que ao chegar na propriedade encontrou alguns trabalhadores parados, desolados, sem saber o que fazer, pois não tinham recebido nada. Disse que havia dois menores trabalhando. Observou que os dois trabalhadores que saíram antes receberam uma mixaria pois quase tudo fora descontado para o mercado. Não sabe porque compraram chuveiro já quando chegaram a Ibiraci-MG.

Afirmou que Assis ficava com os demais trabalhadores, mas não colhia café.

Relatou as condições precárias em que estavam instalados. Havia agrotóxico no quarto o lado do quarto dos filhos dos caseiros, os quais também estavam sujeitos àquelas condições precárias.

O auditor-fiscal do Ministério do Trabalho *Carlos André de Carvalho Fávero* esteve na fazenda, descrevendo que o sentimento que mais lhe marcou foi a repulsa pelas circunstâncias em que os trabalhadores estavam. Alguns estavam parados, achando o depoente que eles já esperavam pela fiscalização. Achou grave a falta de vedação das portas e janelas, já que estava muito frio.

Confirmou que dois trabalhadores saíram antes, mas receberam valores muito baixos. Um deles teve até que vender o celular para poder voltar à Bahia.

Afirmou que Ademir fiscalizava e indicava qual o talhão a ser colhido. Assis estava alocado no galpão junto com os demais trabalhadores. Assis não colhia, só anotava. Acredita que Assis já tenha trabalhado na região, mas não pode afirmar que tenha sido para o mesmo fazendeiro.

O agente da Polícia Federal *Luiz Fernando Pancini Nunes*, que participou da operação de resgate, afirmou que a situação era totalmente precária. Afirmou que os trabalhadores estavam revoltados, porquanto tinham sido trazidos do Nordeste com a promessa de ganhos razoáveis, cerca de R\$ 2.000,00 a R\$ 4.000,00, mas estavam endividados.

Betinha de Jesus Silva, ouvida na Comarca de Carinhanha-BA em 17/06/2015 (fls. 611/613), era uma das trabalhadoras resgatadas na operação. Afirmou que eram os próprios trabalhadores que compravam e preparavam suas refeições. A casinha onde ficou não era asseada. Não usava a privada porque era encardida. Trouxe o seu fogão de duas bocas da Bahia. Não tinha geladeira.

Afirmou que Assis ficava misturado com os demais trabalhadores.

Raimundo Nonato Nascimento da Paz, outro trabalhador resgatado, afirmou que os

alimentos eram comprados pelos trabalhadores.

Assis não colhia. Ele era o encarregado e só anotava.

Joilson Silvério Silva, ouvido na Comarca de Ibiraci-MG em 05/10/2015 (fls. 653/656), afirmou que presenciou Assis fazendo a medição do café junto com o tratorista Joel, para depois fazer o acerto; que presenciou também o Assis, por muitas vezes, medindo e quando sobrava um pouquinho, Assis diria que era dele. Era Assis quem escolhia a rua de café que o trabalhador ia entrar. Assis era o fiscal da turma.

José Raimundo Barbosa dos Santos, ouvido por este Juízo em videoconferência com a Subseção de Guanambi-BA em 23/09/2016 (fls. 775/778), afirmou que Miguel chamou o Assis para organizar os trabalhadores. Assis fiscalizou os trabalhos, mas não era chefe. O Assis ia para trabalhar, mas chegando lá botaram ele para fiscalizar.

Ademir era o dono e quem media o café era o rapaz que trabalhava lá. Era uma casa velha, tudo jogada. Praticamente a comida era feita no chão. Quem levou o depoente na casa foi o Ademir e o rapaz que morava lá. Teve um dia que Ademir chegou valente, falando que tava ficando grãos para trás e ia mandar embora.

Teve dois trabalhadores que saíram antes porque queriam. Saíram por conta própria. Não saíram fugidos.

Anedino Guedes de Souza, outro trabalhador resgatado, afirmou que Ademir era o dono da fazenda, achando que Miguel fosse seu gerente. Assis dormia junto com os demais e não sabia o que iam encontrar, ao contrário de Miguel. Ademir foi lá uns 3 dias depois. Ademir foi lá umas cinco vezes. Miguel sabia das coisas e não avisou Assis. Ademir xingava quando via o serviço mal feito. Ademir não tinha relacionamento próximo com Assis. Ademir cobrava de Assis também. O Assis não conhecia a fazenda antes, mas Miguel sim. Viu aquela situação e teve vontade de chorar. O colchão estava sujo de sangue.

Etelvi Guedes de Souza disse que Assis ficava na roça e fiscalizava, mas não cobrava e não fazia pagamentos. Moravam numa casinha simples, sendo que Assis dormia na mesma, não tendo privilégios. Só viu Ademir uma ou duas vezes. Ele estava nervoso, mas não agredia. Era Assis quem media e fiscalizava a panha. Ademir reclamava quando ficava café para trás, mas não xingou. Tanto o depoente quanto Assis não conheciam a fazenda antes. Acha que Miguel já conhecia.

Teve um que foi embora antes. Ele pediu para sair. O patrão pagou ele. Acha que pagou certinho.

Examinados os depoimentos supra, bem como aqueles prestados na fase investigativa, chega-se à conclusão de que Assis não participou do delito de redução a condição análoga à de escravo, porquanto estava submetido às mesmas condições dos demais trabalhadores.

Restou evidenciado pelo conjunto probatório que Assis fora contactado, por telefone, pelo seu amigo e conterrâneo Miguel, a pedido do fazendeiro Ademir.

Assis trabalharia como os demais, porém, como Miguel estava trabalhando com outra turma, não poderia tomar conta da turma reunida e trazida por Assis. Dessa forma, Assis foi designado para tomar conta da turma, sendo que sua principal função era anotar a produção de cada trabalhador, a fim de individualizar a remuneração, que era por balaio colhido.

Em seu interrogatório Assis afirmou que Miguel pediu 25 trabalhadores. Vieram em 24, sendo que dias depois Ademir levou mais 5 trabalhadores oriundos da Bahia, mas que já estavam na região fazendo o mesmo tipo de trabalho, interando os 29, sendo que 28 que foram resgatados pelo Ministério do Trabalho (Assis foi excluído dessa conta)

Assis afirmou que já trabalhou uma vez em Ibiraci-MG, no ano anterior, para outro fazendeiro, onde as condições eram melhores.

Nessa oportunidade passou perto da fazenda de Ademir, mas não entrou nela. Não sabia das condições de alojamento.

Afirmou que os banheiros não funcionavam. Eram tão ruins que os trabalhadores preferiam ir no mato. Não tinha cobertores. As casas eram decadentes.

Assis panhava um pouco de café e fiscalizava os demais, falando com eles “numa boa”. Só olhava. Quem cobrava era Ademir e Joel.

Ademir tinha o nervosismo dele, mas não agravava os trabalhadores. Ademir foi umas 5 ou 8 vezes. Só fazia uma visita e via o que estava faltando e ia embora. Não viu Ademir agredir ninguém.

Ademir afirmou que não conhecia Assis. Conhecia Miguel havia uns 7 anos na cidade de Ibiraci-MG. Foi Miguel quem chamou Assis. Era Assis e Joel quem anotava a produção.

Miguel afirmou que conhecia Ademir da cidade de Ibiraci-MG, mas nunca trabalhou com ele. Foi Miguel quem perguntou a Ademir se ele tinha trabalho, pois Assis havia pedido, pois estavam parados na Bahia. Miguel fez apenas um favor para Assis, pela amizade, pois são conterrâneos. Quando os trabalhadores chegaram em Ibiraci-MG, Miguel foi encontra-los após receber uma ligação. Então, ligou para Ademir, que chegou em cerca de 10 minutos. Apresentou Assis para Ademir e foi embora. Não sabe o que Ademir combinou com Assis.

Miguel afirmou que foi na fazenda antes para ver como estava a lavoura, olhando as casas somente por fora. Disse que para 8 ou 10 pessoas estava bom. Tudo funcionava.

Quando ligou para Assis, falou que o trabalho era bom e comentou qual era o preço praticado na região, esclarecendo que ele tinha que ver o café para combinar aqui. Se eles ficaram é porque gostaram. É assim o costume da região.

Dessa forma, e não existindo nenhuma prova em contrário, tenho que Assis não conhecia Ademir; nunca havia trabalhado para ele e não tinha conhecimento das condições da Fazenda Ouro Verde, não podendo ser responsabilizado pelas condições degradantes lá encontradas.

O único ponto em que divergem, Assis de um lado e Ademir e Miguel do outro, é quanto ao número de trabalhadores solicitados: Ademir e Miguel afirmaram que foram solicitados entre 8 e 10 trabalhadores; Assis disse que foram pedidos de 25 a 30.

Vejo que não há qualquer documento que trate desse assunto. Nenhuma testemunha ou vítima depôs sobre esse ponto em particular.

No entanto, é voz unânime que a promessa de trabalho era para três meses. Praticamente vencido o primeiro mês, ainda havia muito café para ser colhido, como se vê de alguns relatos. O contrário, ninguém disse.

De outro lado, não há sentido em Assis trazer três vezes mais o número de trabalhadores que o necessário para, depois de concluir-se tal trabalho, arrumar outra fazenda que absorvesse essa quantidade de trabalhadores. Todavia, ninguém mencionou esse suposto “plano”.

Ademais, o investimento com passagens, mantimentos, equipamentos como fogareiro, para somente um mês certamente não compensaria, além da própria viagem, que é longa, cansativa e perigosa.

Assim, tudo leva à conclusão de que Ademir e Miguel inventaram esse fato para tentarem se furtar à responsabilidade.

O argumento principal da defesa de Ademir e Miguel é que se viessem somente os 8 ou

10 trabalhadores solicitados, os mesmos seriam melhor acomodados.

Ocorre que esse argumento não convence. Absolutamente.

Com efeito, restou comprovado que os trabalhadores ocuparam todos os imóveis existentes na fazenda, ou seja, 4 casas e um galpão.

É evidente que se viessem menos trabalhadores, eles teriam mais espaço. Todavia, não é este o problema! A questão é que todos os imóveis que serviram de “alojamento” para os trabalhadores estavam em péssimas condições.

Na verdade, a expressão “péssimas” é eufemismo. As condições eram degradantes, aviltantes, repulsivas, humilhantes, indignas.

Era indiferente que tivessem 10 ou 30 trabalhadores. Qualquer que fosse a quantidade de trabalhadores, as condições eram comparáveis às de uma pocilga, um chiqueiro.

Apenas uma das casas tinha vaso sanitário. Porém, os respectivos detritos eram jogados ao lado da casa, ao ar livre, provocando mau cheiro e toda a sorte de doenças ligadas à falta de saneamento básico.

Os trabalhadores que estavam nessa casa preferiam fazer suas necessidades fisiológicas no mato, pois o mau cheiro era muito intenso. Os demais trabalhadores - a maioria – não tinham essa “opção”: tinham que fazer no mato mesmo! E ainda tiveram que engolir a ironia do fazendeiro quando, perguntado onde fariam suas necessidades, respondera: “você não estão vendo o mato aí ó... tanto mato?”, como relataram alguns trabalhadores.

Nenhuma das casas tinha chuveiro. Os trabalhadores é que tiveram que comprar e instalar.

Não havia água potável, de fonte confiável. Vinham de uma cisterna e tinha mau cheiro. Por esse motivo os trabalhadores acabaram por “optar” em pegar água de um açude, a qual era turva, de coloração amarelada e com acúmulo de impurezas no fundo das garrafas. Mas também apresentava odor, sendo ingerida sem passar por qualquer processo de purificação ou filtragem.

Não havia fogão para o preparo de alimentos. Não havia geladeira para a conservação de alimentos. Não havia armários para a armazenagem dos alimentos, o que devia ser uma festa para ratos e baratas.

Não havia cestos de lixo.

Muitas portas e janelas ou não existiam ou estavam quebradas, expondo os trabalhadores ao frio intenso dos meses de junho e julho daquela região, agravado pelo fato de serem oriundos da Bahia, mais precisamente da área da caatinga, caracterizada pelo clima quente.

Pelo mesmo motivo, os trabalhadores ainda ficavam expostos a animais, sobretudo cobras, gambás, aranhas, já que estavam cercados de vegetação.

As camas, quase todas do tipo beliche, tinham colchões extremamente finos. Alguns deles sujos de sangue e com mau cheiro, sem qualquer roupa de cama (lençol, travesseiro e cobertor).

Como não havia refeitório ou qualquer arremedo de refeitório, os trabalhadores tinham que comer os alimentos frios e tinham que contar com a sorte para não azedar. O empregador não foi capaz de armar uma tenda de plástico com uma caixa conservadora e um fogareiro nas proximidades das frentes de trabalho para permitir refeições minimamente dignas.

Não havia banheiro nas frentes de trabalho, tendo os trabalhadores que fazer suas necessidades ali mesmo, no meio do cafezal, onde estavam misturados homens e mulheres.

O fazendeiro não foi capaz de ao menos alugar um banheiro químico, de baixo custo e

fácil transporte por entre os talhões do cafezal. Em rápida pesquisa na *Internet* verifica-se que o aluguel mensal de um banheiro químico varia entre R\$ 125,00 e R\$ 200,00. Para a compra, um banheiro novo custa entre R\$ 1.580 e R\$ 1.880,00.

Ademir não forneceu equipamentos de proteção individual, nem os mais básicos, como luvas e botas. Os trabalhadores é que tiveram de adquiri-los!

Havia fertilizantes, agrotóxicos e venenos armazenados em uma das casas – no quarto ao lado do quarto dos filhos do caseiro – e no galpão, onde também tinha uma máquina de beneficiamento de café, com cheiro de óleo.

Enfim, sem qualquer higiene e salubridade. Na verdade, sem qualquer dignidade.

Embora tenha constado na denúncia que os réus não prestaram socorro a trabalhadores acidentados, vejo que alguns depoimentos negam a ocorrência de qualquer acidente e outros afirmam que foi um acidente sem gravidade, tendo as vítimas sofrido não mais que pequenos arranhões.

Também não se pode olvidar que o crime foi praticado, entre outras vítimas, contra dois adolescentes, já que Uoston de Sousa Vicente, nascido em 27/09/1995 e Paulo Ramos dos Santos, nascido em 13/10/1995, tinham somente 17 anos e, segundo o inciso I do artigo 405 da CLT, ao menor de 18 anos não será permitido o trabalho nos locais e serviços perigosos ou insalubres.

Em um exercício extremamente forçado de acreditar que Assis desembarcou em Ibiraci-MG com três vezes mais o número de trabalhadores solicitados, Ademir, ao aceitar o excedente, poderia (na verdade, deveria), por uma questão de humanidade, providenciar condições mínimas para acolhê-los.

Se as casas não tinham esgoto e nem fossa séptica, que alugasse ou comprasse banheiros químicos. Se não tinha chuveiros, que comprasse e instalasse. Se não tinha água tratada, que comprasse galões ou garrafas. Ou pelo menos filtros de barro! Tudo isso tem custo baixo e não pode ser sonegado a qualquer trabalhador, sobretudo ao trabalhador braçal, que ficava cerca de 11 horas diárias sob o sol, sem uma alimentação minimamente decente.

Os trabalhadores chegaram à fazenda no dia 19/06/2013 e foram resgatados no dia 18/07/2013, de modo que houve tempo hábil para que o empregador ao menos providenciasse itens básicos como os que foram acima mencionados.

Na pior das hipóteses, o empregador deveria ter providenciado estadia em um hotel e o transporte diário à fazenda.

De outro lado, não convence o argumento de Ademir de que as casas estavam em boas condições e que foram os trabalhadores que destruíram. Primeiro porque a única testemunha que disse isso era o filho do caseiro. Segundo, porque o fazendeiro ia lá com frequência e poderia demiti-los ou registrar um boletim de ocorrência pelo crime de dano, o que, confesadamente, não fez.

Ademais, Miguel, em seu interrogatório judicial, primeiramente afirmou que as casas estavam em boas condições e, depois de mostradas as respectivas fotos, não as reconheceu. Ora, as fotos demonstram que as casas são velhas, sendo que a deterioração vista é de longos anos, o que retira qualquer credibilidade das palavras de Ademir e do próprio Miguel.

Enfim, esse conjunto de situações precárias configura, sem qualquer dúvida, as condições degradantes de trabalho que se assemelham ao trabalho escravo, enquadrando-se no tipo penal descrito no artigo 149 do Código Penal.

À toda evidência que muitas outras infrações à legislação trabalhista foram cometidas. Mas, na seara criminal, importam mais essas situações graves que ferem violentamente a

dignidade da pessoa humana, violando, ainda, a liberdade pessoal em relação às condições degradantes do trabalho, não dando alternativas para que os trabalhadores tivessem condições minimamente dignas.

Diante do exposto, não resta qualquer dúvida acerca da autoria por parte de Ademir, pois é o proprietário da fazenda; foi ele quem solicitou a turma de trabalhadores da Bahia; foi ele quem deixou de oferecer condições mínimas de higiene e salubridade para os trabalhadores; foi ele quem deixou de reparar ou ao menos minimizar essas condições degradantes; ele é quem lucraria com a redução dos respectivos custos.

Como já exposto, Assis não tinha qualquer relação com Ademir e acabou assumindo a supervisão dos trabalhos em função do conhecimento que tinha com Miguel. Foi submetido às mesmas condições degradantes de trabalho dos demais trabalhadores e, ainda, foi o único que não recebeu a remuneração. Enfim, não há prova de sua participação, de seu conluio com Ademir na redução dos trabalhadores a condição análoga à de escravo por meio da sujeição a condições degradantes de trabalho.

Com efeito, a presente sentença não destoa da orientação de nossos Tribunais (grifos meus):

Ementa

PENAL. CRIME DE REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. RESTRIÇÃO À LIBERDADE DO TRABALHADOR NÃO É CONDIÇÃO ÚNICA DE SUBSUNÇÃO TÍPICA. TRATAMENTO SUBUMANO AO TRABALHADOR. CONDIÇÕES DEGRADANTES DE TRABALHO. REVALORAÇÃO DA PROVA. FATO TÍPICO.

1. O artigo 149 do Código Penal dispõe que configura crime a conduta de “reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto”.

2. *O crime de redução a condição análoga à de escravo pode ocorrer independentemente da restrição à liberdade de locomoção do trabalhador, uma vez que esta é apenas uma das formas de cometimento do delito, mas não é a única.* O referido tipo penal prevê outras condutas que podem ofender o bem juridicamente tutelado, isto é, a liberdade de o indivíduo ir, vir e se autodeterminar, dentre elas submeter o sujeito passivo do delito a condições degradantes de trabalho. Precedentes do STJ e STF.

3. A reavaliação das premissas fáticas adotadas pelo próprio acórdão impugnado imputa o cenário desumano e degradante de trabalho e a conduta abusiva por parte do recorrente (alojamentos precários, ausência de instalações sanitárias; não fornecimento de equipamento de proteção individual; falta de local adequado para refeições; falta de água potável, etc.), descrevendo situação apta ao enquadramento no crime do art. 149 do Código Penal.

4. Agravo regimental não provido.

(Processo AGRESP 201400639986; Relator Ministro Reynaldo Soares Da Fonseca; STJ; Órgão julgador Quinta Turma; Fonte DJE Data:29/02/2016)

Ementa

PENAL. ART. 149 DO CÓDIGO PENAL. REDUÇÃO DE TRABALHADOR A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO DESMONSTRADOS. TIPICIDADE. READEQUAÇÃO DAS PENAS. *Configura o crime do art. 149 do Código Penal a conduta de reduzir alguém a condição análoga à de escravo, submetendo-o a condições degradantes de sobrevivência e atividade laborativa, tais como: a) alojamento em barracas de lona sem paredes laterais, sem camas ou cobertas, bem como de local adequado para refeições ou instalações sanitárias; b) inexistência de local adequado para guarda*

*de mantimentos, que ficavam expostos, sem refrigeração, bem como da água, armazenada em recipientes usados, de diversos tipos, até mesmo de óleo combustível; c) cobrança pela alimentação em valores que não eram informados claramente aos trabalhadores; d) falta de fornecimento de equipamentos de proteção individual para trabalho perigoso, de corte de madeira; e) falta de registro de empregados; f) utilização de terceiros para arregimentação e contratação de trabalhadores; g) inexistência de transporte regular ou fornecido para a localidade mais próxima, distante cerca de 30 quilômetros, inviabilizando, na prática, a saída dos trabalhadores; h) falta de assistência à saúde, mesmo com a presença de trabalhadora doente, que veio a ser hospitalizada por intervenção da Fiscalização do Trabalho. A redução à condição análoga à de escravo, na forma básica, será criminosa quando consistir em uma das quatro modalidades abaixo: a) submissão a trabalhos forçados; b) submissão a jornada exaustiva; c) sujeição a condições degradantes de trabalho; d) restrição da liberdade de locomoção, em razão de dívida contraída com o empregador. O tipo é misto alternativo, ou de conteúdo variado, configurando-se o crime mediante qualquer das modalidades acima, não se exigindo, necessariamente, a privação da liberdade. Respondem pelo crime tipificado no art. 149 do Código Penal o empregador, prepostos e contratados dos prepostos (empreiteiros e subempreiteiros), que submetem os empregados a condições degradantes de trabalho que ultrapassam o mero descumprimento de normas trabalhistas. Comprovada a materialidade do delito pelos documentos oriundos da fiscalização elaborada pelo Ministério do Trabalho em conjunto com a Delegacia Regional do Trabalho, na qual resultaram em laudo técnico de interdição e em relatório da fiscalização, acompanhado de cópias de fotografias, dos procedimentos adotados ao longo da fiscalização e da quantidade de empregados na época. Também está comprovada a materialidade pela prova oral produzida, consistente nos depoimentos de alguns dos réus, dos auditores que participaram da fiscalização e das vítimas. No delito em questão, a sujeição de mais de cem pessoas a condições desumanas, somada ao fato de ter ocasionado uma exaustiva fiscalização pelo Ministério Público do Trabalho, legítima, na dosimetria da pena, o reconhecimento como desfavorável da circunstância judicial pertinente às consequências do crime. Todavia, exclui-se o trato negativo dessa vetorial, visto que a submissão do trabalhador a condições inadequadas é inerente ao tipo penal, enquanto a quantidade de vítima deve ser considerada na terceira fase da dosimetria (concurso formal) - evitando daí indevido *bis in idem*.*

(Processo ACR 00062512720064047000; Relator José Paulo Baltazar Junior; TRF da 4ª. Região; Órgão julgador Sétima Turma; Fonte D.E. 16/08/2013)

A segunda imputação diz respeito à frustração de direito assegurado por lei trabalhista, previsto no artigo 203 do Código Penal, com a redação dada pela Lei nº 9.777, de 1998:

Art. 203 - Frustrar, mediante fraude ou violência, direito assegurado pela legislação do trabalho:

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

§ 1º. Na mesma pena incorre quem:

I - obriga ou coage alguém a usar mercadorias de determinado estabelecimento, para impossibilitar o desligamento do serviço em virtude de dívida;

II - impede alguém de se desligar de serviços de qualquer natureza, mediante coação ou por meio da retenção de seus documentos pessoais ou contratuais.

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

Primeiramente, observo que se trata de tipo bastante aberto, sendo que as formas derivadas do § 1º trazem grande semelhança com o artigo 149 do Código Penal. Aparenta, na

verdade, ser um tipo mais brando quando as violações aos direitos trabalhistas não alcançam a gravidade do artigo 149, CP.

Dessa maneira, reputo que o enquadramento no artigo 149 do Código Penal absorve o delito do artigo 203 do mesmo diploma legal, porquanto todas as violações aqui reconhecidas se enquadrariam em ambos os tipos penais, não podendo ocorrer *bis in idem*.

Ademais, ainda que por ação do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho, os direitos trabalhistas dos trabalhadores resgatados – e também daqueles que saíram antes – foram plenamente reparados, inclusive com a correção da produtividade com a consideração do balaio regulamentar de 60 litros e com o pagamento de indenização por danos morais.

A esse propósito, vejo que a reparação foi imediata, sendo que o empregador pagou, também, a hospedagem e alimentação em hotel de Franca, enquanto os acertos e as providências burocráticas eram tomadas e o transporte, tanto da viagem de vinda quando a da volta à Bahia.

Diante desse quadro, entendo que tanto Ademir quanto Assis não devem ser responsabilizados pelo delito previsto no artigo 203 do Código Penal.

A última increpação diz com o artigo 207 do Código Penal, ou seja, o crime de aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional, com a redação dada pela Lei nº 9.777, de 1998:

Art. 207 - Aliciar trabalhadores, com o fim de levá-los de uma para outra localidade do território nacional:

Pena - detenção de um a três anos, e multa.

§ 1º. Incorre na mesma pena quem recrutar trabalhadores fora da localidade de execução do trabalho, dentro do território nacional, mediante fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, não assegurar condições do seu retorno ao local de origem.

§ 2º. A pena é aumentada de um sexto a um terço se a vítima é menor de dezoito anos, idosa, gestante, indígena ou portadora de deficiência física ou mental.

O conjunto probatório revela que Ademir, por intermédio de Miguel, solicitou a Assis um grupo de trabalhadores oriundos da Bahia para a colheita de café, por três meses.

A criminalização do aliciamento tem como objetivo evitar o êxodo de trabalhadores de uma região para outra, influenciando, artificialmente, na organização do trabalho de ambas as localidades: a de execução do trabalho e a da residência dos trabalhadores.

Em outras palavras, a lei quer evitar o desequilíbrio econômico dessas populações, porquanto a importação de mão-de-obra mais barata de fora pode levar ao empobrecimento dos trabalhadores do local de execução do trabalho.

Ocorre que essa transferência também pode ser necessária em vista de eventual escassez de mão-de-obra no local de execução do labor, ou mesmo se traduzir em oportunidade de trabalho fora da localidade de residência, o que poderia ser considerado lícito em razão da livre iniciativa.

Logo, o aliciamento, por si só e enquanto fato tipificado na lei penal, deve ser sopesado com muita cautela.

Aliciar significa atrair, seduzir, angariar. É um processo de convencimento, que pode ou não estar contaminado de má-fé, fraude ou interesses escusos encobertos por uma falsa apresentação da realidade.

Como a imputação feita na denúncia não envolve a figura do *caput*, mas, somente a do

§ 1º do artigo 207 do Código Penal, há que se provar a fraude ou cobrança de qualquer quantia do trabalhador, ou, ainda, que não tenha sido asseguradas as condições do seu retorno ao local de origem.

A última figura, desde já deve ser descartada, porquanto a jurisprudência exige que se tenha esgotada a prestação do serviço para se configurar a omissão quanto à assistência ao retorno ao local de origem.

Ademais, não há qualquer elemento que faça ao menos supor que o empregador tivesse qualquer interesse em reter os trabalhadores em sua fazenda e não cumprisse a promessa de garantir a compra das passagens de volta, até porque elas seriam descontadas do pagamento dos trabalhadores, condição aceita por todos.

Ocorre que os trabalhadores foram recrutados com a promessa de bons ganhos, algo que não ocorreria não fosse a atuação eficiente do Ministério do Trabalho e do Ministério Público do Trabalho.

Tanto é verdade que dois trabalhadores saíram antes e receberam remuneração com base na forma fraudulenta de medição do trabalho: a utilização de baldes de 80 litros, quando a norma convencional da região tem como padrão o balaio de 60 litros. Portanto, os trabalhadores resgatados seriam prejudicados como foram os dois que saíram antes, com uma redução de 1/3 na sua produção e consequente remuneração.

E, como já dito, foram remunerados corretamente apenas porque a fiscalização estatal foi eficiente.

É voz uníssona entre as vítimas que a conversa é que a safra estava muito boa, tendo alguns trabalhadores mencionado que foi comentado ser possível a colheita de até 20 balaies por dia, quando se verifica que eram poucos os dias em que se ultrapassava a marca de 9 balaies, conforme as anotações de Assis que se encontram no CD-ROM do relatório do Ministério do Trabalho.

Conforme já examinado nesta sentença, Assis reuniu os trabalhadores com base na conversa que teve, por telefone, com seu antigo amigo e conterrâneo Miguel.

Assis não esteve presente na fazenda antes de vir da Bahia. Miguel confirmou, em seu interrogatório judicial, que o café era bom. Realmente os valores combinados eram aqueles praticados na região. O engodo estava na qualidade do café, pois muitos dos trabalhadores afirmaram que o mesmo estava difícil, custoso para ser colhido, o que diminuiu muito a produtividade.

Ademais, foi prometido o fornecimento dos equipamentos de trabalho, os quais poderiam otimizar a produtividade, o que não aconteceu, sendo que alguns dos trabalhadores acabaram comprando os seus.

De outro lado, foi cobrada dos trabalhadores a passagem de vinda e, segundo o combinado, também seria cobrada a passagem de volta. Assim, configurada a segunda forma prevista no § 1º do art. 207 do Código Penal.

Portanto, o recrutamento se deu mediante fraude e cobrança das passagens, além de equipamentos básicos de segurança (botas, luvas, etc.) e outros itens de responsabilidade do empregador, como chuveiros, fogareiros, gás, etc.

Assim, resta configurado o delito do § 1º do artigo 207, CP.

Quanto a sua autoria, resta claro que Ademir enganou os trabalhadores quando utilizou dos baldes de 80 litros para aferição da produtividade, reduzindo em 1/3 a respectiva remuneração.

Ademir também cobrou pelas passagens e, indiretamente, pelo não fornecimento de equipamentos e utilidades para o desenvolvimento do trabalho.

Miguel enganou os trabalhadores prometendo ganhos maiores, falseando acerca da qualidade da safra.

Assis, embora tenha repassado as informações aos demais trabalhadores, também foi enganado pelas promessas e também teria suas passagens e equipamentos cobrados por Ademir.

Com efeito, o engodo em relação ao tamanho do balaio também repercutia negativamente em sua remuneração, porquanto receberia uma porcentagem ou um valor fixo por balaio colhido. Sendo colhidos menos balaies, menor seria sua comissão. Logo, ele não tinha interesse em enganar os demais trabalhadores.

Portanto, restou configurado o presente crime apenas por Ademir.

Com efeito, tal é a orientação jurisprudencial (grifos meus):

Ementa

PENAL. ALICIAMENTO DE TRABALHADORES E REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO. CÓDIGO PENAL, ARTIGOS 149 E 207. CRIMES CONFIGURADOS. SENTENÇA ABSOLUTÓRIA REFORMADA. RECURSO MINISTERIAL PROVIDO EM PARTE.

1. Comprovada a prática do delito previsto no artigo 149 do Código Penal, é de rigor a reforma da sentença absolutória proferida em primeiro grau de jurisdição.

2. Os réus contrataram trabalhadores procedentes de localidade diversa e distante, para trabalharem na lavoura de cana-de-açúcar, cobrando indevidamente pelas despesas de transporte e condicionando-os a morarem em casa alugada por eles indicada e a comprarem víveres em determinado mercado, procedendo ao desconto dos respectivos valores e entregando-lhes sobre insuficiente, até mesmo, ao custeio do retorno deles à origem. Assim procedendo, os réus geraram quadro de dependência econômica para os trabalhadores e restringiram o direito de locomoção, incidindo, destarte, nas penas do artigo 149 do Código Penal.

3. Evidenciada também a prática, por um dos corréus, do delito previsto no artigo 207, § 1º, do Código Penal, deve ele ser condenado. *A prova revelou que o agente recrutou trabalhadores em localidade diversa daquela em que seria executado o serviço, deles cobrando pelas despesas de transporte e, por conseguinte, contrariando o disposto no artigo 207, § 1º, do Código Penal.*

4. Recurso ministerial parcialmente provido.

(Processo ACR 00054636520044036109; Relator Desembargador Federal Nilton Dos Santos; TRF da 3ª. Região, Órgão julgador Segunda Turma; Fonte e-DJF3 Judicial 1 Data:12/07/2012)

Concluo, portanto, que o acusado *Ademir Andrade de Oliveira* praticou fatos considerados crime pela lei, em desacordo com os mandamentos da ordem jurídica, sendo culpável, pois que era maior de idade, tinha completa consciência da ilicitude de seus atos e dele se poderia exigir conduta diversa. *Assim, deverá submeter-se às penas que passo a individualizar.*

Primeiramente, *com fundamento no art. 149, caput, do Código Penal*, aplico a pena privativa de liberdade na modalidade reclusão mais a pena de multa.

Passo, pois, a estabelecer a quantidade das penas aplicadas.

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, vejo que a culpabilidade, as circunstâncias, os antecedentes, bem como o comportamento das vítimas não trazem nada de especial, digno de nota, não podendo pesar contra o réu.

Embora a quantidade de vítimas implique consequências mais graves, tal circunstância será considerada na terceira fase da dosimetria da pena, dado o concurso formal de crimes.

Assim, fixo a pena-base em dois anos de reclusão.

Não há circunstâncias atenuantes do artigo 65 do Código Penal. Deixo de reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal, pois ao réu é cabível a causa de redução de pena do artigo 16 do Código Penal.

Não há circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do Código Penal. O crime não foi praticado contra crianças e, sim, contra dois adolescentes de 17 anos, circunstância que constitui causa de aumento de pena e será devidamente considerada na fase oportuna.

Portanto, a pena-base fica mantida em dois anos de reclusão.

Reconheço a causa de diminuição prevista no artigo 16 do Código Penal, ou seja, o arrependimento posterior. Como o crime não foi praticado com violência e nem grave ameaça à pessoa, bem como os danos – inclusive os morais – foram integral e imediatamente reparados, a causa de diminuição incide em sua razão máxima, ou seja, em 2/3.

Assim, a pena é diminuída para 8 meses de reclusão.

Incidem duas causas de aumento da pena: uma da parte geral, que é o concurso formal (art. 70, CP), e a outra na parte especial, qual seja, o crime ter sido praticado contra adolescente (art. 149, § 2º, inciso I, CP).

Como foram resgatados 28 trabalhadores em condições degradantes de trabalho, foram cometidos 28 crimes com uma só ação. Assim, tenho que o aumento deva ser no patamar máximo, ou seja, pela metade. Logo, devem ser acrescentados 4 meses à pena.

Como o crime foi praticado, entre outras pessoas, contra dois adolescentes, a pena deve ser aumentada de metade. Portanto, devem ser acrescentados mais 4 meses.

Assim, fixo a pena de reclusão definitivamente em um ano e quatro meses, cujo cumprimento deverá iniciar-se no regime aberto, pois o condenado não é reincidente e sua pena é inferior a quatro anos, consoante estabelece o art. 33, § 2º, letra “c”, do Código Penal.

Substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, nos exatos termos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, considerando que tal substituição é medida suficiente para reeducar o condenado.

Fixo como primeira pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, devendo o réu entregar 16 (dezesesseis) cestas básicas do Modelo Construção Civil (mínimo 35kg) a entidades assistenciais idôneas definidas pelo MM. Juízo das Execuções Penais, podendo tal entrega ser feita de uma só vez ou parceladamente, desde que dentro do prazo de 16 (dezesesseis).

Fixo como segunda pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, devendo o réu entregar 16 colchões de solteiro, densidade 33, a entidades assistenciais idôneas definidas pelo MM. Juízo das Execuções Penais, podendo tal entrega ser feita de uma só vez ou parceladamente, desde que dentro do prazo de 16 (dezesesseis) meses.

No tocante à pena de multa, considerando as circunstâncias judiciais minuciosamente analisadas, fixo-a em 10 dias-multa. Cada dia-multa é fixado em 1/2 salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do condenado, tudo sem olvidar do caráter punitivo dessa pena. Deverá ser considerado o salário mínimo vigente ao tempo da prisão em flagrante, com a devida atualização monetária.

Agora, com fundamento no art. 207, § 1º c/c § 2º, do Código Penal, aplico a pena privativa de liberdade na modalidade detenção mais a pena de multa.

Passo, pois, a estabelecer a quantidade das penas aplicadas.

Considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, vejo que a culpabilidade, as

circunstâncias, os antecedentes, bem como o comportamento das vítimas não trazem nada de especial, digno de nota, não podendo pesar contra o réu.

Embora a quantidade de vítimas implique consequências mais graves, tal circunstância será considerada na terceira fase da dosimetria da pena, dado o concurso formal de crimes.

Assim, fixo a pena-base em hum ano de detenção.

Não há circunstâncias atenuantes do artigo 65 do Código Penal. Deixo de reconhecer a incidência da atenuante prevista no art. 65, inciso III, alínea “b”, do Código Penal, pois ao réu é cabível a causa de redução de pena do artigo 16 do Código Penal.

Não há circunstâncias agravantes previstas no art. 61 do Código Penal. O crime não foi praticado contra crianças e, sim, contra dois adolescentes de 17 anos, circunstância que constitui causa de aumento de pena e será devidamente considerada na fase oportuna.

Portanto, a pena-base fica mantida em hum ano de detenção.

Reconheço a causa de diminuição prevista no artigo 16 do Código Penal, ou seja, o arrependimento posterior. Como o crime não foi praticado com violência e nem grave ameaça à pessoa, bem como os danos – inclusive os morais – foram integral e imediatamente reparados, a causa de diminuição incide em sua razão máxima, ou seja, em 2/3.

Assim, a pena é diminuída para 4 meses de detenção.

Incidem duas causas de aumento da pena: uma da parte geral, que é o concurso formal (art. 70, CP), e a outra na parte especial, qual seja, o crime ter sido praticado contra menor de 18 anos (art. 207, § 2º, CP).

Como foram aliciados 28 trabalhadores, foram cometidos 28 crimes com uma só ação. Assim, tenho que o aumento deva ser no patamar máximo, ou seja, pela metade. Logo, devem ser acrescentados 2 meses à pena.

Como o crime foi praticado, entre outras pessoas, contra dois menores de 18 anos, a pena deve ser aumentada de metade. Portanto, devem ser acrescidos mais 2 meses.

Assim, fixo a pena de detenção definitivamente em oito meses, cujo cumprimento deverá iniciar-se no regime aberto, pois o condenado não é reincidente e sua pena é inferior a quatro anos, consoante estabelece o art. 33, § 2º, letra “c”, do Código Penal.

Substituo a pena privativa de liberdade por uma pena restritiva de direitos, nos exatos termos do art. 44, incisos I, II e III, do Código Penal, considerando que tal substituição é medida suficiente para reeducar o condenado.

Fixo como pena restritiva de direitos a prestação pecuniária, devendo o réu entregar 16 (dezesseis) jogos de lençóis (de três peças cada) a entidades assistenciais idôneas definidas pelo MM. Juízo das Execuções Penais, podendo tal entrega ser feita de uma só vez ou parceladamente, desde que dentro do prazo de 16 (dezesseis) meses.

No tocante à pena de multa, considerando as circunstâncias judiciais minuciosamente analisadas, fixo-a em 10 dias-multa. Cada dia-multa é fixado em 1/2 salário mínimo, tendo em vista a situação econômica do condenado, tudo sem olvidar do caráter punitivo dessa pena. Deverá ser considerado o salário mínimo vigente ao tempo da prisão em flagrante, com a devida atualização monetária.

Diante dos fundamentos expostos, *julgo*:

1 – *extinta a punibilidade de Miguel Ferreira de Almeida*, tendo em visa a sua morte comprovada às fls. 778, o que faço nos termos do artigo 107, inciso I, do Código Penal;

2 – *improcedente a presente ação penal em relação a Francisco Raimundo Cassimiro*,

absolvendo-o de todas as acusações feitas nestes autos, o que faço nos termos do artigo 386, V, do Código de Processo Penal;

3 – *parcialmente procedente a presente ação penal em relação a Ademir Andrade de Oliveira*, para condená-lo a um ano e quatro meses de reclusão, a iniciar-se no regime aberto, substituída por duas penas restritivas de direito acima especificadas, mais 10 dias-multa, cada um no valor de 1/2 salário mínimo, por ter praticado o crime previsto no artigo 149, *caput*, c/c § 2º, inciso I, do Código Penal; bem ainda para condená-lo a oito meses de detenção, a iniciar-se no regime aberto, substituída por uma pena restritiva de direito acima especificadas, mais 10 dias-multa, cada um no valor de 1/2 salário mínimo, por ter praticado o crime previsto no artigo 207, § 1º c/c § 2º do Código Penal.

Após o trânsito em julgado da sentença, seu nome deverá ser lançado no rol dos culpados. O condenado poderá apelar em liberdade, pois, tecnicamente, é primário e tem bons antecedentes. Ademais, conforme jurisprudência do STF, toda prisão antes do trânsito em julgado tem natureza cautelar, de modo que, no presente caso, não vislumbro a necessidade de sua imposição.

P.R.I.C. Franca, 07 de abril de 2017.

Juiz Federal MARCELO DUARTE DA SILVA

PROCEDIMENTO COMUM

0010569-86.2015.4.03.6120

Autores: JUDITE DO CARMO PESSOA E OUTROS

**Réus: DEPARTAMENTO NACIONAL DE INFRAESTRUTURA DE TRANSPORTES
- DNIT E UNIÃO**

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/12/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por Judite do Carmo Pessoa, Genilzo do Carmo Pessoa, Elqui Maria da Silva Pessoa, Gilson do Carmo Pessoa, Sabrina Antunes Pessoa, Dinéia do Carmo Pessoa de Souza, Márcio Alexandre de Souza, Jailma do Carmo Pessoa e Josiane do Carmo Pessoa contra o Departamento Nacional de Infraestrutura de Transportes — DNIT e a União, por meio do qual os autores buscam a condenação dos réus ao pagamento de indenização por danos materiais e morais decorrentes da morte de José Ribeiro Pessoa. O falecido era esposo, pai e sogro dos demandantes, e em 06/05/2015 caiu em um poço localizado em terreno que pertence ao DNIT, vinculado à rede ferroviária, e onde se localizava a antiga estação férrea Tutoia.

Segundo a inicial (fls. 2-15, acompanhada dos documentos das fls. 16-120), José Ribeiro trabalhava nas imediações, e teria adentrado o terreno no horário de almoço para colher frutas, como era costume dele e de seus colegas. O terreno em questão apresentava estado de abandono, com vegetação alta e várias falhas na cerca que permitiam o livre acesso de qualquer pessoa. Contudo, o problema mais grave é que o local possui poços profundos que não são sinalizados e estão precariamente cobertos, apenas por vegetação e tábuas podres. José Ribeiro caiu num desses poços e acabou falecendo por asfixia mecânica. Estima-se que o acidente ocorreu no início da tarde, porém seu corpo só foi encontrado cerca de cinco horas depois.

Na visão dos autores, os réus são responsáveis pela morte de José Carlos, dado que a causa do acidente foi o desleixo na conservação do local onde ocorreu o crime, em especial pela falta de tampa nos poços existentes no local, falha que está na linha de desdobramento do evento danoso, destacando que a hipótese é de responsabilidade objetiva. Ainda de acordo com a inicial, os danos morais dos autores são evidentes e devem ser ressarcidos por meio de indenização a ser arbitrada pelo juiz. Ponderam também que como José Carlos era o provedor do lar, sua esposa faz jus a pensão de um salário mínimo, a ser paga desde a data do evento danoso até a data em que o falecido completaria 65 anos.

A contestação do Departamento Nacional de Infraestrutura de Transporte — DNIT foi juntada às fls. 130-142 e veio acompanhada dos documentos encartados às fls. 143-174. De largada, o réu sustentou a ilegitimidade dos autores que não são herdeiros diretos de João Carlos, no caso os cônjuges dos filhos do falecido. No mérito, argumentou que a área da antiga estação de Tutoia encontra-se, como se encontrava à época dos fatos, cercada e com várias placas indicando que aquela área pertence ao Governo Federal e que é proibida a entrada de pessoas não autorizadas pelo DNIT. Logo, o acidente com João Carlos só ocorreu da forma que ocorreu porque a vítima, de forma consciente, descumpriu a proibição de ingresso no terreno. Segundo o réu, o evento ocorreu por culpa exclusiva da vítima, de modo que não há nexo causal entre a suposta omissão do DNIT na guarda e conservação do terreno — alegação dos autores que o réu também repele — e o evento danoso. Com base nisso, requereu o julgamento

de improcedência do pedido ou, alternativamente, que se reconheça a culpa concorrente da vítima como elemento para calibrar a indenização devida a título de danos morais. Insurgiu-se contra o pedido de fixação de pensão, sob o argumento de que “... o pagamento de pessoal do DNIT somente pode ser efetuado para os servidores da autarquia federal que são admitidos no seu quadro mediante a aprovação em concurso de provas e títulos”.

Em contestação (176-184), a União começou levantando a sua ilegitimidade, bem como a dos cônjuges dos filhos de João Carlos. No mérito, argumentou que a responsabilidade dos órgãos públicos com o acidente que vitimou João Carlos decorre de conduta omissiva — desleixo na guarda e conservação do terreno onde se passaram os fatos — hipótese em que o caso se resolve pelas regras da responsabilidade subjetiva. Defendeu que no caso não foi comprovada a culpa da Administração, sendo que o desfecho resulta de imprudência da própria vítima.

Em réplica (fl. 188-194) os autores se insurgiram contra a preliminar de ilegitimidade ativa. Argumentou que “... os cônjuges dos herdeiros-filhos da vítima devem permanecer no polo em questão, tendo em vista que todos são casados no Regime de Comunhão Parcial de Bens e, qualquer indenização porventura devida a eles, seus respectivos cônjuges terão direito a esta”. No mais, revisitaram as questões articuladas na inicial, destacando que o rompimento de cerca a que alude o réu DNIT não foi causado pela vítima, e nem foi por essa via que João Carlos ingressou no terreno. Na verdade, esse rompimento foi providenciado pelos bombeiros que atenderam a ocorrência, a fim de facilitar a retirada do cadáver. Juntaram fotografias que teriam sido tiradas no dia dos fatos (fls. 195-231) e certidão de sinistro emitida pelo Corpo de Bombeiros (fl. 233).

Com vista, o DNIT disse que os documentos não infirmam a tese de defesa do órgão (fl. 236), ao passo que a União (fls. 237-239) insistiu na preliminar de ilegitimidade.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Começo pelo exame das preliminares de ilegitimidade passiva arguida por ambos os réus e de ilegitimidade passiva levantada pela União, sendo que ambas devem ser acolhidas.

De fato, como bem observado pelos réus, os cônjuges dos filhos de João Carlos não são seus herdeiros diretos, de modo que não possuem legitimidade para pleitear indenização decorrente de sua morte. A simples circunstância de os filhos de João Carlos serem casados em regime de comunhão parcial de bens não torna os respectivos cônjuges titulares do direito que está em jogo nesta ação, sequer na perspectiva da solidariedade entre os consortes. Por conseguinte, em relação aos autores Elqui Maria da Silva Pessoa, Sabrina Antunes Pessoa e Márcio Alexandre de Souza a ação deve ser extinta sem resolução de mérito, nos termos do art. 485, VI do Código de Processo Civil.

A narrativa da inicial não deixa dúvida de que o acidente que vitimou João Carlos ocorreu em terreno do DNIT, e que o evento teria sido causado pela falha do órgão na conservação do imóvel. Logo, como o DNIT possui personalidade jurídica e não há qualquer elemento que vincule a morte de João Carlos à União, esta também é parte ilegítima para integrar o feito. Sendo assim, quanto à União o feito deve ser extinto sem resolução do mérito, também com fundamento no art. 485, VI do CPC.

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

Inicialmente destaco que o evento que deflagrou o abalo moral que os autores buscam ver indenizado é fato incontroverso. Os documentos que instruem a ação comprovam a morte de José Ribeiro Pessoa, marido e pai dos autores. Conforme se depreende das peças do inquérito

policial instaurado para apurar as circunstâncias da morte, no início da tarde de 06/05/2015, durante seu horário de almoço, José Ribeiro ingressou no terreno do DNIT que compreende o complexo da antiga estação férrea do Tutoia, e circulando por ali acabou caindo em um poço profundo, vindo a morrer por asfixia.

A narrativa desse trágico episódio revela que o dano é incontestável. Subitamente os autores se viram desfalcados da companhia do marido e do pai, que de manhã saiu para trabalhar e dali a cerca de seis horas encontrou a morte num acidente dos mais estúpidos. Dito em uma linha, o dano moral veiculado nesta ação é daqueles que prescindem de demonstração.

Resta saber se de alguma forma o DNIT concorreu para a ocorrência do dano, e nisso reside a maior dificuldade a ser superada nesta sentença.

Na visão dos autores, o estado de abandono da área onde ocorreu o acidente (a cerca estava rompida em diversos pontos, o mato estava alto e o poço estava coberto de forma precária) contribuiu de forma decisiva para a ocorrência do fato. E como a conservação desse espaço compete ao DNIT, este deve ser responsabilizado pelos danos morais suportados pela esposa e filhos da vítima fatal.

Por outro lado, o DNIT argumenta que o desastre só ocorreu porque a vítima ingressou em área proibida, tendo ciência de que não poderia circular naquele local, conforme advertiam as várias placas colocadas pelo órgão. O réu destacou que o local está cercado, o que faz supor que para ter acesso ao terreno José Carlos rompeu a cerca. Em uma linha, o DNIT defende que o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, de modo que o órgão não pode ser responsabilizado pela morte de José Carlos.

Pois bem.

O desenho dos fatos que sustentam a pretensão dos autores revela que a ação trata da hipótese de responsabilidade da Administração em decorrência de ato omissivo, qual seja: o dever de vigiar e conservar o patrimônio público. E em se tratando de responsabilidade por ato omissivo, deve-se investigar a natureza da omissão, se genérica ou específica. É o resultado desse exame que informará se a Administração pode ou não ser responsabilizada pela prática do ilícito.

A propósito da distinção entre omissão genérica e omissão específica, a lição de Sérgio Cavalieri Filho:

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 roda 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 de 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, por omissão sua, crie a situação propícia para a ocorrência do evento em situação que tinha o dever de agir para impedi-lo. Assim, por exemplo, se o motorista embriagado atropela e mata pedestre que estava na beira da estrada, a Administração (entidade de trânsito) não poderá ser responsabilizada pelo fato de estar esse motorista ao volante sem condições. Isso seria responsabilizar a Administração por omissão genérica. Mas se esse motorista, momentos antes, passou por uma patrulha rodoviária, teve o veículo parado, mas os policiais, por alguma razão, deixaram-no prosseguir viagem, aí já haverá omissão específica que se erige em causa adequada do não impedimento do resultado. Nesse segundo caso haverá responsabilidade objetiva do Estado.

Outro exemplo: veículo muito velho, sem condições normais de trânsito, causa acidente por defeito de freio ou falta de luz na traseira. A administração não pode ser responsabilizada pela omissão genérica. Mas se esse veículo foi liberado numa vistoria, ou passou pelo posto de fiscalização sem problemas, aí já teremos omissão específica.

Em suma, no caso de omissão é necessário estabelecer a distinção entre estar o Estado obrigado a praticar uma ação, em razão de específico dever de agir, ou ter apenas o dever de evitar resultado. Caso esteja obrigado a agir, haverá omissão específica e a responsabilidade será objetiva; será suficiente para a responsabilização do Estado a demonstração de que o dano decorreu da sua omissão. (Programa de responsabilidade civil. 9 ed. — São Paulo: Atlas, 2010, p. 252.)

Descendo para a hipótese dos autos, começo pela análise do local onde se passaram os fatos, no caso o terreno da Estação Ferroviária do Tutoia. Esse imóvel já foi palco de diversas ações de caráter possessório que tramitaram neste juízo. É que a despeito de ser área federal e necessária sob o ponto de vista operacional para a construção do anel ferroviário de Araquara, o terreno onde há muitos anos funcionou a Estação Ferroviária do Tutoia servia de moradia para dezenas de famílias, que ali levantaram suas casas ou ocuparam imóveis construídos para atender as demandas da rede ferroviária. Parte dessas famílias era de ferroviários ou seus descendentes, e parte de invasores que foram tomando conta do espaço. Depois de muito esforço, construiu-se uma solução para a desocupação do terreno; as famílias que preenchiam determinados requisitos (longo tempo de ocupação, condições econômicas que os classificavam como aptos a programas sociais de moradia, entre outras condições) foram inseridas em programas habitacionais do município e realocadas em outros imóveis; as que não se enquadravam nos critérios do programa de desocupação (por exemplo, porque não atendiam aos critérios socioeconômicos do programa municipal de habitação ou que haviam invadido o terreno após a primeira decisão que determinou a reintegração da posse) tiveram um prazo razoável para procurar outro local para residir e receberam suporte para mudança. Após a retirada dos últimos ocupantes, o DNIT cercou o terreno, derrubou algumas construções e selou outras que estão sendo objeto de avaliação na perspectiva do interesse do valor histórico do conjunto arquitetônico da Estação Ferroviária do Tutoia.

Segundo a inicial, José Ribeiro ingressou no terreno por meio de uma das falhas existentes na tela que cerca o terreno, com o propósito de colher frutas num pomar ali existente, como era hábito dele e de seus colegas de trabalho. Essa justificativa se mostra crível, porém não está demonstrada por qualquer elemento, de modo que deve ser encarada como mera suposição. De toda sorte, o que levou José Ribeiro a ingressar no terreno do DNIT é o de menos; mais importante que isso é definir como José Ribeiro adentrou no terreno e se ele tinha conhecimento de que esse acesso era vedado.

Pelo que se depreende dos documentos juntados aos autos, sobretudo das fotografias tiradas no local no dia dos fatos, o terreno do DNIT encontrava-se cercado e com sinalizações alertando da proibição de acesso sem autorização, uma vez que se trata de área do Governo Federal. Sucede que a cerca estava rompida em alguns pontos, e certamente foi por um desses acessos que José Ribeiro ingressou no terreno.

Oportuno abrir um parêntese para registrar que em sua contestação o DNIT aponta que “... da documentação colhida pelo Inquérito Policial há robustas evidências de que a própria vítima teria cortado o alambrado que cerca a propriedade do DNIT para permitir sua entrada, o que, sem dúvida alguma, configura no mínimo o delito de dano previsto no art. 163 do código penal”. Ao que parece, o rompimento a que o réu se refere é aquele retratado na fotografia

da fl. 207, e que é o mesmo da primeira imagem do exame pericial do local, feito pela Polícia Civil logo depois da localização do corpo (fl. 95):



Sucedede que a afirmação do DNIT está equivocada, e isso por duas razões. A primeira é que não há prova de que José Ribeiro tenha danificado a cerca para ter acesso ao terreno, de modo que essa afirmação não passa de especulação. E a segunda porque está comprovado que não foi por ali que a vítima ingressou no terreno, pois essa abertura foi providenciada pelos bombeiros para facilitar a retirada do cadáver, conforme informado na certidão de sinistro juntada à fl. 233.

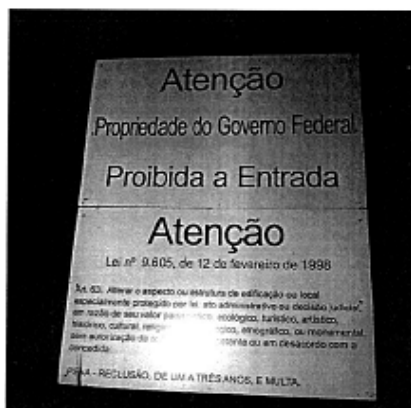
Os autores também sustentam que o terreno encontrava-se em estado de abandono, com o mato tomando conta, o que também está suficientemente demonstrado nas fotografias que acompanham a inicial e aquelas juntadas às fls. 195-231. No entanto, levando em consideração que o terreno não era utilizado diretamente para as operações da linha férrea, não estava aberto à visitação pública (antes pelo contrário: havia diversas placas alertando da proibição de ingresso) não havia obrigação do proprietário em manter a área limpa.

De qualquer forma, tenho por incontroverso que a tela de proteção do terreno do DNIT apresentava falhas que permitiam o acesso de qualquer pessoa, bem como que essa vulnerabilidade contribuiu para a ocorrência do fato, embora não tenha sido determinante para o desfecho.

A avaliação da omissão estatal em casos como o ora analisado deve ser feita com os pés no chão e os olhos postos na realidade. Nessa perspectiva, não há como exigir do DNIT que mantenha vigilância constante sobre todos os bens de seu patrimônio, em especial em áreas ociosas, onde não exerce atividade operacional. De mais a mais, ao que parece a cerca apresentava falhas pontuais, com rompimentos da tela aqui e ali, por certo suficientes para o acesso de invasores, mas que não denotava um cenário de completo abandono. Tampouco há elementos que permitam concluir que antes do fato o DNIT tomou conhecimento de que o alambrado apresentava falhas e que pessoas não autorizadas estavam circulando pelo terreno, hipótese que, se restasse comprovada, poderia convolar a omissão genérica em omissão específica.

Além disso, embora a cerca apresentasse algumas falhas, as imagens das fls. 99, 170

(frente e verso), 171 (verso) e 172 comprovam a existência de várias placas informando, de forma clara e ostensiva, que a área pertence ao Governo Federal e que é “*Proibida a Entrada*”; as placas também reproduzem o art. 63 da Lei 9.605/1998, que tipifica crime contra o patrimônio cultural, dando especial destaque à pena cominada. A propósito disso, reproduzo imagem contida no laudo de exame pericial do local do acidente, que focaliza a placa existente nas imediações do poço onde José Ribeiro caiu:



De mais a mais, a cerca é um símbolo universal de indicação de posse, de modo que sua mera existência, ainda que danificada em alguns pontos, é o que basta para avisar a quem quer que seja que estranhos não são bem-vindos. Aliás, o conceito de propriedade privada surgiu quando o primeiro sujeito achou por bem delimitar uma área com pedras e a partir daí vedar o livre ingresso de quem não fosse de sua grei, arvorando-se na condição de *proprietário* (palavrinha que deve ter sido inventada nesse contexto) daquele pedaço de chão que até aquele momento pertencia a todos. Desde então se sabe que uma cerca é um sinal de que a presença de estranhos é vedada; e quando esse símbolo é complementado por placas contendo avisos ostensivos de que a entrada é proibida, o recado fica ainda mais claro.

Os autores sustentam que “De onde a vítima estava trabalhando *tinha-se a nítida impressão de tratar-se de uma única propriedade* — a que ele trabalhava — e, portanto, ele não estaria invadindo nenhuma propriedade particular, uma vez que não podia visualizar com clareza, a cerca lindeira, sequer um alambrado nunca existente no local de divisa e onde se apoia a contestação das partes (fls. 189-190)”.

Essa assertiva não encontra respaldo nos autos. Tanto o terreno estava aramado que os bombeiros se viram na contingência de romper a cerca para facilitar a retirada do corpo. Além disso, o exame pericial realizado pela Polícia Civil informa que o terreno é cercado:

2) DO LOCAL/EXAMES PRELIMINARES

Apresentou interesse pericial específico uma área composta por vegetação de médio e grande porte, *vedada por cerca do tipo alambrado* e posicionada ao lado esquerdo da Rua Tutóia (composta por pavimentação de terra e apresentando desenvolvimento topográfico em reta e praticamente nível), na altura do “Grêmio da IESA”, considerando-se o sentido de tráfego Américo Brasiliense – Centro. Inicialmente observou-se que *parte do alambrado que vedava a área de interesse pericial se apresentava cortado, permitindo o acesso ao interior do local.* (grifei)

A existência de divisa ostensiva entre os terrenos é confirmada pelas imagens que instruem a inicial, e que segundo os autores foram produzidas no dia dos fatos. Nesse sentido, reproduzo as fotografias das fls. 80, 81, 82 e 86:



Por aí se vê que a sequência de fatos que resultaram na queda de José Ribeiro vítima no poço se desencadeou a partir do momento em que a vítima invadiu o terreno do DNIT, tendo consciência — seja pelas placas, seja pela simples existência da cerca de proteção — de que a entrada naquela área era proibida. Ou seja, a raiz do incidente está diretamente relacionada à falta de cumprimento de regra clara e objetiva de vedação de ingresso no local, que presumivelmente chegou ao conhecimento de José Ribeiro, circunstância que afasta a responsabilidade do DNIT quanto ao infortúnio.

Em suma, o que se tem é um evento de dimensões trágicas, tanto para a vítima quanto para seus familiares, mas que não permite entrever a existência de responsabilidade imputável ao DNIT. Com efeito, as presunções e indícios apontados contra o réu no que toca à conservação da cerca e vigilância do local não são, no caso, aptas a demonstrar a existência de negligência da autarquia que configure culpa.

Tudo somado, impõe-se a rejeição do pedido.

III — DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo o feito EXTINTO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, por ilegitimidade, (art. 485, VI do CPC) em relação aos autores Elqui Maria da Silva Pessoa, Sabrina Antunes Pessoa e Márcio Alexandre de Souza e também quanto à ré União. No mais, julgo o pedido IMPROCEDENTE, extinguindo a ação com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do CPC.

Condeno os autores ao pagamento das custas e de honorários de advogado, que fixo em 10% do valor atribuído à causa para cada réu. Contudo, fica suspensa a exigibilidade das custas e dos honorários enquanto persistirem as condições que ensejaram a concessão da assistência judiciária gratuita.

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

Araraquara, 26 de outubro de 2016.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM**0000194-56.2016.4.03.6131**

Autora: MARIA JOSÉ CHAGAS DE OLIVEIRA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BOTUCATU - SP

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/04/2017

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum (antigo rito ordinário), com pedido de antecipação de tutela, objetivando compelir a ré a fornecer para a autora o medicamento necessário ao tratamento de sua enfermidade. Alega, em síntese, que é portadora de Hemoglobinúria Paroxística Noturna – HPN, desde 1985, de quadro progressivo, com diversas intercorrências e agravos à saúde, os quais vêm se arrastando por vários anos, tratados de acordo com a terapêutica oficial do SUS. Quer se utilizar, para o tratamento da doença, do medicamento SOLIRIS® (Eculizumab), produzido no exterior, e ainda não homologado para uso e administração pela ANVISA. Junta documentos às fls. 35/152.

Pedido de liminar indeferido pela decisão que consta de fls. 184/188. Tal decisão restou fustigada por recurso de agravo, manejado sob a forma de instrumento, ao qual se agregou liminar para a finalidade de determinar à ré o imediato fornecimento do medicamento à requerente, sob pena de multa diária de R\$ 1.000,00 (cf. decisão de fls. 238/245).

Devidamente citada, fls. 264/265-vº, a UNIÃO FEDERAL aduz, à guisa de preliminar, a inexistência de prova fidedigna quanto à indicação do medicamento em favor da requerente, a não juntada dos documentos determinados na decisão liminar. No mérito, argumenta que o SUS oferece tratamento para a moléstia de que padece a requerente, enalteceu os efeitos colaterais indesejáveis da administração dessa droga, bem assim o elevado custo do medicamento para os cofres públicos, bem assim ressoou que o acatamento do pedido levaria a situações não previstas em lei. Pugnou pela rejeição dos pedidos iniciais.

Réplica às fls. 269/294.

Designada perícia médica para avaliação do estado de saúde da paciente, bem assim da proposta terapêutica proposta na inicial, sobrevém laudo médico-pericial conclusivo anexado às fls. 319/322 do presente caderno processual.

Manifestação da autora sobre o laudo às fls. 330/331 e da ré às fls. 327/328.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.**Decido.*

Preliminarmente será necessário reafirmar, nesta sede, a legitimidade passiva da contestante, no que o entendimento firmado no âmbito do Colendo SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, reconhece, para estes tipos de ações, a *legitimidade passiva ad causam* seja de órgão político federal, seja estadual ou municipal. Com efeito, decidiu aquele Egrégio Sodalício que, em tema de fornecimento de medicamentos para tratamento médico, configura-se a *responsabilidade solidária* de todos os entes federativos, ostentando legitimidade para responder a ação não só os Municípios, mas também Estados, o Distrito Federal e a União.

De fato:

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL – FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS – TRATAMENTO MÉDICO – SUS – RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERATIVOS.

1. O funcionamento do Sistema Único de Saúde – SUS – é de responsabilidade solidária da União, Estados-Membros e Municípios, de modo que qualquer dessas entidades têm legitimidade *ad causam* para figurar no pólo passivo de demanda que objetiva a garantia do acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros.

2. Recurso Especial provido.

[Resp 771537-RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 15/09/2005, DJU 03.10.2005, p. 237].

O que, aliás, é plenamente consentâneo com a disposição normativa do art. 23 da Constituição Federal, que outorga competência comum à União, aos Estados, ao Distrito Federal, e aos Municípios, para, entre outras:

(inciso) II – *cuidar da saúde* e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência.

Daí porque, com fundamento em tais conclusões, é de prefigurar-se a legitimidade passiva *ad causam* da ré.

As demais preliminares suscitadas pela União se confundem com o mérito da demanda, e serão analisadas no momento oportuno deste julgado. Encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento, porque todas as provas necessárias ao deslinde do feito já se acham presentes, não havendo nenhuma outra sido requerida pelas partes.

O DIREITO À SAÚDE. POSIÇÃO JURISPRUDENCIAL.

É, deveras, indiscutível o direito à saúde ostentado por todos os cidadãos, que compõem este sistema universal, a cargo primordialmente do Estado, e que compreende a assistência à saúde em sentido amplo.

Neste sentido, a Carta Política de 1988 proclama, dentre outros direitos, a garantia de inviolabilidade do direito à vida, direito subjetivo inalienável, estabelecendo a saúde como direito social de eficácia plena e imediata, e determinando, especificamente quanto à prestação de serviços de atendimento à saúde da população, que a União e o Estado ofereçam cooperação técnica e financeira ao Município.

Prescreve a Carta que a saúde é um direito de todos e um dever do Estado, o qual por meio de políticas sociais e econômicas deverá proporcionar o acesso da população às ações e serviços visando à consecução desse direito.

Nesse sentido, aliás, já se posicionou a Excelsa SUPREMA CORTE, mediante no despacho proferido pelo E. MINISTRO CELSO DE MELLO, nos autos da Medida Cautelar PETMC-1246/SC:

Entre proteger a inviolabilidade do direito à vida, que se qualifica como direito subjetivo inalienável assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, *caput*), ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendendo – uma vez configurado esse dilema – que razões de ordem ético-jurídica impõem ao julgador uma só e possível opção: o respeito indeclinável à vida.

Em diversos precedentes, o STF assim tem se posicionado sobre o tema, valendo destacar o julgado seguinte:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MEDICAMENTOS: FORNECIMENTO A PACIENTES CARENTES: OBRIGAÇÃO DO ESTADO.

I – Paciente carente de recursos indispensáveis à aquisição dos medicamentos de que necessita: obrigação do Estado em fornecê-los. Precedentes.

II – Agravo não provido.

(STF – 2ª Turma – Ag, Reg, no A.I. nº 486.816-1/RJ – Min. Carlos Velloso – julgado em 12/04/2005, unânime.).

Atento aos ditames da Carta Política de 1988, o Sistema Único de Saúde, instituído pela Lei nº 8.080/90, prevê a assistência integral à saúde, de forma individual ou coletiva, de modo a atender cada caso, observada a particularidade necessária, *em todos os níveis de complexidade*.

Oportuno frisar, nesse momento, que as normas que regulam a garantia de direitos fundamentais não podem ser consideradas como programáticas, de forma que, em havendo regulamentação legislativa, esta em nada lhes acrescentará na sua essência, mas tão somente poderá proporcionar condições de exercício desses direitos.

Contudo, ainda que se entenda que o *art. 196 da CF* possua natureza programática, necessitando para sua aplicação a respectiva complementação legislativa, tal óbice já restou superado, diante da edição da *Lei n. 8.080/90*, a qual, especialmente em seu *art. 6º, I*, incluiu no campo de atuação do SUS “a execução de ações de assistência terapêutica integral, inclusive farmacêutica”.

Nesse contexto, não há como fugir à constatação de que, diante da excelência do direito fundamental à saúde, que é corolário lógico do direito à vida previsto na Carta, a norma infraconstitucional jamais poderia ter o condão de restringir a fruição desse direito, em decorrência de qualquer objeção de natureza técnica ou burocrática do Poder Público.

É certo que a esmerada posição doutrinária quer fazer crer que, dentro de uma estrutura “*de rede regionalizada e hierarquizada*” (cf. *art. 198 da CF*) a responsabilidade pelo fornecimento direto de medicamentos ao cidadão que dela necessitasse ficaria a cargo exclusivo do Município, que seria, então, o único detentor de competência para isso.

Só que essa leitura, *data venia* do entendimento dos que pensam assim, desconsidera os preceitos basilares sobre o qual o sistema de saúde se assenta, mormente aquele que atribui *aos três entes federados a competência para prover a saúde da população*.

Se há negligência no fornecimento de medicamentos por parte de uma entidade da federação, seja ela qual for, não pode a outra se escudar em razões de competência administrativa para deixar de cumprir o comando constitucional, relegando o cidadão ao desamparo.

No ponto, vale o recurso à lição do emérito jurista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

(...) o ser humano é a única razão do Estado. O Estado está conformado para servi-lo, como instrumento por ele criado com tal finalidade. Nenhuma construção artificial, todavia, pode prevalecer sobre os seus inalienáveis direitos e liberdades, posto que o Estado é um meio de realização do ser humano e não um fim em si mesmo.

(“Caderno de Direito Natural – Lei Positiva e Lei Natural”, nº 1, 1ª edição, Centro de Estudos Jurídicos do Pará, 1985, p. 27).

Por outro lado, em tema de interpretação da legislação infraconstitucional, deve sempre

se ter a lição do eminente jurisconsulto português J.J. GOMES CANOTILHO, que, na análise propedêutica que realiza sobre a normatividade constitucional, extrai do texto da Constituição, uma força normativa, isto é, um vetor interpretativo da ordem jurídica a partir do qual todas as demais regras do ordenamento devem ser interpretadas.

Citando o aclamado mestre lusitano, ALEXANDRE DE MORAES ensina que esse princípio cardeal da interpretação consiste no seguinte:

(princípio) da força normativa da Constituição: entre as interpretações possíveis deve ser adotada a que garanta maior eficácia, aplicabilidade e permanência das normas constitucionais. [Direito Constitucional, 12^a ed., São Paulo: Atlas, 2002, p. 45].

Sendo dessa forma, ainda que hipoteticamente se pudesse conceber uma dupla interpretação para os textos regulativos do sistema de prestação e conservação de saúde pública, uma reforçada visão constitucional sobre o tema excluiria a exegese que leva a uma repartição rígida de competências, que privilegia a mentalidade burocrática do Estado em detrimento do cidadão.

Nesse sentido também, a posição externada por RICARDO NAKAHIRA, Eminent Pro-curator da República, que, sobre o tema, assim enfoca esta delicada questão, *verbis*:

A negativa ou a omissão do Estado em prestar atendimento à população carente, que não possui, por exemplo, meios para a compra de medicamentos necessários à sua sobrevivência é prática ilegal, e a jurisprudência vem se fortalecendo no sentido de emitir preceitos pelos quais os necessitados podem alcançar o benefício almejado.

Nessa esteira, tendo em vista da primazia do direito à vida, sem o qual, os demais valores socialmente reconhecidos não têm o menor proveito, e ainda, face às particularidades do caso em exame, imprescindível que se interprete a lei da forma mais humana possível, cabendo ao Administrador Público - entendido este como responsabilidade solidária de proporcionar o acesso aos medicamentos de caráter essencial, os quais se configuram em *mínimo existencial*, à sobrevida do indivíduo.

A disponibilização de medicamentos no limite mínimo, deixa de ser questão meramente discricionária do ente público, sujeitando-se, nos termos da Carta Magna em vigor, aos ditames judiciais.

DO CASO CONCRETO. PECULIARIDADES. DOENÇA REFRACTÁRIA AO TRATAMENTO CONVENCIONAL. NECESSIDADE DO MEDICAMENTO IMPORTADO.

No que se refere ao delicado tema trazido à cognição por meio da presente demanda, há que se considerar, por outro lado, a extensão dos direitos fundamentais aqui em jogo, não sendo recomendável deferir a outorga indiscriminada de toda e qualquer pretensão desta natureza ao sabor de preferências pessoais de médicos e pacientes por este ou aquele fármaco ou tratamento.

Por isto mesmo é que, em relação a este tema específico, venho entendendo – em diversos casos análogos que se processaram perante esta Subseção Judiciária – que o cidadão terá direito ao tratamento de saúde ou à administração do medicamento homologado e autorizado pelas autoridades sanitárias e de saúde pública do País, e que, em tese, deveriam ser disponíveis em todas as unidades de atendimento de saúde do País. Ou, por outras palavras: a pessoa tem direito – e o Estado o co-respectivo dever – de receber o tratamento de saúde que, em tese, deveria estar disponível na rede de atendimento oficial do SUS. Qualquer outro tratamento médico de saúde, que não o oficial, não integra o plexo de direitos subjetivos do cidadão nesta

área, não cabendo impor ao Estado, às custas do erário, um outro tratamento, possivelmente mais caro, e com eficácia análoga à daquele que ele já dispensa à população por meio da rede pública de atendimento à saúde.

Ocorre que *este caso concreto*, especificamente, incorpora uma dificuldade que justifica o abrandamento desse posicionamento, para admitir, pela excepcionalidade, o recurso à medida extrema que ora se pleiteia. A paciente em causa já se submeteu, sem sucesso, a todos os protocolos de tratamento oficiais para a contenção da doença, que, por ter se mostrado extremamente renitente, refratária à técnica curativa empregada, não deixa qualquer outra margem de escolha à pessoa, que não o emprego da medicação que aqui se solicita.

Quanto a este aspecto, observo que a real necessidade da subministração da droga pretendida foi seguramente comprovada a partir das avaliações clínicas do caso da paciente levadas a cabo por especialistas, e que relatam que a mesma já se submeteu a todos os protocolos médicos de tratamento hoje em voga no Brasil, anotando agravamento – ou senão, pelo menos ausência de melhora significativa – do quadro patológico instaurado. Neste particular, colho do substancioso laudo pericial elaborado no curso da instrução do presente feito, no qual a MD. *Expert* Judicial aqui atuante, *Dra. Ana Lúcia Coradazzi* (CRM n. 87.242), que explicita que, *verbis* (fls. 320):

Não há terapia específica disponível no SUS para tratamento da HPN e que mude a história natural e as complicações trombóticas associadas. Há apenas tratamentos de suporte, ou seja, que podem melhorar temporariamente os sintomas causados pela anemia. São eles: uso de corticosteroides, uso de moduladores hormonais (por ex. Oximetolona), transfusões sanguíneas e anticoagulação. A paciente em questão já fez uso de todas essas opções disponíveis no SUS (g.n.).

Para, ao final, concluir (fls. 322) que, *verbis*:

Diante da sintomatologia importante decorrente da HPN, associada às complicações apresentadas, a única opção terapêutica disponível para a paciente é o medicamento ECULIZUMAB, que já vem sendo administrado à paciente nos últimos 6 meses, com melhora significativa da sintomatologia e redução da necessidade transfusional. Do meu ponto de vista, tanto o diagnóstico quanto a indicação da medicação estão corretos e não existe outra opção de tratamento disponível para esta situação (g.n.).

E que, embora ainda não seja fármaco registrado pela ANVISA (fls. 321), *verbis*:

(...) existe comprovação científica em grandes estudos internacionais randomizados que compararam Soliris® com tratamento de suporte. Esses estudos já foram concluídos e permitiram a aprovação dessa medicação nos EUA e na Europa (g.n.).

Conclusões técnicas estas que não foram especificamente infirmadas pela manifestação incidental da ré (fls. 327/328), em que se limita a enaltecer os efeitos colaterais indesejáveis da administração dessa droga, bem assim o elevado custo do medicamento para os cofres públicos.

Certo que, na esteira daquilo que bem argumenta a União em sua contestação, não se vai deferir à requerente o acesso a uma medicação que importa, como explicitado com certa ênfase pelo ente público, um custo elevadíssimo, sem a demonstração cabal de sua eficácia terapêutica. Bem por isso é que o juízo, em sede liminar, procurou se acautelar quanto a esta

questão, exigindo complementação de documentos, e relatórios médicos mais atualizados para melhor subsidiar a convicção acerca da necessidade do fármaco, circunstância essa que, nada obstante, restou superada não apenas pela decisão de Superior Instância, que deferiu a medida de urgência, bem assim pela superveniência do minucioso exame pericial a que se submeteu o caso ora em julgamento, em que – como visto – ficou constatada a melhora para a saúde da paciente.

Aliás, no que se refere à eficácia do tratamento em questão, figura-se, a partir do quanto já se anotou, ser a única esperança, senão de cura, ao menos de mitigação do avanço da moléstia, em face do quadro atual da acometida, de sorte que reputo plenamente comprovados, na esteira da farta documentação que foi gerada a partir da instrução que aqui se instaurou, não apenas a necessidade do pleiteante, bem como a eficácia do medicamento aqui em questão.

O fato de se tratar de medicamento importado, possivelmente ainda não registrado perante autoridade sanitária brasileira, não deve servir de empecilho à concessão da medida, porquanto se mostra indubitosa a gravidade do estado de saúde da paciente, bem assim a demonstração de que o único medicamento que, no momento, é possível para uma tentativa de tratamento é o emprego do fármaco pleiteado em lide. Nesse sentido, pedagógico precedente firmado no âmbito do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, que assim decidiu:

Processo : AG AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO

Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL SELENE MARIA DE ALMEIDA

Sigla do órgão: TRF1

Órgão julgador: QUINTA TURMA

Fonte: e-DJF1 DATA:27/04/2012 PAGINA:1085

Decisão

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo de instrumento.

Ementa

AGRAVO DE INSTRUMENTO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTO. TRATAMENTO DE HEMOGLOBINÚRIA PAROXÍSTICA NOTURNA - HPN. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA UNIÃO, ESTADOS E MUNICÍPIOS. DEVER DO ESTADO. DIREITO FUNDAMENTAL À VIDA E À SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 198). LEI 8.080/90, art. 2º. MEDICAMENTO IMPORTADO SEM REGISTRO DA ANVISA. POSSIBILIDADE DE CUSTEIO.

“1. Sendo o Sistema Único de Saúde (SUS) composto pela União, Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se o reconhecimento da responsabilidade solidária dos aludidos entes federativos, de modo que qualquer um deles tem legitimidade para figurar no pólo passivo das demandas que objetivam assegurar o acesso à medicação para pessoas desprovidas de recursos financeiros”. (Recurso Especial nº 674803/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 15.02.2007, DJ 06.03.2007 p. 251).

2. O direito à saúde está garantido na Constituição Federal (arts. 196 e 198) e a Lei 8.080, de 19.09.1990, é explícita ao estabelecer o dever do Estado de prover as condições indispensáveis ao seu pleno exercício (art. 2º).

3. No caso dos autos, consta que a agravada é portadora de grave e rara doença denominada Hemoglobinúria Paroxística Noturna - HPN, a qual ataca o sangue ao causar a decomposição acentuada dos glóbulos vermelhos, causando, entre outras consequências, anemia, trombose e urina escura, bem como que existe medicação específica para combater a doença - “Eculizumab - Soliris” - somente encontrada no exterior, com elevado custo, não registrada na ANVISA e sem distribuição pelo Sistema Único de Saúde.

4. A despeito da vigência de regra que condiciona a comercialização de um medicamento à prévia realização de seu registro na ANVISA, tal norma deve ser excepcionalmente afastada diante de casos como o dos autos, em que se tem por inequívoca a precariedade do estado de saúde da paciente agravada, bem como ante a configuração de situação em que o único

tratamento viável é a utilização do medicamento pleiteado in casu, conforme se deduz dos autos, tendo sido demonstrado que a cura imediata da patologia só poderia advir por meio do transplante de medula óssea, não tendo sido encontrado, contudo, doadores de medula compatível com a da agravada até o momento, não lhe restando outra via senão a do tratamento vindicado.

5. Cite-se, a propósito, julgado desta Corte em caso semelhante: “No caso específico do medicamento Soliris (Eculizumabe), o STF, na Rel n. 497-AgR, observou que, de acordo com estudos científicos apresentados, o fármaco ‘é o único medicamento eficaz disponível para o tratamento clínico da Hemoglobinúria Paroxística Noturna’, tendo a Anvisa informado que o medicamento Soliris ‘não é comercializado no Brasil e que não há nenhum outro medicamento registrado que contenha em sua formulação a substância eculizumabe’; e que ‘o alto custo do medicamento não é, por si só, motivo suficiente para caracterizar a ocorrência de grave lesão à economia e à saúde públicas, visto que a Política Pública de Dispensação de Medicamentos excepcionais tem por objetivo contemplar o acesso da população acometida por enfermidades raras aos tratamentos disponíveis’.” (AGRSLT 0068834-07.2011.4.01.0000/DF; Rel. Desembargador Federal Olindo Menezes; Corte Especial; e-DJF1 p.10 de 17/02/2012).

6. Ao Poder Público incumbe o dever de garantir a observância desse direito público subjetivo, por meio de políticas públicas que visem à proteção e recuperação da saúde, nas quais se incluem os programas de fornecimento de medicamentos/tratamentos aos necessitados, sejam eles de alto custo ou não.

7. Agravo de instrumento da União improvido (grifei).

Data da Decisão: 28/03/2012

Data da Publicação: 27/04/2012

No caso dos autos, pelos documentos, laudo e exames juntados, constata-se a incontável gravidade da moléstia que acomete a paciente, bem como a sua total impossibilidade de custeio de todos os medicamentos necessários ao seu tratamento, sem os quais sua vida estará inegavelmente ameaçada.

A escolha que se posta, no caso, perante o Julgador é efetivamente *dotada de inegável carga de gravidade*, na medida em que o indeferimento daquilo que aqui se pleiteia importa sério risco à própria sobrevivência da paciente.

É de rigor, por tais motivos, a concessão do pleito inicial.

Por seu turno, o medicamento deverá fornecido à paciente na quantidade adequada ao tratamento integral de sua moléstia, pelo tempo e nas dosagens que se façam necessárias, *sem qualquer limitação de quantidade ou valor*, mediante simples requisição da requerente, embasado em parecer fundamentado do médico assistente, a ser executado através de carta de sentença. E isto porque, consoante ficou claro daquilo que se recolheu em instrução, não é possível definir, cientificamente, qual a quantidade total de medicamento será necessária, tendo em vista a – ao que tudo indica – sempre presente possibilidade de recidiva da moléstia (cf. resposta ao quesito n. 7, fls. 321).

É procedente, integralmente, a pretensão inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC, confirmada, em seus ulteriores termos, a antecipação dos efeitos da tutela de fls. 238/245. CONDENO a ré (UNIÃO FEDERAL) a que forneça à autora (MARIA JOSÉ CHAGAS DE OLIVEIRA), qualificada nos autos, o medicamento indicado na inicial [Eculizumab Soliris®], na dosagem necessária ao tratamento da sua doença, sem quaisquer limitações de tempo

ou quantidade, nos termos desta sentença. Sempre que intimada para tal fim, a ré deverá disponibilizar o medicamento, em favor da paciente, num prazo máximo de 10 dias, a contar da data da intimação da respectiva decisão, pena de incidência das astreintes já cominadas na decisão de antecipação de efeitos da tutela (fls. 238/245), sem prejuízo da adoção de outras que vierem a se fazer necessárias ao escoreito cumprimento do direito constante do título judicial.

Sem condenação no reembolso de custas e despesas processuais, tendo em vista que a autora não as adiantou em razão do benefício da Assistência Judiciária (fls. 155). Arcará a ré, vencida, com honorários de advogado que, com fulcro no que dispõe o art. 85, § 2º, I do CPC, estipulo em 10% sobre o valor inicialmente atribuído à causa (R\$ 100.000,00, cf. fls. 34).

Ciência, por ofício, dessa decisão ao Eminent Desembargador Federal Relator do agravo de instrumento aqui noticiado.

Sujeito a reexame necessário.

P.R.I.

Botucatu, _____ de março de 2017.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL**0009404-97.2016.4.03.6110**

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR E LEANDRO GONÇALVES DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SOROCABA - SP

Juíza Federal: SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/06/2017

RELATÓRIO

Vistos e examinados os autos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, brasileiro, casado, motorista, filho de Jorge da Silva Querino e Valquiria Ferreira Paiva Querino, nascido aos 16/09/1980 em Santos/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 34451709 SSP/SP, residente na Rua Jardel Filho, 251, fundos, São Vicente/SP, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, brasileiro, casado, motorista, filho de Ivo Gonçalves da Silva e Maria Aparecida da Silva, nascido aos 14/02/1989 em São Paulo/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 10745919 SEPS/PR, residente na Rua Monsenhor Tanaka, 300, bloco 18, apto. 34, Maringá/PR, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Mirandópolis I/SP, imputando-lhes a prática dos delitos tipificados no artigo 33, *caput* e artigo 35, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e artigo 183 da Lei nº 9.472/97, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal, sob o fundamento de que os acusados importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo 2.400 quilos de maconha, bem como se associaram, com ânimo de estabilidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico transnacional de entorpecentes, além do que desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicação, mediante a utilização de aparelhos eletrônicos transmissores de sinal de rádio, em comunhão de esforços e unidade de desígnios (fls. 149/153).

Narra a denúncia que, no dia 05 de outubro de 2016, por volta das 13 horas e 30 minutos, no quilômetro 111 da Rodovia Raposo Tavares, SP 270, Araçoiaba da Serra, SP, os réus importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo drogas em desacordo com determinação legal.

Segundo a peça acusatória, na ocasião, Policiais Militares, em fiscalização de rotina, abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com os reboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NBL-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel.

Prossegue o órgão ministerial relatando que, na abordagem inicial, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA afirmou aos policiais que estava vindo de Mato Grosso do Sul com destino a Santos, SP, o que chamou a atenção dos servidores públicos, pois a carreta estava vazia e com os eixos suspensos, em trajeto no qual as carretas comumente estão carregadas para o desembarque no porto de Santos.

Assevera o *Parquet* Federal que, após, ao notar que a carreta conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, que seguia viagem à frente, havia sido abordada pelos policiais, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR deslocou-se até o meio-fio, diminuiu a velocidade e chegou a parar por alguns instantes antes de atravessar a praça de pedágio, o que motivou também

a sua abordagem pelos policiais diante da suspeita de ambos estarem viajando em conjunto.

Consta da denúncia que, durante vistoria realizada no posto da Polícia Militar localizado no quilômetro 110 da referida rodovia, os policiais militares, com o auxílio de um cão farejador, localizaram de forma oculta, sob a carga de açúcar, na carreta de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, diversos tabletes totalizando a quantia aproximada de 2.400 Kg da substância conhecida como “maconha”, sendo que LEANDRO GONÇALVES DA SILVA e JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR efetuavam o transporte da droga em conjunto, com destino à cidade de Santos, SP, e receberiam a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais).

De acordo com a peça acusatória, a natureza da droga foi constatada por laudo preliminar e que, em razão da expressiva quantidade de droga encontrada, de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem do transporte ser próximo ao Paraguai (cidade fronteira de Ponta Porã, MS), além de ambos os réus indicarem que estavam se dirigindo ao porto de Santos, SP, indicam a transnacionalidade da conduta.

Afirma, ainda, o *Parquet* Federal que os réus associaram-se para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33, *caput*, na forma do artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, afirmando que a estabilidade decorre da elevada quantidade da droga apreendida, de sua origem, da forma como estava oculta no veículo, da presença de outra carreta como “batedor”, da utilização de rádios comunicadores entre os veículos e da elevada quantia que receberiam.

Ademais, segundo a denúncia, em laudo pericial realizado nos aparelhos celulares apreendidos em poder dos réus, além de o número de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR constar como contato de LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, foram identificados outros 15 elos entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla “PRG”, com números registrados com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à referida apreensão.

Finaliza o órgão ministerial narrando que, na mesma data, foram localizados no interior de ambos os caminhões rádios comunicadores do tipo PX/PY, sendo que os réus não possuíam à época autorização do órgão competente para utilizá-los.

Auto de prisão em flagrante foi lavrado pela Delegacia de Polícia Federal de Sorocaba, SP (fls. 02/19).

Após a lavratura do auto de prisão em flagrante, a ocorrência foi comunicada e encaminhada para a Justiça Estadual da Comarca de Sorocaba, SP, sendo distribuída para a 2ª Vara Criminal de Sorocaba, SP, sob o nº 0022422-50.2016.8.26.0602, conforme fls. 03/04 dos autos nº 0009327-88.2016.403.6110, em apenso.

No entanto, este Juízo avocou os autos nº 0022422-50.2016.8.26.0602 perante a 2ª Vara Criminal da Comarca de Sorocaba, SP, tendo em vista os elementos probatórios no sentido do cometimento do crime de desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicação, bem como em razão da probabilidade de que o tráfico de drogas apurado seja acompanhado da característica da transnacionalidade (cópia de fls. 76).

O Laudo de Perícia Criminal Federal (Preliminar de Constatação) encontra-se acostado aos autos às fls. 21/23, o laudo definitivo de perícia química forense foi juntado às fls. 48/53 (Laudo nº 4521/2016 – NUCRIM/SETEC/SR/PF/SP) e o Laudo de Perícia Criminal Federal (Informática), às fls. 55/63 dos autos.

O Ministério Público Federal requereu a decretação das prisões preventivas dos réus, bem

como que fosse determinada à autoridade policial a realização da verificação se o destino da carga de açúcar e, conseqüentemente, da droga apreendida, era o Porto de Santos, consoante cópia da manifestação acostada às fls. 78/79.

Por decisão cuja cópia encontra-se colacionada às fls. 80, este Juízo ratificou os atos praticados pelo Juízo estadual e converteu a prisão em flagrante em desfavor dos réus Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva em prisão preventiva, além do que requisitou à autoridade policial o cumprimento das diligências solicitadas pelo Ministério Público Federal às fls. 59/60.

A audiência de Custódia foi realizada, nos termos do que determina do Conselho Nacional de Justiça, consoante Termo de Audiência de fls. 91/92, oportunidade em que foi indeferido o pedido de revogação da prisão preventiva e a concessão de liberdade provisória, mantendo-se a custódia cautelar (fls. 93/95).

Os Laudos de Perícia Criminal Federal – Veículos e Eletroeletrônicos encontram-se acostados às fls. 133/140 e 177/184 (Laudos nº 029/2017 e 047/2017-UTEC/DPF/SOD/SP) e fls. 141/144 e 187/189 (Laudos nº 031/2017 e 051/2017-UTEC/DPF/SOD/SP), respectivamente.

Notificados (fls. 192vº e 196), os réus Jorge da Silva Querino Junior (por meio da Defensoria Pública da União) e Leandro Gonçalves da Silva (através de defensor constituído) apresentaram as defesas preliminares de fls. 200 e 228/236, respectivamente. O primeiro réu arrolou as mesmas testemunhas da acusação e o segundo réu arrolou três testemunhas.

Nos termos do § 4º do artigo 55 da Lei nº 11.343/06 a denúncia foi recebida em 11 de Abril de 2017, conforme decisão de fls. 238, sendo designada data para audiência de oitiva de testemunhas e interrogatório dos acusados.

Na audiência realizada no dia 25 de Abril de 2017 (fls. 271/273), foram ouvidas as testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa do réu Jorge, a saber, Carlos Alberto de Araujo Carvalho e Aeliton Bueno da Silva (fls. 274/275). A defesa do réu Leandro desistiu da oitiva das testemunhas Ricardo Alves Montrazzi, Marcilene Rodrigues dos Santos e Vladinei Cardoso Machado, o que foi homologado por este Juízo (fls. 272). Os réus Leandro Gonçalves da Silva e Jorge da Silva Querino Junior foram interrogados (fls. 276/277).

Às fls. 278 foi juntada a mídia (CD) contendo os registros dos depoimentos das testemunhas de acusação e de defesa do réu Jorge e do interrogatório dos réus, que foram feitos por meio de sistema de gravação digital audiovisual, nos termos do artigo 405, §§ 1º e 2º do Código de Processo Penal, com a redação dada pela Lei nº 11.719/08.

Na fase do artigo 402, o Ministério Público Federal e as defesas dos réus nada requereram (fls. 272).

Em sede de alegações finais, o Ministério Público Federal, conforme fls. 282/284, pediu a condenação dos acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA nas penas do artigo 33, “caput” e do artigo 35, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e artigo 183, da Lei nº 9.472/1997, por entender que restou comprovada a materialidade e a autoria dos fatos imputados. No que se refere à dosimetria da pena, requereu o agravamento da pena diante do fato de que o crime envolveu uma expressiva quantidade de droga e em razão do cometimento do crime com o fim de receber recompensa financeira, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06 e artigo 62, inciso IV, do Código Penal. Além disso, em relação ao réu Leandro Gonçalves da Silva, pleiteou o agravamento da pena em razão da reincidência, conforme previsto no artigo 63 do Código Penal.

A defesa do réu JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR apresentou as alegações finais de

fls. 288/307. Requereu a absolvição do réu com relação ao crime previsto no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, em face da absoluta impropriedade do meio, visto que o aparelho de rádio não estava funcionando. Argumentou, não obstante, que a conduta perpetrada pelo autor corresponde à utilização de radiodifusão do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 e não do artigo 183 da Lei nº 9.472/97, de modo que postulou pela desclassificação do crime e devolução dos autos ao Ministério Público Federal para a emenda da denúncia e suspensão condicional do processo. Aduziu, outrossim, que a conduta é materialmente atípica, pois insignificante no que tange à potencialidade lesiva, na medida em que, se o aparelho estivesse em funcionamento, teria potência máxima de 8 Watts, incapaz de interferir em qualquer sistema de telecomunicações. Ainda, argumentou que o réu desconhecia a necessidade de autorização para utilização do equipamento, incidindo em erro de proibição escusável, pois não poderia imaginar que seria ilícita a manutenção do aparelho de rádio no caminhão. No tocante ao crime de tráfico de entorpecentes, suscitou a incompetência da Justiça Federal para julgar a causa, por não vislumbrar a transnacionalidade do delito. Subsidiariamente, sustentou que o réu agiu em estado de necessidade, uma vez que passava por dificuldades financeiras. Quanto ao delito previsto no artigo 35 da Lei nº 11.343/06, alegou que o réu não possuía vínculos permanentes e estáveis com o corrêu, pelo que requereu a absolvição do crime de associação para o tráfico. Em caso de condenação, pleiteou a fixação da pena-base no mínimo legal, o acolhimento da atenuante da confissão e a não aplicação da agravante da promessa de recompensa. Requereu que, se reconhecida a transnacionalidade do delito, que o aumento da pena fique restrito a um sexto; a diminuição da pena em dois terços, tendo em vista o estado de necessidade; a diminuição da pena em dois terços em decorrência da aplicação do disposto no artigo 33, § 4º, da Lei nº 11.343/06; a fixação do regime inicial para cumprimento da pena conforme o artigo 33 do Código Penal e artigo 387, § 2º, do Código de Processo Penal, bem como a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, com fulcro no artigo 44 do Código Penal.

Por sua vez, a defesa do réu LEANDRO GONÇALVES DA SILVA ofertou as alegações finais de fls. 316/324. Preliminarmente, arguiu a incompetência material da Justiça Federal, ao argumento de que não ficou evidenciada a transnacionalidade do delito. No mérito, sustentou que não ficou caracterizado o delito capitulado no artigo 183 da Lei nº 9.472/97, pois é necessário que o risco seja concreto e o dano devidamente configurado. Alegou, ademais, que o acusado não tinha conhecimento do caráter ilícito de sua conduta, requerendo a aplicação dos artigos 20 e 21 do Código Penal. No que tange aos delitos previstos nos artigos 33 e 35 da Lei nº 11.343/06, afirmou que não há prova nos autos da autoria do acusado, salientando que o réu Jorge assumiu total responsabilidade pelas drogas que transportava. Alegou que não ficou demonstrado o animus associativo, a estabilidade e a permanência entre os acusados para a configuração da associação para o tráfico. Ao final, requereu a absolvição do réu de todas as acusações imputadas na denúncia.

Certidões de antecedentes e distribuições criminais em apenso aos autos.

É o breve relatório. Passo a fundamentar e a decidir.

MOTIVAÇÃO

A imputação que recai sobre os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA é a de que teriam praticado a conduta descrita nos artigos 33, “caput” e 35, combinados com o artigo 40, incisos I, todos da Lei nº 11.343/2006, e artigo 183 da Lei nº 9.472/97, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal, porque, segundo a denúncia, os acusados importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo a quantidade de 2.400 (dois mil e quatrocentos) quilos de maconha, bem como se associaram, com ânimo

de estabilidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime de tráfico transnacional de entorpecentes, além do que desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicação, mediante a utilização de aparelhos eletrônicos transmissores de sinal de rádio, em comunhão de esforços e unidade de desígnios.

EM PRELIMINAR

Sustentam as defesas dos réus Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva, preliminarmente, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, sob o fundamento de que não há provas da transnacionalidade do delito.

No entanto, não merece prosperar a tese da defesa, uma vez que a competência da Justiça Federal para processamento do feito resta devidamente comprovada, conforme se extrai do conjunto probatório dos autos, notadamente pela expressiva quantidade de droga encontrada em poder dos acusados, aliada ao fato de o local de origem do transporte ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, de acordo com os depoimentos ofertados pelas testemunhas e interrogatório dos réus, além de ambos os acusados indicarem que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP.

A esse respeito, anote-se que os réus afirmaram, em interrogatório judicial, que a viagem originou-se em Mato Grosso do Sul, estado cuja divisa territorial, notoriamente, é local de internalização de drogas no território nacional, que, acrescido ao fato de ter sido encontrada enorme quantidade da substância entorpecente “maconha” (mais de duas toneladas), a qual, sabidamente, não é produzida no território nacional, indica ser caso de internalização primária da droga, que ainda não havia sido distribuída no território nacional, tendo sido interceptada quando de seu direcionamento ao porto de Santos/SP, de onde, muito provavelmente, seria exportada para outro País.

Ademais, registre-se que existem outras provas que comprovam o elo entre os acusados e o território Paraguaio.

Com efeito, em perícia realizada nos aparelhos de telefonia móvel apreendidos em poder dos réus (fls. 55/62 e mídia de fls. 63), além de o número de Jorge da Silva Querino Junior constar como contato de Leandro Gonçalves da Silva, foram identificados outros 15 registros de contatos em comum entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla “PGR”, com números de telefones com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à referida apreensão.

Cumprido destacar, ainda, que, embora os réus Leandro e Jorge residam, respectivamente, nos municípios de Maringá/PR e São Vicente/SP, foram apreendidos com ambos os acusados aparelhos celulares com o DDD 67, de Mato Grosso do Sul, sendo que o réu Jorge afirmou, em seu interrogatório judicial, que o número de seu telefone era de Ponta Porã, cidade esta que faz divisa com o Paraguai.

Ressalte-se que, para a configuração do tráfico transnacional de entorpecentes, basta a introdução da substância oriunda do estrangeiro em território brasileiro. O fato de os acusados terem sido presos com a substância entorpecente em território brasileiro não descaracteriza o tráfico transnacional porque este delito é considerado crime permanente cuja consumação de protraí no tempo.

Assim, neste caso não há dúvidas de que o transporte desde o território estrangeiro até o local da apreensão na cidade de Araçoiaba da Serra não sofreu interrupções, até porque a droga foi escamoteada sob a carga de açúcar a granel no caminhão, em local de difícil acesso.

Portanto, analisando-se as provas produzidas, tem-se a conclusão de que a droga veio do Paraguai, evidenciando-se a transnacionalidade do delito, motivo pelo qual não há que se

falar em incompetência da Justiça Federal para processamento do feito.

Destarte, afasto a preliminar arguida pela defesa.

NO MÉRITO

I) DO TRÁFICO ILÍCITO DE ENTORPECENTES:

Inicialmente, registre-se que a denúncia formulada pelo Ministério Público Federal descreve conduta típica que se subsume àquela de tráfico internacional de drogas. Assim, cabe à Justiça Federal, nos termos do artigo 109, inciso V, da Constituição Federal julgar o feito, posto que a imputação é relativa a cometimento de crime previsto em tratado internacional, cujo início da execução teria ocorrido em território estrangeiro, com posterior internação no Brasil.

Anote-se, outrossim, que o crime de tráfico internacional de drogas em tela está em conexão com a prática do delito de desenvolvimento clandestino de atividade de telecomunicação (artigo 183 da Lei nº 9.72/97), do que também se extrai a competência da Justiça Federal, na forma preconizada pelo artigo 109, inciso IV, da Carta Magna.

1) ANÁLISE DO TIPO PENAL:

Anote-se que o fato material praticado pelos acusados amolda-se com propriedade aos elementos constantes da Lei Penal. Neste passo, cumpre analisar os quatro elementos do fato típico:

a) Conduta dolosa

Os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, em união de esforços e unidade de desígnios, importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo 2.400 Kg (dois mil e quatrocentos quilogramas) da substância entorpecente conhecida como “maconha”, em desacordo com determinação legal, sendo que a procedência do produto apreendido e as circunstâncias do fato evidenciaram a transnacionalidade do crime.

A conduta dolosa dos réus vem descrita na peça acusatória, segundo a qual, no dia 05 de outubro de 2016, na Rodovia Raposo Tavares, no Km 111, em Araçoiaba da Serra, SP, na praça de pedágio, Policiais Militares abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com os reboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel e, de forma oculta, inúmeros pacotes da substância popularmente conhecida como “maconha”.

Ainda consta da denúncia que, na ocasião, identificou-se que ambos os réus viajavam em comboio, sendo que LEANDRO GONÇALVES DA SILVA conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, exercendo a função popularmente conhecida como “batedor”, enquanto JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR conduzia a carreta onde estava depositada a droga.

b) Resultado

Não obstante o crime de tráfico de entorpecente seja considerado pela doutrina como um crime formal, ou seja, que não exige para sua configuração um resultado naturalístico, o delito perpetrado pelos acusados ofendeu bem jurídico tutelado, a saúde pública, já que a substância “maconha”, cujo uso é proscrito no Brasil, é reconhecidamente danosa ao ser humano.

c) Nexo de Causalidade

O amplo conjunto probatório amealhado e produzido durante a instrução processual permite concluir, sem sombra de dúvidas, o liame existente entre a conduta dos réus e o resultado juridicamente protegido.

d) Tipicidade

A subsunção da conduta perpetrada pelos acusados amolda-se perfeitamente ao delito capitulado pelo artigo 33, *caput* e artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06.

1.1) EXAME DAS CAUSAS EXCLUDENTES DE TIPICIDADE:

As causas excludentes de tipicidade, quais sejam, coação física, crime impossível, erro de tipo e força maior, encontram-se ausentes, como passa a ser exposto.

1.2) DA MATERIALIDADE DELITIVA:

Passo a examinar, agora, a materialidade delitiva do crime de tráfico ilícito de entorpecentes, previsto no art. 33, da Lei nº 11.343/06.

Efetivamente, a materialidade do delito em tela resta comprovada, posto que, conforme Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense), realizado pelos peritos criminais às fls. 48/53 dos autos, está atestado que os testes realizados no material vegetal seco resultaram positivos para a substância tetraidrocanabinol (THC), popularmente conhecida como “maconha”. O THC (tetraidrocanabinol) - princípio ativo encontrado na espécie *cannabis sativa* Linneu (maconha) é substância de uso proscrito no Brasil, capaz de causar dependência física e/ou psíquica, de acordo com a Portaria SVS/MS nº 344, de 12 de maio de 1998, republicada no D.O.U. em 01/02/1999.

Comprovada a materialidade delitiva do delito sob análise, resta perquirir acerca da autoria.

1.3) DA AUTORIA DELITIVA:

Da análise do conjunto probatório que instrui o presente feito, notadamente o Auto de Prisão em Flagrante e os depoimentos colacionados nos autos, constata-se que resta comprovada a autoria dos acusados pela prática do crime definido no artigo 33, *caput*, e artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, como passa a ser exposto.

Verifica-se dos autos que, no dia 05 de outubro de 2016, por volta das 13 horas e 30 minutos, no quilômetro 111 da Rodovia Raposo Tavares, SP 270, em Araçoiaba da Serra, SP, Policiais Militares, em fiscalização de rotina, abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com os reboques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NBL-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel.

Consta que, na abordagem inicial, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA afirmou aos policiais que estava vindo de Mato Grosso do Sul com destino a Santos, SP, o que chamou a atenção, pois a carreta estava vazia e com os eixos suspensos, em trajeto no qual as carretas comumente estão carregadas para o desembarque no porto de Santos.

Após, ao notar que a carreta conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, que seguia viagem à frente, havia sido abordada pelos policiais, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR deslocou-se até o meio-fio, diminuiu a velocidade e chegou a parar por alguns instantes antes de atravessar a praça de pedágio, o que motivou também a sua abordagem pelos policiais diante da suspeita de ambos estarem viajando em conjunto.

Durante vistoria, realizada no posto da Polícia Militar, localizado no quilômetro 110 da referida rodovia, os policiais militares, com o auxílio de um cão farejador, localizaram de forma oculta, sob a carga de açúcar, na carreta de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, diversos tablets totalizando a quantia aproximada de 2.400 Kg (dois mil e quatrocentos quilogramas) da substância conhecida como “maconha”. O acusado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA conduzia o seu caminhão à frente, exercendo a função popularmente conhecida como “batedor”, enquanto

que JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR conduzia a carreta onde estava alocada a droga, ambos com destino à cidade de Santos, SP.

Em sede policial, os acusados Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva reservaram-se ao direito de permanecer em silêncio acerca dos fatos que lhe foram imputados (fls. 06/07).

Posteriormente, em Juízo, o acusado Jorge da Silva Querino Junior confirmou a prática do crime de tráfico de entorpecentes, afirmando que aceitou realizar o transporte da droga por necessidades financeiras (fls. 278 – mídia CD). Confira-se:

Que tinha ciência que estava transportando duas toneladas de droga; que estava passando por dificuldades financeiras; que carregou o caminhão com a carga de açúcar, em Vista Alegre, no Mato Grosso, e depois recebeu a proposta e carregou a droga, em Epitácio, na divisa do Mato Grosso com São Paulo, depois que passou o posto fiscal; que receberia a quantia de R\$ 30.000,00 para fazer o transporte da droga; que já fez algumas viagens com Leandro; que Leandro não estava atuando como batedor da droga; que todos os motoristas de caminhão usam rádio PX; que, sobre os contatos em comum com Leandro, constantes de seu aparelho celular, diz que “Mãe URUTU” é um motoboy que buscava encomendas; que “Transvidal” é uma transportadora, que fica no Mato Grosso, em Ponta Porã; que não se recorda de ter mantido 40 mensagens com “GRANDE PRG”; que se encontrou com Leandro no posto Alexandria e ele falou que estava indo para Santos também; que o caminhão do interrogado estava com 33 toneladas de carga, então não tinha como acompanhar o caminhão de Leandro, que estava vazio; que é possível um caminhão viajar vazio quando não tem frete na região e o motorista vai para outra região para carregar; que o interrogado reside em Santos, mas o número de seu aparelho celular era de Ponta Porã (67); que o caminhão era do interrogado e o aparelho celular recebeu para fazer o transporte da droga; que nunca respondeu a outros processos na Justiça; que é caminhoneiro autônomo e presta serviços para qualquer transportadora que tiver carga sobrando; que sofreu ameaças por parte dos policiais rodoviários; que não é verdade que deu ré no meio da estrada; que prefere não falar quem foi que o contratou para o transporte da droga, mas seu apelido é “Cuiabá”; que em Santos iria estacionar o caminhão numa rua, com a chave no contato, e alguém iria tirar o caminhão de lá e descarregar a droga; que a carga de açúcar iria para o navio, mas a droga não; que encontrou com Leandro num posto em Alexandria, por acaso; que conhecia Leandro porque havia feito duas ou três viagens com ele; que trabalha como autônomo e Leandro também; que ambos já carregaram para a mesma transportadora e fizeram a mesma rota; que os números dos telefones que constavam no aparelho celular do interrogado e também no de Leandro referem-se, na maioria, a transportadoras; que não se recorda se “Pesado” ou “Valéria” trabalham em transportadoras; que o interrogado não ajudou a carregar o caminhão com a droga; que entregou o caminhão a “Cuiabá”, o qual lhe devolveu o veículo já carregado com a droga; que não se recorda de ter trocado ligações telefônicas com Leandro no dia dos fatos; que não sabe se a droga seria transportada para fora do país.

Por sua vez, o acusado Leandro Gonçalves da Silva, interrogado judicialmente às fls. 278 (mídia CD), negou a sua participação nos fatos, alegando que seu caminhão estava sem carga e que ele e o corréu Jorge não estavam viajando juntos, sendo que não tinha conhecimento de que Jorge estava transportando a droga. Ele disse que:

Que passou no pedágio, foi abordado pelos policiais, os quais falaram que receberam a denúncia de que o caminhão do interrogado estava carregado de drogas; que permitiu que fosse feita vistoria em seu caminhão, verificando-se que ele estava vazio; que os documentos do caminhão e a carteira de habilitação do interrogado estavam em situação regular; que os

policiais ordenaram que o interrogado ficasse aguardando; que, depois de um certo tempo, os policiais abordaram outro motorista e pediram ao interrogado para encostar o caminhão na base policial; que foi achada a droga no outro caminhão; que seu pai é caminhoneiro e sempre teve rádio amador, motivo pelo qual o interrogado não sabia que era ilegal; que, quando comprou o caminhão, o rádio já se encontrava lá; que, a respeito do fato de ter o contato do interrogado no telefone do Jorge e uma chamada do interrogado para Jorge, afirma que conhece o réu Jorge, tendo o contato dele, mas não estava viajando junto com ele; que se encontraram na estrada e estavam indo para o mesmo destino; que o interrogado estava vindo do Mato Grosso; que, numa viagem anterior, carregou o caminhão com grão no Mato Grosso, descarregou o grão e carregou adubo em Santos; que descarregou o adubo no Mato Grosso e, como tinha acabado a safra de grão no Mato Grosso, não pôde carregar o caminhão novamente; que, como estavam pagando um frete razoável pelo adubo, foi com o caminhão descarregado do Mato Grosso para Santos para buscar o adubo; que não se recorda de ter feito uma ligação para Jorge no dia dos fatos, pois não falou com ele; que conhece Jorge do trecho da estrada, pois já carregaram juntos em outras firmas; que desconhece a informação de que havia uma interligação do rádio entre os dois caminhões; que em momento nenhum falou aos policiais que estava atuando como batedor e que iria receber o valor de R\$ 50.000,00 pelo transporte da droga; que encontrou com Jorge antes da praça do pedágio, em um posto de gasolina, conversaram e seguiram viagem; que o interrogado mora em Maringá e Jorge em São Vicente, mas se conhecem da estrada, da transportadora; que o interrogado é autônomo; que os motoristas de caminhão seguem o fluxo de onde está saindo melhor o frete, então várias pessoas carregam na mesma firma; que não sabia que é crime ter rádio sem autorização da Anatel dentro do caminhão; que não sabia que Jorge estava transportando maconha no caminhão; que estava respondendo a outro processo na Justiça, por tentativa de homicídio, sendo que foi preso e obteve liberdade provisória; que usa o rádio amador na estrada para se comunicar com os outros motoristas, para saber se houve acidente na estrada; que não se comunicou com Jorge pelo rádio; que não tinha o conhecimento de que Jorge saiu e voltou para a estrada, pois não estava perto dele; que o interrogado iria pegar a carga em Santos em uma transportadora, mas não sabe seu nome; que teria que ir aos postos de gasolina, onde ficam as transportadoras, e perguntar qual estava pagando o preço melhor; que não sabe dizer onde seria descarregado o caminhão de Jorge, mas sabe que ele estava indo para Santos; que a carga de açúcar vai geralmente para o porto de Santos; que a abordagem dos policiais ocorreu na hora do almoço e o interrogado foi conduzido para a Delegacia Federal já à noite, tendo ficado todo esse tempo na base da Polícia; que os policiais ficaram com o aparelho celular do interrogado o momento todo, desde a abordagem; que o caminhão é de propriedade do interrogado; que é comum os motoristas irem com o caminhão vazio até o porto, quando não acham nenhuma carga; que o caminho mais comum para ir até o porto é a Rodovia Raposo Tavares, sendo a melhor rota, com menos pedágio; que várias pessoas podem operar no mesmo canal de rádio; que, indagado sobre constar no seu aparelho celular e também no de Jorge o contato “TRA VIDAL ESCRITÓRIO”, o interrogado alega que se trata de uma transportadora chamada Transvidal; que, quanto ao fato de constar no aparelho do interrogado o contato “Mãe” e no de Jorge o contato “Mãe URUTU”, com o mesmo número em ambos, diz que desconhece; que também desconhece que consta o mesmo número no contato gravado como “Valéria”, em seu aparelho, e no contato denominado “Pesado”, no aparelho de Jorge; que, questionado sobre constar “Grande NV” no contato de Jorge e “GRANDE PRG” no contato do interrogado, com o mesmo número, afirma que não conhece essa pessoa, nem o fato de que foram trocadas 40 mensagens entre “GRANDE PRG” e Jorge; que desconhece, ainda, o contato “ADRIANO PRG”, o qual também consta do aparelho de Jorge, com o mesmo número, tampouco que foram feitas quatro chamadas desse contato com Jorge; que o caminhão foi com a carreta vazia para Santos porque já havia acabado a safra de grão do Mato Grosso, não tendo nada para trazer, nem para pegar no caminho em outra cidade; que seu caminhão

é graneleiro, então carrega mais grão e adubo; que seu aparelho celular tem vários contatos que não sabe de quem é, pois grava vários números de transportadoras; que o interrogado e Jorge já carregaram na mesma transportadora.

Em que pese os acusados tenham alegado que o réu Leandro não teve participação no transporte dos entorpecentes, os depoimentos dos Policiais Militares Rodoviários, que efetuaram as prisões em flagrante, ouvidos em Juízo na qualidade de testemunhas da acusação e da defesa do réu Jorge, foram coesos e harmônicos no sentido de que os réus realizavam o transporte da droga em conjunto, com destino à cidade de Santos, SP, e receberiam a quantia de R\$ 50.000,00 para tanto, sendo que Leandro Gonçalves da Silva conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, atuando como “batedor”, e Jorge da Silva Querino Júnior conduzia a carreta onde estava depositada a droga sob a carga de açúcar.

Essas testemunhas afirmam, ainda, que, no momento da abordagem, em pesquisa ao equipamento de monitoramento de radares que fiscalizam as placas dos veículos, verificou-se que ambos os caminhões conduzidos pelos acusados passaram quase ao mesmo tempo nos radares. Esclarecem, outrossim, que chamou a atenção o fato de Leandro ter conduzido desde o Mato Grosso do Sul uma carreta vazia, denotando que o objetivo era a escolta. Declaram que, na ocasião, os réus disseram que não se conheciam, mas, após a localização da droga, acabaram admitindo que não era a primeira viagem desse tipo que estavam fazendo e que já pegaram a carreta carregada com a droga no Mato Grosso do Sul. Ademais, ressaltam que em ambos os caminhões havia rádio PX e que os condutores das carretas estavam se comunicando, pois os sinais dos rádios transmissores estavam interligados, na tentativa de burlar a fiscalização, o que evidentemente demonstra o conluio entre eles para o tráfico do entorpecente.

Nesse sentido, a testemunha Carlos Alberto de Araujo Carvalho, às fls. 278 (mídia CD), narra que:

Que estavam em patrulhamento e pararam na praça de pedágio para fiscalização de rotina com vistas a ilícitos penais; que na primeira carreta que transitava com o eixo erguido *o condutor estava com um rádio PX na mão e, ao presenciar os policiais parados no local, soltou o rádio, denotando que estava fazendo a comunicação com alguém*; que os policiais perceberam que vinha uma carreta logo atrás; que foram abordadas a primeira e a segunda carretas; que, conversando com os condutores dos caminhões separadamente, foi observado que eles vinham da mesma região, mas alegaram que não se conheciam; *que em ambos os veículos havia rádio PX e nenhum deles possuía autorização da Anatel; que os condutores das carretas estavam se comunicando*; que o depoente subiu em um caminhão e o policial Aeliton subiu no outro e pegaram os respectivos rádios, sendo que se comunicaram; que o rádio PX não pega mais a frequência da Polícia, pois o sistema da Polícia foi mudado, não sendo mais analógico; *que o sinal do canal dos rádios estavam interligados*; que a primeira carreta vinha da mesma região que a carreta carregada com açúcar e estava vazia; que chamou atenção o fato de que o trajeto era muito longo, do Mato Grosso até a Baixada Santista, para carregar adubo; que, mais uma vez questionados, os réus alegaram que não se conheciam; que, ao verificar a carga de açúcar, observaram que ela estava muito compactada, subtendendo-se que ela tinha sido molhada, pois estava dura; que foram averiguadas as escotilhas de descarga da graneleira do caminhão com açúcar e notaram que elas estavam tampadas; que foi solicitado policiamento com canil para verificar os dois veículos; que o cachorro ficou na dúvida e o depoente fez uma punção com um furo embaixo da carroceria do caminhão e entupiu com uma barra de ferro; que o cachorro foi solto novamente e acusou algo de irregular de imediato no eixo do caminhão; que esperaram mais dez minutos e fizeram novamente o percurso com o cachorro, o qual mais uma vez acusou que havia algo ali; *que o depoente, jun-*

tamente com o Soldado Bueno, subiram na carroceria do caminhão com duas escavadeiras e começaram a perfurar o açúcar; que, quando o Soldado Bueno bateu com a escavadeira, saiu um pedaço de entorpecente (maconha); que questionaram o motorista do caminhão, o qual resolveu admitir que dentro da carga de açúcar havia duas toneladas de maconha; que o outro motorista estava junto, pois no sistema de comunicação da Polícia constou que ambos os veículos passaram juntos nos radares e posteriormente os réus acabaram admitindo que são amigos; que o outro caminhão estava vazio, pois o objetivo era a escolta; que eles admitiram que receberiam a quantia de R\$ 50.000,00 e que não era a primeira viagem que estavam fazendo nesse sentido; que, segundo os réus, eles iriam descarregar os caminhões na Baixada Santista; que o depoente reconhece os réus como condutores dos veículos; que eles não falaram na ocasião quem era pessoa que os contratou; que os réus alegaram que já pegaram a carreta carregada no Mato Grosso; que o radiocomunicador pode pegar milhares de frequência, dependendo do canal que cada um pega; que o rádio pode ser sintonizado em dois canais e se limitar a duas pessoas, como também no mesmo canal podem estar sintonizadas duzentas pessoas; que não tinha informação anterior sobre esse carregamento de droga; que o serviço de inteligência foi acionado na hora para verificar a placa do veículo, o itinerário, o trajeto; que a ocorrência foi apresentada na Polícia Federal em razão do itinerário da droga e porque o rádio comunicador PX tem que ter autorização da Anatel, que é um órgão federal; que a extensão do trecho de rodovia que o depoente faz patrulhamento abrange 400 a 600 Km da Rodovia Raposo Tavares; que o depoente utiliza um equipamento que consegue monitorar os radares que fiscalizam as placas dos veículos; que ratifica seu depoimento de fls. 02/03 dos autos; que, quando da perfuração no açúcar, observou-se que, embaixo da droga, ainda havia aproximadamente vinte e cinco centímetros de açúcar, ou seja, foi colocada uma quantidade de açúcar na carreta, foi embarcada a droga e jogado açúcar sobre ela nas laterais, envelopando-a; que alguém da empresa que carregou esse açúcar deve ter conhecimento dos fatos; que o condutor do caminhão com a droga era o acusado Jorge, sendo que o réu Leandro estava na frente, fazendo a escolta do veículo, atuando como “batedor”, avisando se havia viatura na estrada.

Por seu turno, a testemunha Aeliton Bueno da Silva relata que (mídia CD – fls. 278):

Que estavam efetuando uma operação no pedágio e chamou a atenção que o condutor de um caminhão, ao chegar na cabine de pedágio e visualizar a operação, acabou soltando o rádio e ficou olhando para os policiais; que também chamou a atenção um caminhão que estava vindo logo atrás e fez a menção de ir para o acostamento e repentinamente retornou para a pista; que abordaram o primeiro e o segundo caminhões; que o Sargento subiu em um dos caminhões e começou a se comunicar no rádio, sendo que a comunicação saía no rádio do outro caminhão; que, indagados, os dois motoristas alegaram que não se conheciam; que, ao pesquisar no TND da viatura, através dos radares inteligentes, constou que a viagem dos dois motoristas era compatível com o itinerário, por questões de segundos, minutos; que os policiais se deslocaram até a base, distante a 500 metros; que deslonaram um dos caminhões, sendo que o outro se encontrava vazio; que observaram que o açúcar estava bem compacto, tendo até a possibilidade de se caminhar sobre ele; que foi acionado o canil, mas o cachorro, num primeiro momento, ficou em dúvida; que viram que a escotilha do caminhão estava tampada, impedindo de ver o produto; que foi feito um buraco, onde o cachorro indicou que haveria entorpecente; que os policiais subiram na carreta, escavaram, até que foi localizada droga (maconha); que o outro caminhão estava vazio, atuando supostamente como batedor; que os rádios PX não possuíam autorização e estavam sintonizados no mesmo canal; que geralmente esses rádios não conseguem pegar frequências oficiais; que os caminhões eram conduzidos por Leandro e Jorge; que até o momento em que foi localizada a droga, eles alegaram que não se conheciam, mas, quando foi encontrado o entorpecente, Jorge

informou que era a segunda viagem que estavam fazendo e que receberiam a quantia de R\$ 50.000,00, admitindo que Leandro era o batedor; que Jorge declarou que pegou o caminhão carregado, em Mato Grosso, e iria entregá-lo em Santos; que não tem conhecimento de quantos rádios podem operar no mesmo canal, na mesma frequência; que o motivo que gerou a abordagem do primeiro caminhão foi o nervosismo do primeiro motorista; que não tinha informações prévias sobre esse carregamento; que confirma o teor do seu depoimento de fls. 04/05 dos autos; que, na ocasião, o réu Leandro informou que o caminhão viajava vazio, mas que seria carregado em Santos, o que também chamou a atenção, pois é incompatível que um caminhão daquele porte tenha saído do Mato Grosso do Sul vazio para somente ser carregado em Santos e retornar para o Mato Grosso do Sul; que no caminhão havia uma camada de açúcar embaixo, droga no meio e açúcar em volta e em cima; que o açúcar estava bem compacto, como se tivesse sido molhado.

Assim, da análise dos depoimentos acima transcritos, resta claro o vínculo existente entre os acusados, que, em união de esforços e unidade de desígnios, efetuaram o transporte da substância entorpecente.

Nessa esteira, saliente-se que, se Leandro não tinha conhecimento de que Jorge transportava entorpecentes, não haveria motivo para negar que conhecia Jorge, como o fez no momento inicial de sua abordagem.

Além disso, em perícia realizada nos aparelhos de telefonia móvel apreendidos em poder dos réus (laudo pericial de informática de fls. 55/62 e mídia de fls. 63), além de o número de Jorge constar como contato de Leandro, constam outros 15 (quinze) elos entre os aparelhos de Jorge e Leandro, descritos na tabela de fls. 59/60, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla “PRG”, com números registrados com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à apreensão da droga, salientando-se que não foi apresentada nenhuma explicação plausível para a existência de tantos contatos em comum.

Destarte, verifica-se que a autoria dos acusados Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva está plenamente comprovada pelos elementos colhidos durante a instrução, para a prática do crime previsto no artigo 33, *caput*, da Lei 11.343/06.

1.4) DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO:

O dolo dos acusados também se encontra fartamente comprovado nos autos, cabendo destacar que foi encontrada, escamoteada sob a carga de açúcar a granel que era transportada pela carreta de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, grande quantidade de entorpecente “maconha” (mais de duas toneladas), e que o réu Leandro Gonçalves da Silva conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, atuando como “batedor”, para verificar a existência de barreira policial durante o deslocamento planejado, e Jorge da Silva Querino Júnior conduzia a carreta de placas NLB-5476, onde estava depositada a droga sob a carga de açúcar, tudo a confirmar o dolo genérico de importar, transportar guardar e trazer consigo a droga, com “animus” de traficar.

Anote-se que a figura delitiva do artigo 33, “*caput*”, da Lei nº 11343/2006 se realiza tão-somente com o dolo, não exigindo fim especial de agir.

Ademais, por se tratar de crime de perigo abstrato e ação múltipla, não se admite a figura da tentativa, bastando o fato do agente trazer consigo o entorpecente para consumir-se o delito, sem exigência de qualquer resultado, como a venda, ou entrega efetiva ao consumo.

Por outro lado, a expressiva quantidade da droga denominada maconha apreendida (duas toneladas e meia, aproximadamente) e a forma de seu acondicionamento, que estava

escamoteada abaixo do açúcar a granel molhado e endurecido, descartam a possibilidade de porte para uso próprio e demonstram a finalidade mercantil.

Conclui-se, portanto, ser procedente o pedido formulado na peça acusatória, restando provada a autoria, a materialidade delitiva e o dolo dos réus, indicando que os acusados importaram, transportaram, guardaram e trouxeram consigo a substância entorpecente apreendida, restando devidamente comprovada, diante do conjunto probatório, a prática do crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 pelos acusados.

Presente a tipicidade do fato descrito na denúncia, cumpre analisar se o fato típico é antijurídico, ou seja, se a conduta delitiva do acusado provocou lesão a bem jurídico, tanto do ponto de vista formal, quanto material.

Portanto, havendo fato típico, a sua ilicitude é presumida, podendo, contudo, ser afastada se presente alguma causa de exclusão, a saber, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade e exercício regular de direito.

2) ANÁLISE DA ILICITUDE DO FATO:

a) Estado de Necessidade

Prescreve o artigo 24, “caput”, do Código Penal:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No caso em tela, os fatos descritos na peça acusatória não se subsumem à hipótese legal de incidência prevista pelo artigo 24, do Código Penal.

Com efeito, a alegação de dificuldade na situação financeira do acusado não tem o condão de justificar a prática delituosa sob exame, a qual expõe toda a saúde pública a perigo.

Registre-se, outrossim, que eventual crise financeira não tem o poder de legitimar, nem servir como causa para a legalização de crimes, principalmente no caso trazido à baila.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. INTERROGATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NULIDADE DO LAUDO. INOCORRÊNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU DE CULPABILIDADE. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGA. REGIME INICIAL. CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA.

1. A inobservância da ordem estabelecida pelo art. 400 do Código de Processo Penal para o interrogatório do acusado não configura nulidade na hipótese de processo relativo ao delito de tráfico de entorpecentes, pois o art. 57 da Lei nº 11.343/06 é lei especial, que, portanto, prevalece (STJ, HC nº 257073, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.03.13; HC nº 260795, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.02.13; HC nº 166.728, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.09.11).

2. A materialidade do delito de tráfico transnacional de drogas foi comprovada pelo auto de apresentação e apreensão, pelo laudo de exame preliminar e pelo laudo de perícia criminal federal, conclusivos de que se trata de cocaína a substância apreendida.

3. A realização do exame pericial em amostra regularmente recolhida a partir do material apreendido é suficiente para a análise da natureza da substância, não tendo a defesa

demonstrado irregularidades ou prejuízo decorrentes da ausência de exame em todo o conteúdo do material.

4. A autoria foi provada pela prisão em flagrante do réu, pelas declarações do apelante e pela prova testemunhal.

5. Não prospera a alegação da defesa acerca da inexigibilidade de conduta diversa e aplicação do art. 24, § 2º, do Código Penal, à mímica de comprovação de que o réu agiu em estado de necessidade exculpante ou justificante, à mímica de comprovação cabal do preenchimento dos requisitos para o reconhecimento de excludente de ilicitude ou de culpabilidade.

6. A simples afirmação de dificuldades econômicas, desacompanhada da necessária comprovação, não se afigura suficiente para a configuração de estado de necessidade, que exigiria, na hipótese dos autos, prova cabal de profunda miserabilidade do apelante, que colocaria em risco sua própria subsistência ou a de sua família.

7. O relato do réu acerca de eventual ameaça não é suficiente a demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa. De sua narrativa, extrai-se que o réu não foi ameaçado fisicamente e que seu passaporte foi devolvido em ocasião prévia à viagem. A barreira do idioma, por sua vez, não é suficientemente impeditiva a obstar a busca do auxílio das autoridades policiais brasileiras ou mesmo do Consulado Britânico.

8. Pena-base mantida acima do mínimo legal. Tal fração se ajusta à natureza e à quantidade da droga apreendida (1.705g de cocaína) e autoriza a majoração da pena, sem embargo de as demais circunstâncias serem favoráveis ao réu.

9. Mantida a redução da pena em 5 (cinco) anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III, d, do Código Penal) e o teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça.

10. A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça não viola o princípio da individualização da pena, haja vista que o preceito secundário do tipo penal prevê os parâmetros para fixação da pena-base, havendo sido respeitadas as fases de fixação da pena.

11. A internacionalidade do tráfico restou configurada, considerando o percurso desenvolvido pelo réu para o cometimento do delito. Assim, deve ser mantida o aumento da pena em 1/6 (um sexto) em razão da transnacionalidade do crime, resultando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão.

12. A jurisprudência considera não haver *bis in idem* entre o *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e o inciso I do art. 40 da mesma Lei na hipótese de o agente “exportar” entorpecente, pois se trata de delito de ação múltipla (TRF da 3ª Região, ACR nº 00090947420104036119, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 12.06.12; ACR nº 00113940920104036119, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 15.05.12; ACR nº 00054696620094036119, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaféria, j. 20.03.12).

13. Não é caso de aplicação de §4º do art. 33 da Lei nº 11.346/03, de modo a reduzir a pena do réu.

14. As circunstâncias do crime e a quantidade de viagens empreendidas pelo réu à Índia e à diversos países da África, com curtos períodos de permanência e inclusive verificando-se entrada e saída no mesmo dia (cfr. passaporte do réu, juntado à fl. 80), evidenciam que pertence a uma organização criminosa voltada à prática do tráfico internacional. Saliente-se que o réu não comprovou minimamente sua alegação de que possui empresa e desenvolve negócios de compra e venda de automóveis em Gana. O volume de viagens, por sua vez, não seria compatível com a renda anual por ele declarada, no montante de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares).

15. A determinação do regime inicial nos delitos de tráfico de entorpecentes deve ser feita com base no art. 33, § 3º, c. c. o art. 59, *caput*, do Código Penal, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, segundo a qual seria obrigatório o regime inicial fechado. Mantido o regime inicial fechado de cumprimento de pena.

16. A fixação do regime de cumprimento de pena decorre logicamente da pena aplicada, bem como das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, de modo que, no caso, a pena aplicada

aconselha o início do cumprimento da pena em regime fechado, cabendo ao Juízo das Execuções Penais apreciar a progressão do regime de pena.

17. Não prospera o pleito da defesa para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à míngua do preenchimento dos requisitos legais (CP, art. 44, I).

18. O direito de apelar em liberdade para os delitos da Lei nº 11.343/06 é excepcional, desafiando fundamentação própria, não havendo ilegalidade em manter a prisão do réu que nessa condição respondeu a ação penal (STF, HC nº 92612, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.03.08; HC nº 101817, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.08.10; HC nº 98428, Rel. Min. Eros Grau, j. 18.08.09).

19. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida.

(ACR 00058783720124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/08/2013 ..FONTE_REPUBLICACAO:.)

3) ANÁLISE DA CULPABILIDADE:

Verifica-se, agora, a possibilidade de aplicação de pena aos acusados, sendo certo que tal juízo é feito ante a análise da culpabilidade e seus elementos, ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, é nessa fase que é realizado o juízo valorativo incidente sobre o fato típico e antijurídico perpetrado pelos acusados, devendo analisar-se se o agente é imputável, se agiu com consciência potencial da ilicitude e se poderia direcionar seu comportamento conforme o direito.

a) da Imputabilidade:

A imputabilidade refere-se à possibilidade do agente entender o caráter ilícito de seu comportamento, determinando-se consoante esse entendimento. Em princípio, o agente é imputável, todavia, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, poderiam afastar tal qualidade do agente, quando, então, se diria estar lidando com um agente inimputável.

Todavia, esse não é o caso dos autos, haja vista que os acusados são maiores de idade, tendo restado comprovada, durante a instrução processual, suas sanidades mentais.

b) da Potencial Consciência da Ilcitude

A potencial consciência da ilicitude é um elemento da culpabilidade consistente em averiguar se o agente, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber estar agindo em desacordo com a Lei, em vista de seu meio social, tradições, costumes regionais, além de seu nível intelectual e formação cultural.

Sob esta ótica, e da análise dos documentos que instruem os autos, verifica-se que existia a possibilidade dos acusados conhecerem o caráter ilícito de suas condutas.

Assim, resta ausente qualquer causa excludente da potencial consciência da ilicitude.

c) da Exigibilidade de Conduta Diversa

Por fim, deve-se anotar que, para se considerar um agente culpado por um delito, é necessário que o crime tenha sido praticado sob condições normais, já que, em condições adversas, poderia se supor a possibilidade de não se poder exigir do agente conduta diversa daquela considerada criminosa.

Nesses termos, deve-se frisar que os acusados cometeram o delito em condições normais, tendo por objetivo, senão principal, importante, ganhar dinheiro fácil com o tráfico de drogas.

4) Do “Estado de Necessidade Exculpante”

Para o exame da alegação do estado de necessidade exculpante como causa supra legal de exclusão de culpabilidade, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Federal José Lunardelli, nos autos da Apelação Criminal nº 0004965-89.2011.403.6119/SP:

(...) Por sua vez, o “estado de necessidade exculpante”, defendido pela teoria diferenciadora e de divergente aceitação doutrinária e jurisprudencial, é fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa, requisito sem o qual inexistente culpabilidade. Seus adeptos pregam que se for sacrificado um bem de valor maior ao preservado, deve ser analisado o perfil subjetivo do agente e perquirido se diante de seus atributos pessoais era possível ou não lhe exigir conduta diversa da perpetrada. Em caso negativo, exclui-se a culpabilidade com base no estado de necessidade exculpante. Se, no entanto, era de se lhe exigir outro comportamento, subsiste a punição do crime, podendo o magistrado reduzir a pena. Contudo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilicitude ou de causa de diminuição de pena. E ainda que assim não fosse, melhor sorte não restaria à defesa, tendo em vista que a prática de tráfico internacional de entorpecentes não era a única alternativa de sobrevivência de (...), pessoa jovem (tinha 28 anos na data dos fatos), com perspectivas de melhora em sua vida.

(ACR 26478, Proc. 2006.61.19.003619-1, rel. Des. Fed. Johnson Di Salvo, DJF3 CJ1 - 26.08.09, pág. 83).

Portanto, para a configuração do estado de necessidade exculpante ou justificante não de se comprovar os requisitos previstos no art. 24, “caput” e § 2º, do CP.

Entretanto, ainda que eventualmente reste comprovado, o que não ocorre no caso sob exame, não justifica conduta criminosa, nem afasta a culpabilidade, pois há outras maneiras lícitas de se prover a subsistência, que não com a prática de crime.

Inaplicável, por consequência, o estado de necessidade exculpante, para fins de diminuição da pena, ou mesmo aplicação de atenuante genérica.

Conclui-se, portanto, que o fato praticado pelos acusados é típico, ilícito e culpável e que a denúncia oferecida merece guarida.

DA TRANSNACIONALIDADE

Anote-se que está configurada a causa de aumento de pena prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06.

Nesse ponto, insta registrar que o Laudo nº 475/2016-UTEC/DPF/SOD/SP (fls. 55/62) atesta que, através de perícia realizada nos aparelhos celulares apreendidos em poder dos réus, verificou-se que, além de o número de Jorge da Silva Querino Junior constar como contato de Leandro Gonçalves da Silva, foram identificados outros 15 registros de contatos em comum entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla “PGR”, com números de telefones com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde período anterior à referida apreensão.

Ainda, a transnacionalidade está evidenciada pela expressiva quantidade de droga encontrada em poder dos acusados, consubstanciada em 2.400 (dois mil e quatrocentos quilos) de maconha, aliada ao fato de o local de origem do transporte ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, Ponta Porã, além de ambos os réus, residentes em São Vicente/SP e Maringá/PR, indicarem que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP.

A esse respeito, anote-se que os réus afirmaram, em interrogatório judicial, que a viagem

originou-se em Mato Grosso do Sul, estado cuja divisa territorial, notoriamente, é local de internalização de drogas no território nacional, que, acrescido ao fato de ter sido encontrada enorme quantidade da substância entorpecente “maconha” (mais de duas toneladas), a qual, sabidamente, não é produzida no território nacional, indica ser caso de internalização primária da droga, que ainda não havia sido distribuída no território nacional, tendo sido interceptada quando de seu direcionamento ao porto de Santos/SP, de onde, muito provavelmente, seria exportada para outro País.

Cumprir-se destacar, ainda, que, embora os réus Leandro e Jorge residam, respectivamente, nos municípios de Maringá/PR e São Vicente/SP, foram apreendidos com ambos os acusados aparelhos celulares com o DDD 67, de Mato Grosso do Sul, sendo que o réu Jorge afirmou, em seu interrogatório judicial, que o número de seu telefone era de Ponta Porã, cidade esta que faz divisa com o Paraguai.

Ressalte-se que para a configuração do tráfico transnacional de entorpecentes basta a introdução da substância oriunda do estrangeiro em território brasileiro. O fato de os acusados terem sido presos com a substância entorpecente em território brasileiro não descaracteriza o tráfico transnacional porque este delito é considerado crime permanente cuja consumação de protraí no tempo.

Assim, neste caso não há dúvidas de que o transporte desde o território estrangeiro até o local da apreensão na cidade de Araçoiaba da Serra não sofreu interrupções, até porque a droga foi escamoteada sob a carga de açúcar a granel no caminhão, em local de difícil acesso.

Destarte, pela análise dos elementos constantes dos autos, é forçoso concluir que os acusados efetuavam o transporte da substância entorpecente oriunda do Paraguai e introduzida no território brasileiro, aplicando-se a majorante do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Conclui-se, portanto, que os acusados Jorge da Silva Querino Junior e Leandro Gonçalves da Silva, ao importarem, transportarem, guardarem e trazerem consigo, com vontade livre e consciente, em unidade de desígnios, substância entorpecente (2.400 quilogramas de “maconha”) que determina dependência física e psíquica, oriunda do Paraguai, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, praticaram a conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, combinada com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06, como acima descrito.

II) DA ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO TRANSNACIONAL DE DROGAS

Segundo a peça acusatória, em período anterior e até 05 de outubro de 2016, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, em comunhão de esforços e unidade de desígnios, associaram-se, com ânimo de estabilidade, para o fim de praticar, reiteradamente, o crime previsto no artigo 33, *caput*, na forma do artigo 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06, incidindo, pois, na conduta descrita no artigo 35 do referido diploma legal.

Consta da denúncia que a estabilidade decorreu da elevada quantidade da droga apreendida, de sua origem, da forma como estava oculta no veículo, da presença de outra carreta como “batedor”, da utilização de rádios comunicadores entre os veículos e da elevada quantia que receberiam.

Pois bem, ressalte-se que para a configuração do delito previsto pelo artigo 35, da Lei nº 11.343/06 é fundamental que duas ou mais pessoas se reúnam com o propósito de manter uma meta comum, devendo haver prova de estabilidade e permanência da associação criminosa, sendo certo que, no caso em tela, há provas robustas, no sentido de que seria estável e permanente a associação criminosa entre os réus Leandro e Jorge.

No presente caso, a associação dos réus é inconteste. Mais do que interpretações e apreciações subjetivas, como tenta fazer crer a defesa, as provas colacionadas demonstram a efetiva associação dos réus, em comunhão de desígnios, para cometer crimes de tráfico internacional de drogas.

Com efeito, depreende-se dos depoimentos prestados em Juízo pelos Policiais Militares Rodoviários (fls. 278 – mídia CD), que efetuaram as prisões em flagrante, que os réus admitiram, na ocasião da abordagem, que não era a primeira viagem que faziam para o transporte de drogas, sendo que Leandro Gonçalves da Silva conduzia a carreta de placas ATP-2081 à frente, realizando a atividade conhecida como “batedor”, e Jorge da Silva Querino Júnior conduzia a carreta de placas NLB-5476, onde estava depositada a droga sob a carga de açúcar. Ademais, essas testemunhas ressaltam que em ambos os caminhões havia rádio PX e que os condutores das carretas estavam se comunicando, pois os sinais dos rádios transmissores estavam interligados, visando facilitar a execução do crime com informações privilegiadas sobre a localização de eventual operação fiscalizadora, o que evidentemente demonstra a associação entre eles para o tráfico do entorpecente. Afirmam que os réus realizavam o transporte da droga, em conjunto, com destino ao porto de Santos, SP, e receberiam a quantia de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) pelo referido transporte.

Destaque-se que o réu Jorge, em seu interrogatório judicial, afirma que foi contratado por uma pessoa de apelido “Cuiabá” para efetuar o transporte da droga e que foi orientado para que, quando chegasse em Santos, estacionasse o caminhão em uma rua, com a chave no contato, a fim de que alguém viesse descarregar a droga, o que denota a participação de outros indivíduos a viabilizar o transporte da substância entorpecente.

Além disso, a quantidade de substância entorpecente “maconha” apreendida (2.400 quilogramas), bem como o fato de que a droga era proveniente do Paraguai e foi apreendida na região do município de Araçoiaba da Serra, SP, portanto, a muitos quilômetros de distância da origem, demonstram a existência de uma associação criminosa.

Anote-se, outrossim, que o laudo pericial de fls. 55/62, realizado nos aparelhos celulares encontrados em poder dos acusados, informa que, além de o número de Jorge constar como contato de Leandro, foram identificados outros 15 (quinze) elos entre os dois aparelhos, sendo que ao menos dois deles se tratam de contatos registrados com a sigla “PRG”, com números registrados com o DDI do Paraguai (595), que mantinham contatos desde o período anterior à apreensão da droga, salientando-se que os réus não apresentaram nenhuma explicação plausível para a existência de quinze contatos em comum.

A título de exemplo, destaca-se que o contato “ADRIANO PRG” está registrado tanto no aparelho celular de Jorge quanto no de Jorge, constando quatro chamadas nos registros do celular do réu Jorge.

O número do telefone do contato “Grande Nv” ou “Grande PRG” consta registrado na agenda do réu Leandro (como “Grande Nv”) e também nos contatos do réu Jorge (como “GRANDE PRG”), tendo trocado uma chamada e quarenta mensagens com Jorge.

Constam, ainda, outros contatos nas agendas telefônicas de Jorge e Leandro com o DDI do Paraguai (595), conforme mídia de fls. 63.

Assim, denota-se a relação de ambos os réus com pessoas do Paraguai, com a importação e futura exportação da droga apreendida, exportação esta que ocorreria, ao que tudo indica, no porto de Santos, SP.

Enfim, o cenário criminoso leva a crer, ao menos num primeiro momento, que tal operação seria impossível de ser praticada por agentes que não mantivessem entre si um vínculo

associativo fortemente estruturado e organizado, baseado precipuamente na confiabilidade, circunstâncias típicas de uma associação estável e durável.

A expressiva quantidade da substância entorpecente apreendida, representada pelas aproximadas duas toneladas e meia de maconha, o elevado valor financeiro em jogo e o alto risco intrínseco numa operação desse porte implicam forçosamente num planejamento estratégico seguro, que não tem como ser feito às pressas, ou de forma instável.

Nesse sentido: TRF3, Décima Primeira Turma, Relatora Desembargadora Federal CECILIA MELLO, Recurso em Sentido Estrito nº 0003645-60.2013.403.6110, e-DJF3 Judicial 1 DATA:30/09/2014.

Destarte, a atuação de um batedor por parte do acusado Leandro e a utilização de rádios transmissores nos veículos na tentativa de burlar a fiscalização, bem como a transnacionalidade do delito, o alto valor prometido aos réus para o transporte da droga (R\$ 50.000,00), a grande quantidade de droga importada (2.400 quilogramas de “maconha”) e a forma como estava oculta na carreta (sob a carga de açúcar a granel molhado e endurecido) demonstram a sofisticação do “modus operandi”, que evidencia que os réus se associaram, de forma estável e permanente, com a finalidade de praticar o delito tráfico internacional de entorpecentes.

Portanto, no caso em tela, observa-se a existência de vínculo associativo permanente e não ocasional entre Jorge e Leandro, motivo pelo qual se conclui pela subsunção da conduta tipificada pelo artigo 35, “*caput*”, da Lei 11.343/06, por parte dos réus.

III) DA RADIODIFUSÃO

Consta da denúncia que, no dia 05 de outubro de 2016, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, em união de esforços e unidade de desígnios, desenvolveram clandestinamente atividade de telecomunicação, mediante a utilização de aparelhos eletrônicos transmissores de sinal de rádio, praticando, assim, o delito descrito no artigo 183 da Lei nº 9.472/97.

Segundo o *Parquet* Federal, por volta das 13h30, no quilômetro 111 da rodovia Raposo Tavares, SP 270, em Araçoiaba da Serra, SP (praça de pedágio), sentido interior capital, Policiais Militares abordaram duas carretas, uma de placas ATP-2081, com o srebosques AUB-9345 e AUB-9451, conduzida por LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, sem carga, e outra de placas NLB-5476 com o semirreboque de placas HTS-8778, conduzida por JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, carregada com uma carga de açúcar a granel e, de forma oculta, inúmeros pacotes da substância popularmente conhecida como “maconha”.

Narra ainda a peça acusatória que, naquela ocasião, foram localizados no interior de ambos os caminhões, conduzidos por Jorge e Leandro, rádios comunicadores do tipo PX/PY, sendo que os réus não possuíam à época autorização do órgão competente para utilizá-los.

Inicialmente, impende tecer considerações acerca da capitulação do crime imputado na denúncia aos réus, referente à atividade clandestina de telecomunicação.

Pois bem, os Tribunais Superiores vêm entendendo que tanto o art. 70 da Lei nº 4.117/62 como o art. 183 da Lei nº 9.472/97 vigem atualmente, concomitantemente, porém a tipificação dependerá, quanto ao primeiro delito, da inexistência do caráter habitual da conduta, enquanto a do segundo, inversamente, quando se caracteriza a habitualidade.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes julgados:

HABEAS CORPUS. PENAL. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÃO. ART. 183 DA LEI 9.472/1997. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA.

NÃO INCIDÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA CRIME DO ART. 70 DA LEI 4.117/1962. INVIABILIDADE. CONDUTA HABITUAL.

1. (...)

5. Ambas as Turmas já decidiram que “a conduta tipificada no art. 70 do antigo Código Brasileiro de Telecomunicações diferencia-se daquela prevista no art. 183 da nova Lei de Telecomunicações por força do requisito da habitualidade” (HC 120602, Primeira Turma, DJe de 18/3/2014). Assim, ante a patente habitualidade descrita na denúncia, improcede o pleito desclassificatório.

6. Ordem denegada.

(STF, HC 128.567, Rel. Min. Teori Zavascki, j. 08.09.15).

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESENVOLVIMENTO CLANDESTINO DE ATIVIDADE DE TELECOMUNICAÇÕES. RÁDIO COMUNITÁRIA. TIPIFICAÇÃO DA CONDUTA. PRETENSÃO DE DESCLASSIFICAÇÃO PARA O TIPO DO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/1962. IMPOSSIBILIDADE. HABITUALIDADE E CLANDESTINIDADE DA CONDUTA. INCIDÊNCIA DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/1997. ORDEM DENEGADA.

1. A conduta tipificada no art. 70 do antigo *Código Brasileiro de Telecomunicações* diferencia-se daquela prevista no art. 183 da nova *Lei de Telecomunicações* por força do requisito da habitualidade. Precedente: (HC 93.870/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe de 10/09/2010).

2. A atividade de telecomunicações desenvolvida de forma habitual e clandestina tipifica delito previsto no art. 183 da Lei 9.472/1997 e não aquele previsto no art. 70 da Lei 4.117/1962.

3. *In casu*, a) o paciente foi denunciado com incurso no art. 183 da Lei 9.472/97, pela suposta prática de utilização e desenvolvimento ilícito de sistema de telecomunicações, por meio da Rádio Evangélica FM, cujo seria o proprietário. b) Consoante destacou a Procuradoria Geral da República, “os aspectos da habitualidade e da clandestinidade não demandam qualquer discussão, uma vez que o próprio paciente confessou que desenvolveu a atividade de radiodifusão no Município de Piracuruca/PI, sem registro nos órgãos competentes, pelo período de nove meses no ano de 2006, encerrando tal prática apenas quando da fiscalização realizada pelos agentes da ANATEL”.

4. Ordem denegada.

(STF, HC 115.137, Rel. Min. Luiz Fux, j. 17.12.13).

Assim, o desenvolvimento de atividade de telecomunicação, nos termos em que disposto no artigo 183, da Lei nº 9.472/97, pressupõe uma atividade que se prolonga no tempo, que é reiterada, habitual, enquanto que a instalação ou utilização a que se refere o artigo 70 da Lei nº 4.117/62 demanda um ato único, isolado e independente de reiteração.

No caso dos autos, a descrição da acusação sobre a utilização de rádios telecomunicadores, mas sem indicativos de habitualidade da conduta, rende ensejo à classificação jurídica diversa da denúncia. O acusado Leandro escoltava o caminhão conduzido pelo réu Jorge, carregado com a droga, auxiliando-o com informações prestadas por meio do aparelho de rádio localizado no veículo.

No entanto, não se comprovou o uso reiterado do rádio telecomunicador, extraindo-se da prova dos autos apenas a utilização pontual do equipamento, que faz prevalecer a classificação jurídica conforme o artigo 70 da Lei nº 4.117/62.

Portanto, tem-se que os fatos descritos na denúncia estão previstos no artigo 70 da Lei nº 4.117/62.

Nesse contexto, o artigo 383 do Código de Processo Penal prevê a possibilidade da “*emendatio libelli*”, segundo a qual o magistrado atribui definição jurídica diversa ao fato descrito

na denúncia, mesmo que isso ocasione a aplicação de pena mais grave ao acusado, o que não é a hipótese dos autos:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

Destarte, procedo à desclassificação do crime do artigo 183 da Lei nº 9.472/97 para o do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 e passo à análise da materialidade delitiva.

Verifica-se que a materialidade do delito previsto pelo artigo 70 da Lei nº 4.117/62 resta comprovada diante do conjunto probatório produzido nos autos, notadamente pelo Boletim de Ocorrência nº 950/510/16 da Polícia Militar do Estado de São Paulo (fls. 24/33 dos autos nº 0009327-88.2016.403.6110, em apenso), pelos Laudos de Perícia Criminal Federal (Eletroeletrônicos) nº 031/2017-UTEC/DPF/SOD/SP (fls. 141/144) e nº 051/2017-UTEC/DPF/SOD/SP (fls. 187/189).

Com efeito, consta do mencionado Boletim de Ocorrência que os réus não possuíam à época dos fatos autorização do órgão de competente para utilizar os rádios comunicadores.

Outrossim, de acordo com o laudo pericial de fls. 141/144, o rádio comunicador instalado no veículo caminhão de placas ATP-2081 (conduzido pelo acusado Leandro) apresentava-se apto à radiocomunicação e estava configurado, no momento dos exames, para operar no canal 40, na frequência de portadora 27,405 MHz, com potência de 4 W (quatro watts), em modulação AM, dentro da região do espectro de frequências utilizado pelo Serviço de Rádio do Cidadão (26,960 a 27,860 MHz), portanto, capaz de causar interferência nas estações licenciadas que operem na mesma frequência e na mesma área de cobertura. O perito esclarece, ainda, que toda estação transmissora deve possuir a respectiva licença para uso de radiofrequência da ANATEL e utilizar equipamentos devidamente homologados por essa agência, bem como que, em consulta ao sítio da ANATEL, na data de 24/01/2017, através do Sistema de Gestão de Certificação e Homologação (SGCH), foi encontrado certificado de homologação nº 1518-15-5095, emitido em 29/04/2015 com validade até 29/04/2020, para o mencionado transceptor.

Por sua vez, o laudo pericial de fls. 187/189, tendo por objeto o transceptor móvel instalado no veículo caminhão de placas NLB-5476 (conduzido pelo réu Jorge), atesta que, no momento dos exames, o referido transceptor estava configurado para operar no canal 1, na frequência de portadora 26,965 MHz, com potência de 8W (oito watts), com modulação AM, podendo operar dentro da região do espectro de frequências utilizado pelo Serviço de Rádio do Cidadão (26,960 a 27,860 MHz), ressaltando que toda estação transmissora deve possuir a respectiva licença para uso de radiofrequência da ANATEL e utilizar equipamentos devidamente homologados por essa agência. Atesta, ademais, que, em consulta ao Sistema de Gestão de Certificação e Homologação da ANATEL, em 30/01/2017, verificou-se que não há certificado de homologação para o transceptor móvel em questão.

Quanto à alegação da defesa de que se trata de aparelho de telecomunicação de baixa potência, o que implica na aplicação do princípio da insignificância ao caso *sub judice*, vale ressaltar que o crime capitulado pelo artigo 70 da Lei 4.117/62 é de perigo abstrato e tem por bem jurídico tutelado a segurança dos meios de comunicação, na medida em que a instalação e utilização de aparelhagem em desacordo com as exigências legais e, principalmente, sem a observância de requisitos técnicos podem causar interferências prejudiciais nas estações licenciadas que operem na mesma frequência e na mesma área de cobertura.

Nesse sentido, trago à colação o seguinte julgado:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. CONTRABANDO. ART. 334-A, § 1º, V, DO CÓDIGO PENAL. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CRIME FORMAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PARTICIPAÇÃO DE MENOR IMPORTÂNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DO ART. 349 DO CP. DESCABIMENTO. DESCLASSIFICAÇÃO, DE OFÍCIO, DO CRIME DO ART. 183 DA LEI Nº 9.472/97 PARA DO ART. 70 DA LEI Nº 4.117/62. MATERIALIDADE AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. DOSIMETRIA DAS PENAS. ALTERAÇÃO. DETRAÇÃO. ALEGAÇÃO DE ERRO MATERIAL PREJUDICADA. REGIME INICIAL ABERTO. SUBSTITUIÇÃO POR PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. A materialidade e a autoria delitivas restaram comprovadas nos autos, em especial pelo Auto de Prisão em Flagrante (fls. 2/6), Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 7/16) e Laudo de Perícia Criminal Federal (Merceologia) (fls. 95/108), conclusivo no sentido de demonstrar se tratar de cigarros importados do Paraguai, cujas marcas Eight, Palermo e Te não possuem autorização para importação, fabricação e/ou comercialização no território brasileiro. Além disso, as circunstâncias em que realizada a prisão em flagrante, aliadas à prova oral colhida, tanto na fase policial como judicial, confirmam de forma precisa e harmônica, a ocorrência dos fatos e a responsabilidade do apelante.

2. O entendimento atual da Jurisprudência é de que no crime de contrabando não pode ser aplicado o princípio da insignificância, tendo em vista que o bem jurídico tutelado é a saúde pública. A importância do bem jurídico tutelado e a reprovabilidade da conduta ofensiva ao bem comum impedem a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em exame, que trata da prática de delito de contrabando.

3. O contrabando é um delito formal e, assim, não exige a superveniência de um resultado naturalístico para o seu aperfeiçoamento. Na hipótese dos autos, a mercadoria ilícita ingressou no território nacional, o que é suficiente para a consumação delitiva, sendo irrelevante o efetivo dano para a Administração Pública.

4. No delito de descaminho e contrabando é responsável aquele que faz a importação pessoalmente e também quem colabora para esse fim, conscientemente, introduzindo ou transportando no país as mercadorias. Descabimento de desclassificação para o crime do artigo 349 do Código Penal e não ocorrência de participação de menor importância (art. 29, § 1º, do CP).

5. No caso em tela, não há indícios de habitualidade, por parte do réu, na utilização do rádio encontrado no veículo, de forma que não se pode imputar a ele o crime do art. 183 da Lei nº 9.472/97. Por esta razão, desclassifico, *ex officio*, a conduta imputada ao réu para o crime do art. 70 da Lei nº 4.117/62, posto que se tratou de utilização clandestina e eventual do rádio tranceptor.

6. Conforme reiterada jurisprudência, o delito do artigo 70 da Lei nº 4.117/62 configura crime formal, que prescinde de resultado material efetivo para que se caracterize sua potencialidade lesiva. Nesses termos, irrelevante para o deslinde desta causa qualquer alegação a respeito da inoccorrência de efetivo uso do referido tranceptor ou exercício de atividade clandestina de comunicação desenvolvida pelo acusado.

7. Com efeito, as circunstâncias em que foi realizada a apreensão, aliadas à prova oral colhida, confirmam a ocorrência dos fatos descritos na denúncia e a responsabilidade pela autoria.

8. *Não pode ser aplicado o princípio da insignificância ao crime do artigo 70 da Lei nº 4.117/62, tendo em vista que se trata de crime de perigo abstrato. A importância do bem jurídico tutelado, que é o regular funcionamento das telecomunicações, e a reprovabilidade da conduta ofensiva ao bem comum impedem a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em exame, que trata da prática de delito contra as telecomunicações.*

9. Pena definitiva de contrabando mantida, nos moldes em que fixada pelo juízo *a quo*. Crime

do art. 70 da Lei nº 4.117/62. Pena fixada no mínimo legal.

10. Em razão do concurso material de crimes (Artigo 69 do Código Penal), somam-se as penas, no que resulta a pena definitiva de 03 (quatro) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias, sendo 02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 10 (dez) dias de reclusão e 01 (um) ano de detenção. Deixo consignado que a pena de reclusão deve ser executada antes da pena de detenção, nos termos do artigo 69, *caput, in fine*, do Código Penal.

11. De fato, há erro material nos cálculos realizados pelo juízo *a quo* quando da aplicação da detração. Entretanto, após a desclassificação crime do art. 183 da Lei 9.472/97 para aquele do art. 70 da Lei 4.117/62, os cálculos da detração também devem ser alterados para refletir a *emendatio libelli*, de modo que a alegação de erro material resta prejudicada. Após aplicação da detração, a pena restante resultou em 03 (três) anos, 01 (um) mês e 19 (dezenove) dias de pena privativa de liberdade a ser cumprida.

12. Cabe ressaltar que a detração não influenciou na fixação do regime aberto, que seria o cabível havendo ou não a detração.

13. O regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade deve ser estabelecido no regime aberto, nos termos do artigo 33, §2º, alínea “c” do Código Penal. Presentes os requisitos dos artigos 44 e seguintes do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes em prestação de serviços à comunidade, nos termos do artigo 46 do Código Penal, e prestação pecuniária no valor de 2 (dois) salários mínimos, a serem especificadas pelo Juízo das Execuções Penais.

14. Recurso desprovido.

(TRF3, Quinta Turma, ACR 00010491420164036138 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 70174, Relator (a) DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 17/05/2017).

Ressalte-se, ainda, que o crime previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/62 possui natureza formal, de modo que se consuma com o mero risco potencial de lesão ao bem jurídico tutelado, qual seja, o regular funcionamento do sistema de telecomunicações, bastando para a tipificação a comprovação de que o agente instalou e/ou utilizou equipamento de telecomunicação sem a devida autorização do órgão competente.

Conclui-se, portanto, que o princípio da insignificância é inaplicável ao presente caso.

Comprovada a materialidade delitiva, resta perquirir a respeito da autoria do crime.

Nesse ponto, verifica-se que os réus, em seus interrogatórios judiciais (fls. 278 – mídia CD), transcritos anteriormente, confessam a prática do delito de telecomunicação clandestina, embora aleguem que não tinham conhecimento do caráter ilícito de suas condutas. Afirmam que todos os motoristas de caminhão utilizam o rádio amador na estrada para se comunicarem, e que não possuíam ciência de que era necessária a autorização da ANATEL para o uso do equipamento.

No entanto, tal tese não deve prevalecer, tendo em vista que o artigo 21 do Código Penal é imperativo no sentido de que o desconhecimento da lei é inescusável, pois, no direito brasileiro, vige o princípio *ignorantia legis neminem excusat*.

Nem se diga, também, que não era possível o conhecimento da ilicitude do fato por parte dos réus, o que excluiria a culpabilidade, porque é de domínio público a necessidade de autorização estatal para a prática de telecomunicação.

É evidente que cabe exclusivamente ao Estado regular e disciplinar a instalação e funcionamento de quaisquer rádios, bem como de serviços de telecomunicações (inclusive SCM), pois a ele cabe zelar pela utilização racional do espaço eletromagnético nacional, a fim de evitar a ocorrência das conhecidas interferências de transmissão, que põem em risco o normal

desempenho de diversas atividades essenciais à sociedade, como o controle de aeronaves e as comunicações travadas pelos órgãos de segurança pública, especialmente as viaturas policiais.

A ignorância da lei não se confunde com o erro de proibição, o qual pode, em alguns casos, excluir o crime. A ignorância é a falta de conhecimento de alguma coisa ou fato. Já o erro de proibição, tese de defesa, saliente-se, ocorre quando o agente, por erro plenamente justificado, não tem ou não lhe é possível o conhecimento do fato, supondo que atua licitamente, o que não se enquadra na situação em comento, pois é fato notório que a instalação e o funcionamento de um serviço de radiodifusão requer autorização, concessão ou permissão da agência fiscalizadora, de modo que os acusados tinham plenas condições de se inteirar acerca da regra proibitiva.

Dessa forma, resta demonstrado nos autos que os acusados desenvolveram atividades de telecomunicação por radiodifusão em frequência modular, sem a devida autorização da ANATEL.

Conclui-se, portanto, que os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, ao importarem, trazerem consigo, guardarem e transportarem, com vontade livre e consciente, substância entorpecente (2.400 quilogramas de “maconha”), que determina dependência física e psíquica, oriunda do Paraguai e que teria como destino final o porto de Santos, SP, em desacordo com determinação legal; ao associaram-se para o fim de praticar o crime do artigo 33, da Lei 11.343/06, e ao utilizarem equipamentos de telecomunicação sem autorização do Poder Concedente, como acima descrito, praticaram as condutas típicas descritas no artigo 33, “caput” e 35, combinados com o artigo 40, inciso I, todos da Lei 11.343/06, e no artigo 70 da Lei nº 4.117/62.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a denúncia oferecida, para o fim de CONDENAR os acusados JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, brasileiro, casado, motorista, filho de Jorge da Silva Querino e Valquiria Ferreira Paiva Querino, nascido aos 16/09/1980 em Santos/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 34451709 SSP/SP, residente na Rua Jardel Filho, 251, fundos, São Vicente/SP, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Diadema/SP, e LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, brasileiro, casado, motorista, filho de Ivo Gonçalves da Silva e Maria Aparecida da Silva, nascido aos 14/02/1989 em São Paulo/SP, portador do documento de identidade sob R.G. nº 10745919 SEPS/PR, residente na Rua Monsenhor Tanaka, 300, bloco 18, apto. 34, Maringá/PR, atualmente preso e recolhido no Centro de Detenção Provisória de Mirandópolis I/SP, como incursos nas penas do artigo 33, “caput” e artigo 35, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e artigo 70 da Lei nº 4.117/62, na forma dos artigos 29 e 69 do Código Penal.

Resta, agora, efetuar a dosimetria da pena.

1) JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR

Quanto ao crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal - a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito. O réu praticou um delito de extrema gravidade, transportando enorme quantidade da substância popularmente conhecida como “maconha” (2.400 Kg). O réu é primário e não ostenta maus antecedentes. No entanto, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, na fixação da pena, devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga apreendida, além da personalidade e da conduta do agente. Assim, embora o réu seja primário, verifica-se que as consequências do crime são graves, tendo em

vista que transportava grande quantidade de substância entorpecente, podendo gerar danos a toda a sociedade.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

[...]

Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base.

- No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, *in casu*, 96 (noventa e seis) papелotes de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

(HC 203298/PB *HABEAS CORPUS* 2011/0080752-5 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013) - grifo nosso.

Desse modo, considerando que o acusado JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR transportou grande quantidade de substância entorpecente, vinda do Paraguai, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização, até que o veículo que ele conduzia fosse abordado pelos policiais militares, na Rodovia Raposo Tavares, SP-270, Km 111, município de Araçoiaba da Serra/SP, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 550 (quinhentos e cinquenta) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes e atenuantes –

A pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal deve ser rejeitada, porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, “*caput*” da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO EM MAIS DE UMA ETAPA DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. CRIME MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. AGRAVANTE GENÉRICA. INAPLICABILIDADE.

1. Secundando o entendimento firmado no âmbito do Pretório Excelso, esta Corte tem entendido que “a utilização de um mesmo argumento - referente à natureza e à quantidade de

drogas - em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*". (HC 283.306/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 02/06/2014).

2. *Esta Corte de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que a agravante do inciso IV do artigo 62 do Código Penal não tem incidência no crime de tráfico de drogas que, tratando-se de tipo misto alternativo, pode decorrer de conduta onerosa ou gratuita, qualquer delas inerente e bastante à configuração do delito.*

3. Agravo regimental improvido.

(STJ – Sexta Turma - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1360277 – RELATORA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Fonte: DJE DATA:05/09/2014) (grifo nosso).

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PENA. GRADUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

- Materialidade e autoria dolosa provadas no conjunto processual.
- Circunstâncias judiciais que não autorizam a graduação da pena-base acima do mínimo legal.
- *Pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal rejeitada porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, "caput" da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.*
- Afastada qualquer possibilidade de incidência da atenuante da confissão espontânea, uma vez que não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Súmula 231 do E. STJ.
- Causa de diminuição do artigo 33, § 4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão "não se dedique às atividades criminosas". Lei que é de combate ao tráfico, a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico, impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.
- Circunstância da transnacionalidade que restou devidamente comprovada e que se caracteriza pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país. Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, mantido o patamar mínimo previsto aplicado na sentença.
- Mantido o regime semiaberto para início de cumprimento de pena.
- Pedido da defesa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito que se rejeita porquanto não preenchido o requisito objetivo do limite de pena.
- Recursos parcialmente providos.

(TRF 3 – Segunda Turma - ACR 00066896020134036119 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 58124 – RELATOR DESMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR – Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2014).

Por outro lado, considerando que o réu, em seu interrogatório, confessou o delito, aplique a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea "d", do Código Penal e reduza-lhe a pena em 1/6 (um sexto) para 5 (cinco) anos de reclusão e ao pagamento de multa, equivalente a 500 (quinhentos) dias-multa, observando-se o disposto

pela Súmula nº 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

c) Causa de aumento de pena – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevo a pena em 1/6.

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar que a substância entorpecente foi trazida pelo acusado do Paraguai.

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como “maconha”), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 05 (cinco) anos de reclusão, mais 500 (quinhentos) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de *05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*.

d) Causa de diminuição de pena – não há.

A causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 não se aplica ao caso em tela, uma vez que há elementos nos autos que denotam que o réu integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, em razão do fato de ele ser o transportador contratado da droga, aliado às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente a expressiva quantidade da droga apreendida (2.400 Kg de maconha), acondicionada no interior da carreta do caminhão, escamoteada sob a carga de açúcar a granel.

Nesse sentido: STJ, Quinta Turma, AGRESP 201103013752, Relator(a) RIBEIRO DANTAS, Fonte eDJE DATA: 22/06/2016.

Também não há que se falar na incidência da causa de redução de pena prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, na medida em que não restou comprovado que o acusado agiu em estado de necessidade, conforme o anteriormente exposto.

Assim, mantenho a pena fixada em *5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*.

Portanto, a pena de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, fica fixada em *05 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão e ao pagamento de 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Quanto ao delito previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que houve vontade livre e consciente do réu Jorge em unir-se a outras pessoas, com estabilidade e permanência, tendo a finalidade especial de cometer crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Da análise do laudo pericial de fls. 55/62, infere-se que, nos celulares encontrados em poder dos acusados, foram localizados registros, em agenda telefônica, de números com có-

digos do Paraguai (DDI 595), evidenciando a relação dos réus com pessoas desse país, com a importação e futura exportação da droga apreendida, que certamente ocorreria no porto de Santos, SP, de modo que fica demonstrada a existência e colaboração com uma estrutura organizada para a prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Resta comprovado, portanto, que o réu Jorge se associou ao corréu Leandro, para o fim de realizar o transporte da droga oriunda do Paraguai com destino ao porto de Santos, SP, adentrando ao Brasil, objetivando, assim, com vontade livre e consciente, em associação com o corréu, fazer ingressar, no território nacional, a substância entorpecente (“maconha”), que causa dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Assim, considerando que o acusado JORGE DA SILVA QUERINO associou-se com o corréu para o fim de praticar o crime previsto pelo artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, incidiu na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06. O réu é primário e não ostenta maus antecedentes, motivo pelo qual fixo a pena-base no mínimo legal, em 3 (*três*) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 700 (setecentos) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – não há.

c) Circunstância atenuante – não há.

d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).

Inicialmente, cabe destacar que as causas de aumento previstas no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, alcançam crimes previstos nos artigos 33 a 37, da Lei nº 11.343/06, não havendo “bis in idem” em função da incidência simultânea da internacionalidade sobre tais delitos, já que incidem de forma autônoma sobre referidos delitos, segundo posicionamento externado pelo Eg. STJ, em questão similar, no julgamento do HC 48466/SP, Min. Relator Hamilton Carvalhido, julgado em 19/09/2006, publicado no DJE de 22/09/2008.

Com efeito, figura-se plenamente possível a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 para a majoração da pena de ambos os delitos praticados pelas acusadas - tráfico e associação para o tráfico -, conforme precedentes do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Supremo Tribunal Federal, o qual, aliás, firmou entendimento nesse sentido ainda sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76 (destaquei):

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO AO TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI nº 6.368/76. CRIMES AUTÔNOMOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA APLICADA AOS DOIS CRIMES. TRANSNACIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Os delitos de auxílio ao tráfico de drogas e de associação para o tráfico, previstos na Lei nº 6.368/76, são autônomos, assim, a causa de aumento consistente na transnacionalidade incide sobre cada um deles de forma independente.

2. Não ocorrência do bis in idem.

3. Ordem denegada.

(STF, HC 97979, Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 03.11.2009).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. LABORATÓRIO PARA O REFINO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. “OPERAÇÃO CAMISA 10”. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - BENEFÍCIO CONCEDIDO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. PRELIMINARES DE NULIDADE: INÉPCIA DA INICIAL.

QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO SEM O PRÉVIO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DENÚNCIA ANÔNIMA. SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REITERADAS PRORROGAÇÕES. NÃO TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA COM A FALTA DE OITIVA DOS CORRÉUS. NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE AFASTADA. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DA AUTORIA QUANTO AO TRÁFICO E À MANUTENÇÃO DE LABORATÓRIO DE REFINO, EXCETO QUANTO A LEONARDO E ANTONIO. CONDENAÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. *MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE*. DOLO PRESENTE. *AFASTADO O BIS IN IDEM*. DOSIMETRIA DA PENA. *MANTIDA*. MAJORAÇÃO. DE MENOR POTENCIAL NÃO CONSTATADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 INAPLICÁVEL.

(...)

9 - *Não procede a alegação de bis in idem decorrente da incidência da causa de aumento do artigo 40, I da lei 11.343/2006 em todos os delitos, pois trata-se de delitos autônomos.*

(...).

16 - Apelações das defesas de Marcelle, Sérgio e Alex parcialmente providas para absolvê-los da prática dos crimes previstos nos artigo 33 e 34, c.c. 40, I, da Lei 11.343/06, e dos corréu Leonardo e Antonio integralmente desprovidas.

(TRF3, ACR 00052896120104036104, José Lunardelli, Primeira Turma, e-DJF3 Data: 29.04.2014).

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como “maconha”), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 3 (três) anos de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa.

e) Causa de diminuição de pena – não há.

Assim, JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR fica condenado à pena provisória de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, sendo a cada dia-multa aplicado o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 35, “caput”, combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao crime previsto no artigo 70, da Lei nº 4.117/62:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – considerando que a culpabilidade não tem grau elevado de censurabilidade a ensejar maior reprimenda penal; considerando que as circunstâncias foram as ordinárias para o tipo penal; considerando que não houve comportamento vitimógeno e nem consequências do crime a serem observadas; considerando que o acusado utilizou equipamento de telecomunicação, sem a autorização do órgão competente; considerando que o réu é primário e não ostenta maus antecedentes, fixo a pena-base no mínimo legal em 1 (um) ano de detenção, pela conduta descrita no artigo 70, da Lei

nº 4.117/62, posto que somente assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – artigo 61, do Código Penal – ausentes circunstâncias que determinem o agravamento da pena aplicada.

c) Circunstâncias atenuantes – artigo 65, do Código Penal – considerando que o réu, em seu interrogatório, confessou o delito, aplico-lhe a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal, contudo mantenho a pena em *1 (um) ano de detenção*, em observância ao disposto pela Súmula nº 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.

d) Causas de aumento ou diminuição de pena – Deixo de aplicar o aumento da metade da pena do artigo 70, da Lei nº 4.117/62, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que houve dano a terceiro.

Fixada a pena-base, bem como ausentes outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, e de aumento e de diminuição de pena, fica condenado JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, à pena de *1 (um) ano de detenção*, fixando o dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo legal, devidamente corrigido, pelo crime descrito no artigo 70, da Lei nº 4.117/62.

Fixadas as penas em separado para os três delitos, deve-se proceder à unificação prevista no artigo 69 do Código Penal, ou seja, aplicar cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido, na medida em que, mediante mais de uma ação ou omissão, foram praticados dois ou mais crimes, ressaltando-se que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Em relação à multa, também se opera a cumulatividade, nos termos do artigo 72 do Código Penal.

Portanto, a pena definitiva de JORGE DA SILVA QUERINO JUNIOR, pela prática dos crimes descritos no artigo 33, “caput” e artigo 35, “caput”, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e do delito previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, fica fixada em *9 (nove) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de multa equivalente a 1.399 (um mil, trezentos e noventa e nove) dias-multa*, sendo cada dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Considerando a parte final do artigo 69, “caput”, do Código Penal, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, estas não se somam, devendo ser executada por primeiro a pena de reclusão e, após, a de detenção.

Por outro lado, conforme orientação firmada no âmbito da Corte Superior, a análise quanto ao regime inicial e quanto à substituição das penas, em concurso material de crimes, deve ser feita sob o somatório das reprimendas. Nesse sentido: TRF3, Décima Primeira Turma, ACR 00121094420154036000, ACR – APELAÇÃO CRIMINAL 66839, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2017.

Para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se efetuar a detração, descontando-se da pena aplicada o período de prisão provisória cumprida pelo condenado, nos termos do parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012.

No caso dos autos, o acusado foi preso em flagrante delito em 05/10/2016 e, desde então, encontra-se recolhido ao cárcere, haja vista que a sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva, tendo sido expedido mandado de prisão em seu desfavor pela Justiça Estadual de Sorocaba/SP (fls. 73), ressaltando-se que foram ratificados os atos praticados pelo Juízo

Estadual, incluindo a conversão em prisão preventiva (fls. 80).

Desse modo, considerando que o acusado cumpriu, até a presente data (14/06/2017), prisão provisória pelo lapso de tempo total de 08 (oito) meses e 09 (nove) dias, efetuada a detração desse período, tem-se que resulta no cumprimento da pena restante de *09 (nove) anos, 07 (sete) meses e 21 (vinte e um) dias*.

Em sendo assim, fixo o regime prisional inicial FECHADO ao acusado, nos termos do artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade da droga teria o condão de causar consequências graves a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico estar presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de droga, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

II) LEANDRO GONÇALVES DA SILVA

Quanto ao crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal - a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito. O réu praticou um delito de extrema gravidade, auxiliando no transporte de enorme quantidade da substância popularmente conhecida como “maconha” (2.400 Kg). Observa-se que no apenso de antecedentes existe um apontamento *com trânsito em julgado* em face do acusado, referente à ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da Comarca de Nova Londrina/PR, em que o réu foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em regime inicial fechado, havendo o trânsito em julgado da demanda para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011, conforme consta na certidão de fls. 19 do apenso de antecedentes. Esse apontamento gera a reincidência e será valorado na segunda fase de dosimetria da pena. Ou seja, tendo em vista que esse aspecto negativo implica na agravante reincidência, efetua-se o reconhecimento da circunstância judicial como desfavorável, *porém sua valoração* será efetuada na segunda fase da dosimetria da pena, pelo que o aumento respectivo irá ser aplicado na segunda fase. Nos termos do artigo 42, da Lei nº 11.343/06, na fixação da pena, devem ser consideradas, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga apreendida, além da personalidade e da conduta do agente. Assim, a despeito de serem graves as consequências do crime, o acusado Leandro apenas auxiliou no transporte do entorpecente, servindo como “batedor” da carreta que transportava a droga.

Desse modo, considerando que o acusado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA auxiliou no transporte, servindo como “batedor” de grande quantidade de substância entorpecente, vinda do Paraguai, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização, até que o veículo que ele conduzia e o caminhão carregado com a droga fossem

abordados pelos policiais militares, na Rodovia Raposo Tavares, SP-270, Km 111, município de Araçoiaba da Serra/SP, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, fixo-lhe a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 5 (*cinco*) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente a 500 (quinhentos) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes e atenuantes – Está presente a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, conforme já aduzido, o acusado foi condenado na ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da comarca de Nova Londrina, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (por duas vezes), tendo transitado em julgado para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011 (fls. 19 do apenso de antecedentes). Assim, procedo ao aumento da pena em 1/6, fixando-a em 5 (*cinco*) anos e 10 (*dez*) meses de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente a 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa.

Por outro lado, a pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal deve ser rejeitada, porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, “*caput*” da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.

Nesse sentido, vale transcrever os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NATUREZA E QUANTIDADE DE DROGA. CONSIDERAÇÃO EM MAIS DE UMA ETAPA DA DOSIMETRIA. *BIS IN IDEM*. CRIME MEDIANTE PAGA OU RECOMPENSA. AGRAVANTE GENÉRICA. INAPLICABILIDADE.

1. Secundando o entendimento firmado no âmbito do Pretório Excelso, esta Corte tem entendido que “a utilização de um mesmo argumento - referente à natureza e à quantidade de drogas - em duas fases do cálculo da pena caracteriza dupla punição pelo mesmo fato, devendo o juiz escolher em qual momento da dosimetria essa circunstância vai ser levada em conta, mas apenas em uma fase, a fim de evitar *bis in idem*”. (HC 283.306/SP, Rel. Min. SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 02/06/2014).

2. Esta Corte de Justiça tem jurisprudência uniforme no sentido de que a agravante do inciso IV do artigo 62 do Código Penal não tem incidência no crime de tráfico de drogas que, tratando-se de tipo misto alternativo, pode decorrer de conduta onerosa ou gratuita, qualquer delas inerente e bastante à configuração do delito.

3. Agravo regimental improvido.

(STJ – Sexta Turma - AGRESP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL – 1360277 – RELATORA MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA – Fonte: DJE DATA:05/09/2014) (grifo nosso).

PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. PROVA. PENA. GRADUAÇÃO. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI Nº 11.343/06. TRANSNACIONALIDADE. REGIME DE CUMPRIMENTO. SUBSTITUIÇÃO DE PENA.

- Materialidade e autoria dolosa provadas no conjunto processual.

- Circunstâncias judiciais que não autorizam a graduação da pena-base acima do mínimo legal.

- Pretensão ministerial de aplicação da agravante do artigo 62, inciso IV, do Código Penal rejeitada porquanto a circunstância de execução ou participação no crime mediante paga ou promessa de recompensa é inerente à figura legal do delito do artigo 33, “*caput*” da Lei 11.343/06, destarte já sendo considerada pelo legislador ao delimitar as penas cominadas.

- Afastada qualquer possibilidade de incidência da atenuante da confissão espontânea, uma vez que não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal. Súmula 231 do E. STJ.
 - Causa de diminuição do artigo 33, §4º que não incide no caso em virtude das circunstâncias do delito (contato com agentes de organização criminosa atuando no tráfico internacional) a revelarem propensão criminosa, não se lobrigando o preenchimento do requisito cunhado na lei com a expressão “não se dedique às atividades criminosas”. Lei que é de combate ao tráfico, a concessão indiscriminada do benefício legal aos agentes transportadores da droga vindo a facilitar as atividades das organizações criminosas, de modo a, também sob pena do paradoxo da aplicação da lei com estímulo ao tráfico, impor-se a interpretação afastando presunções e exigindo fortes e seguros elementos de convicção da delinquência ocasional.
 - Circunstância da transnacionalidade que restou devidamente comprovada e que se caracteriza pela execução potencial (restrita ao território de um país mas destinada a operar efeitos em outro) ou efetiva do delito abrangendo o território de mais de um país. Descabida a pretensão da acusação de aumento do percentual em função da distância do destino da droga, o que não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta mas de riscos maiores podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, mantido o patamar mínimo previsto aplicado na sentença.
 - Mantido o regime semiaberto para início de cumprimento de pena.
 - Pedido da defesa de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito que se rejeita porquanto não preenchido o requisito objetivo do limite de pena.
 - Recursos parcialmente providos.
- (TRF 3 – Segunda Turma - ACR 00066896020134036119 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 58124 – RELATOR DESMBARGADOR FEDERAL PEIXOTO JUNIOR – Fonte: e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/08/2014).

c) Causa de aumento de pena – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevo a pena em 1/6.

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar que a substância entorpecente foi trazida pelo acusado do Paraguai.

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como “maconha”), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa.*

d) Causa de diminuição de pena – não há.

A causa de diminuição da pena prevista no artigo 33, §4º, da Lei nº 11.343/2006 não se aplica ao caso em tela, uma vez que o réu Leandro Gonçalves da Silva não é primário, já que foi reconhecido acima como reincidente, pelo que tal fato, por si só, afasta a aplicação do §4º do artigo 33 da Lei nº 11.343/06.

Ademais, ainda que assim não fosse, não existe dúvida de que o réu Leandro, juntamente

com o corréu, integra uma organização criminosa ou, ao menos, se dedica de forma não eventual a atividades criminosas, sendo totalmente inviável a incidência de tal minorante.

Com efeito, há elementos nos autos que denotam que o réu integra organização criminosa voltada para o tráfico ilícito de entorpecentes, em razão do fato de ele ser o “batedor” contratado para o transporte da droga, aliado às circunstâncias em que o delito ocorreu, notadamente a expressiva quantidade da droga apreendida (2.400 Kg de maconha), acondicionada no interior da carreta do caminhão, escamoteada sob a carga de açúcar a granel.

Nesse sentido: STJ, Quinta Turma, AGRESP 201103013752, Relator(a) RIBEIRO DANTAS, Fonte eDJE DATA:22/06/2016.

Também não há que se falar na incidência da causa de redução de pena prevista no artigo 24, § 2º, do Código Penal, na medida em que não restou comprovado que o acusado agiu em estado de necessidade, conforme o anteriormente exposto.

Assim, mantenho a pena fixada em *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*.

Portanto, a pena de LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06, fica fixada em *06 (seis) anos, 09 (nove) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e ao pagamento de 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Quanto ao delito previsto no artigo 35, “caput”, da Lei 11.343/06:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que houve vontade livre e consciente do réu Leandro em unir-se a outras pessoas, com estabilidade e permanência, tendo a finalidade especial de cometer crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Da análise do laudo pericial de fls. 55/62, infere-se que, nos celulares encontrados em poder dos acusados, foram localizados registros, em agenda telefônica, de números com códigos do Paraguai (DDI 595), evidenciando a relação dos réus com pessoas desse país, com a importação e futura exportação da droga apreendida, que certamente ocorreria no porto de Santos, SP, de modo que fica demonstrada a existência e colaboração com uma estrutura organizada para a prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes.

Resta comprovado, portanto, que o réu Leandro se associou ao corréu Jorge, para o fim de realizar o transporte da droga oriunda do Paraguai com destino ao porto de Santos, SP, adentrando ao Brasil, objetivando, assim, com vontade livre e consciente, em associação com o corréu, fazer ingressar, no território nacional, a substância entorpecente (“maconha”), que causa dependência física ou psíquica, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, incidindo na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Assim, considerando que o acusado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA associou-se com o corréu para o fim de praticar o crime previsto pelo artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06, incidiu na conduta típica descrita no artigo 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06. Observa-se que no apenso de antecedentes existe um apontamento *com trânsito em julgado* em face do acusado, referente à ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da Comarca de Nova Londrina/PR, em que o réu foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em regime inicial fechado, havendo o trânsito em julgado da demanda para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011, conforme consta na certidão de fls. 19 do apenso de antece-

dentos. Esse apontamento gera a reincidência e será valorado na segunda fase de dosimetria da pena. Ou seja, tendo em vista que esse aspecto negativo implica na agravante reincidência, efetua-se o reconhecimento da circunstância judicial como desfavorável, *porém sua valoração* será efetuada na segunda fase da dosimetria da pena, pelo que o aumento respectivo irá ser aplicado na segunda fase. Desse modo, fixo a pena-base no mínimo legal, em 3 (*três*) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 700 (*setecentos*) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes – Está presente a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, conforme já aduzido, o acusado foi condenado na ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da comarca de Nova Londrina, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (por duas vezes), tendo transitado em julgado para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011 (fls. 19 do apenso de antecedentes). Assim, procedo ao aumento da pena em 1/6, fixando-a em 3 (*seis*) anos e 6 (*seis*) meses de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente a 816 (*oitocentos e dezesseis*) dias-multa.

c) Circunstância atenuante – não há.

d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).

Inicialmente, cabe destacar que as causas de aumento previstas no artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, alcançam crimes previstos nos artigos 33 a 37, da Lei nº 11.343/06, não havendo “bis in idem” em função da incidência simultânea da internacionalidade sobre tais delitos, já que incidem de forma autônoma sobre referidos delitos, segundo posicionamento externado pelo Eg. STJ, em questão similar, no julgamento do HC 48466/SP, Min. Relator Hamilton Carvalhido, julgado em 19/09/2006, publicado no DJE de 22/09/2008.

Com efeito, figura-se plenamente possível a aplicação da causa de aumento prevista no art. 40, I, da Lei nº 11.343/06 para a majoração da pena de ambos os delitos praticados pelas acusadas - tráfico e associação para o tráfico -, conforme precedentes do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região e do Supremo Tribunal Federal, o qual, aliás, firmou entendimento nesse sentido ainda sob a égide da revogada Lei nº 6.368/76 (destaquei):

HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. AUXÍLIO AO TRÁFICO DE DROGAS E ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI nº 6.368/76. CRIMES AUTÔNOMOS. CAUSA DE AUMENTO DE PENA APLICADA AOS DOIS CRIMES. TRANSNACIONALIDADE. ALEGAÇÃO DE BIS IN IDEM. NÃO OCORRÊNCIA. CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO CARACTERIZADO.

1. Os delitos de auxílio ao tráfico de drogas e de associação para o tráfico, previstos na Lei nº 6.368/76, são autônomos, assim, a causa de aumento consistente na transnacionalidade incide sobre cada um deles de forma independente.

2. Não ocorrência do bis in idem.

3. Ordem denegada

(STF, HC 97979, Cármen Lúcia, Primeira Turma, j. 03.11.2009).

APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES. LABORATÓRIO PARA O REFINO. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. “OPERAÇÃO CAMISA 10”. ASSISTÊNCIA JUDICIÁRIA - BENEFÍCIO CONCEDIDO. DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PREJUDICADO. PRELIMINARES DE NULIDADE: INÉPCIA DA INICIAL. QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO SEM O PRÉVIO ESGOTAMENTO DE DILIGÊNCIAS. DENÚNCIA ANÔNIMA. SEM AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. REITERADAS PRORROGAÇÕES. NÃO TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES. CERCEAMENTO DE DEFESA

COM A FALTA DE OITIVA DOS CORRÉUS. NÃO INTIMAÇÃO DO DEFENSOR PARA APRESENTAÇÃO DA DEFESA PRELIMINAR. NULIDADE AFASTADA. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS DA AUTORIA QUANTO AO TRÁFICO E À MANUTENÇÃO DE LABORATÓRIO DE REFINO, EXCETO QUANTO A LEONARDO E ANTONIO. CONDENAÇÃO PELA ASSOCIAÇÃO. *MANTIDA A CAUSA DE AUMENTO DA INTERNACIONALIDADE*. DOLO PRESENTE. *AFASTADO O BIS IN IDEM*. DOSIMETRIA DA PENA. *MANTIDA*. MAJORAÇÃO. DE MENOR POTENCIAL NÃO CONSTATADA. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO ART. 33, § 4º DA LEI 11.343/06 INAPLICÁVEL.

(...)

9 - *Não procede a alegação de bis in idem decorrente da incidência da causa de aumento do artigo 40, I da lei 11.343/2006 em todos os delitos, pois trata-se de delitos autônomos.*

(...).

16 - Apelações das defesas de Marcelle, Sérgio e Alex parcialmente providas para absolvê-los da prática dos crimes previstos nos artigos 33 e 34, c.c. 40, I, da Lei 11.343/06, e dos corréus Leonardo e Antonio integralmente desprovidas.

(TRF3, ACR 00052896120104036104, José Lunardelli, Primeira Turma, e-DJF3 Data: 29.04.2014).

Em sendo assim, em face da grande quantidade da droga apreendida (2.400 Kg da substância popularmente conhecida como “maconha”), de ordinário não produzida em território nacional, aliada ao fato de o local de origem da viagem ser uma cidade do Mato Grosso do Sul, estado este que faz fronteira com o Paraguai, onde a referida droga é produzida em larga escala, além de que, de acordo com o laudo pericial de fls. 55/62, foi apurado que nos telefones celulares dos acusados havia contatos com os números registrados com o DDI do Paraguai (595), bem como a circunstância de que ambos os réus indicaram que estavam se dirigindo ao porto de Santos/SP, é forçoso concluir pela transnacionalidade do delito.

Destarte, resta caracterizada a causa de aumento da pena, prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, razão pela qual elevo a pena provisória fixada acima, qual seja, de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão, mais 816 (oitocentos e dezesseis) dias-multa, em 1/6, redundando, pois, na pena de *4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e ao pagamento de 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa*.

e) Causa de diminuição de pena – não há.

Assim, LEANDRO GONÇALVES DA SILVA fica condenado à pena provisória de *4 (quatro) anos e 1 (um) mês de reclusão e ao pagamento de 952 (novecentos e cinquenta e dois) dias-multa*, sendo a cada dia-multa aplicado o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 35, “caput”, combinado com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei nº 11.343/06.

Quanto ao crime previsto no artigo 70, da Lei nº 4.117/62:

a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal – considerando que a culpabilidade não tem grau elevado de censurabilidade a ensejar maior reprimenda penal; considerando que as circunstâncias foram as ordinárias para o tipo penal; considerando que não houve comportamento vitimógeno e nem consequências do crime a serem observadas; considerando que o acusado utilizou aparelho de telecomunicação, sem autorização do órgão competente; considerando que no apenso de antecedentes existe um apontamento *com trânsito em julgado* em face do acusado, referente à ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da Comarca de Nova Londrina/PR, em que o réu foi condenado à pena de 07 (sete) anos de reclusão pelo delito previsto no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal, em regime inicial

fechado, havendo o trânsito em julgado da demanda para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011, conforme consta na certidão de fls. 19 do apenso de antecedentes. Esse apontamento gera a reincidência e será valorado na segunda fase de dosimetria da pena. Ou seja, tendo em vista que esse aspecto negativo implica na agravante reincidência, efetua-se o reconhecimento da circunstância judicial como desfavorável, *porém sua valoração* será efetuada na segunda fase da dosimetria da pena, pelo que o aumento respectivo irá ser aplicado na segunda fase. Desse modo, fixo a pena-base no mínimo legal, em *1 (um) ano de detenção*, pela conduta descrita no artigo 70, da Lei nº 4.117/62, posto que somente assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) Circunstâncias agravantes e atenuantes – Está presente a circunstância agravante da reincidência, nos termos do artigo 61, inciso I, do Código Penal, tendo em vista que, conforme já aduzido, o acusado foi condenado na ação penal nº 0002085-17.2010.8.16.0121, que tramitou perante o Juízo da comarca de Nova Londrina, pela prática do crime descrito no artigo 121, § 2º, IV, do Código Penal (por duas vezes), tendo transitado em julgado para o réu e para a defesa em 15/08/2012 e para o Ministério Público Federal em 22/08/2011 (fls. 19 do apenso de antecedentes).

Por outro lado, verifica-se que o réu, em seu interrogatório judicial, confessou o delito, de modo que lhe aplico a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal.

Considerando que o E. Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido da inexistência de preponderância entre a agravante da reincidência e a atenuante da confissão espontânea, a teor do artigo 67 do Código Penal, é cabível a compensação dessas circunstâncias (STJ, Quinta Turma, HC 252122/SP, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJe 13/08/2013).

Assim, mantenho a pena fixada em 1 (um) ano de detenção.

c) Causas de aumento ou diminuição de pena – Deixo de aplicar o aumento da metade da pena do artigo 70, da Lei nº 4.117/62, tendo em vista que não ficou comprovado nos autos que houve dano a terceiro.

Fixada a pena-base, bem como ausentes outras circunstâncias atenuantes ou agravantes, e de aumento e de diminuição de pena, fica condenado LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, à pena de *1 (um) ano de detenção*, pelo crime descrito no artigo 70, da Lei nº 4.117/62.

Fixadas as penas em separado para os três delitos, deve-se proceder à unificação prevista no artigo 69 do Código Penal, ou seja, aplicar cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido, na medida em que, mediante mais de uma ação ou omissão, foram praticados dois ou mais crimes, ressaltando-se que, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela. Em relação à multa, também se opera a cumulatividade, nos termos do artigo 72 do Código Penal.

Portanto, a pena definitiva de LEANDRO GONÇALVES DA SILVA, pela prática dos crimes descritos no artigo 33, “caput” e artigo 35, “caput”, combinados com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e do delito previsto no artigo 70 da Lei nº 4.117/62, fica fixada em *10 (dez) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e 1 (um) ano de detenção, e pagamento de multa equivalente a 1.632 (um mil, seiscentos e trinta e dois) dias-multa*, sendo cada dia-multa no valor de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Considerando a parte final do artigo 69, “caput”, do Código Penal, no caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, estas não se somam, devendo ser executada

por primeiro a pena de reclusão e, após, a de detenção.

Por outro lado, conforme orientação firmada no âmbito da Corte Superior, a análise quanto ao regime inicial e quanto à substituição das penas, em concurso material de crimes, deve ser feita sob o somatório das reprimendas. Nesse sentido: TRF3, Décima Primeira Turma, ACR 00121094420154036000, ACR – APELAÇÃO CRIMINAL 66839, Relator(a) DESEMBARGADORA FEDERAL CECILIA MELLO, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 11/04/2017.

Para fins de determinação do regime inicial de cumprimento da pena, deve-se efetuar a detração, descontando-se da pena aplicada o período de prisão provisória cumprida pelo condenado, nos termos do parágrafo 2º do art. 387 do Código de Processo Penal, inserido pela Lei nº 12.736, de 30 de novembro de 2012.

No caso dos autos, o acusado foi preso em flagrante delito em 05/10/2016 e, desde então, encontra-se recolhido ao cárcere, haja vista que a sua prisão em flagrante foi convertida em preventiva, tendo sido expedido mandado de prisão em seu desfavor pela Justiça Estadual de Sorocaba/SP (fls. 74), ressaltando-se que foram ratificados os atos praticados pelo Juízo Estadual, incluindo a conversão em prisão preventiva (fls. 80).

Desse modo, considerando que o acusado cumpriu, até a presente data (14/06/2017), prisão provisória pelo lapso de tempo total de 08 (oito) meses e 09 (nove) dias, efetuada a detração desse período, tem-se que resulta no cumprimento da pena restante de *11 (onze) anos, 2 (dois) meses e 11 (onze) dias*.

Em sendo assim, fixo o regime prisional inicial FECHADO ao acusado, nos termos do artigo 33, § 2º, “a”, do Código Penal.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão, além do que o réu é reincidente em crime doloso.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade da droga teria o condão de causar consequências graves a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico estar presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de droga, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

Condeno ainda os réus ao pagamento das custas processuais nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal e artigo 6º da Lei nº 9.289/96.

Intime-se o Ministério Público Federal, a Defensoria Pública da União e a defesa constituída do réu Leandro Gonçalves da Silva.

Comunique-se, após o trânsito em julgado da demanda, à Justiça Eleitoral o teor desta sentença, para fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Comunique-se ao Instituto de Identificação para que este proceda aos ajustes das informações relativas aos réus, em relação à ação penal objeto desta sentença.

Intime-se a União Federal acerca da prolação desta sentença, nos termos do § 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08.

Após o trânsito em julgado, providencie-se a incineração da contraprova da substância entorpecente apreendida nos autos, bem como comunique-se ao SENAD para que informe a este Juízo acerca da destinação dos bens apreendidos nos autos e relacionados às fls. 11/12, quais sejam, um caminhão Scania/R124GA4x2NZ 400 (TRATOR), placas ATP-2081, ano/modelo 2003/2004, cor predominante vermelha; um reboque SR/RANDON SR CA carroceria aberta, placas AUB-9345, ano/modelo 2011/2011, cor predominante preta; um reboque SR/RANDON SR CA carroceria aberta, placas AUB-9451, ano/modelo 2011/2011, cor predominante preta; um aparelho celular Smartphone marca LG, IMEI 358121403495791, com dois chips; um aparelho celular Smartphone marca Samsung, IMEI 357268/06/015426/9 e IMEI 357269/06/015426/7, com um chip; a quantia de R\$ 402,00 (quatrocentos e dois reais) em espécie, apreendida em poder de Jorge da Silva Querino Junior, e a quantia de R\$ 554,00 (quinhentos e cinquenta e quatro reais) apreendida em poder de Leandro Gonçalves da Silva, nos termos do artigo 63, §4º, da Lei nº 11.343/2006. Com relação aos rádios comunicadores apreendidos, decreto o perdimento em favor da União (artigo 91, do Código Penal).

Expeçam-se os Mandados de Prisão Manutenção.

Lance-se o nome dos réus no rol dos culpados, após o trânsito em julgado.

P.R.I.C.

Sorocaba, 14 de junho de 2017.

Juíza Federal SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO

MANDADO DE SEGURANÇA

5000241-74.2017.4.03.6109

Impetrante: GABRIEL COSTA BEZERRA

Impetrado: DIRETOR-GERAL DO CAMPUS DE PIRACICABA DO INSTITUTO FEDERAL DE SÃO PAULO

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

Juiz Federal: FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/06/2017

I. RELATÓRIO

Cuida-se de *Mandado de Segurança*, com pedido de liminar, impetrado por GABRIEL COSTA BEZERRA, representado por sua genitora EMANUELY COSTA SILVA, em face do SENHOR DIRETOR-GERAL DO INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO – CAMPUS PIRACICABA - SP, objetivando, *em síntese*, a obtenção de provimento jurisdicional que lhe assegure a matrícula e ingresso no curso de *Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas*.

Aduz ter sido selecionado para lista de espera *categoria 6* do curso supracitado, tendo comparecido no dia 20/02/2017 para confirmar o interesse em uma das três vagas remanescentes, conforme previsto em edital.

Salienta que compareceu ao local designado para o ato acompanhado de sua genitora e dentro do horário previsto.

Destaca que no momento de efetivação da matrícula percebeu a falta de um dos itens exigidos – duas fotografias 3x4 recentes e identificadas com nome no verso.

Pontua que solicitou prazo de 60 (sessenta) minutos para sanar o ocorrido, tendo sido surpreendido com a negativa do professor responsável pela matrícula (identificado como prof. *Agnaldo*), o qual teria afirmado que a vaga já estaria, em decorrência de tal fato, automaticamente perdida.

Afirma que antes do ato dispôs de apenas 37 (trinta e sete) horas para preparar toda documentação exigida e que a vaga em tão disputado processo seletivo não poderia ter sido automaticamente perdida em função do caráter desarrazoado de referido ato.

Com a inicial vieram documentos anexados aos autos virtuais.

Consoante *r. decisão de ID 687268*, foi indeferida a liminar pleiteada, nos seguintes termos:

(...) Não vislumbro, nesta oportunidade processual, em cognição sumária, elementos de prova cabal do *fumus boni iuris* invocado na peça exordial.

O quadro fático-probatório constante nos autos, sobretudo na ausência do exercício do contraditório, não permite delinear suficientemente o suposto ato coator praticado pela autoridade impetrada, eis que o próprio impetrante admite ter comparecido para realizar a matrícula sem toda a documentação necessária.

Ademais, sua alegação de que foi impedido de retornar mais tarde, no mesmo dia, munido de toda a documentação carece de verossimilhança e, também, de concretização do contraditório, além de eventual dilação probatória, eis que se tratam, por ora, de declarações unilaterais.

Assim, a medida, tal como requerida, poderia cercear o direito de defesa da autoridade administrativa nesta oportunidade processual.

Somente após o exercício do contraditório, com a oitiva da autoridade impetrada, haverá o efetivo delineamento do pretense ato coator (...) (destaquei).

A autoridade impetrada prestou informações (ID 127874), por meio das quais sustentou a legalidade do ato, assim como salientou que:

(...) Nesse sentido, segue a sequência de fatos ocorridos que acarretou no mandado de segurança:

- O IFSP publicou, no dia 15 de fevereiro de 2017, o edital para os candidatos em lista de espera do SISU (Sistema de Seleção Unificada).
- No dia 17 de fevereiro de 2017, o Campus Piracicaba publicou a lista de todos os candidatos que foram convocados para a manifestação de interesse. Nesse sentido, os candidatos deveriam comparecer ao Campus Piracicaba no dia 20 de fevereiro de 2017 entre as 9h00 e 10h00 para a manifestação de interesse.
- A manifestação de interesse ocorre em listas de convocação distintas, de acordo com a cota de reserva de vagas prevista pela Lei nº 12.711 de 2012. O impetrante escolheu a reserva de vagas da modalidade L6 (Candidatos autodeclarados pretos, pardos ou indígenas que, independentemente da renda tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas). Para o curso de Análise e Desenvolvimento de Sistemas, o Campus Piracicaba possuía 3 vagas remanescente para a modalidade L6.
- O impetrante compareceu dentro do horário estipulado e assinou a lista de manifestação de interesse para os candidatos da Modalidade L6. Após a assinatura, os candidatos foram encaminhados para uma sala de aula para aguardar o término do período de manifestação de interesse e posterior chamada para a matrícula. Ressalta-se que mais dois candidatos também manifestaram interesse na modalidade L6, totalizando 3 manifestações de interesse.
- Todos os candidatos são informados que a lista de documentos está afixada no mural do Campus e que a ausência de qualquer documento obrigatório implica na perda da vaga.
- As 10h24 do dia 20 de fevereiro de 2017, o impetrante foi chamado para a realização na matrícula. O atendimento foi realizado pelo Prof. Anderson Belgamo (Diretor Adjunto Educacional). Como o candidato não estava em posse das fotos 3X4 (documento obrigatório de acordo o edital do IFSP nº 125/2017), sua matrícula foi negada.
- A mãe do impetrante solicitou um prazo para tirar as fotos. No entanto, o Prof. Anderson Belgamo não autorizou a solicitação, pois as regras do edital deveriam ser atendidas. Ressalta-se que havia mais candidatos em outras listas de manifestação de interesse de outras modalidades e que de acordo com Portaria Normativa nº 21 de 5 de novembro de 2012 do gabinete do Ministério da Educação, a vaga de uma determinada modalidade que não seja efetivada deve ser transferida à outra modalidade.
- A mãe do impetrante solicitou uma comprovação de que estava presente na manifestação de interesse e o professor Anderson Belgamo forneceu uma cópia da lista de manifestação de interesse da modalidade L6 com a assinatura do impetrante.
- O professor Anderson Belgamo também informou que o impetrante ficaria ainda na lista de espera e caso houvesse alguma desistência após o início das aulas, o impetrante poderia ser chamado.
- No dia 02 de maio de 2017, recebemos um e-mail do Procurador Federal Dr. Hugo Daniel Lazarin informando acerca do mandado de segurança em questão. Ressaltamos que não fomos notificados, através de Oficial de Justiça, até o momento sobre tal mandado de segurança. (...). (destaquei)

O IFSP, por sua vez, na manifestação de ID 127614 sustentou a legalidade do ato impugnado.

Por fim, opinou o *Parquet* pela *denegação da ordem* (ID 1477183).

Na oportunidade vieram os autos conclusos para *sentença*.

É a síntese do necessário.

FUNDAMENTO e DECIDO.

II. FUNDAMENTAÇÃO

Segundo preceitua o artigo 5º, inciso LXIX, da Constituição Federal, trata-se o mandado de segurança de ação colocada à disposição do indivíduo para a salvaguarda de direito líquido e certo coibido por ilegalidade ou abuso de poder, levados a efeito por autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Sua concessão requer não apenas que haja o direito alegado, em verdade o que se exige é a precisão e a comprovação, no momento da impetração da ação, dos fatos e situações que ensejam o exercício do direito que se alega ter, ou seja, prova pré-constituída.

Tem a ação como objeto a correção de ato ou omissão ilegal de autoridade a direito do impetrante que deve se apresentar com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício quando a impetração.

Do caso concreto.

No presente caso, aduz o impetrante ter sido selecionado para lista de espera categoria 6 do curso superior mencionado nos autos, tendo comparecido no dia 20/02/2017 para confirmar o interesse em uma das três vagas remanescentes, conforme previsto em edital.

Salienta que compareceu ao local designado para o ato acompanhado de sua genitora e dentro do horário previsto.

Destaca que no momento de efetivação da matrícula percebeu a falta de um dos itens exigidos – *duas fotografias 3x4* recentes e identificadas com nome no verso.

Pontua que solicitou prazo de 60 (sessenta) minutos para sanar o ocorrido, tendo sido surpreendido com a negativa do professor responsável pela matrícula (identificado como prof. Agnaldo), o qual teria afirmado que a vaga já estaria automaticamente perdida em decorrência de tal falta.

Afirma que antes do ato dispôs de apenas 37 (trinta e sete) horas para preparar toda documentação exigida e que a vaga conquistada em tão disputado processo seletivo não poderia ter sido automaticamente perdida em função do caráter desarrazoado de referido ato.

Pretende o impetrante a obtenção de provimento jurisdicional que lhe assegure a matrícula e ingresso no curso de Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas.

Presentes os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

Após regular exercício do contraditório, e à luz das detalhadas informações prestadas pela autoridade apontada como coatora, o que, ressalte-se, afigura-se digno de ser destacado, tenho que assiste razão ao impetrante.

Sobre a pretensão deduzida, *ab initio*, há que se considerar que o artigo 207 da Carta Magna assegura às universidades as prerrogativas de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial, com observância do princípio de indissociabilidade entre ensino, pesquisa e extensão, sendo o ensino livre à iniciativa privada, atendidas as condições consistentes em cumprimento das normas gerais da educação nacional e a autorização e avaliação de qualidade pelo Poder Público (artigo 209, CRFB/88), o que se aplica às instituições de pesquisa científica e tecnológica, conforme §2º do referido dispositivo constitucional.

Além disso, estabelece o artigo 205 da CRFB/88 que *a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho, devendo ser o ensino ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola; entre outros (artigo 206, inciso I, da CRFB/88).*

Ademais, não se pode olvidar que o *dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um, entre outras (artigo 208, inciso V, da CRFB/88).*

No caso concreto, afigura-se incontroverso que o indeferimento da matrícula e, via de consequência, do ingresso do estudante em curso de *Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas* da instituição de ensino superior, ora ré, decorreu da falta de apresentação de 02 (duas) fotos do tipo 3x4, por ocasião do momento exato da convocação do impetrante para efetivação da matrícula, sem que se tenha sido deferido ou franqueado qualquer prazo adicional requerido para apresentação de supracitado item da documentação exigida.

Dessa forma, indene de dúvidas que o impetrante foi devidamente aprovado em processo seletivo, tendo demonstrado o cumprimento dos demais requisitos exigidos no certame realizado, inclusive mediante apresentação *in loco* em data e hora designadas em edital próprio para manifestação de interesse no preenchimento das vagas remanescentes e disponibilizadas para a lista de espera da categoria para a qual se inscreveu.

Incontroverso, inclusive, que o impetrante requereu dilação de prazo para apresentação do documento faltante – 60 (sessenta) minutos – o que foi indeferido pela autoridade coatora.

Cinge-se, assim, a controvérsia posta nos autos ao exame da legalidade ou não da exigência de apresentação imediata, e em oportunidade e momento único, de toda documentação prevista em edital para a efetivação de matrícula em curso superior no contexto do regime de seleção do SISU, a par do indeferimento da dilação de prazo requerida para apresentação do documento faltante.

Pois bem.

De fato, o ato impugnado afigura-se ilegal.

Explico-me.

O Edital nº 0 125, de 14/02/2017, da Pró-Reitoria de Ensino do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO, publicado com objetivo de convocar os candidatos da lista de espera do SISU para a ocupação de vagas remanescentes dispõem, *in verbis*, que:

(...) 2.3. *Todos os candidatos que forem convocados deverão comparecer, pessoalmente ou por meio de representante legal, no local e horário determinado para manifestação presencial de interesse à vaga, mediante assinatura e entrega do Termo de Interesse Presencial de Ocupação de Vaga (Anexo I).*

2.4. Após o período determinado para confirmação presencial de interesse, os candidatos presentes convocados e classificados até o limite de vagas disponíveis, serão chamados, pela ordem de classificação no Sisu, para realização da matrícula, conforme datas e horários estipulados, devendo apresentar todos os documentos exigidos para matrícula, listados no termo de Adesão – 1ª edição de 2017 e no Anexo II deste Edital.

(...)

2.6. *A entrega do termo de Interesse Presencial de Ocupação de vaga não poderá ocorrer*

em data e/ou horário diverso daquele para o qual o estudante foi convocado.

2.7. Os estudantes convocados que não comparecerem na data e horário previstos serão excluídos automaticamente da Lista de Espera e perderão o direito à vaga, visto que é de exclusiva responsabilidade do estudante a observância dos prazos e procedimentos estabelecidos neste Edital e demais normas pertinentes ao SisU, bem como o acompanhamento das publicações feitas e de eventuais alterações do processo que possam acontecer.

(...)

3.1. A matrícula é presencial, devendo ser efetuada pelo estudante ou por seu representante legal, mediante apresentação de procuração simples, assinada pelo estudante, bem como apresentação de carteira de identidade do procurador, cujo número deverá constar no documento.

(...)

3.3. Os estudantes convocados para a matrícula e não apresentarem a documentação necessária perderão automaticamente o direito à vaga, uma vez que é de exclusiva responsabilidade do estudante a observância dos procedimentos estabelecidos neste Edital e demais normas pertinentes ao SisU, bem como o acompanhamento das publicações feitas e de eventuais alterações do processo que possam acontecer.

(...) (destaquei).

Neste contexto, considerando as informações prestadas pela i. autoridade coatora, temos que o impetrante foi convocado para comparecimento no *campus* Piracicaba no dia 20/02/2017, entre 09h00min e 10h00min para manifestação de interesse, tendo comparecido na data e horário estipulados, sendo que, chamado para matrícula às 10h24min da mesma data, teve sua matrícula prontamente negada por não ter apresentado 02 (duas) fotos do tipo 3x4, sem que se tenha sido deferido ou franqueado qualquer prazo adicional requerido para apresentação de supracitado item da documentação exigida, sendo certo que tal providência não encontra lastro no instrumento convocatório publicado e na legislação de regência.

Ora, em primeiro lugar, há que se considerar que o impetrante deixou de apresentar, naquele momento específico, 02 (duas) fotos do tipo 3x4, que, por óbvio, não consubstanciam documentos essenciais inerentes à habilitação, ou mesmo à identificação pessoal do estudante para fins de ingresso no ensino superior. Traduz-se em mero documento para composição de prontuário ou carteira estudantil, sendo certo que diversas instituições de ensino, e mesmo os mais humildes edifícios comerciais dispõem de sistemas informatizados de reduzida complexidade aptos à captura de fotos para controle de acesso e cadastro, tratando-se de funcionalidade simples que deveria estar disponível na Instituição de Ensino Superior – IES, ora ré, inclusive para fins de controle de acesso e segurança.

Ademais, ainda neste ponto, importa mencionar que o estudante não se recusou a apresentar o documento, mas, em sentido diverso, tão somente requereu simples e diminuto prazo para tanto, como comprovado pelas informações da autoridade coatora. Difere-se, neste sentido, não apresentação de documento daquilo que seria qualificado como fato impeditivo da matrícula, ou seja, da intenção deliberada de não apresentar o documento.

Ainda, na forma como praticado, o ato impugnado agride o caráter meritório que anima o ingresso em instituições de ensino superior, na forma do artigo 208, inciso V da CRFB/88, eis que, na forma como apurada nos autos, tão diminuta divergência não se afigura apta a justificar o afastamento de candidato melhor classificado em prol de subseqüentes classificações.

Em segundo lugar, o ato impugnado negou vigência ao inciso I do artigo 206 da Carta Magna, eis que o ensino deve ser ministrado com base no princípio da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola. E, neste aspecto, destaque-se que o Calendário de Matrículas – 1ª Chamada - relativo ao mesmo processo seletivo -, disponível em <<http://www.>

ifsp.edu.br/index.php/outras-noticias/52-reitoria/4435-ifsp-oferece-4520-vagas-em-cursos-superiores-no-primeiro-semester-de-2017.html > Acesso em: 01 de jun. 2017, *estabeleceu período e horários amplos de atendimento para matrículas (chamada regular) no campus Piracicaba - 03, 06 e 07/02/2017, das 10h às 18h30 – em total descompasso com o ato de exigir do impetrante a apresentação imediata, e em oportunidade e momento único, de toda documentação prevista em edital para a efetivação de matrícula em curso superior no contexto do regime de seleção do SISU, e sem oportunidade ou chance de qualquer prazo adicional.*

De fato, ainda que por motivos logísticos e burocráticos, os prazos afetos às chamadas para matrículas relativas às listas de espera tenham que se dar em parâmetros mais exíguos, inclusive em função das datas de início do semestre letivo, *o ato de exigir do impetrante a apresentação imediata, e em oportunidade e momento único, de toda documentação prevista em edital para a efetivação de matrícula em curso superior no contexto do regime de seleção do SISU, e sem oportunidade ou chance de qualquer prazo adicional, não ostenta licitude sob qualquer enfoque, sobretudo no caso em que o documento faltante refere-se a 02 (duas) fotos do tipo 3x4.*

Em terceiro lugar, o instrumento convocatório é expresso no que tange ao momento de entrega do termo de Interesse Presencial de Ocupação de Vaga, não ostentando as condições relativas à matrícula o mesmo caráter peremptório, sendo claro o edital, como não poderia deixar de ser, que a falta de apresentação de documentos enseja a perda da vaga, o que, todavia, não se confunde com a exigência imediata, e em oportunidade e momento único, e sem qualquer possibilidade de saneamento, da documentação, seja a essencial, acessória ou meramente burocrática.

Além disso, o denominado *Termo de Adesão – Sisu*, disponível em < <http://www.ifsp.edu.br/index.php/outras-noticias/52-reitoria/4435-ifsp-oferece-4520-vagas-em-cursos-superiores-no-primeiro-semester-de-2017.html> > Acesso em: 02 de jun. 2017, que disciplinou a adesão da IES-ré à 1ª Edição de 2017 do processo seletivo do Sistema de Seleção Unificada (Sisu), previu no inciso V do subitem 4.1 do item 4 (Condições essenciais) que a IES-ré se comprometeu *à manter os responsáveis pelo Sisu na instituição permanentemente disponíveis e aptos a efetuar todos os procedimentos relativos ao processo seletivo, observado o cronograma divulgado em edital da SESu*, obrigação que, por óbvio, deveria ter sido considerada à época dos fatos descritos nos autos e não se coadunam com as excessivas restrições praticadas na espécie.

Sob este enfoque, *indene de dúvidas* que o ato impugnado desbordou e ultrapassou os limites e a própria razoabilidade do instrumento convocatório e da legislação de regência que visava cumprir.

Mas não é só.

Em quarto lugar, reitero que estabelece o artigo 205 da CRFB/88 que a educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Além disso, as finalidades e objetivos dos Institutos Federais, tal como dispostos na Lei nº 11.892, de 29/12/2008, contemplam, *in verbis*, que

(...)

Seção II

Das Finalidades e Características dos Institutos Federais

Art. 6º. Os Institutos Federais têm por finalidades e características:

I - ofertar educação profissional e tecnológica, em todos os seus níveis e modalidades, formando e qualificando cidadãos com vistas na atuação profissional nos diversos setores da economia, com ênfase no desenvolvimento socioeconômico local, regional e nacional;

II - desenvolver a educação profissional e tecnológica como processo educativo e investigativo de geração e adaptação de soluções técnicas e tecnológicas às demandas sociais e peculiaridades regionais;

III - promover a integração e a verticalização da educação básica à educação profissional e educação superior, *otimizando a infra-estrutura física, os quadros de pessoal e os recursos de gestão*;

IV - orientar sua oferta formativa em benefício da consolidação e fortalecimento dos arranjos produtivos, sociais e culturais locais, identificados com base no mapeamento das potencialidades de desenvolvimento socioeconômico e cultural no âmbito de atuação do Instituto Federal;

V - constituir-se em *centro de excelência na oferta do ensino de ciências, em geral, e de ciências aplicadas, em particular, estimulando o desenvolvimento de espírito crítico, voltado à investigação empírica*;

VI - qualificar-se como *centro de referência no apoio à oferta do ensino de ciências nas instituições públicas de ensino*, oferecendo capacitação técnica e atualização pedagógica aos docentes das redes públicas de ensino;

VII - desenvolver programas de extensão e de divulgação científica e tecnológica;

VIII - *realizar e estimular a pesquisa aplicada, a produção cultural, o empreendedorismo, o cooperativismo e o desenvolvimento científico e tecnológico*;

IX - promover a produção, o desenvolvimento e a transferência de tecnologias sociais, notadamente as voltadas à preservação do meio ambiente.

Seção III

Dos Objetivos dos Institutos Federais

Art. 7º. Observadas as finalidades e características definidas no art. 6º desta Lei, são objetivos dos Institutos Federais:

(...)

V - *estimular e apoiar processos educativos que levem à geração de trabalho e renda e à emancipação do cidadão na perspectiva do desenvolvimento socioeconômico local e regional*; e

(...). (destaquei)

Neste contexto normativo, *questiona-se se as regras e procedimentos estabelecidos para fins de ingresso na instituição, tal como apurados nos autos, estão, ou não, em consonância com o projeto pedagógico e metas institucionais do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO*, sobretudo em consideração ao fato de que o *impetrante se tratava de menor relativamente incapaz à época dos fatos e propositura do writ*, nos termos do artigo 4º do Código Civil.

Ora, é certo, neste ponto, que *o dever da instituição de ensino, em atenção aos níveis de violência e desocupação dos jovens brasileiros, ou seja, ao contexto socioeconômico em que foi instituído e no âmbito do qual presta serviço público relevantíssimo, inicia-se com a devida orientação e acolhimento do estudante, especialmente do menor, entendido como pessoa em desenvolvimento*.

Não por outra razão, dispõe o *Estatuto da Criança e do Adolescente* (Lei nº 8.069/90) sobre os *vetores interpretativos* incidentes sobre a concretização dos direitos fundamentais na perspectiva das crianças e adolescentes, consoante a seguir descrito, *in verbis*:

(...)

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se-lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade.

Art. 4º. É dever da família, da comunidade, da sociedade em geral e do poder público assegurar, com absoluta prioridade, a efetivação dos direitos referentes à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao esporte, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária.

Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

- a) primazia de receber proteção e socorro em quaisquer circunstâncias;
- b) precedência de atendimento nos serviços públicos ou de relevância pública;
- c) preferência na formulação e na execução das políticas sociais públicas;
- d) destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude.

Art. 5º. Nenhuma criança ou adolescente será objeto de qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão, punido na forma da lei qualquer atentado, por ação ou omissão, aos seus direitos fundamentais.

Art. 6º. Na interpretação desta Lei levar-se-ão em conta os fins sociais a que ela se dirige, as exigências do bem comum, os direitos e deveres individuais e coletivos, e a condição peculiar da criança e do adolescente como pessoas em desenvolvimento. (...) (destaquei).

Trata-se, enfim, de salvaguardar, no contexto da prestação do direito fundamental à educação, o conceito-síntese do direito fundamental à boa administração pública, que, segundo preleciona Juarez de Freitas, refere-se ao direito à administração pública eficiente e eficaz cumpridora de seus deveres, com transparência, motivação, imparcialidade e respeito à moralidade, à participação social e à plena responsabilidade por suas condutas omissivas e comissivas.¹

III. DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 487, inciso I, do Novo Código de Processo Civil, para o efeito de *anular o ato de indeferimento da matrícula do impetrante, exclusivamente* no que se refere a não apresentação de 02 (duas) fotos do tipo 3x4, bem como para *determinar à autoridade coatora que, apresentados os referidos documentos em prazo razoável superior a 48 (quarenta e oito horas), contadas após nova convocação pessoal para tanto, adote todas as providências necessárias para assegurar a matrícula e ingresso do impetrante no curso de Tecnologia e Análise de Desenvolvimento de Sistemas na IES-ré*, ficando facultada, em decorrência do transcurso do primeiro semestre letivo, a admissão e incorporação do estudante no segundo semestre do presente exercício.

Honorários advocatícios indevidos (art. 25 da Lei nº 12.016/2009 e Súmulas 105 do STJ e 512 do STF).

Custas *ex lege*.

Oficie-se e intime-se a autoridade impetrada e a pessoa jurídica de representação processual da pessoa jurídica interessada para ciência e CUMPRIMENTO.

Decisão sujeita a *reexame necessário* devendo ser oportunamente remetida para o Egré-

1 FREITAS, Juarez. Discrecionalidade Administrativa e o Direito Fundamental à Boa Administração Pública. São Paulo: Malheiros, 2007.

gio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Em caso de interposição de eventual recurso, proceda-se na forma do artigo 1.010, § 1º ao § 3º do NCPC.

Por fim, sobrevindo o trânsito em julgado, intinem-se e remetam-se os autos ao arquivo com *baixa*.

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

Piracicaba, 02 de junho de 2017.

Juiz Federal FERNANDO CEZAR CARRUSCA VIEIRA