

# Sentenças





## **AÇÃO PENAL** **0010372-68.2004.4.03.6104**

**Autor:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**Réus:** CASA GRANDE HOTEL S/A E OUTRO  
**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE SANTOS - SP  
**Juiz Federal:** ROBERTO LEMOS DOS SANTOS FILHO  
**Disponibilização da Sentença:** REGISTRO EM TERMINAL 27/11/2015

Vistos.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciou CASA GRANDE HOTEL S.A. e LOURIVAL DE PIERI como incurso nas penas do art. 63 da Lei nº 9.605/1996, c.c. os arts. 29 e 69 do Código Penal, em razão das condutas que foram assim descritas:

(...)

O segundo denunciado é diretor presidente do CASA GRANDE HOTEL S.A., CNPJ nº 61.346.318/0001-13, situada na Av. Miguel Stefano, 1001, Guarujá, SP, CEP 11440-530, conforme extratos, atas de assembleia e demais documentos oriundos da Jucesp a fls. 26/50, 59/85, 185/196.

Consta dos autos que os denunciados, de forma consciente e voluntária, alteraram o aspecto/estrutura de local especialmente protegido por lei/ato administrativo, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, sem autorização da autoridade competente.

De acordo com o inquérito policial incluso, em 27/05/2004, o IBAMA efetuou a Lavratura do auto de infração nº 128726 – série “D”, em razão da conduta dos denunciados de “Fazer funcionar estabelecimento comercial (Restaurante Thai), em faixa de areia de praia, sem a licença do órgão competente, IBAMA, contrariando as normas legais e regulamentares pertinentes (Área = 50,00m²) (...)” (fls. 06/06A – grifo nosso).

Oficiado, em 17/08/2004, o IBAMA informou que: “... Não foi apresentado nenhum documento referente ao licenciamento ambiental... Tal fato ensejou o Auto de infração nº 128726-Série-D” (fls. 12/20).

Ouvido perante a Polícia Federal, em 01/09/2004, o segundo denunciado afirmou: “QUE, com relação aos fatos em apuração esclarece que há mais de trinta anos o hotel possui um quiosque na praia, em frente ao mesmo, para prestar apoios aos hóspedes; (...); QUE, a empresa possui autorização da Prefeitura de Guarujá para funcionar como HOTEL e QUIOSQUE, (...) QUE, no mês de maio último sofreram uma fiscalização do IBAMA, o qual pediu a licença para o funcionamento do RESTAURANTE THAI na faixa da areia da praia, e como não há citada licença, houve a autuação por parte daquele órgão; (...); QUE, o declarante acha engraçado o fato de não poder fornecer um serviço cinco estrelas aos hóspedes do hotel, os quais não podem tomar uma caipirinha no quiosque do hotel na praia (...); QUE, o declarante deseja registrar que em nenhum momento pensava estar agindo contra a lei, até porque como dito anteriormente, tem autorização da Prefeitura local para funcionar o quiosque, acreditando que a mesma era suficiente para a regularização do mesmo (...)” (fls. 24/25).

Oficiada, em 18/06/2008, a GRPU informou que “(...) servimo-nos do presente para informar que o Quiosque – Restaurante Thai, situado em frente ao Casa Grande Hotel, na Av. Miguel Stefano, Praia da Enseada, Guarujá/SP, encontra-se em área da União, sem qualquer autorização outorgada por este ERBS” (fls. 147 – grifo nosso).

De acordo com o inquérito policial incluso, em 25/01/2008, o IBAMA efetuou a lavratura de novo auto de infração de nº 128751-série “D”, em virtude da conduta dos denunciados de “Promover construção em solo não edificável (parte do deck em areia da praia) considerado

em razão do seu valor ecológico, turístico e paisagístico sem autorização da autoridade competente” (fls. 166 – grifo nosso).

Na mesma data, o IBAMA ainda lavrou o Auto de Embargo/Interdição nº 129224 – série “C”, nos seguintes termos: “Parte de *Deck* de Madeira construído em área não edificável compreendendo cerca de 132 m<sup>2</sup> em faixa de areia de praia. Obs: área total do *deck* em questão é de 250 m<sup>2</sup>” (fls. 167).

Novamente oficiado, em 02/04/2009, o IBAMA informou:

“(...)

2. Em 2004 o IBAMA autuou o Hotel Casa Grande pela construção do Restaurante Thai em faixa de areia de praia sem licença dos órgãos competentes, gerando o processo IBAMA nº 02027.002444/2004-49. Após indeferimento dos recursos administrativos impetrados, o referido Restaurante foi totalmente demolido, não restando resquícios do mesmo na faixa de areia.

3. Posteriormente o Hotel Casagrande construiu o novo Restaurante Thai sobre o calçadão da orla, em bem da União, porém na parte urbanizada da orla.

4. Este novo restaurante ocupa parte do calçadão e possui um *deck* de madeira externo que adentra a faixa de areia da praia.

5. O IBAMA em 2008 autuou novamente o Hotel pela construção do *deck*, gerando o processo nº 02027.000593/2008-05. Este processo encontra-se em andamento no IBAMA e não temos conhecimento de que o *deck* tenha sido demolido.

(...)

7. Atualmente existe um pequeno *deck* sob a faixa de areia, anexo ao novo restaurante, o qual, como o anterior, encontra-se em bem da União. (...)” (fls. 201/202 – grifos nossos).

Assim, resta cristalino que os denunciados, de forma consciente e voluntária, alteraram o aspecto/estrutura de local especialmente protegido por lei/ato administrativo, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, através da construção do Restaurante Thai e de *deck* de madeira em faixa de areia de praia, sem autorização da autoridade competente (IBAMA e GRPU), incidindo na conduta descrita no art. 63 da Lei 9605/98. Diante do exposto, denuncio CASA GRANDE HOTEL S.A. e LOURIVAL DE PIERI como incurso nas penas do art. 63 da Lei 9.605/98 c/c art. 29 e 69 do CP, requerendo suas citações para interrogatório e demais atos e termos da presente ação penal, até prolação de sentença condenatória. (fls. 211/213 – destaques originais).

Recebida a denúncia aos 04.12.2009 (fls. 267/268), os réus foram regularmente citados e apresentaram defesa prévia no prazo legal (fls. 292/329, 397, 416/437 e 484). Ratificado o recebimento da denúncia aos 14.08.2013 (fls. 491/492), foram inquiridas as testemunhas arroladas pelos acusados (fls. 560/563, 610/612, 644/645, 646/652, 699/700, 737/740, 776/778).

Aos 30.03.2015 LOURIVAL PERETI foi interrogado, como pessoa física e na qualidade de representante da pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A. (fls. 857/859). Superada a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, instadas, as partes apresentaram alegações finais (Ministério Público Federal - fls. 1020/1021; Lourival de Pieri e Casa Grande Hotel S.A. – fls. 1037/1070).

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL argumentou a total procedência da denúncia, ao fundamento básico de estarem comprovadas a autoria e a materialidade delitiva. Postulou a condenação dos réus nas sanções previstas no art. 63 da Lei nº 9.605/1998, com a determinação da suspensão das atividades do Restaurante Thai, fixação de prestação pecuniária, além do estabelecimento de valor para reparação dos danos ambientais.

LOURIVAL DE PIERI e CASA GRANDE HOTEL S.A. suscitaram, em preliminar, a necessidade de intimação da acusação para manifestação sobre o laudo do IBAMA anexado às fls. 1009/1011, ocorrência de afronta aos princípios da isonomia e da indivisibilidade da ação

penal, não observância dos disciplinado pelos arts. 27 e 28 da Lei nº 9.605/1998, e ofensa ao princípio *iura novit curia*.

No mérito, sustentaram a atipicidade da conduta descrita na inicial, uma vez que a construção está amparada pela legislação vigente à época, aduziram terem agido de boa fé, e a impossibilidade de responsabilização criminal de LOURIVAL DE PIERI, visto ser mero preposto da pessoa jurídica, não tendo restado comprovada sua participação na ação delituosa.

Após tecerem considerações sobre o laudo do IBAMA juntado às fls. 1009/1010, pleitearam a extinção da punibilidade face ao termo de ajuste de conduta firmado entre a União e o Município de Guarujá em ação civil pública que tramita pela 4ª Vara desta Subseção. Caso não acolhido esse pedido, pugnaram pela absolvição, ou a aplicação de reprimendas com as atenuantes do art. 14, inciso IV, da Lei nº 9.605/2008.

É o relatório.

### 1. Preliminares

Nas razões finais ofertadas às fls. 1037/1070 os réus arguíram, a título de preliminar, a necessidade de abertura de oportunidade para o Ministério Público Federal se manifestar sobre o laudo do IBAMA juntado às fls. 1009/1010 (confira-se fls. 1039/1040). A providência postulada não reúne condições de ser acolhida, visto que às fls. 1009/1010 não foi juntado laudo do IBAMA.

De fato, de acordo com a realidade dos autos, à fl. 1009 foi juntado AR (aviso de recebimento) expedido pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos relativo a documento enviado ao Chefe do IBAMA em Santos-SP, enquanto que à fl. 1010 foi proferido despacho determinando a abertura de vista ao Ministério Público Federal para manifestação acerca do pedido deduzido às fls. 979/980 e do ofício de fls. 982/986.

Da análise do processado, é possível imaginar que a providência requerida refere-se ao documento encaminhado pelo IBAMA que foi juntado às fls. 1029/1031, porém, de todo desnecessária a abertura de vista ao Ministério Público Federal em face do disposto no art. 155 do Código de Processo Penal, vale dizer, em razão da prova destinar-se à formação da convicção do julgador.

Também não reúne condições de ser amparada a prejudicial relacionada à suscitada violação aos princípios da isonomia e da indivisibilidade da ação penal. Com efeito, não há notícia nos autos de o *deck* erigido sobre parte da areia da Praia da Enseada (Guarujá-SP) ter sido construído por pessoas outras que não as indicadas pela acusação para figurar no polo passivo da presente relação processual.

A questão afeta a construção de quiosques em faixa de areia da Praia da Enseada trata-se de fato diverso do narrado na denúncia, que deve ser apurado em vias processuais próprias, não sendo possível cogitar a ocorrência de violação aos princípios da isonomia e da indivisibilidade da ação penal, e tampouco admitir que essa situação fática se apresente como óbice ao exame do mérito da presente ação.

Da mesma forma, se apresenta inviabilizado o amparo da preliminar relativa à aventada inobservância das regras postas nos arts. 27 e 28 da Lei nº 9605/1998, tendo em vista que os institutos da transação penal e do *sursis* processual veiculados nos preceitos legais citados pressupõem a prévia composição do dano ambiental ou o compromisso de efetiva reparação do dano ambiental causado.

Na espécie, verifica-se que o IBAMA lavrou o primeiro auto de infração em 27.05.2004. Decorrido período de tempo superior a onze anos, em momento algum os réus se dispuseram a

reparar o dano ambiental, sequer sinalizaram a possibilidade de, por livre iniciativa, retirarem o *deck* em parte erigido sobre bem da União de uso comum do povo.

A propósito, cumpre registrar que, como se extrai do documento de fls. 1030/1031, não obstante as oportunidades concedidas, os denunciados não satisfizeram a sanção pecuniária aplicada pelo IBAMA, encontrando-se o débito em vias de inscrição em Dívida Pública para posterior cobrança judicial.

Com relação à derradeira preliminar, relacionada com a aplicação do princípio do *iura novit curia* (o juiz conhece o direito), e possível incorreta tipificação dos fatos na denúncia, observo que a questão trata-se de matéria que se confunde com o mérito, e como tal será analisada à luz do disposto no art. 383 do Código de Processo Penal, se o caso.

## 2. Mérito

De início, observo que, ao contrário do sustentado pelos réus, o termo de ajustamento de conduta firmado entre o Município de Guarujá-SP e a União nos autos da ação civil pública que tramita pela 4ª Vara desta Subseção, não é causa de extinção de punibilidade, posto não arrolado entre as hipóteses elencadas no art. 107 do Código Penal.

Da leitura da denúncia, infere-se de forma clara a ação ilícita imputada aos réus, qual seja, a alteração de aspecto ou estrutura de local especialmente protegido por lei ou ato administrativo, em razão do seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, em razão da construção do RESTAURANTE THAI e de *deck* de madeira em faixa de areia de praia. Confira-se fl. 213:

(...)

Assim, resta cristalino que os denunciados, de forma consciente e voluntária, alteraram o aspecto/estrutura de local especialmente protegido por lei/ato administrativo, em razão de seu valor paisagístico, ecológico, turístico, cultural e arqueológico, através da construção do Restaurante Thai e de *deck* de madeira em faixa de areia de praia, sem autorização da autoridade competente (IBAMA e GRPU), incidindo na conduta descrita no art. 63 da Lei 9605/98. (fl. 213)

Do exame da peça acusatória, bem como dos autos de infração que a embasaram, constata-se, sem sombra de dúvida, que os réus foram denunciados como incurso no art. 63 da Lei nº 9.605/1998, em razão da edificação de *deck* sobre a areia da Praia da Enseada (Guarujá-SP), sem o imprescindível licenciamento ambiental, ou seja, sem autorização da autoridade competente.

A denúncia está amoldada aos ditames do art. 41 do Código de Processo Penal, e possibilitou o exercício do direito de defesa pelos acusados que, inclusive, dele usufruíram de forma plena. Aperfeiçoada a situação posta nestes autos aos precedentes do Egrégio Superior Tribunal de Justiça assim ementados:

PENAL E PROCESSO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS ACLARATÓRIOS NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 41 DO CPP. INÉPCIA DA DENÚNCIA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONFORMIDADE COM A JURISPRUDÊNCIA DESTA CORTE. SÚM. 83/STJ. OFENSA AO ART. 180, § 3º DO CP. DESCLASSIFICAÇÃO DA CONDUTA. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO E PROBATÓRIA. INADMISSIBILIDADE. SÚM. 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO.

1. Nos termos da jurisprudência consolidada nesta Corte Superior de Justiça, tem-se que *não é inepta a denúncia que, como no caso presente, narra a ocorrência de crime em tese, bem*

*como descreve as suas circunstâncias e indica o respectivo tipo penal, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do previsto no artigo 41 do Código de Processo Penal. Súmula 83/STJ.*

(...)

2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg nos EDcl no AREsp 641.071/SC, Rel. Ministra Maria Thereza De Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 07.04.2015, DJe 13.04.2015 – g.n.)

**PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ROUBO. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INEXISTÊNCIA. DIFICULDADE EM NARRAR A CONDUTA INDIVIDUAL DOS AGENTES. DENÚNCIA GENÉRICA. POSSIBILIDADE. SÚMULA 83/STJ.**

1. *Não é inepta a denúncia que, como no caso presente, narra a ocorrência do crime de forma genérica, bem como descreve as suas circunstâncias e indica os respectivos tipos penais, viabilizando, assim, o exercício do contraditório e da ampla defesa, nos moldes do art. 41 do Código de Processo Penal. Súmula 83/STJ.*

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 375.587/RS, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 07.11.2013, DJe 26.11.2013 – g.n.)

A materialidade delitiva encontra-se comprovada de forma exaustiva nos autos, em específico, nos autos de infração lavrados pelo IBAMA aos 27.05.2004 (auto de infração nº 128726-D – fls. 06/20), aos 25.01.2008 (auto de infração nº 128751-D – fl. 166), bem como o relatório de vistoria nº 023/2013-SETEC/IBAMA (fls. 575/576), e o relatório de fiscalização/vistoria juntado às fls. 1030/1031.

Dos referidos documentos constata-se a efetiva ocorrência de alteração do local especialmente protegido em razão do seu valor paisagístico e turístico, verificada em virtude da construção de parte de *deck* de madeira sobre faixa de areia da Praia da Enseada (Guarujá-SP), para funcionamento do RESTAURANTE THAI, de propriedade do CASA GRANDE HOTEL S.A., que é administrado por LOURIVAL DE PIERI.

Como acentuado no documento de fl. 575, emitido em 18.12.2013, a construção em tela continua em situação irregular, pois não existe anuência do órgão federal competente (SPU) liberando a utilização desse espaço de domínio da União para tal finalidade. Em outra perspectiva, colhe-se do documento anexado às fls. 1030/1031, expedido aos 17.07.2015:

(...)

Por outro lado, em se tratando de uma praia urbana, portanto um bem público intensamente frequentado, a construção do *deck* avançado sem licença de órgão competente afronta eventualmente ativos turísticos e paisagísticos, que integram a feição socioeconômica da caracterização ambiental daquela unidade.

(...) (fl. 1031)

Os documentos referidos comprovam a materialidade delitiva, deles também sendo possível inferir que a ação se perpetua desde o ano de 2004, configurando-se, portanto, crime permanente<sup>1</sup>, pelo que não verificada prescrição. Nesse sentido, é a regra posta no art. 111,

1 Consoante a abalizada lição de Francisco de Assis Toledo: “Crimes instantâneos e crimes permanentes. A distinção entre essas espécies de delito oferece alguma dificuldade. Dentre as definições que têm sido apresentadas, destacamos a de Bettiol, segundo a qual: são instantâneos os crimes que possuem como objeto jurídico bens destrutíveis; *permanentes, aqueles cuja consumação, pela natureza do bem jurídico ofendido, pode protrair-se no tempo*, detendo o agente o poder de fazer cessar o estado antijurídico por ele realizado. Dentro dessa concepção, poder-se-á concluir que, no delito instantâneo (furto, injúria etc.), a consumação ocorre em um momento certo, definido; *no permanente, o momento consumativo é uma situação du-*

inciso III, do Código Penal:

Art. 111. A prescrição, antes de transitar em julgado a sentença final, começa ocorrer:

(...)

III- nos crimes permanentes, do dia em que cessou a permanência.

Convém salientar que a Constituição em seu art. 20, inciso IV, elenca as praias marítimas entre os bens da União, enquanto que o art. 10 da Lei nº 7.661/1988 preconiza que as praias são bem de uso comum do povo. Portanto, para o uso do bem público por particulares, como se verifica na espécie, se apresenta imprescindível a autorização da União.

Tal autorização é regulada pelo art. 6º da Lei nº 7.661/1998. Segundo esse dispositivo, a instalação, funcionamento e ampliação de atividades como a efetuada pelos réus exige licenciamento, e, a falta de ou o descumprimento do licenciamento importarão a interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da aplicação de outras sanções. Confira-se:

Art. 6º. O licenciamento para parcelamento e remembramento do solo, construção, instalação, funcionamento e ampliação de atividades, com alterações das características naturais da Zona Costeira, deverá observar, além do disposto nesta Lei, as demais normas específicas federais, estaduais e municipais, respeitando as diretrizes dos Planos de Gerenciamento Costeiro.

§ 1º. A falta ou o descumprimento, mesmo parcial, das condições do licenciamento previsto neste artigo serão sancionados com interdição, embargo ou demolição, sem prejuízo da cominação de outras penalidades previstas em lei.

Embora não seja objeto da denúncia, releva destacar que a Lei nº 6.513, de 20.12.1997, recepcionada pela Constituição em vigor, criou as áreas e os locais de interesse turístico, definindo que:

Art. 1º - Consideram-se de interesse turístico as Áreas Especiais e os Locais instituídos na forma da presente Lei, assim como os bens de valor cultural e natural, protegidos por legislação específica, e especialmente:

(...)

V- *as paisagens notáveis;*

(...)

Art. 3º - Áreas Especiais de Interesse Turístico são trechos contínuos do território nacional, inclusive suas águas territoriais, a serem preservados e valorizados no sentido cultural e natural, e destinados à realização de planos e projetos de desenvolvimento turístico.

Art. 4º - Locais de Interesse Turístico são trechos do território nacional, compreendidos ou não em Áreas especiais, destinados por sua adequação ao desenvolvimento de atividades turísticas, e à realização de projetos específicos, e que compreendam:

(...)

II- *os respectivos entornos de proteção e ambientação.*

§ 1º - *Entorno de proteção* é o espaço físico necessário ao acesso do público ao Local de Interesse Turístico e à sua conservação, manutenção e valorização.

§ 2º - *Entorno de ambientação* é o espaço físico necessário à harmonização do local de Interesse Turístico com a paisagem em que se situar. (grifei).

radoura, cujo início não coincide com o de sua cessação (...)" (apud *Princípios Básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1994, 5ª edição, p. 146-147 – g.n.).

A teor do disposto no art. 24 da Lei nº 6.531/1977, além da ação penal cabível, a modificação não autorizada, a destruição, a desfiguração, ou o desvirtuamento de sua feição original, no todo ou em parte, das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico, sujeitam o infrator às seguintes penalidades:

- I- multa de valor equivalente a até Cr\$ 782.739,15 (setecentos e oitenta e dois mil, setecentos e trinta e nove cruzeiros e quinze centavos);
- II- interdição de atividade ou de utilização incompatível com os usos permissíveis das Áreas Especiais de Interesse Turístico ou dos Locais de Interesse Turístico;
- III- embargo de obra;
- IV- obrigação de reparar os danos que houver causado; restaurar que houver danificado, reconstituir o que houver alterado ou desfigurado;
- V- demolição de construção ou remoção de objeto que interfira com os entornos de proteção e ambientação do Local de Interesse Turístico.

Retomando a análise do objeto da denúncia, observo que de todo o até aqui exposto, de forma cristalina e inconteste, emerge patenteada a materialidade delitiva, uma vez que comprovada a alteração ilegal da Praia da Enseada (bem da União de uso comum do povo). Vale dizer, provada a materialidade em razão da construção do *deck*, e sua manutenção até os dias atuais, não estar autorizada através do necessário licenciamento.

### 3. Autoria.

Da mesma forma que se verifica no que concerne à materialidade, a autoria se apresenta bem comprovada. Com efeito, funciona no *deck* erigido sobre parte da praia o RESTAURANTE THAI, que pertence à pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A., como se infere do documento anexado às fls. 39/40 (projeto de construção de quiosque), e do Parecer Técnico de Vitoria acostado às fls. 45/47.

Com relação ao acusado LOURIVAL PERETI, os documentos juntados às fls. 26/50, 59/85 e 185/196 atestam ser ele o Diretor Presidente da pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A., fato esse que foi por ele reconhecido na fase de inquérito e no curso da desta ação. Aperfeiçoada a situação esquadrihada nestes ao disposto nos arts. 2º e 3º da Lei nº 9.605/1998, confira-se:

*Art. 2º Quem, de qualquer forma, concorre para a prática dos crimes previstos nesta Lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida da sua culpabilidade, bem como o diretor, o administrador, o membro de conselho e de órgão técnico, o auditor, o gerente, o preposto ou mandatário de pessoa jurídica, que, sabendo da conduta criminosa de outrem, deixar de impedir a sua prática, quando podia agir para evitá-la.*

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

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

Consigno compreender correta a tipificação das condutas feita na inicial, visto que, a conduta do art. 63 da Lei nº 9.605/1998 pressupõe alteração, modificação ou a desfiguração da aparência da estrutura de local especialmente protegido por lei, sem autorização da autoridade competente, enquanto que a conduta do art. 64 do mesmo diploma refere a construção

irregular em solo não edificável ou no seu entorno<sup>2</sup>.

Como bem elucidado no voto condutor do v. acórdão proferido pelo E. Tribunal Regional Federal da 4ª Região na ACR nº 2006.72.00.008837-4, relatado pelo eminente Desembargador Federal Sebastião Ogê Muniz (D.E. 08.05.2012):

(...) a defesa, além de referir que não perpetrou o delito inculcado no art. 63 do diploma em análise, na medida em que não houve qualquer alteração da paisagem, postula, alternativamente, a desclassificação da conduta para o art. 64 daquele mesmo diploma, que conta com a seguinte tipificação:

“Art. 64. Promover construção em solo não edificável, ou no seu entorno, assim considerado em razão de seu valor paisagístico, ecológico, artístico, turístico, histórico, cultural, religioso, arqueológico, etnográfico ou monumental, sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa.”

Tenho, entretanto, que o artigo 63 da Lei nº 9.605/98 amolda-se de forma mais adequada aos elementos descritivos constantes na denúncia, se comparado a esse último tipo penal, encontrando-se o elemento distintivo no fato de que, *naquele ilícito, o efeito da conduta é a alteração do aspecto ou da estrutura de local especialmente protegido, enquanto que, na outra norma incriminadora, o resultado naturalístico é apenas a edificação em si, presumindo-se o dano ao meio ambiente. Ou seja, a caracterização do primeiro ilícito depende que se comprove a efetiva alteração estrutural do lugar, enquanto o segundo só é aplicável quando não há, nos fatos concretos, evidências da presença de tal circunstância, pressupondo-se o dano ambiental pela tão só construção em solo não edificável.*

Assim, consoante leciona Luiz Regis Prado, no primeiro dispositivo retro citado “pune-se a conduta representada pelo verbo ‘alterar’ (modificar, transformar, desfigurar, mudar) aspecto ou estrutura de edificação ou de local especialmente protegido, como tal declarado por lei, ato administrativo ou decisão” (in “Direito Penal do Meio Ambiente”, 2ª ed, 2005, RT, p. 294). Já no art. 64 da Lei nº 9.605/98 “tratam-se a construção de objeto da ação, e o solo de objeto material sobre o qual recai o primeiro (objeto da ação) (...)”, sendo que “o objeto material da ação - o ‘solo’ - deve ter, ainda, uma qualidade especial: ser não-edificável” (idem, p. 306).

Essa, claramente, é a razão de o art. 63 prever sanção muito mais severa (reclusão, de um a três anos, e multa) que o art. 64 (detenção, de seis meses a um ano, e multa). Entendimento contrário implicaria supor que o legislador pátrio cominou pena significativamente mais branda para aqueles casos em que a construção promovida pelo agente produziu *exatamente* os mesmos danos ambientais previstos em outro dispositivo, do qual se diferenciaria apenas pela forma como a lesão foi produzida. Nessa hipótese, seria de perguntar por qual razão lógica o legislador decidiria punir com maior benevolência aquele que agride com idêntica intensidade o bem jurídico tutelado por outra norma penal, apenas pela particularidade de que tal ofensa foi realizada com um *modus operandi* específico (qual seja, por meio de uma construção).

A toda evidência, não há qualquer justificativa razoável para tal distinção, senão o fato de que, na segunda norma, não se exige, para a adequação dos fatos ao tipo, que a conduta efetivamente altere “o aspecto ou estrutura de edificação ou local especialmente protegido por lei, ato administrativo ou decisão judicial”, bastando que o acusador comprove que o agente promoveu “construção em solo não edificável (...) sem autorização da autoridade competente ou em desacordo com a concedida”. (sublinhei)

Assentadas a materialidade, a autoria e a correta tipificação das condutas feita na inicial, importa ressaltar a ausência de similitude entre a situação retratada e comprovada nestes

2 Nesse sentido, confira-se: FREITAS, Gilberto Passos de; FREITAS, Vladimir Passos de. *Crimes Contra a Natureza*. São Paulo: 2006, Editora Revista dos Tribunais, p. 241 e 245.

autos, com o objeto do Termo de Ajustamento de Conduta firmado entre o Ministério Público Federal e o Município de Guarujá-SP em autos de ação civil pública que tramita pela 4ª Vara desta Subseção, relativa a quiosques há anos construídos na mesma praia por moradores locais.

De fato, referidos quiosques há décadas foram construídos por moradores da região, por certo de forma irregular. Contudo, a situação ali verificada se perpetuou no tempo, e a imediata retirada dos quiosques por certo poderia redundar em sério problema social. Na hipótese vertente, o *deck* foi construído por empresa de porte, no ano de 2004, sob a égide da Constituição de 1988 e das Leis nºs 7.661/1988 e 9.605/1988, com o único fim de incrementar lucros.

Certo é que a questão relativa aos quiosques, como de conhecimento público, está sendo solucionada a tempo e modo, com a demolição gradativa dos quiosques que ocupam a faixa de areia com a construção de novas unidades, de acordo com plano de intervenção urbanística elaborado pela Prefeitura do Município de Guarujá-SP, o que deverá ser concluído no ano de 2016.

Na hipótese versada nestes autos, verifica-se que os réus, mesmo sabedores da ilegalidade da construção e manutenção do *deck* na faixa de areia da praia, porquanto levadas a efeito sem a necessária licença ambiental, optaram por permanecer à margem, em total desconformidade com a lei, com o único fim de alcançar aumento de lucratividade na exploração dos serviços que prestam à diminuta parcela da população brasileira que tem condições de se hospedar no hotel.

O legislador brasileiro garantiu a todos as praias como sendo bem de uso comum, se apresentando inequívoco que a apropriação e transformação do espaço público (praia) para o alcance de interesses meramente individuais, não se coaduna com a destinação dada pelo legislador. Nesse sentido decidiu o E. Superior Tribunal de Justiça no MS nº 014918, Relator Ministro Hamilton Carvalhido (DJE 02.02.2010), e o Colendo TRF da 4ª Região na AC nº 2002.72.07.008762-6, Relatora Desembargadora Federal Marga Inge Barth Tessler, D.E. 28.08.2007).

A ação apurada nestes autos, que se perpetua durante período de tempo superior a onze anos, além de configurar violação a normas administrativa e penal que tutelam o meio ambiente, representam descaso para com a população e as instituições democráticas constituídas, verdadeira afronta ao Estado Democrático de Direito como um todo. De rigor, portanto, a procedência da ação.

Dispositivo.

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido para condenar CASA GRANDE HOTEL S.A. e LOURIVAL DE PIERI nas penas do art. 63 da Lei nº 9.605/1998. Passo à dosimetria das penas.*

LOURIVAL DE PIERI é primário. Sua culpabilidade se apresenta acima da média, pois além de ostentar grau de instrução muito acima da média nacional, mesmo sabedor da ilegalidade da construção, permaneceu inerte mantendo a construção irregular com o único fim de garantir maior rentabilidade à pessoa jurídica que administra e representa.

A ação ilícita por ele praticada, que se eterniza no tempo, tem por fim único o aumento de lucro nas atividades da pessoa jurídica, em detrimento do meio ambiente, que deve ser preservado para as presentes e futuras gerações. Diante desses elementos, para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena na primeira fase acima do mínimo legal: 2 (dois) anos de reclusão, em regime inicial semi-aberto (art. 33, § 3º, do Código Penal).

Na segunda fase, certo que a ação desconforme à lei foi e permanece sendo perpetrada com o fim de obtenção de vantagem pecuniária, incidente ao caso a circunstância agravante inscrita no art. 15, inciso II, alínea “a”, da Lei nº 9.605/1998, pelo que aumento em ½ (meta-

de) a pena antes fixada, que torno definitiva à míngua de causas especiais de aumento ou de diminuição, perfazendo o total de 3 (três) anos de reclusão.

Condeno-o, ademais, ao pagamento de multa que, atento aos elementos já analisados, estabeleço em 100 dias-multa, que deverão ser calculados à razão da metade do valor do salário mínimo vigente à data dos fatos, que aumento em 1/2 (metade) em virtude da circunstância agravante estabelecida no art. 15, inciso II, alínea "a", da Lei nº 9.605/1998, perfazendo o total de 150 (cento e cinquenta) dias-multa.

Considerando os motivos e as circunstâncias do crime, bem como a culpabilidade do réu, compreendendo insuficiente para a reprovação do crime, forte no disposto no art. 7º, inciso II, da Lei nº 9.605/1998, deixo de substituir a pena privativa de liberdade imposta a LOURIVAL DE PEIRI por penas restritivas de direitos.

Com relação à pessoa jurídica CASA GRANDE HOTEL S.A., constato não haver nos autos registro de antecedentes relativos a crimes ambientais. A ação por ela perpetrada, cujos efeitos permanecem desde o ano de 2004, teve o fim único de assegurar incremento em sua lucratividade, em desrespeito ao meio ambiente, ao povo e ao Estado Democrático de Direito como um todo.

Verifico que, de acordo com o comprovado nos autos, a aplicação de sanção pecuniária na via administrativa não foi satisfeita, portanto, tudo está a indicar que não será suficiente a aplicação de multa nesta seara para reprovação e, sobretudo, para evitar a continuidade da situação ilícita.

Dessa forma, e atento ao disposto nos arts. 21, 22, § 1º, e 23, inciso II, todos da Lei nº 9.605/1998<sup>3</sup>, estabeleço a interdição do RESTAURANTE THAI, que funciona no *deck* construído de forma ilegal pelo CASA GRANDE HOTEL S.A., bem como a execução de obras necessárias para a cessação da situação irregular e ilegal.

Em face do disposto no art. 303 do Código de Processo Penal, oficie-se à Autoridade Policial a fim de que cumpra os afazeres que a lei lhe comete enquanto não cessar a permanência da ação ilícita apurada nestes cujos efeitos se protraem no tempo.

Deixo de arbitrar o valor prévio da indenização, à míngua da existência de elementos nos autos a possibilitar tal providência.

3 "Art. 21. As penas aplicáveis isolada, *cumulativa* ou alternativamente às *pessoas jurídicas*, de acordo com o disposto no art. 3º, são:

I - multa;

II - restritivas de direitos;

III - prestação de serviços à comunidade.

Art. 22. As penas restritivas de direitos da pessoa jurídica são:

I - suspensão parcial ou total de atividades;

II - interdição temporária de estabelecimento, obra ou atividade;

III - proibição de contratar com o Poder Público, bem como dele obter subsídios, subvenções ou doações.

§ 1º A *suspensão de atividades* será aplicada quando estas não estiverem obedecendo às disposições legais ou regulamentares, relativas à proteção do meio ambiente.

§ 2º A interdição será aplicada quando o estabelecimento, obra ou atividade estiver funcionando *sem a devida autorização*, ou em desacordo com a concedida, ou *com violação de disposição legal ou regulamentar*.

(...)

Art. 23. A prestação de serviços à comunidade pela pessoa jurídica consistirá em:

(...)

II - execução de obras de recuperação de áreas degradadas;

(...)" (g.n.)

**Arcarão os réus com as custas processuais.**

**P.R.I.C.O.**

**Após o trânsito em julgado, proceda-se ao lançamento do nome dos réus no rol dos culpados, comunicando-se à Justiça Eleitoral (art. 15, inciso III, da Constituição).**

**Santos-SP, 27 de novembro de 2.015.**

**Juiz Federal ROBERTO LEMOS DOS SANTOS FILHO**

## **AÇÃO PENAL**

### **0002139-44.2011.4.03.6005**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Ré: NILZA MARIA PEDROSO  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS  
Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/09/2015

Vistos,

#### **I - RELATÓRIO**

Trata-se de ação penal pública movida pelo Ministério Público Federal em desfavor de LORETO ORTEGA e *NILZA MARIA PEDROSO*, como incurso nas penas do artigo 171, parágrafo 3º do Código Penal, por 25 (vinte e cinco) vezes na forma do art. 71 do Código Penal, porque teria, mediante fraude, obtido vantagem ilícita para si em prejuízo do Instituto Nacional da Seguridade Social (INSS). O *parquet* federal denunciou também pela conduta típica descrita no art. 299 do Código Penal, por duas vezes, em concurso material.

Narra a denúncia que a acusada NILZA MARIA PEDROSO, ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, obteve indevidamente a concessão do *benefício assistencial do idoso*, entre fevereiro de 2008 e fevereiro de 2010. Havendo um suposto prejuízo de R\$ 11.623,47 (onze mil, seiscentos e vinte e três reais e quarenta e sete centavos) aos cofres públicos.

A denúncia foi recebida em 6 de setembro de 2011 (fls. 86/88).

A ré foi citada (fl. 98) e apresentou em seguida resposta à acusação (fls. 101/111).

O denunciado Loreto Ortega foi citado por edital (fl. 120), mesmo assim, não compareceu nem constituiu advogado. Por esse motivo, foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional em relação ao réu (fl. 125).

Instrução do feito realizada com a produção da prova oral às fls. 131/136, no qual foram ouvidas três testemunhas de defesa e realizado o interrogatório da ré.

A acusação apresentou suas alegações finais às fls. 145/147, reiterando as razões da denúncia e o conseqüente pedido condenatório em relação à parte ré.

A defesa, em razões derradeiras às fls. 150/158, sustentou, a ausência de dolo da parte ré para o cometimento do delito.

Vieram-me os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

#### **II – FUNDAMENTAÇÃO**

##### **1 - Do crime de estelionato previdenciário (art. 171 §3º)**

##### **1.1 - Da materialidade delitiva**

A existência material do crime previsto nos art. 171, §3º, CP restou certa e determinada com a prova judicial.

Particularmente, se deve ater ao procedimento administrativo do Instituto Nacional da Seguridade Social que às fls. 02/49. À fl. 46, assim concluiu:

Da irregularidade: pelas peças que compõem o processo, principalmente na fase da apuração, concluímos que a concessão do Amparo Social ao Deficiente, especialmente no documento de identificação, está em desacordo com o artigo 8º e 10º do Decreto n. 1.744/1995, atualmente regulado pelo artigo 10 do Decreto n. 6.214/2007, tendo em vista a não confirmação da certidão de nascimento do beneficiário pelo Cartório de Registro Civil respectivo.

Consta dos autos também para comprovar a materialidade delitiva, a certidão de nascimento materialmente falsa (fl. 12) e documento de identidade e CPF ideologicamente falsos (fls. 29 e 63).

Por fim, demonstrativo de fl.40 comprova as várias prestações mensais de um salário mínimo, que totalizando R\$ 11.623,47 (onze mil, seiscentos e vinte e três reais e quarenta e sete centavos) com atualização em 30/03/2010.

Sendo assim, concluo que há prova da ocorrência de obtenção para si/outrem, de vantagem ilícita (percepção de benefício assistencial ao idoso), em prejuízo do INSS, por este ter sido induzido mediante uso de documento falso ao erro.

Passo à análise da autoria e da tipicidade.

*1.2 - Da autoria e da tipicidade do crime do art. 171 § 3º do CP*

Quanto à autoria delitiva, a prova produzida nos autos é extremamente falha quanto à comprovação da participação da ré no esquema criminoso.

O concurso de pessoas necessita além da pluralidade de agentes, também do vínculo subjetivo, ou seja, da capacidade que um agente tem de aderir à conduta alheia. No mais, é importante provar uma relevância causal da conduta do coautor, isto é, depende de uma contribuição prévia ou concomitante à execução. Por fim, se faz importante a prova desse nexos psicológico, na qual há a necessidade de revelar uma vontade homogênea, visando a produção do resultado.

Não há dúvidas que, no caso em espécie, o delito se encontra caracterizado em seu tipo objetivo, uma vez que o estelionato se deu para obtenção, para outrem, de vantagem econômica ilícita, em prejuízo do INSS, mediante artifício, qual seja, a falsificação de certidão de nascimento.

Todavia, se o tipo objetivo é encontrado, o mesmo não se pode afirmar sobre o tipo subjetivo. Este diz respeito à esfera anímica do agente, isto é, ao dolo no caso. Particularmente, o concurso de pessoas também se caracteriza por essa vontade de conjuntamente produzir o resultado ilícito. O tipo subjetivo no caso do estelionato previdenciário é o dolo específico, ou seja, a vontade livre e consciente de induzir a autarquia previdenciária em erro com o fim específico de obter vantagem ilícita.

No caso dos autos, defende o *parquet* que a conduta da ré Nilza caracterizaria suposto auxílio material, todavia, em suas próprias alegações finais, o MPF aduz que, “ao que parece, Nilza tinha conhecimentos sobre os trâmites para a obtenção de documentos de aposentadoria”. O principal problema é que o direito penal não pode trabalhar com o “ao que parece” e sim com o provado nos autos. De maneira alguma tais ilações permitem levar a um juízo de certeza, que é a baliza de um escoreito processamento condenatório penal.

Sendo assim, o processo carece de maior peso probatório no que se refere ao dolo da ré. Perceba-se que as alegações derradeiras do Ministério Público Federal se sustentam quase que exclusivamente nas provas produzidas durante a investigação policial. Não houve testemunhas de acusação, nem foi ouvido – no caso nem encontrado – o codenunciado.

Pelo exposto, não há alternativa no caso dos autos do que a absolvição da ré pela ausência de constatação de um dos elementos que compõe o tipo penal.

### *2 - Do Crime de falso*

O crime do art. 299 do Código Penal tem como verbo nuclear “falsificar”, quer dizer reproduzir, imitar, ou contrafazer. Conjuga-se a conduta com as formas fabricar (manusear, construir, cunhar) e alterar (modificar, transformar), no caso, a declaração que dele deveria constar. Todavia, necessita do dolo específico, qual seja, o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante.

Particularmente, na falsidade ideológica, não há simples rasura, ou emenda, há apenas, uma mentira reduzida a escrito, através de documento que, sob o aspecto material, é de todo real.

#### *2.1- Da materialidade delitiva*

A existência material do crime previsto nos art. 299 do CP restou certa e determinada com a prova judicial.

Particularmente, se deve ater ao procedimento administrativo do Instituto Nacional da Seguridade Social que às fls. 02/49, concluiu, com respaldo na própria certidão de nascimento materialmente falsa à fl. 12 e no documento de identidade e CPF ideologicamente falsos às fls. 29 e 63, a ocorrência do crime denunciado.

#### *2.2- Da autoria e da tipicidade do crime do art. 299 do CP*

Pelos mesmos motivos apontados na análise da tipicidade do art. 171 §3º não há provas nos autos sobre a ocorrência do dolo da ré no cometimento do crime de falso. Particularmente, o concurso de pessoas também se caracteriza por essa vontade de conjuntamente produzir o resultado ilícito. Não se encontram elementos suficientes para a prova de tal autoria.

O simples motivo de a ré ter abrigado por 2 (dois) anos o codenunciado, ou tê-lo acompanhado na requisição dos documentos, não é elemento suficiente para um juízo condenatório.

Ressalta-se novamente que a prova colhida em esfera judicial foi ínfima para a necessária comprovação do crime denunciado.

Por todo o exposto, o juízo absolutório se faz necessário pela ausência de constatação de um dos elementos que compõe o tipo penal.

### *III - Dispositivo*

Posto isso, julgo *IMPROCEDENTE* a pretensão punitiva estatal e *ABSOLVO* a denunciada *NILZA MARIA PEDROSO*, qualificada nos autos, dos fatos delituosos narrados na denúncia, o que faço com fulcro no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se os autos com as cautelas de estilo, anotações e expedições necessárias.

Custas *ex lege*.

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

Ponta Porã, 20 de Agosto de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

### **0003444-33.2012.4.03.6133**

Autora: VALTRA DO BRASIL LTDA.

Ré: UNIÃO FEDERAL (PFN)

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/02/2016

Trata-se de ação judicial na qual, em suma, pede-se o reconhecimento do direito a aplicação do regime jurídico do setor automotivo, ao invés do geral, para o quanto não foi usado e exportado após ter sido importado em regime de *drawback*. Aduz a autora não ser possível negar-lhe o tratamento tributário ao qual faz jus normalmente (benéfico para o setor automotivo) para o caso de uma impossibilidade de realização da exportação de parte do quanto internalizado no país sob o regime de *drawback*, sendo, portanto, injusta a cobrança da tributação pelo regime geral, mormente com multa, juros e sendo recusada a ocorrência de denúncia espontânea na espécie. Cita diversos precedentes judiciais e administrativos em seu favor. Pede a realização de depósito judicial da quantia que entende devida, bem como da que entende não ser devida.

Já a União, em contestação, aduz que não se mostra possível a fruição de regime híbrido, tendo em vista a falta de autorização legal para tanto, bem como ante a necessidade de demonstração do cumprimento de determinados requisitos para admissão no regime diferenciado destinado ao setor automotivo. Aduz, ainda, ser a pretensão contrária à livre concorrência, vez que outros agentes econômicos não fruem igual tratamento o tributário híbrido postulado na presente demanda. Defende a aplicação de juros e multa como retroação dos efeitos financeiros decorrentes da exclusão do regime de *drawback*. Advoga, ainda, não haver denúncia espontânea, pois o fato gerador da importação já era conhecido. Também cita precedentes no sentido do quanto advoga.

Laudo pericial às fls.872/932.

É o breve relatório. Passo a decidir, fundamentando.

Afasto, de ofício, eventual litispêndência deste com os autos nº 0001539-22.2014.403.6133 (2ª Vara), eis que tratam de ato de concessão e períodos diversos.

Sem preliminares, impõe-se a cognição imediata do mérito.

Sendo apenas parcialmente bem-sucedido o *drawback*, impõe-se a tributação do excedente sob o regime inerente ao importador, de modo que, se faz jus a benefício fiscal setorial, então cumpre a aplicação do tratamento diferenciado - e não o regime geral. A submissão ao regime geral não pode ter caráter punitivo, tornando-a pena aplicável a quem não conseguiu desenvolver o *drawback* em toda sua extensão.

Sendo o contribuinte destinatário de regime diferenciado em razão do setor da economia ao qual pertence, então é o caso de reconhecer-lhe o tratamento privilegiado ao que faz jus naquela parte que não se subsume ao regime de *drawback*. Não se trata de criar terceiro regime, mas de aplicar subsidiariamente a segunda norma especial que socorre ao contribuinte, não sendo lógica a atuação fazendária no sentido de fazer a autora despençar do regime de *drawback* ao tratamento geral. Não a busca de um *tertium genus*, um misto de tratamentos tributários diversos para criar um mundo apenas de facilidades, mas sim de aceitar que o fracasso de uma operação de *drawback* joga a operação no regime especial no qual está in-

serido o empreendedor, impossibilitando que se desconsidere a função estratégica do agente econômico daquele setor no desenvolvimento do país.

A União sequer apontou qualquer causa que impossibilitasse o enquadramento no regime diferenciado destinado ao setor automotivo, o que já fez com que a verossimilhança da alegação de que seria necessária a demonstração do cumprimento dos requisitos caísse por terra.

Não há frustração da concorrência quando se almeja o reconhecimento da aplicabilidade do regime do setor da economia a quem viu em parte frustrada a operação econômica que estaria, caso bem-sucedida, subsumida a outro tratamento tributário. Nenhum privilégio daí adviria à autora, sendo todo empreendedor do setor automotivo destinado a receber o tratamento benéfico postulado pela autora, conseguindo ou não realizar a bom termo o *drawback*.

Pelas mesmas razões, não há motivo para aplicação de juros ou de multa, pois a pretensão é justa e merece ser reconhecida.

*Dispositivo:*

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO para declarar a existência do direito ao tratamento tributário destinado ao setor automotivo, declarando a inexistência de juros ou de multa a serem cobrados da autora.

Custas *ex lege*. Condeno a ré ao pagamento de R\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) a título de honorários advocatícios, dado o valor da causa e a alta qualidade do trabalho desenvolvido pelos causídicos que moveram a demanda.

Converto os honorários periciais provisórios em definitivos, no importe de R\$7.500,00, a serem suportados pela parte ré.

Os honorários periciais e as custas judiciais deverão ser reembolsados integralmente pelo réu ao autor.

Subam o autos em reexame necessário.

Com o trânsito em julgado, libere-se o depósito judicial em favor da autora, expedindo-se o quanto necessário.

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

Mogi das Cruzes/SP, 11 de janeiro de 2016.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

## **PROCEDIMENTO ORDINÁRIO**

### **0009230-63.2013.4.03.6120**

**Autor:** INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
**Réu:** ANTONIOSI TECNOLOGIA AGROINDUSTRIAL LTDA.  
**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE ARARAQUARA - SP  
**Juiz Federal:** MARCIO CRISTIANO EBERT  
**Disponibilização da Sentença:** DIÁRIO ELETRÔNICO 20/01/2016

#### **I - RELATÓRIO**

Trata-se de ação de conhecimento proposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS em face de Antoniosi Tecnologia Agroindustrial Ltda, objetivando a condenação ao ressarcimento dos valores pagos em benefícios previdenciários relacionados a acidente de trabalho sofrido pelo segurado Wagner de Queiroz (auxílio-doença e auxílio-acidente).

A inicial narra que em 17/08/2010 o segurado Wagner de Queiroz, à época empregado da requerida, sofreu acidente de trabalho que resultou na concessão de dois benefícios de auxílio-doença (NB 5424885531/91, que vigorou de 02/09/2010 a 13/03/2011 e NB 5492207896, concedido entre 08/12/2011 e 31/12/2011). O acidente ocorreu quando a vítima e um colega de trabalho transportavam um chassi de transbordo do setor de solda para o de pintura. A operação era realizada por meio de uma talha, e os dois funcionários envolvidos na tarefa deveriam seguir o seguinte procedimento: um deles deveria engatar a talha ao chassi e o outro deveria retirar as escoras que sustentavam o chassi, naturalmente depois que a peça tivesse sido acoplada à talha. Contudo, as travas foram retiradas antes que a peça tivesse sido acoplada à talha; ato contínuo, o funcionário Wagner subiu no chassi para acoplá-lo à talha. Como as escoras haviam sido retiradas, o chassi se desequilibrou e tombou sobre o pé direito de Wagner, que sofreu os ferimentos que levaram à concessão dos referidos benefícios previdenciários. A inicial informa que o acidentado sofreu fratura no tornozelo, e embora tenha sido submetido a cirurgia, ficou com sequelas que reduzem seu movimento.

Segundo o INSS, o acidente ocorreu da forma que ocorreu por negligência do empregador, que não zelou pela observância das normas de segurança de trabalho por seus funcionários. Se em vez de se dependurar no chassi o segurado Wagner tivesse se valido de uma escada, o acidente não teria ocorrido. Não bastasse a falta de vigilância do empregador quanto à conduta de seus empregados, constatou-se que os funcionários envolvidos na operação não haviam sido treinados para o exercício daquela função, bem como que fiscalizações no local promovidas pelo Ministério do Trabalho constataram que “... o estabelecimento onde ocorreu o acidente é velho e com diversas irregularidades, com iluminação e ventilação deficiente e piso irregular”.

Com base nesse panorama, requereu a condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pelo INSS com o pagamento dos dois benefícios de auxílio-doença concedidos ao segurado Wagner, bem como ao ressarcimento de prestações futuras também relacionadas ao mesmo acidente, neste caso mediante a prestação de garantia real ou fidejussória. Inicial e documentos às fls. 02-411.

A contestação está juntada às fls. 417-450. Preliminarmente o autor sustenta a falta de interesse de agir quanto ao pagamento de prestações futuras. No mérito, argumentou que o seguro acidente de trabalho – SAT destina-se a cobrir os casos em que há culpa exclusiva da empresa ou apenas culpa concorrente, uma vez que esse requisito já está incluído no cálculo dessa contribuição. Inobstante isso, não restou comprovada a ocorrência de culpa imputável à empregadora; na verdade, o acidente ocorreu por culpa exclusiva da vítima, que deixou de

observar o procedimento correto para o transbordo do chassi. Argumentou que este foi o primeiro acidente deste tipo nos 14 anos de operação da fábrica, bem como que fornece os EPIs necessário e dá treinamento a seus funcionários. Por fim, argumentou que é incabível a constituição de capital almejada pela parte autora, uma vez que esta somente é possível com dívidas de natureza alimentar, bem como que a SELIC não pode ser utilizada como índice para atualização de débitos de ressarcimento de benefícios previdenciários.

Em réplica (fls. 508-516) o INSS rechaçou a preliminar. No mais, repisou os argumentos expostos na inicial.

As partes foram intimadas para especificar as provas. O réu requereu a produção de prova testemunhal e pericial (fls. 518/520). O INSS requereu a produção de prova testemunhal (fls. 521).

Às fls. 522 foi indeferida a produção de prova pericial e deferida a produção de prova testemunhal. Houve a realização de audiência de instrução e julgamento (fls. 563/570). Não houve manifestação do INSS (fls. 572). O requerido manifestou-se às fls. 573/574, requerendo a reconsideração do despacho que indeferiu a produção de prova pericial, o que foi indeferido às fls. 575.

Vieram os autos conclusos.

## II - FUNDAMENTAÇÃO

De partida rejeito a preliminar de falta de interesse de agir. Em certa medida assiste razão à ré quando pondera que não pode ser condenada ao pagamento de prestação incerta, no caso de auxílio-acidente que poderia ou não ser concedido no futuro. Todavia, o caso é que no curso da lide o segurado Wagner de Queiroz teve concedido o benefício de auxílio-acidente (NB 166.518.568-3). Esse benefício está diretamente relacionado ao acidente narrado na inicial, pois foi concedido em desdobramento do auxílio-doença nº 549.220.789-6, conforme demonstram o extrato do CNIS que será juntado na sequência desta sentença.

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

O INSS pretende a condenação da ré ao ressarcimento dos valores que a autarquia pagou ao empregado da requerida que foi vítima de acidente de trabalho, do qual restaram ferimentos que ensejou a concessão de auxílio acidente e o ressarcimento de todos os valores que serão despendidos nos pagamento futuros de benefícios.

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

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

sua responsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável”.

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

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

No caso concreto, tem-se que em 17/08/2010 o empregado Wagner de Queiroz sofreu acidente de trabalho, do qual resultou em redução de movimentos em seu pé direito. Em razão do acidente, o empregado teve concedido dois benefícios de auxílio-doença e, após a cessação do último, a concessão de auxílio-acidente.

Início a análise do acidente pelo relatório elaborado pela Gerência Regional do Trabalho e Emprego de Araraquara a respeito do fato, juntado aos autos às fls. 36-39, de onde extraio os seguintes trechos:

**6. Descrição do Local do Acidente**

O acidente ocorreu no prédio chamado de “Ata II”. O local é antigo, com iluminação deficiente e com piso irregular.

**7. Descrição da Atividade**

A atividade consistia em colocar um chassi chamado de “Ata 12000” na talha para transporte. O chassi fica sobre cavaletes que devem ser retirados após a colocação do gancho da talha no chassi. A atividade é realizada em dupla para agilizar o procedimento e facilitar o transporte do chassi para o local de pintura.

**8. Descrição do Acidente**

No dia 17/08/2010, o acidentado juntamente com o Sr. Roberto Carlos de Oliveira foram transportar um chassi “Ata 12000” para a pintura. O Sr. Roberto era recém contratado. O Sr. Emerson Luiz Vieira, encarregado do setor, não pode acompanhar o procedimento, pois foi requisitado em outro local para receber material. O acidentado ficou com a tarefa de retirar as escoras e o Sr. Roberto de colocar a talha no chassi. Após retirar todas as escoras, o acidentado observou que a talha não estava instalada e subiu no chassi para instalá-la. Ao subir, o chassi desequilibrou e tombou em sua direção, caindo sobre seu pé direito fraturando seu tornozelo. (...)

1º: 202.001-7 (Fracasso na recuperação de incidente.)

Ao perceber o incidente, ou seja, a não colocação do gancho na talha no chassi, o acidentado tentou recuperar subindo sobre o chassi sem escoras. Deveria recolocar as escoras e depois subir para colocar o gancho.

2º: 204.018-2 (Falhas na coordenação entre membros de uma mesma equipe.)

O Sr. Roberto, que estava realizando o procedimento junto com o acidentado, distraiu-se e não colocou o gancho da talha antes da retirada das escoras.

3º: 204.012-3 (Falta ou inadequação de análise de risco da tarefa)

Não havia uma análise de riscos da atividade

4º: 204.022-0 (Procedimento de trabalho inexistente ou inadequado)

Não havia procedimentos de trabalho para a atividade.

5º: 204.026-3 (Falha no transporte de materiais, estruturas ou equipamentos)

O acidente ocorreu durante a atividade preparatória para transportar o chassi.

6º: 206.003-5 (Ausência de treinamento)

Os trabalhadores não foram submetidos a treinamento.

7º: 210.003-7 (Inexperiente por ter pouco tempo na empresa)

O Sr. Roberto estava a poucos dias na empresa.

O acidente também foi discutido nos autos da reclamatória trabalhista movida pelo acidentado contra seu empregador (a ora ré), na qual o trabalhador pleiteava o pagamento de indenização. O INSS instruiu a inicial com cópia integral da referida ação, que está juntada às fls. 55-411.

Para esta ação, interessa principalmente a prova oral produzida nos autos da reclamatória trabalhista, compilada às fls. 341-344. Naquela audiência se colheram os depoimentos do acidentado, de preposto da reclamada e de três testemunhas, sendo uma do reclamante e duas do reclamado.

Em seu depoimento o reclamante deu sua versão acerca do acidente, que não difere muito do relato do Auditor do Trabalho. O reclamante narrou que o acidente se deu quando foi subir no chassi para prendê-lo à talha, momento em que a peça se deslocou e ambos (o chassi e Wagner) vieram ao chão, tendo a peça caído sobre seu tornozelo, causando os ferimentos que resultaram no comprometimento parcial e permanente do membro inferior esquerdo. Na visão do reclamante, o acidente ocorreu porque o chassi não estava preso na talha, falha que é resultado da deficiência no treinamento oferecido pelo empregador. Havia uma escada móvel no local, mas nunca era utilizada para a operação de prender o chassi na talha. Em sua visão a escada não evitaria o acidente; antes pelo contrário, poderia potencializar os danos em caso de queda do chassi.

Essa mesma opinião a respeito da imprestabilidade da escada para evitar o acidente foi compartilhada pelas duas testemunhas arroladas pelo reclamante. Já a testemunha do reclamado (que não presenciou o acidente) acredita que o empregado colaborou decisivamente para a ocorrência do evento, pois subiu no chassi sem que a peça estivesse sustentada nas escoras de segurança, bem como por não ter utilizado a escada para subir até o nível da talha.

Na presente ação foram arroladas várias testemunhas, mas no fim das contas apenas uma foi ouvida, pois as partes desistiram quanto às demais; a testemunha inquirida neste feito foi o Sr. Angelo Valentim Berestela, funcionário da requerida (fls. 563-568). A testemunha não presenciou o acidente, mas acredita que ele ocorreu porque a vítima não fez uso da escada para a manobra de acoplamento do chassi à talha.

Sopesando todos esses elementos, cheguei à mesma conclusão a que chegou o juiz do trabalho na sentença proferida na reclamatória trabalhista (fls. 370-399). O acidente ocorreu da forma que ocorreu por uma conjugação de dois erros na operação para movimentação do chassi de transbordo. O primeiro consistiu na retirada prematura das escoras que sustentavam o chassi, e o segundo foi o funcionário Wagner de Queiroz ter usado o próprio chassi como meio para alcançar a talha, quando o certo teria sido o emprego de uma escada. Nenhuma dessas falhas isoladamente resultaria no acidente, mas a conjugação das duas deu no que deu. Com efeito, se o chassi estivesse preso pelas escoras, não haveria como a peça tombar por conta do peso do funcionário que a escalou; se o Wagner tivesse acessado a talha por meio de uma escada, o chassi permaneceria equilibrado em seu próprio eixo.

As testemunhas e a vítima do acidente foram unânimes quanto à existência de uma escada móvel próxima do local onde ocorreu o acidente, divergindo apenas quanto à necessidade e a frequência de utilização desse equipamento.

Em linhas gerais, os depoimentos de pessoas vinculadas à vítima do acidente (inclusive o próprio Wagner) narraram que a escada não era utilizada na operação de transporte de chassis, não havia orientação nesse sentido por parte da empresa e que o uso da escada não impediria o acidente; — tese que desde logo rechaço, pois o chassi só veio ao chão porque o funcionário nele se apoiou, o que deslocou o centro de gravidade da peça e neutralizou o frágil equilíbrio que a mantinha de pé.

Já a testemunha arrolada pela empresa (ouvida na reclamatória trabalhista e nesta ação) e o preposto da reclamada contaram uma história um pouco diferente. Defenderam que a escada sempre era utilizada para acoplar o chassi à talha, que havia orientação que assim fosse, mas que por razões inexplicáveis o empregado Walter desafiou essa diretriz no dia do acidente.

Confrontando essas duas visões conflitantes a respeito do fato e articulando-as com os demais elementos colhidos, tais como o relatório de investigação do acidente de trabalho produzido pelo Auditor Fiscal do Trabalho (fls. 36-39) e as imagens produzidas pela ré a respeito do que deveria ser o procedimento padrão no transporte de chassis (fls. 492-495), concluo que a verdade parece estar no lugar de costume: em algum ponto no meio do caminho.

É certo que a escada não estava próxima do local onde ocorreu o acidente como item de decoração, como que para compor a paisagem do ambiente fabril. Se lá estava, decerto era para ser usada, muito provavelmente porque havia alguma orientação de que a maneira mais segura de prender o chassi à talha era evitando o contato dos operadores com a peça. Nessas condições, o chassi não teria como tombar, ainda que se lhe tivessem retirado prematuramente as escoras, ou seja, antes do travamento da peça na talha.

Por outro lado, mesmo dando de lambuja a existência de orientação a respeito do uso da escada, parece que os funcionários não levaram isso a sério, e tampouco a empregadora atuava com eficiência na fiscalização do cumprimento das normas de segurança. E conforme muito bem colocado pelo juiz do trabalho Renato da Fonseca Janon, “... não bastava disponibilizar a escada e as escoras. Era imprescindível treinar adequadamente os empregados e fazer com que eles, na prática, manejassem o chassi adequadamente, obrigando-os a usar a escada e a só desacoplar as escoras após a peça estar devidamente presa na talha, sendo que, para tanto, o empregador pode, inclusive, valer-se do poder disciplinar que a lei lhe confere para advertir os renitentes. Trata-se de raciocínio semelhante ao já consagrado para o uso dos EPIs — Súmula 289/TST. Não basta fornecer o equipamento de proteção. O empregador deve também fiscalizar o seu uso efetivo por todos os trabalhadores. No caso concreto, havia escada, mas, na prática, não a usavam”.

Já fui funcionário de chão de fábrica, de modo que posso afirmar com conhecimento de causa o que segue: quando se trata da obediência às normas de segurança, o empregador não pode contar apenas com a boa vontade dos empregados. Se há mais de uma maneira de realizar uma atividade, sendo uma mais segura que a outra, pode-se apostar que o jeito menos seguro de alguma forma se mostra menos penoso, mais leve ou menos complicado para o funcionário, e é justamente nesse aparente ganho de conforto que reside o risco desse trabalhador deixar de lado aquilo que aprendeu nas reuniões promovidas pela CIPA. É muito mais fácil manusear uma lixadeira sem luvas; enxerga-se melhor sem os óculos de proteção; aventais de couro são muito quentes no verão, e, no caso ora em exame, qual o sentido de ficar levando uma escada de um lado para o outro se posso chegar à talha me apoiando no próprio chassi?

Assim sendo, inobstante o empregado tenha contribuído de forma decisiva para o acidente que o vitimou, pois não fez uso de instrumento essencial para a segurança da operação (escada), vejo que o empregador também tem sua parcela de culpa com o ocorrido, na medida em que não atuou de forma eficiente na fiscalização dos procedimentos de segurança. Tal conclusão não se sustenta unicamente na ocorrência do acidente, mas sim nas provas que sinalizam que de forma geral os funcionários não tinham o hábito de utilizar a escada na operação de transbordo de chassi.

O que se tem, portanto, é um quadro de culpa concorrente entre o empregado e o empregador. Cada um a seu modo contribuiu para a ocorrência do acidente; o empregado, por não ter se valido da escada para acessar a talha; o empregado por não fiscalizar a adoção dos procedimentos de segurança por seus funcionários. E no cotejo dessas culpas, chego à mesma conclusão manifestada na sentença que resolveu a reclamatória trabalhista: as responsabilidades pelo evento se equiparam.

Assim, comprovado que o fato gerador da concessão dos benefícios acidentários (auxílios-doença e auxílio-acidente) ocorreu por uma concorrência entre a imperícia do acidentado e negligência da empregadora quanto à observância das normas-padrão de segurança do trabalho indicadas para a proteção de seus empregados, o pedido de condenação da ré ao ressarcimento dos valores despendidos pelo INSS deve ser acolhido em parte, de modo que a ré deverá arcar com *metade do prejuízo suportado pelo INSS*, tanto em relação às parcelas vencidas quanto em relação às vincendas.

Contudo, não acolho o pedido de constituição de capital para a garantia do pagamento das prestações futuras, uma vez que a indenização não está relacionada à prestação alimentícia. Seguindo essa linha de raciocínio, o precedente que segue:

CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. ACIDENTE DE TRABALHO. AÇÃO REGRESSIVA DO INSS CONTRA O EMPREGADOR. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. DEVER DO EMPREGADOR DE RESSARCIR OS VALORES DESPENDIDOS PELO INSS EM VIRTUDE DA CONCESSÃO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RESPONSABILIDADE DA EMPRESA QUANTO À ADOÇÃO E OBSERVÂNCIA DAS MEDIDAS DE PROTEÇÃO À SEGURANÇA DO TRABALHADOR. CONSTITUIÇÃO DE CAPITAL. DESCABIMENTO. APELOS DESPROVIDOS. I. Demonstrada a negligência do réu quanto à adoção e fiscalização das medidas de segurança do trabalhador, tem o INSS direito à ação regressiva prevista nos arts. 120, 121 e 19, *caput* e § 1º, da Lei nº 8.213/91, sendo o meio legal cabível para a autarquia reaver os valores despendidos com a concessão de benefício previdenciário a segurado vítima de acidente de trabalho, bastando, para tanto, a prova do pagamento do benefício e da culpa da ré pelo infortúnio que gerou a concessão do amparo. II. Não se acolhe o pedido do INSS de constituição de capital para o pagamento das parcelas vincendas. Segundo o art. 475-Q do CPC (antigo 602 do CPC revogado pela Lei 11.232/2005), a constituição de capital somente ocorre quando a dívida for de natureza alimentar. A hipótese em tela trata de ressarcimento, isto é, restituição, afastando o caráter alimentar das parcelas. Além disso, o segurado não corre o risco de ficar sem a verba alimentar, cujo pagamento é de responsabilidade da autarquia. III. Apelos Improvidos. (TRF 3ª Região, Segunda Turma, AC 0039330-57.1996.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Cotrim Guimarães, j. 03/07/2012).

As prestações vencidas deverão ser atualizadas pelos mesmos índices aplicados para a correção de prestações previdenciárias devidas pelo INSS; — afinal, se para pagar se observa um critério, para receber deve ser aplicado o mesmo, pois o que se tem é uma inversão do sinal. Assim, sobre o montante devido incidirá correção monetária de acordo com a variação do INPC

(MP 316/2006 e Lei 11.430/2006) e juros moratórios correspondentes aos juros aplicados à caderneta de poupança (art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com redação dada pela Lei nº 11.960/09), levando-se em conta as disposições da Lei nº 12.703/2012, a qual alterou a sistemática de juros da caderneta de poupança, estabelecendo o teto de 70% da variação mensal da SELIC, quando esta for igual ou inferior a 8,5% ao ano. O termo inicial dos juros e da correção será o desembolso de cada parcela.

Já as prestações vincendas deverão ser pagas de acordo com o respectivo desembolso pelo INSS, até a extinção do benefício. Salvo ajuste das partes em sentido diverso, o pagamento deverá ser efetuado em até dez dias contados da comprovação, pelo INSS diretamente ao réu, do desembolso com o pagamento do auxílio-acidente. O pagamento deverá ser efetuado por meio de guia de recolhimento, devendo o INSS informar à requerida o respectivo código. Na hipótese de inadimplemento, as parcelas vincendas deverão ser atualizadas pelos mesmos índices aplicáveis às parcelas vencidas.

Tudo somado, impõe-se o julgamento de parcial procedência do pedido.

### III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, julgo PROCEDENTE EM PARTE o pedido, extinguindo o feito com resolução de mérito (art. 269, I do CPC), para o fim de condenar a ré a ressarcir o INSS de *metade* dos valores despendidos para o pagamento dos benefícios NB 542.488.553-1 (auxílio-doença), NB 549.220.789-6 (auxílio-doença) e NB 166.518.568-3 (auxílio-acidente), neste caso até a cessação do benefício.

Sobre o montante devido incidirá juros e correção monetária, de acordo com o critério exposto na fundamentação.

Fixo os honorários de advogado em 10% do valor atribuído à causa, os quais dou por compensados em razão da sucumbência recíproca.

Cada parte arcará com metade das custas, observando-se que o INSS é isento do recolhimento.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

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

Araraquara, 18 de novembro de 2015.

Juiz Federal Substituto MARCIO CRISTIANO EBERT

## **AÇÃO PENAL**

### **0000225-98.2015.4.03.6135**

**Autor:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**Réus:** JAKA CAMPA, DRAGAN SVJETLANOVIC, JERNEJ CERAR GODEC, SEBASTIJAN PIPENBAHER E DRAGAN BATIC

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

**Juiz Federal:** GUSTAVO CATUNDA MENDES

**Disponibilização da Sentença:** DIÁRIO ELETRÔNICO 22/09/2015

#### **I – RELATÓRIO**

O Ministério Público Federal denunciou Jaka Campa, Dragan Svjetlanovic, Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher e Dragan Batic, qualificados nos autos, pela prática da conduta descrita no art. 33, combinado com os arts. 35 e 40, incisos I e III, todos da Lei nº 11.343/2006.

Narra a denúncia (fls. 192/199), em síntese, que no dia 12/03/2015 os réus foram presos em flagrante, em associação criminosa, transportando 26,25 Kg (vinte e seis quilogramas e vinte e cinco decagramas) de substância entorpecente cocaína, acondicionada em 27 (vinte e sete) pacotes, droga adquirida na cidade de Ilhabela/SP, proveniente da Bolívia, visando seu encaminhamento à “Europa para lá ser comercializada”, conforme auto de apresentação e apreensão (fls. 18/21), laudo de exame preliminar de constatação (fl. 22), laudo de perícia criminal federal – química forense e informação técnica nº 007/2015 – UTEC/DPF/SJK/SP (fls. 141/143).

Ainda consta da denúncia que os acusados, hóspedes do navio de cruzeiro marítimo MSC Magnifica, desembarcaram no dia dos fatos, às 07:30 horas, na cidade de Ilhabela/SP, retornando à embarcação no mesmo dia, às 09:30 horas.

Quanto do retorno ao navio, Sebastijan e Jernej, ocupantes da cabine nº 12.064, foram abordados por oficial de segurança, Sr. Tal Tesfahun Aniou, que identificou “volumes por debaixo de suas vestes, na região do abdome e das costas” (fl. 195). O mesmo ocorreu com Dragan Svjetlanovic, Dragan Batic e Jaka Campa, ocupantes da cabine nº 9.227, que foram inspecionados pelo oficial de segurança Sr. Oren Ayalon, que “detectou volumes suspeitos debaixo das vestes” (fl. 195).

Tais volumes foram extraídos, sendo contabilizados 27 (vinte e sete) pacotes que contêm em seu interior substância identificada como cocaína, após teste preliminar realizado pela segurança da embarcação.

Certidão de movimentos migratórios de Dragan Svjetlanovic (fl. 32), Jernej Cerar Godec (fl. 33), Sebastijan Pipenbaher (fl. 34), Dragan Batic (fls. 35/36) e Jaka Campa (fl. 37).

Prisão em flagrante homologada e convertida em prisão preventiva por decisão de 13 de março de 2015 (fls. 83/88).

Após ouvido o MPF, foi autorizada a destruição da droga apreendida e os materiais por ela impregnados, e determinada a extração de cópia integral dos autos para instauração de procedimento autônomo para prosseguimento das investigações (fl. 211).

Notificados por carta precatória (fls. 265/268), os réus Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher, Jaka Campa, Dragan Batic e Dragan Svjetlanovic apresentaram defesa preliminar (fls. 231, 233, 235/236, 239/240 e 242/243, respectivamente). Não arrolaram testemunhas.

Auto circunstanciado de incineração juntado às fls. 260/262.

A denúncia foi recebida em 12/06/2015 (fls. 272/273-verso). Na referida decisão foi determinada a intimação do MPF para se manifestar sobre a substituição ou desistência em relação às testemunhas Tal Tesfahun Aniou e Oren Ayalona, estrangeiros residentes no exterior, e nomeada tradutora/intérprete no idioma esloveno.

A profissional nomeada discordou dos termos da Resolução-CJF nº 305/2014 – Tabela III, que trata dos honorários periciais perante a Justiça Federal (fls. 274/275), restando inviabilizada a atuação de intérprete no idioma esloveno. Nomeada tradutora e intérprete no idioma inglês (fls. 305 e verso), que aceitou o encargo, assinou termo de compromisso (fl. 331) e procedeu à tradução do inteiro teor da denúncia e dos mandados de citação e intimação expedidos (fls. 333/341).

Os réus foram devidamente citados (fls.386/400).

Em audiência (fls. 402/413), com a presente de intérprete no idioma inglês foi inquirida a testemunha Carlos André Monteiro Leal, arrolada pela acusação, e os réus interrogados. Em relação às demais testemunhas de acusação Tal Tesfahun Aniou e Oren Ayalona, estrangeiros residentes no exterior, foi formalizada a desistência em suas oitivas em audiência, considerando suas nacionalidades, local de residência (Israel) e suas ocupações (seguranças de embarcação transatlântica de turismo de verão).

Juntada aos autos certidão negativa de antecedentes criminais do réu Dragan Svjetlanovic, enviada pela Embaixada do Estado da Eslovênia no Brasil (fls. 416/417 e 430/432), que deixou de enviar as certidões dos demais réus, ainda que com reiteração de solicitação pela Secretaria do Juízo (fls. 418/419 e 461).

O Ministério Público Federal apresentou alegações finais (fls. 425/428), assim como os réus Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher, Jaka Campa, Dragan Batic e Dragan Svjetlanovic (fls. 436/448 e 449/460).

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

## II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

Trata-se de ação penal submetida ao rito especial da Lei nº 11.343/2006 (Lei de Drogas), por meio da qual o Ministério Público Federal denunciou Jaka Campa, Dragan Svjetlanovic, Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher e Dragan Batic, qualificados nos autos, pela prática da conduta descrita no art. 33, combinado com os arts. 35 e 40, incisos I e III, todos da Lei nº 11.343/2006, por terem praticado tráfico de entorpecentes, em associação, na modalidade internacional, mediante utilização de transporte público.

De plano, constata-se da análise dos autos que a presente ação penal foi processada com observância da ampla defesa e do contraditório, em garantia ao devido processo legal, de modo que não vejo irregularidades que possam ensejar prejuízos às partes, a teor dos artigos 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

### II.1 – PRELIMINARMENTE

#### II.1.1 – COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Preliminarmente, cumpre asseverar que, conforme previsto no art. 109, inciso IX, da Constituição Federal, compete à Justiça Federal processar e julgar os crimes cometidos a bordo de navios, conforme se verifica ter ocorrido no presente caso, motivo pelo qual se justifica a competência da Justiça Federal.

Ademais, os fatos objeto destes autos envolvem o tráfico internacional de drogas, visto que, no caso em tela, ao que consta teriam sido importadas da Bolívia conforme invólucro com

dizeres “made in Cochabamba” (fls. 18/21), o que demonstra a internacionalidade da origem da droga.

Além disso, os 26,25 Kg de cocaína tinham como destino final a Europa, segundo interrogatórios em sede policial e em Juízo (fls. 08/17 e 402/413), onde seria comercializada, o que também indica o caráter transnacional do delito.

Nesse sentido, decidiu o Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

PROCESSUAL PENAL E PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. PRELIMINAR DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. AFASTADA. *TRÁFICO*. AUTORIA. MATERIALIDADE E DOLO. COMPROVADOS. *INTERNACIONALIDADE*. COMPROVADA. (...). I - *Não há que se falar em incompetência da Justiça Federal para o julgamento da presente ação, pois restou comprovado nos autos que a droga provém da Bolívia*. II - A materialidade do delito de tráfico restou demonstrada pelo laudo de exame químico toxicológico. A autoria e o dolo restaram claros pelo conjunto probatório. (...). IV - Recursos desprovidos. (Apelação Criminal nº 200761020136567, Relator Juiz José Lunardelli, 1ª Turma, DJF3 CJ1 de 06.07.2011, p. 143 – Grifou-se).

Assim sendo, ratifico a competência deste Juízo Federal.

## II.2 – MÉRITO

II.2.1 – CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS – ART. 33, “CAPUT”, LEI Nº 11.343/06 – MATERIALIDADE E AUTORIA CONFIGURADAS – PROCEDÊNCIA DA DENÚNCIA

### A) MATERIALIDADE

Os réus foram presos em flagrante por estarem transportando 26,25 Kg (vinte e seis quilogramas e vinte e cinco decagramas) de substância entorpecente cocaína, acondicionada em 27 (vinte e sete) pacotes, droga adquirida na cidade de Ilhabela/SP, com origem na Bolívia, visando seu direcionamento e comercialização na Europa, utilizando-se de embarcação marítima de transporte de passageiros (navio de cruzeiro) com origem e destino final no estrangeiro (Argentina).

A materialidade delitiva encontra-se suficientemente demonstrada pela documentação juntada aos autos, em especial, o Auto de Prisão em Flagrante (fls. 05/17 e 23/28), o Auto de Apresentação e Apreensão (fls. 18/21) e o laudo de perícia criminal federal – química forense e informação técnica nº 007/2015 – UTEC/DPF/SJK/SP (fls. 141/143), que confirmou que a substância transportada pelos acusados tratava-se de cocaína, substância proibida em todo o território nacional, de acordo com a Portaria nº 334 da Secretaria Nacional de Vigilância Sanitária do Ministério da Saúde, de 12/05/1998, e suas atualizações.

Registre-se, por oportuno, que no decorrer da instrução criminal não houve qualquer contestação acerca da apreensão da droga cocaína com os réus (acondicionada em cintas presas ao corpo), a origem estrangeira do entorpecente (Bolívia), a intenção de destinação ao estrangeiro (Europa) e a utilização da embarcação (navio de cruzeiro) para seu transporte, restando, desta forma, incontroversa a materialidade do crime previsto nos artigo 33 da Lei nº 11.343/2006.

B) AUTORIA: RÉUS DRAGAN SVJETLANOVIC, JERNEJ CERAR GODEC, SEBASTIJAN PIPENBAHER, DRAGAN BATIC E JAKA CAMPA

A autoria também está comprovada.

A circunstância de terem sido presos em flagrante cria presunção relativa de autoria.

Presunção esta que não foi afastada por nenhum dos elementos probatórios juntados aos autos.

Em sede policial (fls. 06 e 07), as testemunhas e oficiais de segurança do navio MSC Magnifica, Sr. Tal Tesfahun Aniou e Sr. Oren Ayalon, relataram, com detalhes, como foi realizada a abordagem dos réus, que haviam subido após desembarque na cidade de Ilhabela, e as revistas pessoais, que foram filmadas e gravadas pelas câmeras de segurança do navio, cuja mídia encontra-se encartada à fl. 31, denotando-se não ter havido qualquer resistência por parte dos réus quando de sua abordagem e prisão em flagrante.

Tal Tesfahun Aniou (fl. 06), testemunha em sede policial, declarou que “em razão de quando o navio inicio sua viagem partindo de Buenos Aires/ARG, ter sido alertado pelo chefe de segurança de que aquele grupo de 5 eslovenos com viagem de ida e volta para Buenos Aires era razoavelmente suspeito, o depoente submeteu esses dois eslovenos à rigorosa revista com detector de metais e inspeção por debaixo de suas vestes; QUE quando tocou no abdômen e nas costa dos referidos eslovenos sentiu um volume estranho, mandando então que os mesmos aguardassem em uma sala não utilizada naquele momento, ali mesmo no setor de desembarque; QUE logo em seguida, OREN AYALON, abordou outros três eslovenos e no esmo procedimento de revista notou os mesmos volumes presos aos corpos destes; QUE na revista mais apurada, a qual foi filmada pelas câmeras de segurança do navio, foram encontrados 26 tijolos e meio de substância que após testadas pelo KIT de teste de drogas do navio, deu positivo para cocaína”. (Sic - Grifou-se).

A oitiva de Oren Ayaalon (fl. 07), segunda testemunha em sede policial, corroborou, com segurança, o depoimento de Tal Tesfahun Aniou.

O agente de Polícia Federal condutor dos presos, Carlos André Monteiro Leal, afirmou que “estava no navio MSC MAGNIFICA efetuando o serviço de imigração, juntamente como Escrivão de Polícia Federal VALDEIR, quando foi avisado para ir a uma sala próxima ao gangway (setor de desembarque) porque havia sido pegos cinco cidadãos eslovenos trazendo drogas presas ao corpo para o navio; QUE quando chegou na sala, viu sobre uma mesa 27 (vinte e sete) pacotes de cocaína, conforme resultado do teste que lhe foi apresentado pelos oficiais de segurança do navio; QUE os cinco eslovenos que portavam a droga junto ao corpo já se encontravam separados numa outra sala, custodiados pela equipe de segurança do navio; QUE junto á equipe de segurança do navio e conforme folha de controle de saída e entrada (ASHORE AND ON BOARD TIMES), que ora apresenta para juntada aos autos, apurou que os cinco eslovenos haviam descido na cidade de Ilhabela por volta das 07:30 hs e retornaram por volta das 09:30 hs; QUE ao retornaram, os dois primeiros, que estavam na cabine 12.064, foram abordados pelos oficiais de segurança, que encontraram tijolos de cocaína presas ao corpo desses passageiros; QUE outros três eslovenos que chegaram alguns minutos depois, os quais estavam na cabine 9227, também foram revistados e neles foram encontrados diversos tijolos de cocaína presas ao corpo deles; QUE ante ao narrado e constatado pelo conduto, foi dada a voz de prisão e acionado o reforço de outros policiais da Delegacia para apoio;” (Grifou-se). Depoimento mantido em Juízo.

Ainda, afirmou a testemunha que a DPF teria que sido acionado pela agencia marítima que haviam sido encontrados 2 eslovenos com droga, e na sequência mais outros 3 eslovenos teriam sido encontrados com droga. Nas salas internas do navio estariam separados os réus em uma sala e a droga em outra sala. Após teriam os réus sido conduzidos à Delegacia de Polícia Federal para lavratura do flagrante. (mídia digital juntada às fls. 413).

Levados à Delegacia de Polícia Federal, pela Autoridade Policial foi nomeado intérprete no idioma inglês para a realização dos interrogatórios.

O réu DRAGAN SVJETLANOVIC, em sede policial (fls. 08/09), indagado respondeu “que esbarrou numa pessoa e ela tinha para vender” (sobre como adquiriu a droga), “que não, mas como apareceu a oportunidade quis aproveitar” (se a finalidade da viagem era a compra da droga), “que seis” (sobre a quantidade de pacote de cocaína no corpo), “que comprou para uso próprio” (sobre para quem levava), “que pagou US\$ 30.000,00 (sobre quanto pagou)”, “que os três compraram a droga no mesmo lugar e da mesma pessoa” (sobre os três da cabine 9.227).

Em Juízo, relata que possui terceiro grau, profissão “chef” de cozinha, está desempregado há 2 anos, fazia alguns trabalhos e recebia em torno de 800 euros por mês. Não tem antecedentes criminais. Já esteve outra vez no Brasil em outubro de 2013 e por último quando foi preso nesta oportunidade.

Afirmou que conhecia os outros dois acusados que estavam hospedados na mesma cabine que ele, os réus Dragan Batic e Jaka Campa, tendo revelado que teria aceitado uma proposta por uma pessoa de nome “Guido” (italiano), para que viesse ao Brasil transportar pacotes em troca de dinheiro, tendo afirmado que sabia que se tratava de algo ilegal. Aduz que receberia o total de € 5.500,00 (cinco mil e quinhentos euros) para a realização do transporte da droga, tendo recebido € 2.500,00 (dois mil e quinhentos euros) adiantados, ou seja, antes de embarcar para o Brasil. Refere ao homem negro de nome Carlos, de origem latina, com quem teria mantido contato no Brasil para o transporte da droga, bem como à pessoa de nome Simone Maria Oliveira da Silva, contato que teria no Brasil.

Ainda, informa que na Argentina, com os réus Dragan Batic e Jaka Campa, embarcaram juntos para o Brasil, e que teria recebido a orientação de permanecer na cabine do navio após pegar a droga e adentrar na embarcação. (mídia digital juntada às fls. 413).

O réu JERNEJ CERAR GODEC, permaneceu em silêncio em sede policial quando indagado sobre a prática delitativa, exercendo direito constitucional (fl. 10).

Já em Juízo, afirmou que no vôo entre Brasil e Argentina se encontrou com o réu Sebastijan Pipenbaher, com quem dividiu a cabine no navio. Relata que veio da Eslovênia para fazer o transporte da droga, em razão da aceitação da proposta de um homem conhecido por “Mazi”, da Alemanha, num bar na Eslovênia. Receberia a importância de € 3.000,00 (três mil euros) pelo transporte da droga, e descreveu todo o itinerário que fez para chegar ao Brasil, onde teria se hospedado no Hotel Ibis: da Eslovênia para a Sérvia, da Sérvia para Istambul (Turquia) e de Istambul para o Brasil. Ainda, informa que ao desembarcar em Ilhabela-SP entrou em um veículo Kombi, juntamente com Sebastijan, para prender a droga ao corpo, sendo que estariam sendo aguardados por um sujeito negro que os esperava para preparar a amarração da droga ao corpo. (mídia digital juntada às fls. 413).

SEBASTIJAN PIPENBAHER, indagado pela Autoridade policial declarou (fls. 12/13) que veio ao Brasil “pela possibilidade de ganhos em um trabalho”, que “não lhe foi especificado o que faria” e que foi uma pessoa na Eslovênia quem lhe fez a promessa de emprego “mas não sabe quem é”. Prosseguiu declarando que trazia em seu corpo “cinco e meio” tijolos de cocaína, não sabendo responder as outras perguntas efetuadas em relação ao valor do “serviço”, o dinheiro utilizado na transação, o local onde esconderia a droga, seu proprietário e o destino final.

Em Juízo, afirma que é metalúrgico, na Alemanha e Áustria, recebia cerca de 1000 euros por mês mas estava desempregado e contava com ajuda do país de 200 euros por mês, já tendo sido processado por briga na Eslovênia. Teria recebido uma proposta de um sujeito de nome Dominique que teria encontrado num bar, para o transporte de maquinário a partir do Brasil, sendo que para tanto receberia € 3.000 (três mil euros) por mês. Afirma que teria encontrado um home negro juntamente com o réu Jernej, que teria conduzido a Kombi por

Ilhabela-SP para o réu fixar a droga ao corpo. (mídia digital juntada às fls. 413).

DRAGAN BATIC, respondeu as perguntas formuladas pela Autoridade Policial (fls. 14/15), declarando que veio ao Brasil da Eslovênia “para comprar cocaína”, juntamente com seus companheiros de cabine. Informou a data da chegada ao Brasil (07.02.2015) e seu roteiro até o embarque no cruzeiro marítimo, e que “comprou para si, para revendê-la em seu país”, indicando que trazia consigo cinco tijolos de cocaína, adquiridos por US\$ 25.000,00 (vinte cinco mil dólares), estimando o lucro visado em €\$ 250.000,00 (duzentos e cinquenta mil euros).

Em Juízo, afirma que teria recebido a droga em um bar para ser transportada, tendo também mantido contato com um indivíduo de nome “Carlos”, quem teria prendido a droga ao seu corpo. Relata que no bar estava com os outros réus Dragan Svjetlanovic e Jaka Campa, sendo que teriam todos prendido a droga ao corpo no interior de um banheiro do bar. Informa que um homem de nome “Fulvio” (italiano) teria feito a proposta para viajar ao Brasil para o transporte da droga, sendo que após ingressar com a droga no navio deveria esperar na cabine por outras orientações. (mídia digital juntada às fls. 413).

Por sua vez, JAKA CAMPA declarou perante a Autoridade Policial (fls. 16/17), que veio ao Brasil “a turismo”, e informou seu roteiro de viagem até o embarque. Reconheceu que trazia consigo 5 (cinco) tijolos de cocaína colados ao corpo, afirmando que estava acompanhado do correú Dragan Svjetlanovic no momento da aquisição da droga. Indagado sobre outros detalhes da prática delitiva, exerceu seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Em Juízo, refere que teria recebido proposta de um esloveno conhecido por Matko para a realização de um trabalho no Brasil, em razão de uma dívida contraída por dificuldades financeiras, pela qual chegou a receber ameaças. Teria sido lhe oferecido € 8.000,00 (oito mil euros) ao total pelo serviço, sendo que ao chegar ao Brasil um homem lhe orientaria sobre o trabalho a ser realizado, tendo feito referência ao homem de nome Carlos. (mídia digital juntada às fls. 413).

Segundo parecer do MPF sobre a autoria dos réus:

Pois bem. *Todos foram unânimes em dizer que não adquiriram o entorpecente que fora flagrado transportado junto aos corpos de cada acusado; disseram que em sede policial informaram que pagaram pelo entorpecente porque estavam nervosos, e que nunca tinham sido presos antes. Foram, dessa forma, cooptados por agentes criminosos que promovem o tráfico internacional de entorpecentes, os quais se aproveitam de pessoas em suposta situação de penúria financeira para propor-lhes esse tipo de atividade ilícita, perfazendo-as em verdadeiras “mulas” do tráfico, assim vulgarmente conhecidas por serem contratadas tão somente para fazer o transporte da droga.*

*De fato, cientes ou não de que viriam ao Brasil para o transporte de drogas, com o fim de promover o tráfico transnacional de entorpecentes, os acusados admitiram o ilícito praticado, e devem ser punidos por isso, eis que a materialidade e autoria delitivas estão sobejamente comprovadas nos autos, notadamente pelo laudo pericial realizado na substância ilícita e pelos depoimentos dos acusados em Juízo, corroborados pelas declarações da testemunha Carlos André, agente da Polícia Federal responsável pela condução da prisão em flagrante. (Grifou-se - Fl. 428).*

Portanto, diante do conjunto probatório acostado aos autos, restou provada a autoria dos réus em relação à prática do crime de tráfico internacional de drogas.

C) - TIPICIDADE

A conduta dos acusados se subsume ao tipo penal previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº

11.343/2006, sob a rubrica de “tráfico de drogas”, assim redigido:

Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.

Anote-se que o dolo exigido pelo tipo é genérico, prescindindo-se de um especial fim de agir (STJ, REsp 281.937/RJ e REsp 846.481/MG).

Ademais, as circunstâncias do caso concreto indiciam de modo bastante claro o dolo e a vontade livre e consciente dos réus no sentido de cometerem o delito em questão.

#### II.2.2 – DELITO DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO – ART. 35 DA LEI Nº 11.343/2006

Prevê o art. 35, da Lei nº 11.343/2006, referente ao crime de associação para o tráfico:

Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 desta Lei:

Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.

A partir dos elementos objetivos do tipo penal, para a caracterização do crime previsto no artigo 35 da Lei de Drogas (crime de associação para o tráfico) não se exige a prática reiterada de crimes (“praticar, reiteradamente OU NÃO”), contanto que haja a associação de duas ou mais pessoas no propósito do cometimento dos crimes previstos nos arts. 33, *caput* e § 1o, e 34 da Lei nº 11.343/2006.

Considerando que os elementos de prova colhidos na fase judicial corroboram aqueles produzidos na fase de inquérito policial, formando, assim, um conjunto coerente e concatenado, apontando para a associação entre os réus para a realização do transporte da droga cocaína através de cruzeiro marítimo, com intuito comum de a partir de Ilhabela-SP levá-la à Europa, tem-se por caracterizada a autoria delitiva dos réus Dragan Svjetlanovic, Jernej Cerar Godec, Sebastijan Pipenbaher, Dragan Batić e Jaka Campa também em relação ao crime de associação para o tráfico internacional de drogas.

Inicialmente, extrai-se o seguinte teor do relatório da Autoridade Policial apresentado ao término da investigação, que conclui:

(...) os eslovenos foram contratados no exterior (possivelmente em seu país de origem) para viajarem ao Brasil, passando-se por turistas, com a finalidade de transportar para o interior do transatlântico a maior quantidade de droga possível, destinada à Europa. Trata-se de uma organização criminosa internacional haja vista o sofisticado esquema utilizado (...) (fl. 152

De fato, as circunstâncias do crime, tais como a ausência de surpresa ou resistência quando da apreensão da droga (mídia digital juntada à fl. 31), a declaração dos corréus em sede policial e em Juízo, em que apresentam versões um tanto em comum sobre o acontecimento dos fatos, com apenas breves disparidades, a respeito nome do contratante na Europa, a forma de contratação, o motivo da aceitação do trabalho ilícito (dificuldades financeiras), o valor a ser pago (€ 3.000,00), orientações de procedimento (estada no Hotel Ibis em São Paulo, viagem

aérea do Brasil até Buenos Aires/Argentina, após ingresso no cruzeiro com a droga aguardar na cabine), pessoa a ser mantido contato para fixação da droga ao corpo (Carlos, negro e latino) etc., evidenciam que todos tinham conhecimento em comum da empreitada criminoso de tráfico internacional de drogas, e que a ela aderiram de livre e espontânea vontade, assumindo os riscos da conduta delitiva de alto risco e elevada reprovabilidade.

O depoimento da testemunha de acusação Carlos André Monteiro Leal (mídia juntada às fl. 413) é seguro no sentido de que os réus teriam recebido a droga na cidade de Ilhabela-SP, não esboçaram qualquer surpresa e se mantiveram todos em silêncio quando da abordagem e prisão em flagrante no navio de cruzeiro, não tendo se debelado uns contra os outros quando os pacotes contendo cocaína foram localizados fixados a seus corpos.

Com efeito, evidencia-se a grande similaridade entre o modus operandi utilizado pelos réus para a consecução da empreitada criminoso, havendo inclusive identidade de origem (Eslovênia) e de destino (Europa) dos réus após eventual sucesso da prática criminoso, o que somente não veio a ocorrer em razão de terem sido frustrados em suas intenções pela ocorrência da prisão em conjunto em flagrante delito.

Assim, identificam-se elementos de conexão entre as práticas criminosas que devem ser consideradas para efeito da configuração do delito de associação para o tráfico de drogas do art. 35, da Lei nº 11.343/2006, visto que há provas concretas acerca de verdadeira *societas sceleris* constituída entre os réus, motivo pelo qual devem responder pela prática do crime de associação para fins de tráfico internacional de drogas.

Segundo interrogatórios em Juízo, teriam sido cooptados de forma muito semelhante na origem, Europa, para fins de se dar início aos atos de execução do tráfico internacional de drogas, ou seja, a partir de uma situação de dificuldade financeira pessoal teria mantido contato com uma pessoa em um bar, que teria oferecido o serviço de se buscar drogas no Brasil, sem maiores informações sobre a identidade da pessoa que teria encomendado o serviço, sua origem, características pessoais e forma como teriam a conhecido ou sobre quem teria a apresentado aos réus.

Os valores que seriam combinados com os réus pela prática criminoso são praticamente idênticos, em torno de € 3.000,00 (três mil euros), receberam as passagens na origem com todos os contatos já realizados no Brasil, e teriam recebido orientação idêntica no sentido de que uma pessoa manteria contato com os réus no Hotel Ibis em São Paulo (Carlos, negro latino), para, a partir de então, partirem para a Buenos Aires/Argentina a partir de Guarulhos-SP para receberem a droga em Ilhabela-SP, procedimento que teria ocorrido com todos os réus.

Ainda, os réus ingressaram no Brasil conjugados nas mesmas datas (Certidão de movimentos migratórios: Dragan Svjetlanovic e Jernej Cerar Godec em 06/03/2015 (fls. 32 e 33) e Sebastijan Pipenbaher, Dragan Batic e Jaka Campa em 10/03/2015 (fls. 34/37)), teriam se distribuído em cabines no navio de cruzeiro, tendo sido dispostos 2 réus em uma cabine (Cabine 12064: Sebastijan Pipenbaher e Jernej Cerar Godec) e 3 réus em outra cabine (Cabine 9227: Dragan Svjetlanovic, Dragan Batic e Jaka Campa), de maneira que é nítida a circunstância de que tinham conhecimento prévio uns dos outros, inclusive com procedimentos idênticos sobre os procedimentos de deslocamento aéreo e marítimo para a prática do crime de tráfico internacional.

Em comum os réus possuem ainda as versões dos fatos no sentido de que, conforme interrogatórios em Juízo, são uníssonos em afirmar que não se conheciam previamente, teriam sido apresentados entre si ou no Hotel Ibis em SP ou no bar do navio de cruzeiro quando tomavam algo, sendo que, segundo afirmam, em momento algum teriam trocado informações sobre a

finalidade em comum da viagem que estavam realizando, apesar dos diversos elementos em comum (origem, destino, cabines do navio, finalidade, benefício econômico e *modus operandi*).

Faz-se possível ainda identificar o firme entrelaçamento de desígnios entre os réus na medida em que em sede policial praticamente todos os réus apresentaram versão em comum quanto à prática criminosa, no sentido de que teriam desembarcado em Ilhabela-SP com valores em espécie junto ao corpo e teriam adquirido a droga pessoalmente, enquanto em Juízo mudaram para a versão de que quando aceitaram realizar a empreitada criminosa ainda na Europa tudo já teriam sido todos os valores acertados para o recebimento da droga no Brasil, de maneira que não teriam trazido qualquer valor em espécie para a aquisição da droga, fato que inclusive negam em conjunto, afirmando que não compraram qualquer droga, apenas teriam recebido a droga sob encomenda de pessoa na Europa.

Por conseguinte, restou configurada a *societas sceleris* (ânimo associativo), a estabilidade e a permanência da associação mantida entre os réus durante a empreitada criminosa no propósito comum de praticarem o tráfico de drogas internacional com origem no Brasil e destino a Europa, com passagem aérea pela Argentina, impondo-se a tipificação do crime de associação para o tráfico.

Nesse sentido, os relevantes precedentes jurisprudenciais do Eg. Superior Tribunal de Justiça e do Eg. Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

APELAÇÃO CRIMINAL. ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO. LEI Nº 11.343/2006. INTERNACIONALIDADE DEMONSTRADA. ORIGEM DA DROGA: BOLÍVIA. AUTORIA E MATERIALIDADE DEMONSTRADAS. SOCIETAS SCELERIS. COMPROVAÇÃO. DOSIMETRIA DA PENA. SENTENÇA MANTIDA. RECURSOS DE ALEXSANDRO E FABIANE DESPROVIDOS. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. IMPORTAÇÃO E TRANSPORTE. MONITORAMENTO TELEFÔNICO. INDÍCIOS. INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO. RECURSO DE EDSON PROVIDO. (...) 2. Materialidade e autoria da associação para o tráfico internacional demonstradas. Interceptações telefônicas. Prisões em flagrante a partir dos dados do monitoramento. Confirmação de dados obtidos no monitoramento: identificação das pessoas envolvidas, de veículos, de deslocamentos. 3. Prova testemunhal. Corroboração da prova produzida na fase inquisitorial. 4. Atuação de Alexsandro e Fabiane em unidade de desígnios com Fernando Meira, tio de Fabiane. Relação além do parentesco demonstrada. Hierarquia e divisão de tarefas. Elementos desnecessários para configuração do crime. Esforço conjunto e necessário para garantir o fornecimento de drogas, a qualidade do entorpecente e a não interrupção da distribuição. 5. Acordo prévio, a estabilidade e o objetivo comum de garantir a manutenção do cometimento do tráfico por todos os três envolvidos: Fabiane, Alexsandro e Fernando Meira. *Societas sceleris*. Crime de associação para o tráfico comprovado. (...) (ACR 00082453720114036000, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:18/09/2014 ..FONTE\_REPUBLICACAO:.)

PROCESSUAL PENAL E PENAL. TRÁFICO DE DROGAS. ASSOCIAÇÃO - TRANSNACIONAL PARA O TRÁFICO. CORRUPÇÃO ATIVA. PRELIMINARES REJEITADAS. TIPICIDADE, ANTIJURIDICIDADE E CULPABILIDADE INEQUÍVOCAS. DECRETO CONDENATÓRIO MANTIDO. REPRIMENDA MINORADA. DIA-MULTA. CONCURSO. REGIME FECHADO. SUBSTITUIÇÃO INDEVIDA (...) Art. 35, *caput*, da Lei nº 11.343/06 (associação para o tráfico de drogas). Tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade presentes. Demanda o artigo em análise que os agentes se reúnam para um determinado propósito, a saber: o cometimento, ainda que sem habitualidade, das figuras típicas descritas nos arts. 33 e 34 da Lei nº 11.343/06, com ajuste prévio e duradouro. *In casu*, não só há associação para o tráfico de drogas, mas associação que transborda as fronteiras nacionais, haja vista que os réus foram

flagrados com quase dois quilos de cocaína, grande quantidade de dinheiro e, ainda, em posse dos documentos acostados aos autos. Por óbvio, não se trata de um concurso eventual de agentes. Está claro, pelas provas produzidas nos autos, que os réus agiram com unidade de designios, associando-se para transportar a droga e o dinheiro apreendidos, sendo que, lastreando essa ação específica, existe uma estrutura criminosa, voltada ao tráfico, integrada por várias pessoas e com ramificações no exterior. A propósito: STJ, HC 153.316/SP, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, SEXTA TURMA, julgado em 24/09/2013, DJe 03/10/2013 (ACR 00030407120084036181 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 36755, JUIZ CONVOCADO PAULO DOMINGUES, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/02/2014 ..FONTE\_REPUBLICACAO:)

A configuração do crime de associação para o tráfico exige a prática, reiterada ou não, de condutas que visem facilitar a consumação dos crimes descritos nos arts. 33, *caput* e § 1º, e 34 da Lei 11.343/2006, sendo necessário que fique demonstrado o ânimo associativo, um ajuste prévio referente à formação de vínculo permanente e estável. (...) (STJ - HC 224.849-RJ, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, julgado em 11/6/2013 - Informativo nº 0527 - Período: 9 de outubro de 2013)

Com efeito, apesar da pretensão da defesa de que os réus teriam agido como simples “mulas” do tráfico de drogas, deve se considerar que sua atuação é imprescindível para que o desiderato último da organização criminosa seja atingido, qual seja, a captação da droga boliviana no Brasil e seu transporte até a Europa, motivo pelo qual devem ser considerados como importantes integrantes organização criminosa, respondendo pela conduta descrita no art. 35, da Lei nº 11.343/2006, de associação para o tráfico.

Por oportuno, ressalta-se que este Juízo determinou a extração de cópia integral dos autos e instauração de procedimento autônomo para prosseguimento das investigações (fl. 211), em atendimento a requerimento da Autoridade Policial, a fim de identificar outros participantes da organização criminosa internacional e o “sofisticado esquema utilizado”, tendo ainda a autoridade policial referido que o alto volume de dinheiro utilizado (“US\$ 30.000,00 por cinco tabletes”) não é transportado pela próprias mulas, “mas sim pago fora do Brasil, uma vez que a droga é procedente da Bolívia e destina-se à Europa”. (fls. 151/152).

### II.2.3 – CAUSAS DE AUMENTO DE PENA

#### A) – TRANSNACIONALIDADE DO DELITO – ART. 40, INCISO I, DA LEI Nº 11.343/2006 – CAUSA DE AUMENTO DE PENA

Considerando o conjunto probatório construído nos autos, a natureza da substância entorpecente transportada pelos réus originários da Eslovênia/Europa, a comprovada procedência da droga cocaína da Bolívia, inclusive a partir de “selo” de qualidade “Made in Cochabamba” (fl. 142), a origem e o destino do cruzeiro marítimo na cidade de Buenos Aires/Argentina, bem como a grave circunstância de que o objetivo final era o transporte da droga até a Europa, passando-se pela Argentina, restou demonstrado estreme de dúvidas a transnacionalidade do delito a incidir a causa de aumento do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

Oportuno destacar que, para a configuração da transnacionalidade, basta que o crime tenha sua execução iniciada ou terminada fora dos limites do nosso território, como no caso em questão, não se fazendo necessária a presença de qualquer outra circunstância para que se aplique ao agente da conduta ilícita a causa de aumento de pena prevista no inciso I do artigo 40 da Lei nº 11.343/2006.

Ao contrário do que pretende a defesa (fls. 436/460), o fato de a droga ter sido entregue aos réus em Ilhabela-SP não desqualifica a transnacionalidade do crime de tráfico de drogas

e associação para o tráfico, sobretudo considerando os sérios e diversos elementos que demonstram o caráter transfronteiriço da prática delitiva: réus eslovenos/europeus em trânsito pelo Brasil com propósito específico de transportar a droga até a Europa; cruzeiro marítimo com origem e destino na Argentina; utilização de transporte aéreo entre Brasil e Argentina para ingresso no cruzeiro marítimo e, tão grave quanto, origem da droga da Bolívia a partir da inscrição “Made in Cochabamba” em tijolos de cocaína.

Desta forma, deve ser reconhecida a transnacionalidade do delito, e aplicada a referida causa de aumento de pena do art. 40, inciso I, da Lei nº 11.343/2006.

**B) UTILIZAÇÃO DE TRANSPORTE PÚBLICO - CAUSA DE AUMENTO – ART. 40, INC. III, DA 11.343/2006**

Dispõe o art. 40, inciso III, da Lei nº 11.343/2006, sobre a causa de aumento por utilização de transporte público:

Art. 40. As penas previstas nos arts. 33 a 37 desta Lei são aumentadas de um sexto a dois terços, se:

(...)

III - a infração tiver sido cometida nas dependências ou imediações de estabelecimentos prisionais, de ensino ou hospitalares, de sedes de entidades estudantis, sociais, culturais, recreativas, esportivas, ou beneficentes, de locais de trabalho coletivo, de recintos onde se realizem espetáculos ou diversões de qualquer natureza, de serviços de tratamento de dependentes de drogas ou de reinserção social, de unidades militares ou policiais ou em transportes públicos;

Os réus foram surpreendidos com droga transportada em seus corpos, pelos oficiais de segurança do navio MSC Magnifica, ao ingressarem no cruzeiro após descida na cidade de Ilhabela/SP, local onde a droga foi adquirida.

Para se chegar a Buenos Aires/Argentina com a droga, com destino final a Europa, tornou-se necessário o trânsito do entorpecente utilizando-se transporte público, no caso um navio de cruzeiro internacional.

Por conseguinte, diante da previsão legal de causa de aumento de pena em razão da utilização de transporte público para o cometimento do crime de tráfico de drogas em associação (“a infração tiver sido cometida... em transportes públicos;”), não tem sentido o julgador inserir termos no tipo penal que nele não foram incluídos pelo legislador, sendo vedado ao Poder Judiciário atuar como legislador positivo.

Na medida em que a prática do crime de tráfico internacional foi deflagrada em transporte público, ou seja, em navio de cruzeiro embarcado pelos réus, deve incidir a causa de aumento de pena de ter o crime sido cometido em transporte público, ainda que, em tese, a finalidade não fosse comercializar a droga dentro da embarcação, hipótese que, pelos elementos dos autos, também não pode ser de todo afastada.

Com efeito, fundamento mais que relevante para a aplicação da causa de aumento de pena de transporte público reside no fato de que os réus, todos estrangeiros originários da Eslovênia/Europa, ingressaram no Brasil em tempo razoável antes da conduta delitiva em 12/03/2015 (Certidão de movimentos migratórios: Dragan Svjetlanovic e Jernej Cerar Godec em 06/03/2015 (fls. 32 e 33) e Sebastijan Pipenbaher, Dragan Batić e Jaka Campa em 10/03/2015 (fls. 34/37)), chegaram a ter que se deslocar de São Paulo até Buenos Aires/Argentina por via aérea, justamente para ingressarem no navio de cruzeiro MSC Magnífica que tinha origem e destino na Argentina, com desembarques pelo litoral brasileiro, para a prática do delito de

tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico quando da parada em Ilhabela-SP através do uso da embarcação.

Portanto, na hipótese em tela a utilização do transporte público navio de cruzeiro se deu com o objetivo de os réus se aproveitarem da aglomeração de pessoas e da fragilidade dos meios de fiscalização policial e alfandegário no propósito de se passarem despercebidos, para a garantia do êxito da empreitada criminosa tão combatida e fiscalizada nas fronteiras secas do território nacional.

Sobre a aplicação da causa de aumento transporte público independente da distribuição da droga na embarcação, relevante precedente jurisprudencial do Eg. STJ:

*TRÁFICO. DROGAS. TRANSPORTE PÚBLICO. MAJORANTE. ART. 40, III, DA LEI Nº 11.343/2006.* Na espécie, a paciente foi surpreendida ao transportar seis quilos de maconha dentro de um ônibus intermunicipal. O tribunal a quo fixou a pena-base no mínimo legal e reconheceu a causa de aumento da pena prevista no art. 40, III, da Lei nº 11.343/2006, tornando-a definitiva em seis anos e oito meses de reclusão a ser inicialmente cumprida em regime fechado. A Turma denegou a ordem apoiada em remansosa jurisprudência, afirmando que a causa de aumento de pena do art. 40, III, da Lei 11.343/2006 incide quando o agente utiliza transporte público com grandes aglomerações de pessoas no intuito de passar despercebido, tornando a traficância mais fácil e ágil. Para a incidência da referida norma, basta o simples uso daquele tipo de transporte, independentemente da distribuição da droga naquele local, sendo irrelevante se o paciente ofereceu ou tentou disponibilizar a substância para outros passageiros. Precedentes citados: HC 116.051-MS, DJe 3/5/2010, e HC 119.635-MS, DJe 15/12/2009. (STJ - HC 199.417-MS, Rel. Min. Haroldo Rodrigues (Desembargador convocado do TJ-CE), julgado em 24/5/2011 - Sexta Turma - Informativo nº 0474 - Período: 23 a 27 de maio de 2011 – Grifou-se).

Por conseguinte, ao contrário do que sustenta a defesa (fls. 444 e 452), impõe-se a aplicação da causa de aumento de pena de prática do crime de tráfico internacional de drogas e associação para o tráfico mediante o uso de transporte público, visto que a utilização da embarcação navio de cruzeiro não se deu de forma aleatória e eventual, mas com propósito específico de se evadir das autoridades policiais e alfandegárias das fronteiras territoriais, exigindo-se reprovação compatível com a ousadia empregada pelos réus, que expuseram todos os demais passageiros e tripulantes a risco à saúde, à integridade física e à vida, sobretudo em caso de comércio e consumo da droga, ou mesmo de emprego de fuga pelos réus.

### III – DOSIMETRIA DA PENA

Consagrado no Código Penal o critério trifásico para o cálculo da pena (art. 68), início pela fixação da pena-base (primeira fase), considerando as circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, atento ao preceito secundário do tipo penal do crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, que prevê a pena de reclusão de 5 a 15 anos, e multa.

#### III.1 – RÉU: DRAGAN SVJETLANOVIC

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso), bem com a partir da Embaixada da Eslovênia no Brasil (fls. 416/417 e 430/432) demonstram que o acusado Dragan Svjetlanovic nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros

subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (6 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Dragan Svetlanovic confirmou em Juízo, a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitada, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de: ) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

### III.2 – RÉU: JERNEJ CERAR GODEC

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Jernej Cerar Godec nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5 tijolos de 1kg aproximadamente) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Jernej Cerar Godec permaneceu em silêncio em sede policial mas confessou em Juízo, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitadas, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de: i) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do

salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

### III.3 – RÉU: SEBASTIJAN PIPENBAHER

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Sebastijan Pipenbaher nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5,5 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Sebastijan Pipenbaher confirmou em Juízo a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitadas, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena a quem do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3

(um terço) - alcançando o montante de: ) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

#### III.4 – RÉU: DRAGAN BATIC

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Dragan Batic nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo-a em 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de “tráfico de drogas” previsto no art. 33, “caput”, da Lei

nº 11.343/2006, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Dragan Batic confirmou em Juízo, a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitada, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de: ) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

### III.5 – RÉU: JAKA CAMPA

A culpabilidade, juízo de reprovação que se faz pela opção que escolheu, não desborda da normalidade. Apesar de solicitado os antecedentes à Embaixada da Eslovênia no Brasil, em duas oportunidades (fls. 323/324 e 384/385), nada foi informando. Os documentos de antecedentes emitidos no Brasil (fls. 353 e 367 e verso) demonstram que o acusado Jaka Campa

nunca foi processado ou condenado anteriormente aos fatos apurados neste feito, ao menos em território brasileiro, devendo ser considerado primário, não existindo nos autos outros subsídios probatórios que venham a desabonar a conduta social e a personalidade do agente.

Os motivos e as circunstâncias do crime foram normais à espécie. As consequências foram minimizadas, ante a apreensão da droga antes de sua distribuição. Não há que se falar em comportamento da vítima.

Nos termos do disposto no artigo 42 da Lei nº 11.343/2006, a natureza (cocaína) e a quantidade da droga (5 tijolos de 1kg) apreendida devem preponderar sobre os requisitos do artigo 59 do Código Penal, justificando a eventual fixação da pena-base acima do mínimo legal. Contudo, no caso, apesar da relevância da natureza da droga apreendida, a quantidade não justifica a elevação da pena-base acima do mínimo legal, motivo pelo qual fixo as penas-base da seguinte forma: i) 5 (cinco) anos de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 3 (três) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006.

Na segunda fase, verifica-se que o réu Jaka Campa confirmou em Juízo, a confissão feita em sede policial, apesar de não dar maiores informações sobre eventuais outros envolvidos ou detalhes da empreitada, reconheceu a posse da droga em seu corpo e a aquisição em Ilhabela-SP, entendendo presente a atenuante da confissão espontânea, prevista no art. 65, inciso III, alínea “d”, do Código Penal, em relação somente ao delito de tráfico, mas não para o delito de associação para o tráfico. Contudo, não é possível fixar a pena aquém do mínimo legal (Súmula 231 do STJ).

Na terceira fase, considerando as causas de aumento de pena contidas no artigo 40, incisos I e III, da Lei 11.343/2006, em razão da configuração da transnacionalidade do delito e de o crime ter sido cometido em transporte público, impõe-se acrescer a pena-base em 1/3 (um terço) - alcançando o montante de: ) 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, da Lei nº 11.343/2006, pena sextas que torno definitivas.

Por oportuno, infere-se que não se fazem presentes os requisitos legais autorizadores da causa de diminuição prevista no §4º do art. 33 da Lei nº 11.343/2006, eis que apesar de ser primário e ter bons antecedentes, não há nos autos elementos que indiquem exercer atividade lícita ou residência fixa.

Respeitando o raciocínio acima exposto para fixação da pena privativa de liberdade, em observância ao quanto preceituado nos artigos 42 e 43, da Lei nº 11.343/2006, condeno o réu ao pagamento de 500 (quinhentos) dias-multa pelo crime de tráfico e de 700 (setecentos) dias-multa para o crime de associação para o tráfico, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, tendo em vista não haver maior elementos acerca da efetiva capacidade econômica do réu, não obstante a natureza da prática delitiva, que inclusive envolveu dispêndio de valor considerável para a realização de viagem ao Brasil e à Argentina.

Com relação ao regime de cumprimento de pena, nos termos dispostos no § 1º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, determino que o condenado inicie o cumprimento da pena em regime fechado, com possibilidade de progressão, nos termos previstos no §2º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, o que deverá ser analisado pelo Juízo da execução.

Diante do montante alcançado pela pena definitiva, e ainda considerando a vedação

expressa prevista trazida no texto do artigo 44 da Lei nº 11.343/2006, não é cabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos no presente caso.

Nos termos dispostos no §3º, do artigo 2º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/2007, tendo em vista que o réu permaneceu preso durante a instrução penal em razão de sua prisão em flagrante, e, ainda, levando em consideração a gravidade do delito e a necessidade de manutenção da prisão para que a lei penal seja efetivamente cumprida, bem como a ordem pública continue garantida, afasto a possibilidade de o réu apelar em liberdade.

#### IV - DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido constante da denúncia para:

CONDENAR o réu DRAGAN SVJETLANOVIC, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação;

CONDENAR o réu JERNEJ CERAR GODEC, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação;

CONDENAR o réu SEBASTIJAN PIPENBAHER, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação;

CONDENAR o réu DRAGAN BATIC, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação, e

CONDENAR o réu JAKA CAMPÁ, qualificado nos autos, à pena privativa de liberdade de 6 (seis) anos e 8 (oito) meses de reclusão para o crime de tráfico de drogas previsto no art. 33, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, e ii) 4 (quatro) anos de reclusão para o crime de associação para o tráfico previsto no art. 35, “caput”, c.c art. 40, incisos I e III, da Lei nº 11.343/2006, inicialmente em regime fechado, e 500 (quinhentos) dias-multa, equivalentes a 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo cada vigente na data dos fatos, devidamente corrigidos até o efetivo pagamento, conforme fundamentação.

Em virtude das razões expostas na fundamentação, fica afastada a possibilidade de os réus apelarem em liberdade, devendo ser mantidos presos.

Determino à Secretaria a imediata expedição de guia de execução provisória em favor dos réus condenados.

Quando da intimação pessoal acerca do teor da presente sentença, atente-se a Secretaria para que os réus sejam intimados acerca do direito de recorrerem do julgamento..

Custas pelos condenados, observado o teor da decisão de fls. 272/273-verso que deferiu os benefícios da Justiça gratuita.

Transitando em julgado a sentença: a) inscreva-se o nome dos condenados no rol dos culpados; b) oficie-se ao Ministério da Justiça nos termos do artigo 68 da Lei nº 6.815/1980; e c) oficie-se à Justiça Eleitoral, para os fins do art. 15, inciso III, da Constituição da República, e aos órgãos competentes para fins de estatística e antecedentes criminais.

Comunique-se à Embaixada do Estado da Eslovênia no Brasil, com o inteiro teor desta sentença.

Comunique-se ao Ministério da Justiça, com o inteiro teor desta sentença, para os fins do art. 68, do Estatuto do Estrangeiro (Lei nº 6.815/1980).

Comunique-se ao Instituto Caritas, em São Paulo-SP, para que preste informações sobre a expedição de documentos em favor dos réus presos estrangeiros.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba, 02 de setembro de 2015.

Juiz Federal Substituto GUSTAVO CATUNDA MENDES

**MANDADO DE SEGURANÇA****0000697-14.2015.4.03.6131**

Impetrante: RENAN LUCAS POLLO

Impetrado: MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA - MEC E FUNDO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

Vistos, em sentença.

Trata-se de ação de mandado de segurança impetrado RENAN LUCAS POLLO, estudante do 7º semestre do curso de Direito da FACULDADE MARECHAL RONDON – FMR, em face do MINISTÉRIO DA EDUCAÇÃO E CULTURA – MEC e do FUNDO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, visando obter ordem que lhe permita acessar o programa de financiamento estudantil superior do Governo Federal, o FIES. Aduz a vestibular que, após diversas tentativas envidadas nesse sentido, não obteve êxito, já que o procedimento informatizado disponibilizado aos interessados o impede de continuar com o procedimento. Após justificar o cabimento da impetração e a legitimidade dos requeridos para responder aos termos do *mandamus*, pede a concessão da segurança para assegurar ao impetrante o direito de se inscrever no sistema FIES, dada a relevância dos fundamentos fáticos e jurídicos que arrola. Junta documentos às fls. 12/21.

*Medida liminar parcialmente deferida* pela decisão que consta de fls. 24/26-vº. Tal decisão foi arrostada por recurso de agravo, manejado sob a forma de instrumento pelo FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO – FNDE, aqui comunicado (art. 526 do CPC) às fls. 53, com cópias às fls. 54/56-vº. Em face da mesma decisão, consta comunicação da interposição de agravo (fls. 106/vº), modalidade instrumento, intentado pela UNIÃO FEDERAL, com cópias às fls. 107/116. Consoante se colhe do expediente juntado aos autos às fls. 160/161, o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, não agregou efeito suspensivo* a tais recursos.

Às fls. 49/50-vº, com documentos às fls. 51/52-vº constam informações prestadas pelo Presidente do Fundo Nacional do Desenvolvimento da Educação – FNDE.

Por meio da manifestação de fls. 60/67, a UNIÃO FEDERAL atravessa petição nos autos, em que, em suma, requer a sua integração ao feito (fls. 67 – item ‘d’), sustenta a incorreção na indicação da autoridade coatora, requerendo se determine ao impetrante que a emende; e, quanto ao mérito, que seja denegada a segurança, ao fundamento, em suma, de que inexistente direito adquirido do impetrante a ser agregado ao Programa FIES. Junta documentos às fls. 68/116.

Capeados pela petição de fls. 120-vº, a UNIÃO FEDERAL oferece documentos às fls. 121/137.

Parecer do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL às fls. 141/145, pela extinção do processo sem apreciação do mérito, ou, quando não, pela denegação da ordem.

Manifestação do FNDE às fls. 148/149, com documentos às fls. 150/153-vº.

Manifestação da UNIÃO FEDERAL às fls. 154/156, com documentos às fls. 157/159.

Cota do impetrante às fls. 164/166 e da União Federal às fls. 167/171.

Vieram os autos com conclusão.

*É o relatório.*

*Decido.*

Preliminarmente, manifesto o interesse da pessoa política (União Federal), de ser acatado seu pleito para intervir no presente feito (cf. fls. 67, item 'd'), no que ambas as entidades que aqui figuram como acionadas se vinculam à Administração Federal, quer no que tange à Administração Direta (Ministério da Educação e Cultura – MEC), quer no que respeita à Indireta (FNDE). Por outro lado, os autos versam questão atinente à implementação de políticas públicas de financiamento à educação, evidente o interesse federal a justificar a sua intercessão na lide mandamental (art. 23, V da CF). Daí porque, nos termos do art. 24 da Lei nº 12.016/09 c.c. art. 54 do CPC, *admito* a intervenção da União Federal no feito, na qualidade de *assistente litisconsorcial*. *Anote-se.*

Bem por esta razão, mostra-se totalmente desprovida a manifestação da União Federal de fls. 154/156, em parte repetida pela de fls. 167/vº, em que esta entidade vem postular a sua exclusão do pólo passivo da demanda, em razão de sua ilegitimidade passiva. Observe-se, numa primeira plana, que a União Federal não consta dos autos como parte passiva. O que ocorre é que esta pessoa política engajou-se na lide a partir de requerimento formulado por ela própria (cf. fls. 67, item 'd'), o que se deu na condição de litisconsorte passiva, e não de parte. Por tal razão, em função de manifesta impertinência, indefiro os pedidos de exclusão da União da lide aduzidos nos requerimentos de fls. 154/156 e 167/vº.

Ainda a guisa de preliminar, insta consignar que as especificidades do caso concreto não apenas permitem, bem como recomendam que a impetração da presente ação mandamental seja aceita da forma como proposta na vestibular.

Observe-se, no ponto, que a impetração revolve o direito do estudante de adesão ao Programa de Financiamento Educacional – FIES, programa governamental que, fato notório, é disponibilizado pelas autoridades do Ministério da Educação a todos os interessados do País por meio de uma plataforma digital, acessada através de sistema eletrônico de computadores ligados à *internet*.

O indeferimento, ou pelo menos, a negativa de acesso a esse financiamento, no caso dos autos, também se veiculou dessa forma. A própria leitura dos termos em que vazada a decisão liminar, deixa bem claro – em excerto com o qual, diga-se de passagem, várias autoridades administrativas que intervieram nesse processo se mostraram concordes (cf., em especial, manifestação de fls. 153, item [5]) – que a sequência dos atos de preenchimento dos formulários *on line* disponibilizados pelo sistema informatizado sequer permitiam, àquela época, concluir tivesse mesmo ocorrido um indeferimento da pretensão do ora impetrante. Em outras palavras, não houve, no caso específico aqui em discussão, um ato administrativo claro, particular, devidamente identificado que permitisse, com a acuidade e a precisão que pretende a manifestação da União Federal (fls. 60/67), a exata indicação da autoridade coatora.

O impetrante não sabe, tampouco tem condições de isolar quem é a exata autoridade que praticou o ato de que se lastima na inicial, configurando um excessivo e desarrazoado formalismo, uma superafetação destituída de qualquer conteúdo exigir da parte que vê o seu acesso a um pleito a que acredita ter direito coartado pelo 'travamento' de um programa de computador, a indicação precisa de quem seja a autoridade coatora. Ou, por outra, determinar-lhe que impetre a segurança na Capital Federal, junto ao STJ, em face do Ministro da Educação. Fosse o caso, estar-se-ia a prestigiar formalismos e burocracias irracionais e despidas de qualquer fundamento, que tem endereço certo, único e bem determinado: a frustração da implementa-

ção dos direitos e garantias individuais do cidadão. Novos tempos, novas tecnologias, exigem adaptação inovadora dos intérpretes do Direito, para que situações concretas não se percam ante um cipoal burocrático normativo, do qual o cidadão não tem como se desvencilhar.

*Tanto mais quando* – como no caso – a indicação do pólo passivo do *mandamus* surtiu efeitos concretos, tangíveis, no que as impetradas aqui indicadas manearam, cada qual no âmbito interno de suas atribuições, levar o caso ao conhecimento dos técnicos encarregados da análise da questão do impetrante, e, bem por isso, tiveram condições de comparecer a juízo de sorte a oferecer as suas razões de impugnação, aperfeiçoando o contraditório pelo mérito da *res in judicio deducta*, de molde a cumprir o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. E tanto esta asserção é verdadeira, que as partes ofereceram recurso da decisão que deferiu parcialmente a medida liminar (agravo), para, em derradeira, comparecer aos autos informando o seu cumprimento (cf. fls. 167/vº). Prova mais do que suficiente, portanto, de que o endereçamento da petição inicial foi eficaz, não apenas porque as impetradas manearam um forma de reverter, mesmo que parcialmente, o ato impugnado, bem como porque, a partir dele, foram capazes de trazer às barras do Poder Judiciário as suas razões de defesa.

Remete a questão, em boa verdade, à conhecida *teoria da encampação*, segundo a qual, contestando a impetração pelo seu mérito, e desde que ausente hipótese de usurpação de atribuição administrativa – do que, *in casu*, não se cogita –, a autoridade encampa a prática do ato inquinado, revelando-se cabível, em face dela, a impetração. Largamente admitida pela jurisprudência, o precedente arrolado na sequência é do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

TRIBUTÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – DIFERENCIAL DE ALÍQUOTA DO ICMS – AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA – SÚMULA 7/STJ – ILEGITIMIDADE PASSIVA – SECRETÁRIO DE ESTADO – TEORIA DA ENCAMPAÇÃO – PRECEDENTES.

1. Não se conhece do recurso especial, quanto às questões cuja apreciação demandaria revolvimento do contexto fático-probatório dos autos. Incidência da Súmula 7/STJ.
2. Se a autoridade indicada erroneamente, mesmo tendo argüido a sua ilegitimidade, assumir a coatoria do ato, defendendo-o ao prestar informações, por economia processual, deve se aplicar a Teoria da Encampação, continuando-se no julgamento de mérito do writ. Precedentes desta Corte.
3. Hipótese dos autos cujas circunstâncias autorizam aplicar a Teoria da Encampação.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, no mérito, improvido” (grifos nossos).

[RESP 200401820790 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 714586, Rel. Min. ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., j. 06/12/2005, DJ DATA:19/12/2005, p. 358]

Por tais razões, é que tenho que deva ser aceita a impetração do *mandamus* exatamente da forma como proposta pelo impetrante. Com tais considerações, *rejeito* as preliminares de ilegitimidade passiva *ad causam* dos impetrados.

Entrementes, considere-se que, a despeito de aparentemente cumprida a liminar, entendo que remanesça interesse processual para o prosseguimento desse *writ of mandamus*, na medida em que – segundo conta das informações do impetrante (fls. 164) – embora o procedimento para adesão ao programa tenha se aperfeiçoado sem o impeditivo antes aqui mencionado (aviso 524), não há como asseverar, até o momento, esteja o impetrante efetivamente incluído no financiamento, pelos motivos que ali constam.

Por outro lado, de se mencionar que, na linha, aliás, do que já ponderava por ocasião da apreciação da medida liminar, carece o proponente de interesse de agir para a discussão acerca da conformidade constitucional da Portaria Normativa/ MEC nº 21, de 26/12/2014, no que respeita à instituição (e seu respectivo espectro de vigência) de novos requisitos para a

percepção do financiamento aqui em tela, a saber (art. 19):

\* a exigência de pontuação mínima no exame do ENEM igual ou superior a 450 pontos (inciso I);

\* nota diferente de zero na redação (inciso II).

E isto pela razão simples, mas suficiente, de que o impetrante demonstra desempenho que os satisfaz, integralmente, na linha do que demonstram os documentos de fls. 17/18 destes autos (média de 454,83 pontos, e 425,00 pontos na redação no ENEM 2010). Ora, por certo que, atendendo aos requisitos dispostos administrativamente, o impetrante não ostenta interesse processual para discutir, em abstrato, a compatibilidade vertical dessas normas administrativas, de vez que, ao que tudo está a indicar, não é esse o empecilho a que a autoridade impetrada lhe reconheça o direito de acesso ao benefício por ele pleiteado.

Com estas considerações preliminares devidamente assentadas, estou em que encontro presentes os pressupostos processuais e as condições da ação. Feito bem processado, contraditório preservado, partes legítimas e bem representadas, não há preliminares a decidir, nulidades a reconhecer, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. A demanda está em termos de julgamento.

Neste aspecto, obtempero que o evoluir dos fatos passados no curso da presente impetração, bem assim o simples acompanhamento da situação atual desse programa de financiamento estudantil no País, permite a conclusão, sem sombra de dúvida, de que os fatos lastimados pelo impetrante em sua inicial realmente ocorreram em razão do exaurimento – ainda que momentâneo – dos recursos orçamentários destinados ao financiamento do Programa. Fato que, além de notório, largamente difundido pelos meios de comunicação de massa, está abertamente admitido pelas entidades aqui acionadas, sendo de se colacionar, nesse particular, a substancial manifestação da Douta Advocacia-Geral da União, que, reflete o comprometimento orçamentário da pasta da Educação com o tema (conforme, em especial, o histórico que consta de fls. 64/67).

E, em sendo essa a situação, força é concluir, com a exordial, que há, sim, efetivo coarctamento indevido de direito subjetivo do requerente a aquilatar por meio dessa via, já que a vicissitude decorrente do esgotamento dos recursos previstos para o programa não pode levar à exclusão de candidato que, como tantos outros que o acessaram no mesmo exercício, cumpria os requisitos exigidos para tanto (*isonomia*). A hipótese pede não a exclusão de candidato que tenha demonstrado o adimplemento dos requisitos necessários, mas sim, que as autoridades responsáveis busquem a devida complementação do orçamento, na medida em que, como já acentuei alhures, segundo se deduz das normas de regência do Programa, *não* existe um *número máximo, prévio e pré-determinado* para as vagas do financiamento.

Neste particular, por sinal, insta salientar que, mui diversamente do que sustenta a União Federal em suas intervenções nestes autos, os limites de crédito a que alude o *art. 3º, § 3º da Lei nº 10.260/01*, se referem aos montantes de operação das entidades financeiras, mas não podem impedir a concessão do empréstimo ao discente, porque os requisitos únicos necessários para a obtenção da benesse são aqueles que já se mencionou: obtenção de nota mínima no ENEM e nota diversa de zero na avaliação de redação.

Evidentemente que a espiral catastrófica de comprometimento orçamentário com as obrigações desse programa é o resultado – previsível, diga-se – da adoção de políticas públicas governamentais convictamente expansionistas nessa área, e que nunca demonstrou qualquer pejo com a eventual contenção de gastos a serem realizados neste mister. Por este motivo mesmo é que não pode a autoridade pública, agora, se homiziar sob o pálio desse argumento

para negar o acesso ao benefício ao cidadão que demonstre cumprir todos os requisitos por ela impostos a tanto. Fosse o argumento válido, *v.g.*, a Previdência Social também poderia, com base no conhecido desencontro de contas que assola o Regime Geral desde tempos imemoriais, simplesmente se negar a implementar benefícios àqueles que demonstrassem haver adquirido o direito, à conta de que inexistem recursos orçamentários atuais disponíveis.

Claramente insubsistente a escusa, sob pena de se infundir uma redução sobre a carga coercitiva que é inerente a qualquer norma jurídica à categoria eficaz de simples admoestação ou à pífia envergadura de um mero conselho moral, que o obrigado cumpre se quiser, se ostentar disponibilidade para tanto. Talvez não seja necessário, para construir essa noção, recorrer à doutrina de HANS KELSEN, a ressaltar que é sobre a característica de *coercibilidade* do arcabouço jurídico, que repousa a ideia central do Direito como *ordem social coativa*, que, diferentemente das demais, ostenta o seu fundamento sobre a imposição de sanções socialmente imanentes e organizadas. O convite a ouvir o Mestre é uma exortação à reflexão:

Neste sentido, as ordens sociais a que chamamos Direito são ordens coativas da conduta humana. Exigem uma determinada conduta humana na medida em que ligam à conduta oposta um acto de coerção dirigido à pessoa que assim se conduz (ou aos seus familiares). Quer isto dizer que elas dão a um determinado indivíduo poder ou competência para aplicar a um outro indivíduo um acto coactivo como sanção. As sanções estatuídas por uma ordem jurídica são – diferentemente das sanções transcendentais – sanções socialmente imanentes e – diversamente daquelas, que consistem na simples aprovação ou desaprovação – socialmente organizadas.

[Teoria Pura do Direito, 6ª Ed., trad. Dr. João Baptista Machado, Armênio Amado Editora: Coimbra, 1984, p. 60].

Para mais adiante, concluir o Antigo Professor das Universidades de Viena e Colónia:

Como ordem coactiva, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. O momento coacção, isto é, a circunstância de que o acto estatuído pela ordem como consequência de uma situação de facto considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego de força física, é o critério decisivo.

[Op. cit., pp. 61-62].

Obviamente que não se está, com isso, a advogar a tese de que a Administração Pública não possa, na discriminação dos requisitos para o acesso a programas oficiais, estabelecer critérios mais rígidos e mais estritos, de forma a extrair mais qualidade do investimento público, a partir de uma seleção mais aprimorada dos seus beneficiários. Pelo contrário. A gestão responsável e consequente das contas públicas tende mesmo a apontar nessa direção.

O que, entretanto, se mostra inadmissível, é esse o sentido da linha de pensamento que orienta essa decisão, é, em face da pré-existência de requisitos, por assim dizer, mais frouxos, ou critérios mais complacentes – o que, à evidência, aumenta muito o número de potenciais beneficiários dos programas públicos – negar a sua execução, ao fundamento de que não mais subsistem recursos orçamentários disponíveis. Porque, por óbvio, esta situação denota erro de planejamento administrativo na gestão dos programas de governo, que deveriam ter sido corretamente estimados para o atendimento da demanda projetada. A falta ou falha no planejamento da execução da ação pública enseja a correção pela via jurisdicional, presente hipótese de violação a direito líquido e certo do proponente.

Em remate, ainda cumpre assinalar que o impetrante perfaz todos os requisitos necessários à percepção do financiamento aqui em testilha, na medida em que demonstra o adimplemento de todas as notas mínimas necessárias a tanto, segundo as normas atualmente vigentes. Por outro lado, no que concerne à instituição educacional de que aqui se cuida, não se demonstra – nem sequer se cogita disso nas defesas das entidades públicas – que esteja impedida de receber os recursos do programa, razão pela qual ao impetrante deve ser assegurado o deferimento do financiamento estudantil por ele pretendido, o que ora se determina.

#### DISPOSITIVO

*Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE o pedido inicial contido no writ, com resolução do mérito da causa, na forma do que dispõe o art. 269, I do CPC. Nessa conformidade, CONCEDO A ORDEM, para a finalidade de determinar às entidades impetradas que incluam o impetrante junto ao Programa de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior – FIES, implementando, em favor dele, o financiamento correlato.*

Custas processuais indevidas, tendo em vista que o feito tramitou sob os auspícios da Assistência Judiciária. Sem honorários, na conformidade das Súmulas nº 512 do STF e n.105 do STJ.

Sujeito a reexame necessário (art. 14, § 1º da Lei nº 12.016/09).

Comunique-se às impetradas, e à litisconsorte passiva, por *ofício*.

*Ciência ao Ministério Público Federal.*

Ao SUDP para a complementação da autuação.

*Sem prejuízo, oficie-se ao (à) Exmo(a). Sr(a). Desembargador(a) Federal Relator(a) dos agravos aqui mencionados, cientificando-o(a) da presente decisão.*

P.R.I.

Botucatu, \_\_\_\_\_ de setembro de 2015.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 0000989-98.2016.4.03.6119

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/10/2015

Vistos etc.

#### 1) RELATÓRIO

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face da UNIÃO, na qual postula, em sede de antecipação dos efeitos da tutela, seja determinado à ré:

a) que forneça, no prazo de 15 (quinze) dias, diretamente à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, senhas em número suficiente para acesso ao *SCEDV – Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem*, do Ministério das Relações Exteriores – MRE, de forma que os policiais federais possam ter acesso, em tempo real, a todas as funcionalidades do sistema de vistos do MRE, necessárias à conferência da veracidade dos vistos, sem a intermediação da Coordenação da Polícia de Imigração – CGPI;

b) no caso de implantação do Sistema Consular Integrado, que forneça aos policiais federais da DEAIN, no prazo de 15 (quinze) após a sua implantação, senhas em número suficiente para o acesso direto a esse sistema, sem a intermediação da CGPI ou de outro setor da Polícia Federal ou do Ministério das Relações Exteriores;

c) que promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a integração (barramento) entre os sistemas de vistos do MRE e da Polícia Federal, de forma a permitir que os equipamentos periféricos usados no setor de imigração reconheçam a autenticidade dos vistos brasileiros, mediante a remessa de dados via rede para a avaliação de conformidade.

Estima, por ora, em dezesseis o número de senhas necessárias para atendimento dos pedidos dos itens “A” e “B”.

Requer a cominação de multa diária no valor de mil reais, em prol do Fundo de Direitos Difusos.

À fl. 28 foi determinada a intimação do representante judicial da União para se manifestar, em 72 horas, a respeito dos pedidos liminares, além de esclarecimentos.

Às fls. 33/39, a União juntou manifestação e arguiu em preliminar: falta de interesse de agir decorrente do não esgotamento do prazo concedido pelo MPF em sua recomendação ao MRE, e do fato de ter o MRE sinalizado a possibilidade de atender à recomendação do MPF; impossibilidade jurídica do pedido ante seu nítido caráter administrativo-discrecional. No mérito, sustentou a ausência de *fumus boni iuris* a despeito de o MRE “ter sinalizado que irá adotar as medidas sugeridas e recomendadas pelo MPF(...)”, bem como, a ausência do *periculum in mora* e do *periculum in mora* inverso, uma vez que os sistemas de controle migratório e segurança aeroportuários vêm funcionando satisfatoriamente e as Olimpíadas do RIO2016 caracterizaria o *periculum in mora* inverso a justificar a não concessão da antecipação da tutela porque “a implantação às pressas de qualquer alteração neste momento representaria, isso sim, um risco para os serviços de controle migratório.”

Breve relatório. *DECIDO*.

#### 2) FUNDAMENTAÇÃO

### 2.1) DAS PRELIMINARES

Evidente que a teoria clássica, haurida sob a égide da teorização de Enrico Tullio Liebman, para quem a ação é um direito ao processo e a um julgamento de mérito, foi de fato agasalhada pelo nosso ordenamento jurídico, tendo como expoente Alfredo Buzaid, que, como idealizador do Código de Processo Civil de 1973, trasladou para nosso Código Processual a sistemática criada pelo jurista italiano.

Claro que, até hoje, as condições da ação são levadas em consideração para efeito de, uma vez acolhidas, extinguir o feito sem resolução de mérito. Contudo, adotá-la na sua inteireza pode gerar situações discrepantes. Isso porque “como se pode diferenciar o conhecimento das condições da ação da análise do mérito? Os dois se confundem, ou são categorias processuais que apresentam funções diferentes e técnicas distintas de análise em face de sua pertinência com o direito material? O juiz extinguirá o processo com ou sem análise de mérito” (Rodrigo Klippel e Antonio Adonias Bastos. Manual de Direito Processual Civil. Ed. Podivm, 3. ed./2013, p 221). Ou seja, a teoria clássica, adotada pelo CPC, não responde a muitas indagações.

De qualquer sorte, à luz da teoria da asserção ou *prospettazione*, o juiz, diante do caso submetido à sua apreciação, deve indagar: “O tema narrado na exordial, analisado em perspectiva presumivelmente verdadeira, preenche as condições da ação?” Se a resposta for afirmativa, o processo prossegue em seus ulteriores termos, culminando com uma sentença de mérito, nos termos do artigo 269 do CPC, não sendo mais possível acolher eventual preliminar suscitada.

O interesse de agir, segundo lição de Rodolfo de Camargo Mancuso, “é representado pela necessidade/utilidade/adequação do acesso ao Judiciário a fim de tornar efetivo aquele interesse material” (*in* Ação Popular. 5. ed. SP: RT, 2003. p.136.).

Ora, o art. 5º, inciso XXXV da Constituição Federal de 1988 estabelece que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça de direito”, de modo que o acesso à tutela jurisdicional não está condicionado ao esgotamento da via administrativa.

Neste sentido:

JUDICIÁRIO - ACESSO - ALCANCE. A garantia constitucional alusiva ao acesso ao Judiciário engloba a entrega da prestação jurisdicional de forma completa, emitindo o Estado-juiz entendimento explícito sobre as matérias de defesa veiculadas pelas partes. Nisto está a essência da norma inserta no inciso XXXV do artigo 5. da Carta da Republica. (RE 172084, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, SEGUNDA TURMA, julgado em 29/11/1994, DJ 03-03-1995 PP-04111 EMENT VOL-01777-03 PP-00468)

Assim, com fulcro nas considerações acima expedidas, rejeito a preliminar sustentada pela União de ausência de interesse de agir, visto que, existe interesse processual quando a parte tem necessidade de ir a juízo para alcançar a tutela pretendida e, ainda, quando essa tutela jurisdicional pode trazer-lhe alguma utilidade do ponto de vista prático.

No tocante à possibilidade jurídica do pedido, ressalta-se que essa condição da ação “compreende a verificação de que, no ordenamento jurídico (abstratamente considerado), não há vedação expressa à demanda formulada. Em outras palavras, dizer que uma demanda é possível juridicamente significa analisar e concluir que não há proibição expressa no ordenamento jurídico da solicitação formulada.” (RODRIGUES, Marcelo Abelha. Manual de Direito Processual Civil. 4. ed. SP: RT,2008, p. 138.), daí também não prosperar a alegação da ré.

O tema do controle judicial dos atos administrativos será devidamente analisado no tópico 2.3.1.

## 2.2) MEDIDA LIMINAR

### 2.2.1) Dos requisitos da medida de urgência

Para o deferimento da antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional é necessária a demonstração da verossimilhança da alegação, com base na prova inequívoca do direito da parte autora, somada à indispensável presença do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação, conforme dicção do art. 273, I, do CPC.

Quanto ao primeiro requisito, é oportuno trazer à colação o ensinamento do Ministro Teori Albino Zavascki:

Atento, certamente, à gravidade do ato que opera restrições a direitos fundamentais, estabeleceu o legislador, como pressupostos genéricos, indispensáveis a qualquer das espécies de antecipação de tutela, que haja (a) prova inequívoca e (b) verossimilhança da alegação. O “*fumus boni iuris*” deverá estar especialmente qualificado: exige-se que os fatos, examinados com base na prova já carreada, possam ser tidos como fatos certos. Em outras palavras: diferentemente do que ocorre no processo cautelar (onde há juízo de plausibilidade quanto ao direito e de probabilidade quanto aos fatos alegados), a antecipação da tutela de mérito supõe verossimilhança quanto ao fundamento de direito, que decorre de (relativa) certeza quanto à verdade dos fatos. (Antecipação da Tutela, 2ª ed., SP: Saraiva, 1999, p. 75-76).

A exegese do requisito do perigo de dano irreparável ou de difícil reparação deve ser feita tendo como norte as hipóteses de efetivo dano somado ao conceito de urgência na prestação jurisdicional. Nesse sentido, leciona o eminente Ministro do Pretório Excelso:

(...) o risco de dano irreparável ou de difícil reparação e que enseja a antecipação assecuratória é o risco concreto (e não o hipotético ou eventual), atual (ou seja, o que se apresenta iminente no curso do processo) e grave (vale dizer, o potencialmente apto a fazer perecer ou a prejudicar o direito afirmado pela parte). Se o risco, mesmo grave, não é iminente, não se justifica a antecipação de tutela. É consequência lógica do princípio da necessidade antes mencionado. (ZAVASCKI, *Idem*, p. 77).

Com efeito, no caso em tela a concessão da tutela antecipada, além da prova inequívoca do alegado (do que deriva a verossimilhança), exige a comprovação do perigo da demora nos termos acima mencionados.

Não se pode olvidar, a concessão de liminar em ações civis públicas encontra, ainda, respaldo no art. 12 da Lei nº 7.347/85.

## 2.3) DO CASO CONCRETO

### 2.3.1) Prelúdio

Sobre a Segurança Pública, no paradigma do Estado Democrático de Direito, leciona José Afonso da Silva:

é preciso que a questão da segurança seja discutida e assumida como tarefa e responsabilidade permanente de todos, Estado e população. Daí decorre também a aceitação de outras teses daquele certame, tal como a de que “se faz necessária uma nova concepção de ordem pública, em que a colaboração e a integração comunitária sejam os novos e importantes referenciais” e a de que, dada “a amplitude da missão e manutenção da ordem pública, o combate à criminalidade deve ser inserido no contexto mais abrangente e importante da proteção da população”, o que requer a adoção de outro princípio ali firmado de acordo com o qual é preciso “adequar

a polícia às condições e exigências de uma sociedade democrática, aperfeiçoando a formação profissional e orientando-a para a obediência a preceitos legais de respeito aos direitos do cidadão, independentemente de sua condição social.” (*in* Curso de Direito Constitucional Positivo. 16. ed. SP: Malheiros, 1999. p. 753.)

A Constituição Federal de 1988 trouxe o direito à segurança no Título dos Direitos e Garantias Fundamentais:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos termos seguintes:

Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a *segurança*, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) **Negritos nossos.**

Enquanto direito fundamental de segunda geração, o direito à segurança exige uma postura positiva e ativa do Estado perante o cidadão.

Sobre os direitos às prestações positivas, basilar a lição de Ferreira Mendes & Gonet Branco:

A moderna dogmática dos direitos fundamentais discute a possibilidade de o Estado vir a ser obrigado a criar os pressupostos fáticos necessários ao exercício efetivo dos direitos constitucionalmente assegurados e sobre a possibilidade de eventual titular do direito dispor de pretensão a prestações por parte do Estado.

Se alguns sistemas constitucionais, como aquele fundado pela Lei Fundamental de Bonn, admitem discussão sobre a existência de direitos fundamentais de caráter social (*soziale Grundrechte*), é certo que tal controvérsia não assume maior relevo entre nós, uma vez que o constituinte, embora em capítulos destacados, houve por bem consagrar os direitos sociais, que também vinculam o Poder Público, por força inclusive da eficácia vinculante que se extrai da garantia processual-constitucional do mandado de injunção e da ação direta de inconstitucionalidade por omissão. (*in* Curso de Direito Constitucional. 6. ed.SP: Saraiva, 2011. p. 676.)

A dicção do texto de outubro, aliada às lições magistrais dos constitucionalistas alhures citados, não deixam dúvidas que a Segurança Pública é direito-dever de cada cidadão brasileiro, bem como, dever constitucional do Estado brasileiro.

Nesta esteira, em razão do princípio da supremacia da Constituição, segundo o qual o ápice do ordenamento jurídico é a Magna Carta, cujas disposições todos se submetem, inclusive o próprio Estado, mister entender a função conferida à Polícia Federal pela Constituição Federal de 1988 no contexto do direito fundamental à segurança.

### CAPÍTULO III DA SEGURANÇA PÚBLICA

Art. 144. *A segurança pública, dever do Estado, direito e responsabilidade de todos, é exercida para a preservação da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio, através dos seguintes órgãos:*

I - *polícia federal;*

II - *polícia rodoviária federal;*

III - polícia ferroviária federal;

IV - polícias civis;

V - polícias militares e corpos de bombeiros militares.

§ 1º *A polícia federal, instituída por lei como órgão permanente, organizado e mantido pela União e estruturado em carreira, destina-se a:* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

I - apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas e empresas públicas, assim como outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme, segundo se dispuser em lei;

II - *prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho, sem prejuízo da ação fazendária e de outros órgãos públicos nas respectivas áreas de competência;*

III - *exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras;* (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

IV - exercer, com exclusividade, as funções de polícia judiciária da União.

(...)

§ 7º A lei disciplinará a organização e o funcionamento dos órgãos responsáveis pela segurança pública, de maneira a garantir a eficiência de suas atividades.

(...) **Negritos nossos.**

Por sua vez a Lei nº 9.266/96 dispõe que:

Art. 20-A. A Polícia Federal, órgão permanente de Estado, organizado e mantido pela União, para o exercício de suas competências previstas no § 1º do art. 144 da Constituição Federal, fundada na hierarquia e disciplina, é integrante da estrutura básica do Ministério da Justiça. (Redação dada pela Lei nº 13.047, de 2014)

Destaca-se, para fins de análise do caso em tela, que a Polícia Federal no contexto da segurança pública delineada pelo constituinte de outubro, tem como atribuições institucionais a prevenção e repressão do tráfico ilícito de entorpecentes, contrabando, descaminho, bem como o exercício da função de polícia de fronteiras.

Lado outro, releva analisar o sistema de entrada de estrangeiro em território nacional e suas formas de controle, também tendo como norte o direito fundamental à segurança.

Segundo esclarece Yussef Said Cahali:

No sistema do direito brasileiro, a possibilidade de acesso do estrangeiro no território é de direito constitucional, mas com reserva das normas a serem observadas para a sua admissibilidade e permanência no País.

(...)

Mas além de frustrado este vaticínio pessimista depois de duas décadas de restauração do regime democrático, não se pode negar ao Estado legitimidade para, sem interditar a entrada de estrangeiros, estabelecer ressalvas que justifiquem precauções e providências preventivas, “aconselhadas por considerações de ordem pública, de segurança nacional, pontos esses entregues à exclusiva decisão do Estado, que as emprega, sem possibilidade de interferência estranha”.

Este entendimento insere-se na tradição do nosso direito, e a prática internacional dos dias atuais o consagrou definitivamente, pois, conforme assinala Fauchille, um Estado tem o direito de sobreviver, e, como consequência, o direito de defender a vida e honra de seus nacionais, e a segurança de suas instituições, podendo, assim, não admitir o ingresso daqueles que, em

razão de sua conduta pessoal e antecedentes comprometedores, possam causar intranquilidade social, enfim daqueles que pretendem ou podem introduzir no país doutrinas corruptas ou anárquicas.

E, desde que os “interesses nacionais” se inserem como pressuposto necessário da admissibilidade do estrangeiro pelo Estado contemporâneo, sendo utópica a pretensão de um universo sem fronteiras, o resguardo daqueles interesses haveria de ser observado, mesmo se os arts. 1º e 3º tivessem silenciado a respeito.

A seu turno, o art. 2º cuidou apenas de explicitar, segundo uma escala de valores que terá inspirado o legislador ordinário, os interesses nacionais priorizados que deverão ser observados na aplicação do Estatuto do Estrangeiro: segurança nacional, organização institucional, interesses políticos, socioeconômicos e culturais brasileiros, e defesa do trabalhador nacional. Trata-se de padrões de vida comunitária, que integram a categoria dos chamados *standards* jurídicos, e que se consubstanciam como os elementos fáticos ministrados pelas circunstâncias e pelo momento histórico de aplicação da norma genérica, sem que seja exigível do legislador minudenciar ou enumerar os requisitos de cada um desses conceitos. (*in* Estatuto do Estrangeiro. 2. ed. SP: RT, 2010. P.74-75.)

O “visto” é um documento público expedido pelo Estado para o qual um determinado cidadão estrangeiro pretende se dirigir (entrar/permanecer), a emissão e titularidade do mencionado documento não confere o direito à entrada, mas mera expectativa de direito, “podendo a entrada, a estada ou o registro (em caso de transformação) do estrangeiro ser obstada, se inconveniente a sua presença no território nacional, a critério do Ministério da Justiça (Estatuto, art. 26)” (CAHALI, *Idem*, p.116.)

Conforme a Lei nº 6.815/80, Estatuto do Estrangeiro, a concessão de vistos é atribuição do Ministério das Relações Exteriores, por meio de suas repartições consulares, nos seguintes termos:

Art. 9º. O visto de turista poderá ser concedido ao estrangeiro que venha ao Brasil em caráter recreativo ou de visita, assim considerado aquele que não tenha finalidade imigratória, nem intuito de exercício de atividade remunerada.

§ 1º. O visto de turista poderá, alternativamente, ser solicitado e emitido por meio eletrônico, conforme regulamento. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

§ 2º. *As solicitações do visto de que trata o § 1o serão processadas pelo Sistema Consular Integrado do Ministério das Relações Exteriores, na forma disciplinada pelo Poder Executivo. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

§ 3º. *Para a obtenção de visto por meio eletrônico, o estrangeiro deverá: (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

I – preencher e enviar formulário eletrônico disponível no Portal Consular do Ministério das Relações Exteriores; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

II – apresentar por meio eletrônico os documentos solicitados para comprovar o que tiver sido declarado no requerimento; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

III – pagar os emolumentos e taxas cobrados para processamento do pedido de visto; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

IV – seguir o rito procedimental previsto nas normas do Manual do Serviço Consular e Jurídico do Ministério das Relações Exteriores. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

§ 4º. *A autoridade consular brasileira poderá solicitar a apresentação dos originais dos documentos para dirimir dúvidas, bem como solicitar documentos adicionais para a instrução do pedido. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

§ 5º. *O Ministério das Relações Exteriores poderá editar normas visando a: (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)*

I – simplificação de procedimentos, por reciprocidade ou por outros motivos que julgar pertinentes; (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

II – sem prejuízo da segurança do sistema e de outras cominações legais cabíveis, inclusão de regras para a obtenção de vistos fisicamente separados da caderneta de passaporte do requerente. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

§ 6º. O estrangeiro que fornecer informações falsas ou descumprir as regras previstas nos §§ 3o e 4o e nas normas legais pertinentes estará sujeito às penalidades previstas nos incisos I, III, IV, XIII, XV e XVI do art. 125 e no art. 126 desta Lei. (Incluído pela Lei nº 12.968, de 2014)

Art. 10 Poderá ser estabelecida a dispensa recíproca do visto de turista e dos vistos temporários a que se referem os incisos II e III do *caput* do art. 13, observados prazos de estada definidos nesta Lei. (Redação dada pela Lei nº 12.968, de 2014)

Parágrafo único. A dispensa de vistos a que se refere o *caput* deste artigo será concedida mediante acordo internacional, salvo, a juízo do Ministério das Relações Exteriores, aos nacionais de país que assegure a reciprocidade de tratamento aos nacionais brasileiros, situação em que a dispensa poderá ser concedida, enquanto durar essa reciprocidade, mediante comunicação diplomática, sem a necessidade de acordo internacional. (Redação dada pela Lei nº 12.968, de 2014)

Art. 11. A empresa transportadora deverá verificar, por ocasião do embarque, no exterior, a documentação exigida, sendo responsável, no caso de irregularidade apurada no momento da entrada, pela saída do estrangeiro, sem prejuízo do disposto no artigo 125, item VI.

Art. 12. O prazo de validade do visto de turista será de até cinco anos, fixado pelo Ministério das Relações Exteriores, dentro de critérios de reciprocidade, e proporcionará múltiplas entradas no País, com estadas não excedentes a noventa dias, prorrogáveis por igual período, totalizando o máximo de cento e oitenta dias por ano. (Redação dada pela Lei nº 9.076, de 10/07/95)

Art. 19. O Ministério das Relações Exteriores definirá os casos de concessão, prorrogação ou dispensa dos vistos diplomáticos, oficial e de cortesia. (Negrito nosso.)

Urge no caso tratado nos presentes autos uma interpretação sistemático-teleológica, uma vez que, a atribuição legal do Ministério das Relações Exteriores-MRE, órgão da União vinculado à Presidência da República, para concessão e controle de vistos expedidos está umbilicalmente interligada com a atribuição constitucional da Polícia Federal no exercício da função de polícia de fronteiras, que, também, consubstancia-se em órgão da União. Conforme magistral lição de Francesco Ferrara:

O jurista há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda plenitude que assegure tal tutela.

(...)Não se pode afirmar a priori como absolutamente certa uma dada interpretação, embora consiga num dado momento o aplauso mais ou menos incontestado da doutrina ou magistratura. A interpretação pode sempre mudar quando se reconheça errônea ou incompleta. Como toda a obra científica, a interpretação progride, afina-se. (*in* FERRARA, Francesco. *Interpretação e Aplicação das Leis*. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. SP: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia, 1937, p. 23.).

Antes de passar ao exame dos específicos requisitos previstos no art. 273 do CPC, em vista do princípio republicano insculpido no art. 2º da Constituição Federal de 1988, obrigatório discorrer sobre o controle jurisdicional dos atos administrativos.

Sobre o tema já se manifestou o Colendo Supremo Tribunal Federal, conforme ressalta-

do pelo Ministério Público Federal, sobre a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário no tocante à implementação de políticas públicas constitucionalmente previstas, conforme discorrido alhures o direito à segurança e as atribuições da Polícia Federal possuem *status* constitucional e exigem imediata e concreta efetivação.

Lado outro, não se deve confundir discricionariedade administrativa com arbitrariedade administrativa. Sobre o conceito de ato discricionário, basilar a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (*in* Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 8ª tiragem. SP: Malherios, 2007. p.48.)

Sobre arbitrariedade administrativa Nicola Tutungi Júnior é esclarecedor:

Deste modo, temos que, apesar de semanticamente próximas, as palavras discricionariedade e arbitrariedade no campo do direito distinguem-se pela utilização ou não de critérios (ou condicionantes) na realização de escolhas e atendimento à legalidade. Ou seja, quando se realiza uma escolha de modo desarrazoado ou sem algum tipo de critério (*rectius*: através do puro exercício de livre-arbítrio), afastando-se das previsões legais balizadoras da atuação do administrador, estaríamos diante de um ato arbitrário. Por outro lado, utilizando-se de critérios como a conveniência e a oportunidade na prática de determinado ato, e observando-se fielmente o princípio da legalidade, estaríamos diante de discricionariedade. (*in* Ação Civil Pública e políticas públicas: implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz. UERJ. Dissertação Mestrado, 2010. p. 116. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141095.pdf>. Acesso 01/03/2016.)

Portanto, no caso dos autos não há de se falar em violação ao art. 2º da Constituição Federal, tendo em vista que a inércia estatal ou sua atuação ineficiente em franca inobservância aos ditames legais e constitucionais encontra-se sujeita ao controle judicial.

### 2.3.2) *Verossimilhança das alegações*

Importa perquirir, no caso em tela, se a própria União tem respeitado e cumprido o mandamento constitucional oferecendo meios efetivos (necessários e adequados) para que a Polícia Federal cumpra sua atribuição constitucional de polícia de fronteiras no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos.

Adiante-se, desde já, que existem elementos comprovando os fatos narrados na inicial, os quais aparentemente ofendem o direito fundamental à segurança, bem como impossibilitam que a Polícia Federal, órgão permanente da União, cumpra seu dever constitucional de polícia de fronteira.

Como bem ressaltou a representante do *Parquet* Federal em sua inicial:

(...) a atenção dispensada pelas autoridades no que tange à fiscalização migratória não é suficiente para o efetivo controle dessa importante fronteira, tornando-a uma verdadeira peneira. Isso porque, além do número insuficiente de policiais federais incumbidos dessa tarefa e da terceirização do controle migratório, a fiscalização tornou-se ainda mais deficiente diante

da fragilidade da conferência manual dos vistos, única maneira atualmente possível de se verificar, em tempo real, a autenticidade do documento.

A afirmação ministerial acima transcrita é comprovada pelos documentos de fls. 26/27, 32/40.

Segundo informações dos autos, no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos transitaram mais de 13 milhões de pessoas somente em voos internacionais, sendo no mínimo embaraçosa, se não aterrorizante, a informação que o controle de polícia de fronteira no maior aeroporto do país, o 30º (trigésimo) mais movimentado do mundo segundo dados da Revista Embarque<sup>1</sup>, não tenha um mecanismo de acesso em tempo real ao Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem – SCEDV do Ministério das Relações Exteriores.

Em meio a atual sociedade da informação, é absolutamente contraproducente e violador do princípio da eficiência administrativa, a Polícia Federal da DEAIN do Aeroporto Internacional de Guarulhos em São Paulo solicitar a informação de um passageiro estrangeiro ao MRE e este responder em até dois dias após a solicitação, havendo um Sistema informatizado que traz informações, em tempo real, sobre os vistos concedidos do próprio MRE.

Verifica-se, também, neste exame perfunctório, violação ao princípio da legalidade constitucional, pois a Administração Pública, no desempenho de suas atividades, tem o dever de respeitar todas as normas do ordenamento, mais ainda as normas de hierarquia constitucional como o direito à segurança e a atribuição de polícia de fronteira a ser efetivamente exercida pela Polícia Federal.

É necessário destacar, mais uma vez, que a exata compreensão do princípio da legalidade não exclui o exercício de atuação discricionária do administrador, levando-se em conta a conveniência e a oportunidade do interesse público. O ato discricionário é praticado nos limites da lei; o ato arbitrário é contrário à lei, conforme alhures exposto.

Todavia, quanto aos atos discricionários não se poderia alegar que tais são imunes ao controle jurisdicional. Como bem alertou Hely Lopes Meirelles:

(...) erro é considerar-se o ato discricionário imune à apreciação judicial, pois só a Justiça poderá dizer da legalidade da invocada discricionariedade e dos limites de opção do agente administrativo. O que o Judiciário não pode é, no ato discricionário, substituir o discricionarismo do administrador pelo juiz. Mas pode sempre proclamar as nulidades e coibir os abusos da Administração (*in* Curso de Direito Administrativo, 12. ed., SP: Malheiros, 2000, p. 104-105.).

Com já pontuado alhures, neste estudo perfunctório, averigua-se violação por parte da União do princípio constitucional da eficiência administrativa.

Acerca da eficiência, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello:

(...) Trata-se, evidentemente, de algo mais do que desejável. (...) De toda sorte, o fato é que tal princípio não pode ser concebido (entre nós nunca é demais fazer ressalvas óbvias) senão na intimidade do princípio da legalidade, pois jamais uma suposta busca de eficiência justificaria postergação daquele que é o dever administrativo por excelência. Finalmente, anote-se que este princípio da eficiência é uma faceta de um princípio mais amplo já superiormente tratado, de há muito, no Direito italiano: o princípio da “boa administração”. (*in* BANDEIRA DE MELLO. Curso de Direito Administrativo, 17. ed. SP: Malheiros, 2004. p. 112-113).

1 Disponível em <http://revistaembarque.com/aeroportos/conheca-os-aeroportos-mais-movimentados-do-mundo/>. Acesso em 01/03/2016.

Com efeito, não procede, por ser contrário à legalidade e eficiências administrativas, o argumento de fl. 33 do Inquérito Civil nº 134006000399/2015-20 de que é necessário o desenvolvimento de uma funcionalidade para que a PF procedesse a uma consulta informatizada ao SCEDV, bem como em breve o Sistema Consular Integrado-SCI-NG substituirá o SCEDV. Vale frisar que conforme fls. 41-v do mesmo caderno apurativo consta a informação de que o prazo de implantação do Sistema Consular Integrado-SCI-NG “dependerá de avanços técnicos específicos para o cumprimento de diversos requisitos: a implantação do SCI.ing nos postos do MRE, a criação de um sistema integrado de diálogo entre as bases de dados do MRE e do DPF, e a modernização do controle migratório, a cargo do DPF.”

A União alega que o controle migratório e a segurança aeroportuária são realizados de forma satisfatória. Todavia, as informações colhidas pelo MPF e da própria leitura dos documentos juntados pela União demonstram o contrário. Não se pode deixar de observar que às fls. 26/27 o MPF foi informado que o SCI.ING começaria a ser implantado no início de novembro de 2015, sendo que após sua implantação seria elaborado o módulo de consulta de vistos.

Entretanto à fl. 43 consta a informação que “a integração das bases de dados MRE-DPF poderá ser realizada até dezembro de 2016, sempre quando assegurados os recursos orçamentários necessários”.

Neste ponto, importa novamente cotejar a missão constitucional da Polícia Federal com os fatos narrados na inicial e com as informações juntadas pela União. Ora, se a Polícia Federal tem atribuições relativas ao controle de fronteiras, é ululante o prejuízo à eficiência do serviço policial não ter acesso ao SCEDV, bem como a qualquer sistema informatizado de informações de vistos concedidos pelo próprio Estado brasileiro, fazendo o controle manual e visual de vistos.

Lado outro, tem-se como injustificável da perspectiva da legalidade e eficiência administrativas, bem como, da perspectiva do direito fundamental à segurança, a alegação da União (fls. 42-v) de que “um dos principais desafios para política externa brasileira em 2016 será a realização dos Jogos Olímpicos e Paraolímpicos do Rio 2016 e não seria conveniente a implantação do novo sistema de concessão de vistos de forma imediata, que poderia colocar em risco o fluxo de turistas interessados em visitar o país.”

Ora, para não colocar em risco o fluxo de turistas estrangeiros interessados em visitar o Brasil à época dos Jogos do Rio 2016 é necessária e adequada a não implementação de um Sistema mais moderno e integrado de controle de vistos?

O direito fundamental à segurança de cada cidadão brasileiro não pode ser colocado em segundo plano em razão de interesses de “política externa brasileira”, para usar o termo trazido pela União.

Ressalta-se, conforme informações trazidas pela União, que o Brasil dispõe de acordos de isenção de vistos com mais de 80 países com fulcro no princípio da reciprocidade, o que demonstra que a exigência de vistos se justifica para países ditos “sensíveis” ou os quais não possuem reciprocidade, o que não ameaçaria o fluxo de turistas interessados em visitar o nosso país durante o Rio 2016.

Se não bastasse, a Portaria Interministerial Conjunta nº 216, de 24/12/2015 (DOU de 30/12/2015), no período de 01/06/2016 a 18/09/2016, dispensou, unilateralmente, da exigência de visto os nacionais da Comunidade Austrália, Canadá, Estados Unidos da América e Japão.

### 2.3.3 ) *Periculum in mora*

O *periculum in mora* é evidente, na medida em que, os procedimentos inquinados pela

inobservância aos princípios constitucionais estão em curso, colocando em risco diuturno o controle de fronteiras, a prevenção e repressão do tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o contrabando e o descaminho. Em síntese, o direito à segurança do cidadão brasileiro e as atribuições constitucionais da Polícia Federal. O perigo da demora se torna mais concreto com a aproximação das Olimpíadas do Rio de Janeiro e o desembarque de centenas de milhares de passageiros estrangeiros de todos os lugares do mundo.

#### 2.3.4 ) *Reversibilidade da medida*

Dispõe o art. 273, §2º do CPC:

§ 2º Não se concederá a antecipação da tutela quando houver perigo de irreversibilidade do provimento antecipado

Ainda, prevê o art. 1º, o § 3º da Lei nº 8.437/92:

§ 3º Não será cabível medida liminar que esgote, no todo ou em qualquer parte, o objeto da ação.

Examinando o objeto da pretensão apresentada, não se verifica, de plano, a irreversibilidade da medida. Na hipótese de cassação da liminar ou julgamento de improcedência da ação, o SCEDV e o SCI.ING não ficarão disponíveis para o acesso da Polícia Federal do Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos.

#### 2.3.5 ) *A guisa de uma conclusão*

Tendo-se em conta que há elementos confirmando a afronta a direito constitucional fundamental à segurança, às atribuições constitucionais da Polícia Federal e a princípios constitucionais que regem a Administração Pública, as alegações expendidas pela parte autora são verossímeis. Verificado, também, o perigo de demora e a reversibilidade da medida, há que se conceder a liminar pretendida, para o fim de:

a) que forneça, no prazo de 15 (quinze) dias, diretamente à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, senhas em número suficiente para acesso ao SCEDV – *Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem*, do Ministério das Relações Exteriores – MRE, de forma que os policiais federais possam ter acesso, em tempo real, a todas as funcionalidades do sistema de vistos do MRE, necessárias à conferência da veracidade dos vistos, sem a intermediação da Coordenação da Polícia de Imigração – CGPI;

b) no caso de implantação do Sistema Consular Integrado, que forneça aos policiais federais da DEAIN do Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, no prazo de 15 (quinze) após a sua implantação, senhas em número suficiente para o acesso direto a esse sistema, sem a intermediação da CGPI ou de outro setor da Polícia Federal ou do Ministério das Relações Exteriores;

c) que promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a integração (barramento) entre os sistemas de vistos do MRE e da Polícia Federal, de forma a permitir que os equipamentos periféricos usados no setor de imigração reconheçam a autenticidade dos vistos brasileiros, mediante a remessa de dados via rede para a avaliação de conformidade.

#### 3) *DISPOSITIVO*

Ante o exposto, reconheço a legitimidade ativa da parte autora, afastando as preliminares suscitadas e, no mérito, defiro o pedido de antecipação de tutela para o fim de:

a) que forneça, no prazo de 15 (quinze) dias, *diretamente* à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, senhas em número suficiente para acesso ao *SCEDV – Sistema de Controle e Emissão de Documentos de Viagem*, do Ministério das Relações Exteriores – MRE, de forma que os policiais federais possam ter acesso, em tempo real, a todas as funcionalidades do sistema de vistos do MRE, necessárias à conferência da veracidade dos vistos, sem a intermediação da Coordenação da Polícia de Imigração – CGPI;

b) no caso de implantação do Sistema Consular Integrado – SCI.ING, que forneça aos policiais federais da DEAIN do Aeroporto Internacional de São Paulo em Guarulhos, no prazo de 15 (quinze) após a sua implantação, senhas em número suficiente para o acesso direto a esse sistema, sem a intermediação da CGPI ou de outro setor da Polícia Federal ou do Ministério das Relações Exteriores;

c) que promova, no prazo de 90 (noventa) dias, a integração (barramento) entre os sistemas de vistos do MRE e da Polícia Federal, de forma a permitir que os equipamentos periféricos usados no setor de imigração reconheçam a autenticidade dos vistos brasileiros, mediante a remessa de dados via rede para a avaliação de conformidade.

Em caso de descumprimento da medida liminar, fica a ré sujeita a multa diária no valor de R\$ 1.000, 00 (um mil reais) que deverão ser revertidos ao Fundo de Direitos Difusos.

### 3.1) Outras providências

Intimem-se as partes, cientificando o MPF.

Descabe oficiar ao Ministério das Relações Exteriores e à Superintendência da Polícia Federal, porquanto ambos constituem órgãos da Administração Pública Direta da União, devidamente representados pela douta Advocacia Geral da União.

Na sequência, cite-se a ré para, querendo, contestar, no prazo de 60 (sessenta dias), sob pena de revelia (CPC 322).

Em havendo arguição, pela parte ré, de outras preliminares (dentre as enumeradas no art. 301 do CPC) ou algum fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito pleiteado, abra-se vista à parte autora para réplica, pelo prazo de 10 (dez) dias (CPC, art. 327).

Ausentes tais alegações ou após o prazo da réplica, independentemente de aproveitamento, intimem-se as partes para que especifiquem, justificadamente, no prazo comum de 05 (cinco) dias, as provas que pretendem produzir.

Cópia desta decisão, instruída com as peças pertinentes, pode servir como mandado/ofício de intimação/citação.

Intimem-se. Cumpra-se.

Guarulhos-SP, 02 de março de 2016.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

