

Sentenças



AÇÃO CIVIL PÚBLICA **0034549-11.2004.4.03.6100**

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - MPF, INSTITUTO NACIONAL DE TRADIÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA - INTECAB E CENTRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DA DESIGULADADE - CEERT
Rés: REDE RECORD DE TELEVISÃO E REDE MULHER DE TELEVISÃO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA DE CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

Vistos etc.

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de efeitos da tutela, movida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL – MPF, INSTITUTO NACIONAL DE TRADIÇÃO E CULTURA AFRO-BRASILEIRA – INTECAB, e CENTRO DE ESTUDOS DAS RELAÇÕES DE TRABALHO E DA DESIGULADADE – CEERT em face de REDE RECORD DE TELEVISÃO e REDE MULHER DE TELEVISÃO, visando à condenação das emissoras-rés na obrigação de fazer consistente em colocar à disposição das associações autoras estúdio e estruturas pertinentes, bem como pessoal de apoio necessário à gravação e exibição de 30 (trinta) programas televisivos *a título de direito de resposta coletivo*, com duração de duas horas cada, a serem exibidos em 30 (trinta) dias consecutivos, no horário das 21 às 23 horas, devendo essa exibição, pelas emissora-rés, iniciar-se no prazo máximo de 10 (dez) dias úteis após a intimação da decisão respectiva, sob pena de *multa diária* no valor de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais).

Pleiteiam, ainda, que a União Federal, colocada inicialmente na condição de co-ré, caso opte em se manter no polo passivo da demanda, seja condenada em obrigação de fazer consistente em *notificar o Congresso Nacional* para que os fatos relatados na exordial *sejam considerados* quando da decisão de renovação ou não da concessão das emissoras-rés.

Narram os autores que as religiões afro-brasileiras vêm sofrendo constantes agressões em programas veiculados pelas emissoras-rés, o que é vedado pela Constituição Federal, que proíbe a demonização de religiões por outras.

Dessa forma, os autores entendem plausível a aplicação *do direito de resposta coletivo*, com base no art. 5º, inciso VI, da Constituição Federal e do art. 29 da Lei 5.250/67, aplicando-se, por analogia, as regras da Lei de Imprensa *que regem o direito de resposta individual, ao direito de resposta coletivo pleiteado na presente ação civil pública*.

A petição inicial veio instruída com documentos (fls. 46/150).

O juízo da 5ª Vara Cível local, para o qual o feito foi inicialmente distribuído, deixou para apreciar o pedido antecipatório à vista das informações das rés, que foram solicitadas por analogia ao disposto no art. 2º da Lei 8.437/92 (fls. 152/154).

Intimadas, as emissoras-rés prestaram informações (fls. 161/184 e 201/203).

O MPF reiterou o pedido de tutela antecipada (fls. 194/197), cuja apreciação foi postergada (fl. 198).

A União manifestou-se sobre a lide (fls. 206/212), requerendo a intimação da ANATEL, por ser aquela Agência o órgão público competente para regular e fiscalizar o serviço público de telecomunicações.

A União Federal manifestou seu *desinteresse em integrar o polo ativo da lide*, optando por permanecer no polo passivo da demanda (fls. 214/225). Nessa qualidade, ofertou contes-

tação (fls. 227/274), argüindo, preliminarmente, sua *ilegitimidade passiva* “*ad causam*”, bem como a *impossibilidade jurídica do pedido*. No mérito, pugnou pela improcedência da ação.

O pedido antecipatório foi parcialmente deferido para garantir o direito de resposta coletivo às associações autoras, determinando-se que as rés fornecessem todo o apoio técnico e material necessário para a produção e gravação de um único programa, com duração de uma hora, para exibição, por elas, durante sete dias, nos mesmos horários dos programas tidos como ofensivos, cujas exibições deveriam ser precedidas de chamadas pelas próprias emissoras aos seus telespectadores, tudo sob pena de multa (fls. 275/286).

As emissoras-rés ofertaram contestação em peça comum (fls. 322/490), argüindo, preliminarmente, a incompetência absoluta do juízo cível para questões de direito de resposta, a inépcia da inicial, defeito de representação de uma das co-autoras, a ilegitimidade ativa do MPF, a ausência de interesse processual, e a *decadência*. Pleitearam, também, a denúncia da lide à Igreja Universal do Reino de Deus, à vista do *vínculo contratual* entre esta e as emissoras-rés. No mérito, pugnaram pela improcedência da ação, asseverando que não existe na grade de programação das emissoras rés qualquer programa denominado “*Sessão de Descarrego*”, “*qualificativo esse de mera chamada televisiva sem nenhum intento deletério e alusivo a transmissão da liturgia da denunciada lide, com o fito exclusivo de convidar os fiéis para o Templo*” (fl. 346), confirmando, contudo, que o programa denominado “*Mistérios*” “*corresponde ao formato de programa veiculado pelas contestantes, com idêntico ânimo, em horários determinados, sempre de madrugada, não ultrapassando 30’ (trinta minutos, já não mais transmitido)*” (idem)(grifos no original).

Os autores foram intimados a se manifestar a respeito das preliminares arguidas (fl. 491).

As emissoras-rés interpuseram Agravo de Instrumento contra a concessão do pedido antecipatório (fls. 494/531), cujo efeito suspensivo ativo foi indeferido, por não vislumbrar a E. Relatora, Des. Fed. CONSUELO YOSHIDA, “*relevância da fundamentação das agravantes, a ensejar a suspensão da eficácia da r. decisão agravada*” (fls. 536/539).

Réplica às fls. 541/609.

Determinada a intimação da ANATEL “para se manifestar se tem interesse em integrar a lide” (fl. 286 e 313), a Agência, intimada (fls. 632/634), declarou *não ter interesse* em integrar a lide (fls. 612/616), a respeito do que foram as partes intimadas (fls. 617/618), tendo elas silenciado.

A Rede Record de Televisão foi intimada a, em razão da denúncia da lide, comprovar seu vínculo contratual com a Igreja Universal do Reino de Deus (fl. 617).

As emissoras-rés reiteraram o pedido de denúncia da lide à Igreja Universal do Reino de Deus e postularam a exclusão das associações co-autoras do polo ativo da demanda (fls. 640/645).

O MPF juntou aos autos cópia do DVD “*Diálogo das Religiões – direito de resposta*”, conforme decisão que concedeu parcialmente o pedido antecipatório (fls. 658/659) e postulou a realização de audiência preliminar, opondo-se à intervenção na lide da Igreja Universal do Reino de Deus (fls. 661/662).

O CEERT e o INTECAB manifestaram-se contrariamente à extinção do feito em relação a eles, tal como requerido pelas emissoras-rés (fls. 667/669).

O MPF postulou o cumprimento da medida liminar concedida (fls. 679/692), o que foi deferido, determinando o juízo mandado de intimação às emissoras-rés “para procederem ao imediato cumprimento da liminar de fls. 275/286” (fls. 693).

As emissoras-rés insurgiram-se contra a determinação do juízo, alegando a falta de intimação; a ausência de publicação da decisão; a necessidade de degravação das fitas; e a necessidade da concessão de um prazo adicional de cinco dias para o cumprimento da decisão (fls. 698/710).

As emissoras-rés foram intimadas a dar cumprimento à decisão liminar (fls. 712/716).

O MPF postulou o imediato cumprimento da liminar (fls. 718/719), tendo sido assinado o prazo de 24 (vinte e quatro) horas para a efetivação da medida (fls. 720).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração em face da decisão que concedeu a liminar (fls. 727/755).

Audiência de conciliação (fl. 756).

O CEERT juntou aos autos cópia do DVD “Diálogo das Religiões – direito de resposta” (fls. 761/762).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração em face da ausência de intimação da União para participar da audiência de conciliação (fls. 764/795).

As emissoras-rés peticionaram contra a ausência de anotações da Secretaria da Vara (fls. 797/805).

O Agravo de Instrumento foi desacolhido, mantendo-se o provimento antecipatório (fls. 809/819), mas o E. STJ, em sede de Medida Cautelar (MC 10.833 – SP), suspendeu o cumprimento da decisão, vez que o E. Relator concedeu a liminar “para suspender os efeitos da tutela antecipada, até ulterior deliberação” (fl. 822).

Rejeitados os Embargos de Declaração de fls. 794/795 (fls. 835/836).

As emissoras-rés reiteraram a necessidade de transcrição do conteúdo das fitas VHS juntadas aos autos (fls. 839/841).

As emissoras-rés declararam inviável a aceitação da proposta feita pelo MPF em audiência, haja vista a nulidade decorrente da ausência de representante da União Federal (fl. 842).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração contra a decisão de fls. 835/836 (fls. 844/847), os quais foram rejeitados (fls. 850/853).

Manifestação do MPF (fls. 860/864).

As emissoras-rés postularam a remessa dos autos à Justiça Estadual, ante o desinteresse da União na lide (fls. 869/875) e interpuseram Agravo de Instrumento contra a decisão de fls. 850/853 (fls. 880/895), ao qual fora negado seguimento (fl. 897). Reiteraram o pedido de fls. 869/8754 (fl. 905).

A União requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 908/909) e opôs Embargos de Declaração contra a decisão de fls. 835/836 (fls. 910/916).

Determinação às partes no sentido de que substituíssem as fitas VHS juntadas aos autos por DVDs (fls. 918/919), de cuja decisão as emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração (fls. 930/935) e Agravo de Instrumento (fls. 937/948).

O CEERT requereu dilação de prazo para cumprir a decisão de gravação das fitas VHS em DVDs (fls. 949/950).

Indeferido o pedido das emissoras-rés quanto à nulificação da decisão de fls. 850/853 (fls. 951/952) e rejeitados os Embargos de Declaração opostos pela União Federal (fls. 953/954), assim como os Embargos de Declaração opostos pelas emissoras-rés contra a decisão de fls. 918/919 (fls. 955/957).

Despacho saneador às fls. 958/971.

O CEERT juntou aos autos DVD correspondente à transcrição de fita VHS anteriormente juntada (fls. 982/983).

As emissoras-rés opuseram Embargos de Declaração contra a decisão que saneou o processo (fls. 990/1004).

O MPF manifestou-se contra os Embargos de Declaração opostos pelas emissoras-rés (fls. 1011/1013).

O juízo prestou informações à E. Desembargadora Relatora do Agravo de Instrumento (fls. 1020/1021).

As emissoras-rés interpuseram Agravo de Instrumento contra as decisões de fls. 951/952, 953/954, 955/957 e 958/971 (fls. 1026/1082).

A parte autora juntou aos autos transcrição de programas de televisão apresentados com a contestação (fls. 1084/1354).

As emissoras-rés postularam que o MPF providenciasse a gravação em DVD das fitas VHS juntadas aos autos (fls. 1356/1361) e manifestaram-se contra alegada deturpação do instituto do direito de resposta pelos autores (fls. 1372/1436). Manifestaram, ainda, acerca da obra “Orixás, Caboclos e Guias, Deuses ou Demônios” (fls. 1441/1491).

Nova manifestação das emissoras-rés acerca da necessidade de gravação das fitas VHS juntadas aos autos em DVD (fls. 1492/1509).

O CEERT informou que os DVDs juntados aos autos referentes à gravação das fitas VHS não funcionam nos aparelhos adequados (fls. 1511/1512).

As emissoras-rés afirmaram desconhecer as razões que levaram ao fato relatado pelo CEERT, imputando-o à desatualização do equipamento utilizado por aquela associação (fls. 1526/1529). Juntaram elas aos autos cópia integral de Acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região (fls. 1531/1588).

O CEERT informou que o aparelho utilizado na exibição malsucedida dos DVDs juntados aos autos não seria obsoleto como alegam as emissoras-rés, reiterando a petição de fls. 1511/1512 (fls. 1593/1594).

No Agravo de Instrumento ofertado pelas emissoras-rés (fls. 1026/1082) foi negado o efeito suspensivo ativo postulado (fls. 1599/1605).

O MPF manifestou-se sobre o processo, pleiteando que os Embargos de fls. 990/1004 fossem declarados como protelatórios, impondo-se às rés as multas cabíveis. Postulou, também, o julgamento antecipado da lide (fls. 1612/1617). Reiteração deste último pedido à fl. 1621.

As emissoras-rés reiteraram a arguição de incompetência do juízo cível em relação às ações que visam à concessão de direito de resposta (fls. 1624/1660).

Em decisão proferida por este magistrado, a União Federal foi excluída do feito, ante o reconhecimento da impossibilidade jurídica do pedido formulado em relação a ela, bem como por ausência de interesse processual. Na mesma decisão foi reconhecida a natureza criminal do direito de resposta pretendido pelos autores e determinada a redistribuição dos presentes autos à Justiça Criminal Estadual (fls. 1661/1681).

Em face dessa decisão, o MPF ofertou APELAÇÃO (fls. 1687 e 1688/1705), requerendo que fosse recebido no duplo efeito, “conhecido e provido o presente recurso de maneira a, quanto ao mérito, casse-se a sentença sob exame e julgue-se procedente a demanda ajuizada pelo Apelante” (fl. 1705).

Não tendo sido a Apelação recebida pelo juízo “a quo” (fl. 1728), o MPF aparelhou Agravo de Instrumento contra essa decisão (fls. 1742 e 1743/1762), tendo sido inicialmente negado o pretendido efeito suspensivo (fls. 1768/1771) e, no mérito, negado provimento ao Agravo (fls. 1990/1998), *cujá decisão transitou em julgado* (fl. 1999).

Redistribuído os autos para a 12ª Vara Criminal do Estado, o juízo criminal declarou-se absolutamente incompetente para conhecer da matéria por se tratar de Ação Civil Pública e determinou a redistribuição do feito a uma das Varas Cíveis do Estado (fl. 1785).

O juízo cível Estadual suscitou conflito de competência negativo em face deste juízo, haja vista a presença do Ministério Público Federal na lide (fl. 1948 e fls. 1950/1956).

O E. STJ conheceu do conflito de competência para declarar competente o juízo federal desta 25ª Vara Cível (fls. 2015/2017).

Intimadas as partes sobre a decisão do E. STJ (fl. 2047), apenas o MPF se manifestou, reiterando o quanto requerido às fls. 1.612/1.617 (fl. 2048), ou seja, que a ação fosse julgada procedente nos exatos termos da inicial.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

DECIDO.

Inicialmente, observo que a decisão de fls. 1661/1681 não teve abaladas sua validade ou eficácia por conta do recurso contra ela dirigido à E. Corte Regional. Como assentado no Relatório supra, o recurso não foi acolhido, tendo, pois, a decisão recorrida transitado em julgado no que tange à exclusão da lide da União Federal.

No mais, tendo o E. STJ fixado a competência deste juízo – afastando, em decorrência, a da Justiça Estadual, cível ou criminal – para o deslinde da causa remanescente, qual seja, a que se trava entre o Ministério Público Federal e as organizações co-autoras versus as duas redes de Televisão (Rede Record e Rede Mulher), passo a decidir a demanda posta.

PRELIMINARES: As preliminares arguidas pelas rés não comportam acolhimento. Nenhuma delas. Quanto à alegação de incompetência deste juízo cível federal, porque a causa revestiria natureza criminal (e não cível), tem-se que restou prejudicada ante à decisão do E. STJ proferida no conflito de competência aparelhado (*CC 102772*). Também não procede a alegação de ser a petição inicial inepta. Não é, visto que os fatos estão perfeitamente nela descritos e o pedido formulado decorre logicamente da exposição dos fatos apresentados. O MPF é parte legitimada a este tipo de ação, em que defendidos direitos coletivos – tanto o é que foi a presença na lide do *Parquet* Federal a razão de se afirmar a competência da Justiça Federal para a presente causa, como decidido pelo E. STJ. O interesse processual dos autores é manifesto, visto que a via conciliatória mostrou-se ineficaz. Também não se operou a decadência, como alegado, ainda mais considerando-se que os fatos inquinados de ofensivos às religiões de origem africanas se protraíram no tempo, ocorrendo mesmo durante a tramitação do processo. Por fim, as partes estão regularmente representadas, pelo que não há óbice ao enfrentamento do mérito, o que passo a fazer.

No MÉRITO, a ação é *procedente*.

Os autores buscam, através deste processo, provimento judicial que lhes reconheça o *direito de resposta* diante de ofensas contidas em repetidas programações veiculadas pelas duas redes de televisão às religiões de origem africanas e lhes *assegure a efetivação do direito reconhecido*. Vale dizer, pedem que as redes de televisão rés concedam aos autores o *tempo de programação* por diversos dias, com duração de duas horas por dia, e também, para viabilizar

a exibição dos programas-respostas, *as redes disponibilizem suas dependências e equipamentos e empreguem seu pessoal técnico na produção dos programas*, isto é, fornecendo todo apoio necessário em termos de material, técnico e ainda colocando pessoas à disposição para a produção e exibição dos programas-respostas.

E os autores têm razão.

Conquanto a Lei de Imprensa editada durante o regime de exceção (Lei 5.250/67) – norma legal invocada pelos autores a albergar-lhes o direito de resposta – tenha sido retirada de nosso ordenamento legal, por conta do pronunciamento do E. STF no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 130, não há óbice a que o direito seja reconhecido, à vista do princípio segundo o qual ao juiz são trazidos os fatos e este aplica-lhes o direito (*jura novit curia*).

Para o deslinde da causa, fixamos as seguintes premissas: 1. A prestação de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens não é atribuída livremente à iniciativa privada. 2. Trata-se de serviço de serviço público de competência da União, que pode explorá-lo diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. 3. O prestador desses serviços, que para isso tenha recebido do Estado (União) autorização, concessão ou permissão é um *longa manus* do Estado no desempenho dessa atividade, e como o próprio Estado deve se comportar no cumprimento das regras e princípios constitucionais e legais. 4. A Constituição e a Lei impõem que os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens sejam prestados – pelo Estado, diretamente, ou por quem lhes faça as vezes, como autorizado, concessionário ou permissionário – sejam prestados visando à consecução dos fins da República Federativa do Brasil, entre eles a promoção do bem de todos, sem preconceito de origem raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (CF, art. 3º, IV). 5. Devendo a produção e a programação das emissoras autorizadas, concessionárias ou permissionárias atenderem ao princípio da preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas ao do respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, art. 221, I e IV). 6. O Estado (ou quem lhes faça as vezes) garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais, protegendo as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional e valorizando a diversidade étnica e regional (CF, art. 215, *caput* e § 1º e § 3º, V). 7. Em caso de ofensa, é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo (CF, art. 5º, V).

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PRIVADOS. DEVERES DOS PRESTADORES.

Dispõe a Constituição Federal que é livre o exercício de qualquer trabalho (art. 5º, XIII) e que “é assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei” (art. 170, § 1º).

Embora a ordem econômica seja regrada, devendo, por exemplo, observar, entre outros, o princípio da “redução das desigualdades regionais e sociais” (art. 170, VIII), ela é regida pela livre iniciativa, que confere a quem a explore ampla liberdade de escolha. Assim, por exemplo, uma padaria pode escolher livremente os tipos de pães a serem produzidos, a mortadela ou o queijo a serem utilizados nos lanches e as pizzas a serem servidas, podem empregar quem queiram, mas laboram com grande margem de escolhas. Mesmo uma padaria, ou uma quitanda, ou um supermercado, por exemplo, devem observar regras sanitárias e de defesa do consumidor. Ou seja, são livres, mas a atividade é regrada. Têm deveres legais a cumprir.

Os exemplos acima, escolhidos pela simplicidade dos casos, servem para ressaltar que as atividades econômicas, mesmo as mais comuns, estão sujeitas a regramento jurídico que impõem deveres aos seus exploradores.

No caso dos autos, os serviços explorados pela rés - serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens - não são serviços livremente exercidos pela iniciativa privada. Trata-se de SERVIÇO PÚBLICO que, mercê dessa qualidade, acha-se submetido a princípios jurídicos, entre eles o da SUPREMACIA DO INTERESSE PÚBLICO, segundo o qual deve, na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello¹, se orientar “tanto no concernente à sua organização quanto no relativo ao seu funcionamento, o norte obrigatório de quaisquer decisões atinentes ao serviço serão conveniências da coletividade; *jamaís os interesses secundários do Estado ou os dos que hajam sido investidos no direito de prestá-los*” (destaques do original).

Assim, não pode aquele que presta os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, seja o Estado, ou alguém a quem o Poder Público tenha autorizado, concedido ou permitido, fazê-lo no seu próprio interesse ou na conveniência sua.

PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS. DEVERES DO ESTADO.

Dispõe a Constituição Federal em seu art. 21, XII, a:

Art. 21. Compete à União:

XII – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão; os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

Tais serviços públicos, disciplinados pela Lei nº 4.117/62, foram regulamentados pelo Decreto nº 52.795/63, cujo art. 3º dispõe:

Art. 3º Os serviços de radiodifusão tem finalidade educativa e cultural, mesmo em seus aspectos informativo e recreativo, e são considerados de interesse nacional, sendo permitida, apenas, a exploração comercial dos mesmos, na medida em que não prejudique esse interesse e aquela finalidade.

O PARTICULAR COMO LONGA MANUS DO ESTADO. DEVERES.

O Regulamento dos serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens estabelece ainda, além da disposição de índole geral acima transcrita que as concessionárias desses serviços, “além de outros que o Governo julgue convenientes aos interesses nacionais, estão sujeitas aos seguintes preceitos e obrigações” (art. 28):

12 - na organização da programação: (Redação dada pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983)

a) manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a transmissão de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrárias à moral familiar e aos bons costumes. (Incluído pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983)

b) não transmitir programas que atentem contra o sentimento público, expondo pessoas a situações que, de alguma forma, redundem em constrangimento, ainda que seu objetivo seja jornalístico (Incluído pelo Decreto nº 88.067, de 26.1.1983).

E, por óbvio, tais normas não são meros aconselhamentos. Ao contrário, como normas jurídicas que são, caracterizam-se como preceitos impositivos, de tal sorte que o art. 62 do mesmo Regulamento estabelece que “a liberdade da radiodifusão não exclui a punição dos que praticarem abusos no seu exercício”.

1 Curso de Direito Administrativo dos Serviços de Radiodifusão, Malheiros Editores, 14ª edição, p. 604.

E, nessa toada, dispõe o art. 67:

Art. 67. As concessionárias e permissionárias de serviços de radiodifusão, observado o caráter educacional desse serviço, deverão na organização dos seus programas, atender entre outras às seguintes exigências:

1. manter um elevado sentido moral e cívico, não permitindo a irradiação de espetáculos, trechos musicais cantados, quadros, anedotas ou palavras contrários à moral familiar e aos bons costumes.

Vale dizer, como preceitos prescritivos que são, tais normas impõem sanções para o caso de descumprimento dos deveres impostos aos concessionários ou permissionários, estabelecendo o art. 122 do Regulamento:

Art. 122. Para os efeitos deste Regulamento são consideradas infrações na execução dos serviços de radiodifusão os seguintes atos praticados pelas concessionárias ou permissionárias:
5. promover campanha discriminatória de classe, cor, raça ou religião.

Assim, qualificando-se os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens como serviços públicos, o Estado, ao prestá-los diretamente, deve fazê-lo com observância à disciplina legal estabelecida, cuja disciplina legal também submete o particular que em nome do Estado exerce tais serviços como autorizado, concessionário ou permissionário.

SERVIÇO PÚBLICO. PRESTAÇÃO VISANDO À CONSECUÇÃO DOS FINS DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.

Dispõe o art. 3º da CF que o Brasil, como país, tem objetivos a atingir.

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

(...)

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Devendo a sociedade e o Estado trabalharem para a consecução desses objetivos, não há dúvida de que os serviços públicos, financiados pela sociedade, constituem a mais eficiente ferramenta para esse fim.

Mais especificamente, não há como negar que os serviços públicos de radiodifusão de sons e imagens constituam importante instrumento na promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

PROGRAMAÇÃO. FINALIDADES EDUCATIVAS, ARTÍSTICAS, CULTURAIS E INFORMATIVAS. RESPEITO AOS VALORES ÉTICOS E SOCIAIS DA PESSOA E DA FAMÍLIA.

Dispõe o art. 221, incisos I e IV da CF:

Art. 221. A produção e a programação das emissoras de rádio e televisão atenderão aos seguintes princípios:

I - preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas;

(...)

IV - respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Vale dizer, antes mesmo do dever de observar os preceitos legais e regulamentares já apontados, os prestadores dos serviços de radiodifusão de sons e imagens estão, por imperativo constitucional, obrigados a produzir uma programação que tenha finalidades educativas, culturais e informativas, e, de todo modo, preocupada com o respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família.

Em outras palavras, se a programação deve se ater a esses princípios jurídicos (dever de atuar positivamente) com muito mais razão têm os prestadores desse serviço público o dever de NÃO OFENDÊ-LOS, ou seja, têm o dever de não atuar exatamente em sentido contrário ao da busca dessas finalidades educativas e culturais constitucionalmente prestigiadas e de respeito à diversidade de valores éticos e sociais das pessoas e famílias, tenham elas a orientação religiosa que tiverem.

ESTADO. DEVER DE GARANTIR O PLENO EXERCÍCIO DOS DIREITOS CULTURAIS. E DE PROTEÇÃO ÀS MANIFESTAÇÕES DAS CULTURAS POPULARES, INDÍGENAS E AFRO-BRASILEIRAS.

A teor do disposto no art. 215 e parágrafos da CF, o Estado e seus *longa manus* têm o dever jurídico (não se trata de mera recomendação) de *garantir o exercício* dos direitos culturais (não apenas reconhece-los) e de proteger as manifestações populares (contra que as possa ofender), ressaltando especificamente as culturas dos indígenas e as afro-brasileiras.

Reproduzo o texto constitucional:

Art. 215. O Estado garantirá a todos o pleno exercício dos direitos culturais e acesso às fontes da cultura nacional, e apoiará e incentivará a valorização e a difusão das manifestações culturais.

§ 1º - O Estado protegerá as manifestações das culturas populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional.

Vale dizer, ao contrário de achincalhar a cultura afro-brasileira, o Estado (e também os concessionários de serviço público, como são as emissoras de TV) deve protegê-la e garantir-lhe as manifestações, embora delas não sejam necessariamente adeptos.

Trata-se de consequência do dever de convivência com a diversidade sócio-cultural (que inclui a faceta religiosa).

Vê-se que os fatos imputados às rés na inicial desenvolveram-se em sentido diametralmente oposto à conduta esperada, segundo plasmada na Constituição Federal.

DIREITO DE RESPOSTA.

O atuar das rés é potencialmente capaz, em tese, de desencadear várias consequências nos âmbitos administrativo, da responsabilidade civil e até mesmo na esfera criminal.

Aqui cuidamos especificamente da questão da responsabilidade civil, no particularíssimo aspecto do *Direito de Resposta*, em razão das ofensas veiculadas pelas emissoras rés contra as religiões de origem africanas.

E o *Direito de Resposta* tem sede na Carta Magna, que dispõe em seu art. 5º, V:

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:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

Portanto, ainda que tenha sido retirada do ordenamento a antiga Lei de Imprensa, que dispunha expressamente sobre o direito de resposta em caso de ofensa perpetrada por meio de prestadores de serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, o direito de respostas aos ofendidos deflui diretamente da Constituição, cabendo ao juiz sopesar a extensão desse direito, que deve ser “proporcional ao agravo”.

FATOS INCONTROVERSOS. GRAVIDADE.

Os fatos imputados na inicial estão comprovados e são, ademais, incontroversos. Comprovados, como adiante destacarei e incontroversos porque as emissoras rês não negam os fatos – e nem se esperaria que o fizessem – mas apenas procuram deles extrair a conotação de ofensivos atribuída pelos autores.

Quanto à comprovação dos fatos e sua gravidade, permito-me reproduzir trechos da r. decisão antecipatória de tutela, proferida pela MM. Juíza Federal, Dra. MARISA CLÁUDIA GONÇALVES CUCIO. Asseverou sua Excelência:

Assisti às fitas e não há como negar o ataque às religiões de origem africana e às pessoas que as praticam ou que delas são adeptas. Ressalto que não é preciso ser simpatizante ou adepto dessas religiões para conhecer alguns dos seus rituais e tradições. As religiões trazidas com os escravos são parte da cultura brasileira e são presença constante em nossa literatura. Não foram poucos os livros editados, e muitos foram adaptados para o cinema e para a televisão. Portanto, entendo que é possível a identificação dos ataques à religião com o intuito de menosprezar quem as pratica (referidos como bruxos, feiticeiros, pais de encosto).

Aliás, um fato interessante deve ser registrado. Nos programas gravados há depoimentos de pessoas que antes eram adeptas das religiões afro-brasileiras e que se converteram; nos templos da nova religião, essas pessoas realizam “sessões de descarrego” ou “consultoria espiritual”. Assim, é de se concluir que não negam as tradições e os ritos das religiões de matriz africana, porem afirmam que nos terreiros os seguidores praticam o mal, a feitiçaria, e a bruxaria.

Os programas tentam transmitir a ideia de simples relatos de pessoas que se converteram. Contudo, não se trata apenas de testemunhos a respeito do sucesso da conversão. Relatos não poderiam ser impedidos, todavia, as pessoas não são identificadas, sequer seus rostos são desvendados, mas são denominados como “ex-bruxa”, “ex-mãe de encosto”, e acusadas de terem servido aos “espíritos do mal” que só se dedicam a prejudicar as pessoas.

Esse tipo de mensagem desrespeitosa, com cunho de preconceito, mesmo que transmitida em horário de pouca audiência, tem impacto poderoso sobre a população, principalmente a de baixa escolaridade, porque é acessada por centenas de milhares de pessoas que podem recebê-la como uma verdade (fls. 275/286).

Por todas essas razões, a procedência da ação é medida de rigor.

Já na apreciação do pedido de antecipação de tutela, a douta magistrada observara que a produção de 30 (trinta) programas de duas horas de duração seria medida exagerada (fl. 285), com o que concordo. Considerou Sua Excelência, então, que a produção de um único programa para ser exibido algumas vezes (sete vezes), com três prévias chamadas aos telespectadores, bem cumpriria o direito de resposta. Nesse ponto, tenho que a fixação é insuficiente. Em face da gravidade das ofensas e da riqueza das manifestações das religiões de origem africana, considero adequada a produção de (4) quatro programas, os quais deverão ser exibidos em 8 (oito) oportunidades em cada uma das emissoras (duas exibições de cada programa produzido, em cada uma das redes rês), pelos quais serão feitos pelos autores os esclarecimentos por eles considerados importantes por serem capazes de promover o restabelecimento da verdade

segundo práticas e tradições de tais religiões.

Observo, a propósito, que não considero que a fixação de um número de apresentações inferior ao indicado pelos autores na petição inicial implique sucumbência delas.

As apresentações dos respectivos programas devem ter intervalo entre uma e outra de sete dias, precedidas de três chamadas diárias aos telespectadores sobre data e horário da respectiva apresentação, uma chamada no período da manhã, outra no período da tarde e outra já no período noturno.

Os horários das apresentações devem ser compatíveis com aqueles em que veiculadas as ofensas, ou seja nos horários em que regularmente eram exibidos os programas “Mistérios” e “Sessão de Descarrego”, transmitidos tanto pela Rede Record como pela Rede Mulher.

As rés serão responsáveis pela produção dos programas, devendo, para isso empregar seus espaços físicos, equipamentos e pessoal técnico.

Isso posto, JULGO PROCEDENTE a ação, extinguindo o processo, com resolução de mérito, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, para condenar as rés a produzir, cada uma delas, 4 (quatro) programas de televisão, com duração mínima de uma hora, cada, a título de DIREITO DE RESPOSTA às religiões de origem africana, em razão das ofensas contra elas proferidas pelas rés no Programa “Mistérios” e quadro “Sessão de Descarrego”, conforme mencionado na petição inicial deste feito, bem como a exibir tais gravações. Para a produção dos programas e suas respectivas gravações, as rés empregarão seus respectivos espaços físicos, equipamentos e pessoal técnico.

Cada um dos 4 (quatro) programas serão exibidos em duas oportunidades, em cada emissora (totalizando oito exibições por emissora ré), em horários correspondentes àqueles em que exibidos os programas em que praticadas as ofensas. As exibições dos programas deverão observar intervalo de sete dias entre uma e outra, devendo cada exibição ser precedida de pelo menos 3 (três) chamadas aos telespectadores na véspera ou no próprio dia da exibição, uma pela manhã, outra no período da tarde e outra nas primeiras horas do período noturno.

Nos termos do art. 461, do CPC, CONCEDO A TUTELA ESPECÍFICA, para que a presente decisão seja cumprida nos termos acima estabelecidos, de modo que a produção do primeiro programa deverá ocorrer dentro de 30 (trinta) dias e as exibições se iniciar em 45 dia, com término em 75 dias, tudo a contar da data da intimação desta sentença.

Nos termos do artigo 461, § 4º, do Código de Processo Civil, fixo multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por emissora por dia de atraso na produção ou exibição dos programas, ficando as rés advertidas de que a *astreinte* pecuniária ora fixada pode ser convolada em *suspensão de toda a programação da respectiva emissora pelo tempo de descumprimento desta decisão*, em caso de recalcitrância.

Custas *ex lege*.

Condeno as rés em honorários advocatícios, solidariamente, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, monetariamente corrigido, nos termos do Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

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

São Paulo, 22 de abril de 2015.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

AÇÃO PENAL

0003034-20.2011.4.03.6000

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: PAULO FLÁVIO CARVALHO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE COXIM - MS

Juiz Federal: FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/03/2015

O *Ministério Público Federal* ofereceu denúncia, aos 16.03.2011 (fls. 85-86), em face de *Paulo Flávio Carvalho*, pela prática, em tese, do delito previsto no artigo 38, “caput”, da Lei nº 9.605/98.

De acordo com a exordial (fls. 93-95), no dia 25.01.2008, por volta das 16 horas, durante fiscalização por fiscais do Instituto do Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL), na sede do Sindicato dos Policiais Cíveis de Mato Grosso do Sul (SINPOL), situado na Avenida Presidente Vargas, 420, Jardim Alvorada - Coxim, MS, presidido, à época dos fatos, por *Paulo Flávio Carvalho*, constatou-se a destruição e danificação de floresta em área de preservação permanente, sem a devida licença autorizadora. Deveras, a supressão de vegetação ocorreu para a construção de uma quadra de areia (aterro de areia), protegida por um muro de arrimo com 1,50cm de altura X 19,40cm de largura por 38m de comprimento, conforme laudo de constatação nº 00351, em uma área de aproximadamente 557m² (quinhentos e cinquenta e sete metros quadrados). Tal supressão atingiu a Área de Preservação Permanente – APP da margem direita do Rio Taquari, consoante laudo de exame de meio ambiente nº 0851/10. *Paulo Flávio Carvalho*, presidente do SINPOL, à época dos fatos, afirmou que “para a edificação nas obras na área de preservação permanente na subsede de Coxim/MS, foi encaminhado pedido ao IMASUL para a abertura do procedimento administrativo, todavia, não aguardaram o término do trâmite para a realização da obra”. O Instituto Brasileiro de Meio Ambiente dos Recursos Naturais Renováveis – IBAMA informou que “o procedimento de autorização ambiental, neste caso, é de responsabilidade do Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul – IMASUL”. Já o IMASUL informou que não há procedimento administrativo instaurado para construção de uma quadra de areia no SINPOL, em Coxim/MS. A Gerência de Meio Ambiente da Prefeitura Municipal de Coxim/MS, por sua vez, informou que, também, em sede municipal, inexistiu procedimento administrativo “para supressão vegetal no terreno situado na Avenida Presidente Vargas, 420, Jardim Alvorada, em Coxim/MS, pertencente ao Sindicato dos Policiais de Mato Grosso do Sul – SINPOL”. Ademais, o SINPOL/MS, mediante o ofício nº 534, informou que “não foi encontrada nenhuma ata cuja decisão fosse a construção de um muro de arrimo na subsede” de Coxim/MS, sendo que “a atual diretoria tomou conhecimento de suposta irregularidade ambiental naquela subsede ao receber do IMASUL o auto de infração nº 00202, acompanhado de laudo de constatação nº 00351”. Assim sendo, vê-se que Paulo Flávio Carvalho, dolosamente e ciente da ilicitude e reprovabilidade de sua conduta, destruiu e danificou floresta em área de preservação permanente, sem possuir a licença cabível para supressão vegetal. Ademais, o muro de arrimo construído a mando do denunciado impede a regeneração natural da referida área de preservação permanente.

A denúncia foi recebida aos 13.07.2011, oportunidade em que foi reconhecida a extinção da punibilidade, por força da prescrição da pretensão punitiva estatal, do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 (fls. 96 e verso).

Foi determinada a expedição de carta precatória, para realização de audiência de suspensão condicional do processo (folha 109).

O réu foi citado e intimado, pessoalmente (folha 127), e não compareceu na audiência para oferta de suspensão condicional do processo (fls. 128 e verso).

O acusado apresentou resposta à acusação (fls. 142-145).

Não se verificou nenhuma hipótese de absolvição sumária (folha 153).

As testemunhas foram ouvidas (fls. 179-182), através de carta precatória, e o réu foi interrogado, neste Juízo. Não houve requerimento de diligências complementares, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal (folha 201).

O Ministério Público Federal requereu a condenação do réu (fls. 207-213).

A defesa técnica, em alegações finais, apontou que o fato é atípico, eis que não houve destruição de floresta, propriamente dita, razão pela qual pugna pela absolvição do réu (fls. 215-221).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

Decido.

Inicialmente, é necessário consignar que não há que se cogitar de aplicação do princípio da identidade física do juiz, haja vista que o magistrado que presidiu a audiência de instrução (fls. 200-202) teve sua designação para atuar nesta Subseção Judiciária cessada, bem como tendo em consideração os termos da previsão constitucional engastada no inciso LXXVIII do artigo 5º da Lei Fundamental. Nesse sentido:

Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc.) - foi grifado.

In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

Quinta Turma

(...)

IDENTIDADE FÍSICA. JUIZ. PROCESSO PENAL.

A Turma denegou a ordem de habeas corpus, reiterando que o princípio da identidade física do juiz, aplicável no processo penal com o advento do § 2º do art. 399 do CPP, incluído pela Lei nº 11.719/2008, pode ser excetuado nas hipóteses em que o magistrado que presidiu a instrução encontra-se afastado por um dos motivos dispostos no art. 132 do CPC – aplicado subsidiariamente, conforme permite o art. 3º do CPP, em razão da ausência de norma que regulamente o referido preceito em matéria penal. Precedente citado: HC 163.425-RO, DJe 6/9/2010. HC 133.407-RS, Rel. Min. Jorge Mussi, julgado em 3/2/2011. – foi grifado.

(Informativo STJ, nº 461, de 1º a 4 de fevereiro de 2011)

Portanto, no caso concreto, é inviável a aplicação do § 2º do artigo 399 do Código de Processo Penal.

O artigo 38 da Lei nº 9.605/98 explicita que:

Art. 38. *Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente*, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção:

Pena - detenção, de um a três anos, ou multa, ou ambas as penas cumulativamente.

Parágrafo único. Se o crime for culposo, a pena será reduzida à metade – foi grifado e colocado em negrito.

Floresta, segundo definição contida na versão digital do Dicionário Aurélio, significa:

1. Formação arbórea densa, na qual, ger., as copas se tocam; mata.
2. Fig. Grande quantidade de coisas muito juntas; aglomerado, conglomerado; mata: “O rio era um lençol de barcos e bandeiras, uma floresta de mastros” (Oliveira Martins, *Portugal Contemporâneo*, I, p. 83).
3. Fig. Confusão, labirinto, dédalo: uma floresta de enganos.
4. Ecol. Ecossistema terrestre organizado em estratos superpostos (o musgoso, o herbáceo, o arbustivo e o arbóreo), o que permite a utilização máxima da energia solar e a maior diversificação dos nichos ecológicos.

Como se afere acima, floresta envolve formação arbórea densa, na qual, geralmente, as copas se tocam.

O egrégio Superior Tribunal de Justiça delimitou a extensão do elemento normativo floresta, na ementa abaixo transcrita, com os seguintes termos:

PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ART. 38, DA LEI Nº 9.605/98. EXTENSÃO DA EXPRESSÃO FLORESTA. O elemento normativo “floresta”, constante do tipo de injusto do art. 38 da Lei nº 9.605/98, é a formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa. O elemento central é o fato de ser constituída por árvores de grande porte. Dessa forma, não abarca a vegetação rasteira. (Precedentes). Habeas corpus concedido. (STJ, HC 74950, Autos nº 200700110074, Quinta Turma, Rel. Min. Félix Fischer, v.u., publicada no DJ aos 10.09.2007, p. 269)

No “laudo de exame de meio ambiente” (fls. 56-63) é indicado que o local em que houve o dano ambiental situa-se “*na área urbana do município de Coxim*” – foi grifado e colocado em negrito.

Portanto, situando-se o local do dano na área urbana do município de Coxim é forçoso concluir que *não* houve destruição ou danificação de floresta, na medida em que não se cogita de formação arbórea densa, de alto porte, na qual, geralmente, as copas se tocam.

Deve ser observado, ainda, que, para a confecção do “laudo de exame de meio ambiente”, houve a formulação de quesito específico indagando se houve destruição ou dano a floresta de preservação permanente (item V, nº 1, fls. 61-62), sendo certo que os Srs. Expertos *não* afirmaram que tenha havido destruição ou dano a floresta, mas sim de vegetação.

Na verdade, os fatos descritos na exordial amoldam-se, em tese, ao artigo 48 da Lei nº 9.605/98 (*impedir ou dificultar a regeneração natural de florestas e demais formas de vegetação: Pena - detenção, de seis meses a um ano, e multa*), eis que a construção impede ou dificulta a regeneração das demais formas de vegetação. O “laudo de exame de meio ambiente” é expresso: “a remoção da vegetação previamente existente, a construção do muro de arrimo

e o aterro impedem a regeneração natural da vegetação da área de preservação permanente no local examinado” (folha 62, resposta ao quesito nº 4).

No entanto, eventual prática do delito previsto no artigo 48 da Lei nº 9.605/98 foi atingida pela prescrição da pretensão punitiva estatal, ainda antes do oferecimento da denúncia, como se afere nas folhas 85-86 e 96-96v.

Portanto, em relação ao tipo previsto no “caput” do artigo 38 da Lei nº 9.605/98 o fato descrito na exordial é atípico, tendo em conta que não houve destruição ou dano de formação arbórea densa, de alto porte, que recobre área de terra mais ou menos extensa.

Em face do expandido, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado na vestibular, para o fim de ABSOLVER PAULO FLÁVIO CARVALHO, da imputação de prática do delito previsto no artigo 38, “caput”, da Lei nº 9.605/98, na forma dos fatos descritos na vestibular, com espeque no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Diante da sucumbência da pretensão punitiva estatal não é devido o pagamento das custas.

Após o trânsito em julgado, façam-se as comunicações e anotações pertinentes, inclusive junto ao SEDI, e, ulteriormente, arquivem-se os autos.

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

Coxim, 14 de janeiro de 2015.

Juiz Federal FÁBIO RUBEM DAVID MÜZEL

AÇÃO ORDINÁRIA **0007717-34.2011.4.03.6119**

Autor: MÁRIO JORGE DA COSTA CARVALHO

Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/04/2015

1) RELATÓRIO

MÁRIO JORGE DA COSTA CARVALHO ajuizou ação ordinária na qual pretende seja a União Federal condenada a pagar indenização por dano moral no valor de “consistente em 100 mil reais por dia contado do decreto de prisão preventiva até a efetiva revogação do mesmo, pois data vênua não se espera a hipóteses do seu indeferimento, tamanho seja o direito do autor, bem como as jurisprudências neste sentido.”, bem como indenização por dano material em razão da decretação da prisão preventiva expedido pelo Juízo da 6ª Vara Federal Criminal do Rio de Janeiro.

Relata a inicial, em síntese, que o autor foi denunciado, juntamente com outras pessoas, pela prática de crime de concussão, tendo posteriormente sido absolvido pelo juiz criminal.

Afirma que “em função disto o requerente e outro tiveram prisão preventiva decretada pelo juízo *a quo* em agosto de 2007, sendo que a do outro foi revogada por se escrivão de polícia federal, mas o requerente, por ser somente um mero advogado, este teve que ficar com a prisão decretada por anos a fio, que somente foi revogada quando foi prolatada a sentença de mérito, por que assim foi feita VONTADE DO JUIZ daquele foro, até a data de 05 de maio de 2011, data em que foi disponibilizada a R. Sentença que a revogou.”

Esclarece que “ao tomar conhecimento do decreto de prisão preventiva contra si, e visando impedir seu cumprimento por considerar ilegal e injusta a medida constritiva a ele imposta, o requerente optou por se defender sem se submeter ao mesmo, no entanto a sua decisão não deve ser tida como desrespeito ao Poder Judiciário, porquanto encontrou abrigo naquilo que já havia entendido em circunstâncias similares a nossa Suprema Corte...”.

Documentos de fls. 28/69 acompanharam a petição inicial.

Quatro apensos integram autos e trazem cópia do processo nº 0805992-56.2008.402.5101.

Justiça gratuita deferida às fls. 73.

Contestação da União Federal às fls. 80/97. Em sede de preliminar alegou a inépcia da petição inicial, a carência da ação pela impossibilidade jurídica do pedido. No mérito, sustentou a prescrição em razão do disposto no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002 e a improcedência da ação pela ausência de erro judiciário, bem como ausência de violação à lei, a irresponsabilidade do Estado por atos judiciais e inexistência de prova dos danos materiais e morais alegados pelo autor.

O autor fez juntar Laudo Psiquiátrico original às fls. 139/151.

A União juntou os documentos de fls. 155/248 relativos ao processo penal que teve curso na 6ª Vara Criminal Federal do Rio de Janeiro/RJ.

O autor apresentou impugnação à contestação às fls. 251/292 reiterando, em síntese, os argumentos da inicial.

A União apresentou rol de testemunhas às fls. 294, das quais desistiu às fls. 307.

O autor apresentou o rol de testemunhas às fls. 305/306.

A audiência de instrução se realizou conforme fls. 322/328, gravação em mídia eletrônica.

O autor fez juntar os documentos de fls. 337/436 (certificado da OAB, diploma de bacharel em Direito, cartões profissionais, inscrição CNPJ, declarações de imposto de renda 2001 a 2005, notícias de jornais sobre sua atuação profissional publicados em 1992, 1993, cópia parcial da ação penal alhures mencionada).

Às fls. 441/444, a União Federal se manifestou sobre os documentos supramencionados. Memoriais pelas partes às fls. 446/455 (Autor) e fls. 457/462 (União Federal) .

Vieram os autos conclusos.

É o relatório do necessário. Passo a decidir.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Questões Preliminares

2.1.1 Princípio da identidade física do Juiz

Apesar de não suscitado por nenhuma das partes, é necessário consignar que não há que se cogitar de aplicação do princípio da identidade física do juiz, pois o magistrado que presidiu a audiência de instrução foi removido.

Esclarecedora a lição de Nery Júnior e Rosa Maria Nery:

Afastamento do juiz. Mesmo que tenha concluído a audiência, o magistrado não terá o dever de julgar a lide se for afastado do órgão judicial, por motivo de convocação, licença, cessação de designação para funcionar na vara, remoção, transferência, afastamento por qualquer motivo, promoção ou aposentadoria. Incluem-se na exceção os afastamentos por férias, licença-prêmio e para exercer cargo administrativo em órgão do Poder Judiciário (Assessor, Juiz Auxiliar da Presidência do Tribunal de Justiça etc.) Foi grifado.

In NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria Barreto Borriello de Andrade. Código de processo civil comentado: e legislação extravagante. 10. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 392.

Nesse sentido a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ARGUMENTOS INSUFICIENTES PARA ALTERAR A DECISÃO AGRAVADA. PRINCÍPIO DA IDENTIDADE FÍSICA DO JUIZ. APLICAÇÃO ANALÓGICA DO ART. 132 DO CPC. MAGISTRADO REMOVIDO PARA ATUAR EM OUTRA VARA. HIPÓTESE QUE SE SUBSUME AS EXCEPCIONALIDADES DA LEI.

1. O agravante não apresentou argumentos novos capazes de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada, razão que enseja a negativa de provimento ao agravo regimental.

2. Em respeito ao princípio da identidade física do juiz, consagrado no sistema processual penal pátrio, a sentença deverá, de regra, ser proferida pelo magistrado que participou da produção das provas durante o processo criminal, admitindo-se, excepcionalmente, que juiz diverso o faça quando aquele estiver impossibilitado de realizar o ato em razão das hipóteses de afastamento legal narradas.

3. No caso, demonstrado que à época na qual foi prolatado o édito condenatório o magistrado responsável pela colheita da prova no curso da instrução criminal se encontrava em uma das situações excepcionais enumeradas no art. 132 do Código de Processo Civil (removido para atuar em vara cível), não se vislumbra, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, qualquer mácula na atuação de Juiz de Direito diverso para proferir sentença condenatória.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no Ag 1325827/SC, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 07/02/2013, DJe 18/02/2013)

Portanto, no caso concreto, é inviável a aplicação do artigo 132 do Código de Processo Civil.

Com efeito, não há que se falar em nulidade por incompetência do Juízo.

2.1.2 Preliminares de inépcia da inicial, impossibilidade jurídica do pedido

De início, afasto a alegação da inépcia da inicial, uma vez que, por mais que esta não tenha sido redigida seguindo a melhor técnica jurídica-redacional com exposição lógica e clara dos fatos e fundamentos jurídicos do pedido, este Juízo entende por razoavelmente atendidos os requisitos dos arts. 282 e 283, CPC.

Afasto a alegação da UNIÃO de carência da ação por impossibilidade jurídica do pedido, uma vez que o pedido do autor não encontra óbice no ordenamento jurídico pátrio.

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.

2.2 Prejudicial de Mérito: Prescrição

Não assiste razão à União quanto ao prazo de três anos previsto no art. 206, §3º, V do Código Civil de 2002.

O Superior Tribunal de Justiça já pacificou o tema em sede de recursos repetitivos, aplicando-se ao tema o disposto no art. 1º do Decreto 20.910/32 que traz o prazo quinquenal. Vejamos:

ADMINISTRATIVO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA (ARTIGO 543-C DO CPC). RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO INDENIZATÓRIA. PRESCRIÇÃO. PRAZO QUINQUENAL (ART. 1º DO DECRETO 20.910/32) X PRAZO TRIENAL (ART. 206, § 3º, V, DO CC). PREVALÊNCIA DA LEI ESPECIAL. ORIENTAÇÃO PACIFICADA NO ÂMBITO DO STJ. RECURSO ESPECIAL NÃO PROVIDO.

1. A controvérsia do presente recurso especial, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC e da Res. STJ n 8/2008, está limitada ao prazo prescricional em ação indenizatória ajuizada contra a Fazenda Pública, em face da aparente antinomia do prazo trienal (art. 206, § 3º, V, do Código Civil) e o prazo quinquenal (art. 1º do Decreto 20.910/32).

2. O tema analisado no presente caso não estava pacificado, visto que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública era defendido de maneira antagônica nos âmbitos doutrinário e jurisprudencial. Efetivamente, as Turmas de Direito Público desta Corte Superior divergiam sobre o tema, pois existem julgados de ambos os órgãos julgadores no sentido da aplicação do prazo prescricional trienal previsto no Código Civil de 2002 nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública. Nesse sentido, o seguintes precedentes: REsp 1.238.260/PB, 2ª Turma, Rel.

Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 5.5.2011; REsp 1.217.933/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 25.4.2011; REsp 1.182.973/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 10.2.2011;

REsp 1.066.063/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe de 17.11.2008; EREsp

1.066.063/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 22/10/2009). A tese do prazo prescricional trienal também é defendida no âmbito doutrinário, dentre outros renomados doutrinadores: José dos Santos Carvalho Filho (“Manual de Direito Administrativo”, 24ª Ed., Rio de Janeiro: Editora Lumen Júris, 2011, págs. 529/530) e Leonardo José Carneiro da Cunha (“A Fazenda Pública em Juízo”, 8ª ed, São Paulo: Dialética, 2010, págs. 88/90).

3. Entretanto, não obstante os judiciosos entendimentos apontados, o atual e consolidado entendimento deste Tribunal Superior sobre o tema é no sentido da aplicação do prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.

4. *O principal fundamento que autoriza tal afirmação decorre da natureza especial do Decreto 20.910/32, que regula a prescrição, seja qual for a sua natureza, das pretensões formuladas contra a Fazenda Pública, ao contrário da disposição prevista no Código Civil, norma geral que regula o tema de maneira genérica, a qual não altera o caráter especial da legislação, muito menos é capaz de determinar a sua revogação. Sobre o tema: Rui Stocco (“Tratado de Responsabilidade Civil”. Editora Revista dos Tribunais, 7ª Ed. - São Paulo, 2007; págs. 207/208) e Lucas Rocha Furtado (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Fórum, 2ª Ed. - Belo Horizonte, 2010; pág. 1042).*

5. A previsão contida no art. 10 do Decreto 20.910/32, por si só, não autoriza a afirmação de que o prazo prescricional nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública foi reduzido pelo Código Civil de 2002, a qual deve ser interpretada pelos critérios histórico e hermenêutico. Nesse sentido: Marçal Justen Filho (“Curso de Direito Administrativo”. Editora Saraiva, 5ª Ed. - São Paulo, 2010; págs. 1.296/1.299).

6. Sobre o tema, os recentes julgados desta Corte Superior: AgRg no AREsp 69.696/SE, 1ª Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 21.8.2012; AgRg nos EREsp 1.200.764/AC, 1ª Seção, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe de 6.6.2012; AgRg no REsp 1.195.013/AP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 23.5.2012; REsp 1.236.599/RR, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 21.5.2012;

AgRg no AREsp 131.894/GO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 26.4.2012; AgRg no AREsp 34.053/RS, 1ª Turma, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.5.2012; AgRg no AREsp 36.517/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe de 23.2.2012; EREsp 1.081.885/RR, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 1º.2.2011.

7. No caso concreto, a Corte *a quo*, ao julgar recurso contra sentença que reconheceu prazo trienal em ação indenizatória ajuizada por particular em face do Município, corretamente reformou a sentença para aplicar a prescrição quinquenal prevista no Decreto 20.910/32, em manifesta sintonia com o entendimento desta Corte Superior sobre o tema.

8. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1251993/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/12/2012, DJe 19/12/2012) **Negrito nosso.**

ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. AÇÃO DE REPARAÇÃO DE DANOS. ACIDENTE DE TRÂNSITO. PRESCRIÇÃO TRIENAL. INAPLICABILIDADE. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 206, § 3o., IV DO CC/2002. APLICAÇÃO DO DECRETO 20.910/32. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. AGRAVO DESPROVIDO.

1. *A Primeira Seção dessa Corte Superior de Justiça, no julgamento do REsp. 1.251.993/PR, sob o rito do art. 543-C, do CPC, firmou o entendimento de que deve ser aplicado o prazo prescricional quinquenal - previsto do Decreto 20.910/32 - nas ações indenizatórias ajuizadas contra a Fazenda Pública, em detrimento do prazo trienal contido do Código Civil de 2002.*

2. *Agravo Regimental desprovido.*

(AgRg no AREsp 108.912/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 03/04/2013) Negrito nosso.

2.3 MÉRITO

Nos presentes autos invoca-se a responsabilidade do Estado em razão de ato judicial válido, no caso, o decreto de prisão preventiva expedido contra o autor. Sustenta o autor que haveria erro judicial na determinação de sua prisão em razão de ter sido posteriormente absolvido em sentença. Ressalta que viveu foragido da data da decretação da prisão preventiva até a sua absolvição, não se apresentando à Justiça por considerar ilegal e injusta à mencionada medida judicial, sofrendo em razão disso abalo emocional e psicológico, além de interrupção de sua carreira na advocacia e desestrutura do seu núcleo familiar. Ressalta, ainda, que após a instrução processual probatória, transcorreu-se mais de dez meses para a prolação da sentença.

A prisão preventiva é uma medida cautelar prevista legalmente, sendo perfeitamente lícito que o magistrado determine a prisão de um indivíduo que posteriormente seja declarado inocente, desde que existam, no momento de sua decretação, um ou mais dos requisitos previstos no art. 312 do Código de Processo Penal, sem que isso seja causa de indenização pessoal, uma vez que o interesse público o justifica e o legítima.

A Constituição Federal de 1988 em seu art. 37, §6º prevê a responsabilidade objetiva do Estado por atos praticados por agentes públicos, todavia, a doutrina e jurisprudência resistem em reconhecer a responsabilidade do Estado na hipótese de ato lícito praticado por autoridade judicial. Isso porque a atividade jurisdicional pressupõe o conflito, e no exercício da solução do conflito necessita acolher uma das opções, analisar provas, fazer presunções, e alcançar tanto quanto possível a verdade. Formam-se juízos, portanto, nem sempre verdadeiros ou válidos, exatamente porque partem eles do livre convencimento do Juízo, atividade sobre a qual não há controle, salvo em hipóteses teratológicas, estando presentes atos de má-fé ou dolo.

Sobre os contornos jurídicos e conceituais do denominado erro judiciário a doutrina traz lições esclarecedoras. Vejamos.

O erro judiciário, lato sensu, é um *error in iudicando*. Ele freqüentemente sucede por: a) dolo do juiz, nas modalidades negligência ou imprudência; c) decisão contrária à prova dos autos (por dolo ou culpa do juiz); d) indução a erro através da juntada ou não aos autos de elemento relevante ao esclarecimento da verdade (culpa da vítima ou culpa de terceiro - exclusiva ou concorrente); e) aparecimento posterior de fatos ou elementos que venham a contradizer ou anular provas ou elementos relevantes dos autos e que influíram decisivamente na prolação da sentença, etc.

(Serrano Jr., ODONÉ. Responsabilidade Civil do Estado por Atos Judiciais, Curitiba, Juruá Editora, 1996, p. 149).

Ainda sobre erro judiciário, leciona Cavalieri Filho:

No exercício da atividade tipicamente jurisdicional podem ocorrer os chamados erros judiciais, tanto *in iudicando* com *in procedendo*. Ao sentenciar ou decidir, o juiz, por não ter bola de cristal nem o dom da adivinhação, está sujeito aos erros de julgamento e de raciocínio, de fato ou de direito. Importa dizer que a possibilidade de erros é normal e até inevitável na atividade jurisdicional.

Ora, sendo impossível exercer a jurisdição sem eventuais erros, responsabilizar o Estado por eles, quando involuntários, inviabilizaria a própria justiça, acabando por tornar irrealizável a função jurisdicional. Seria, em última instância, exigir do Estado a prestação de uma justiça

infalível, qualidade, esta, que só a justiça divina tem.

É justamente para evitar ou corrigir erros que a lei prevê os recursos, por vezes até em número excessivo. A parte agravada ou prejudicada por uma sentença injusta ou equivocada pede sua revisão, podendo chegar, neste mister, até a Suprema Corte. Mas, uma vez esgotados os recursos, a coisa julgada se constitui em fator inibitório da responsabilidade do Estado, que tudo fez, dentro das possibilidades humanas, para prestar uma justiça justa e correta. (in Programa de Responsabilidade Civil. 10.ed. SP: Atlas, 2012. p.292)

O suposto erro judiciário sustentado pelo autor se refere ao fato de ter sido decretada sua prisão preventiva em sede da ação penal nº 2008.51.01.805992-0 (desmembrado do processo nº 2006.51.01.513766-1) e esta ter perdurado até a prolação da sentença, em 03 de maio de 2011, quando o autor e os demais denunciados foram absolvidos na forma do art. 386, VII do CPP e no mesmo ato foi revogada a medida cautelar de prisão.

Todavia, relevante para o entendimento do ponto controvertido é que o autor não se apresentou à Justiça para responder o processo. O próprio autor afirma na petição inicial e em audiência que fugiu e se escondeu para não ser preso preventivamente e buscou, na condição de foragido da justiça, a revogação da prisão preventiva o que foi negado em diversas vezes nas instâncias judiciais superiores (Tribunal Regional Federal da 2ª Região e Superior Tribunal de Justiça).

No relatório da sentença (fls. 397/436), bem como da análise do processo criminal em apenso percebe-se a incessante busca na localização do autor o que em muito contribuiu para o próprio retardamento da instrução penal (exemplo Apensos fls. 511 e 514/515, 735/737, 744), bem como justificou a manutenção da prisão preventiva. Também do relatório da sentença e da cópia anexa do processo (apensos), verifica-se que a defesa do autor no processo penal alhures mencionado foi tumultuada pela troca de advogados, pela ausência do advogado constituído em audiência (exemplo apensos fls. 551/552, fls. 553/554, fls. 555), o que este Juízo entende também ter contribuído para o retardamento do deslinde na esfera do juízo criminal federal fluminense.

A Constituição Federal de 1988 garante em seu art. 5º, LXXV, que:

Art. 5º (...)

LXXV. O Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado em sentença.

Dessa forma, deve-se analisar se existiram razões para que se mantivesse a medida da prisão preventiva, e se a suspeita levantada em face do autor era fundada.

A análise da denúncia (fls. 380/388) e das decisões judiciais relativas à prisão cautelar (exemplo Apensos fls. 53/61, 81/86, 360, 422, 450, 452, 464, 499, 500, 502, 516/519, 559/543, 607, 611, 624/632, 671, 735/737, 744) não traz qualquer elemento em razão dos quais se pode afirmar que houve culpa e/ou dolo e/ou erro, hábeis a ensejar indenização por erro judiciário. Todas as decisões são absolutamente motivadas e em consonância como conjunto probatório apresentado à época, bem como pelo fato do autor ter se evadido da justiça, sendo o ônus probatório do autor nos termos da dicção do art. 333, I do Código de Processo Civil.

Sobre a demora na prolação da sentença, as informações prestadas às fls. 916/923 (apenso 03) pela Juíza Federal Substituta da Justiça Federal fluminense esclarece todo o *iter* processual, bem como a dificuldade causada pela própria defesa do autor que acabou em tumultuar e retardar a duração razoável do processo.

Vale frisar, que à página 20 do relatório da sentença de absolvição (fls. 401 dos presentes autos) traz a informação sobre a revogação da prisão preventiva do corréu Carlos Alberto Araújo. Confirmando o entendimento deste Juízo que um dos motivos a justificar a manutenção da medida cautelar em relação ao autor foi o fato deste ficar foragido durante toda a instrução processual penal.

Como o autor estava envolvido nos fatos e se encontrava foragido da justiça, mesmo que ao final tenha sido absolvido por falta de provas suficientes para condenação, não se pode afirmar que a decretação da prisão preventiva foi decorrente de um erro, uma vez que seu envolvimento nos fatos, até posterior investigação, apresentava fortes indícios da prática criminosa.

Analisando o trecho da sentença que absolveu o autor, verifica-se que o juiz criminal não declarou sua absoluta inocência, mas tão somente considerou a ausência de provas suficientes para condenação, agraciando-o com o benefício da dúvida, (fls.434/435 dos presentes autos, páginas 54 e 55 da sentença), *in verbis*:

Ainda que se pudesse vislumbrar o crime de concussão na atitude do réu MÁRIO JORGE DE CARVALHO, que teria escrito em um papel os dizeres “100%” e “DRACO 100%”, o fato é que não passa de uma vaga suposição, imaginar que o réu possuía meios de interferir na condução das investigações iniciadas tanto na DELFAZ como na DRACO. Não há nos autos um suporte probatório suficiente a comprovar o conluio entre o réu MÁRIO JORGE CARVALHO e os demais a fim de praticar o tipo previsto no artigo 316 do CP.

Também não passa despercebido ao Juízo, conforme já mencionado acima, a existência de sérias irregularidades administrativas na condução do IPL nº 2167/2005. Contudo, somente a existência dessas irregularidades (sobre as quais os dois primeiros acusados responderam processo administrativo disciplinar), ainda que aliadas ao fato de o acusado MARIO JORGE ter supostamente indicado que eventual acordo cível poderia ter reflexos na esfera criminal, não comprova, de modo suficiente, que houve exigência de vantagem ilícita por parte dos acusados, mormente porque nenhuma das testemunhas, nem mesmo a apontada “vítima” da exigência ilícita, afirmou que tenha havido tal exigência.

Com efeito, não se verifica a ocorrência do erro judiciário quanto à decretação e manutenção da prisão preventiva do autor em razão de sua posterior absolvição, uma vez que a prisão foi medida necessária para a investigação dos fatos, bem como pelo fato do autor ter se mantido foragido da justiça durante todo o período.

Sobre a responsabilidade por ato jurisdicional cautelar necessária a lição de Cavalieri Filho:

Também aqui, por se tratar de ato judicial típico, efetivo exercício da função jurisdicional, entendemos que o Estado só poderá ser responsabilizado *se ficar provado o erro judicial, o abuso de autoridade, a ilegalidade do ato, não bastasse a mera absolvição por falta de prova*. Decretada a medida nos termos e nos limites, não há como responsabilizar o Estado, ainda que gravosa ao seu destinatário, porque não há nenhuma ilicitude no ato. O direito e o ilícito são antíteses absolutas – um exclui o outro: onde há ilícito não há direito; onde há direito não existe ilícito. Vem daí o princípio que não considera ilícito o ato praticado no regular exercício de um direito, nem no estrito cumprimento do dever legal. Há que entender-se, então, que a responsabilidade do Estado, de que trata o art. 37, §6º, da Constituição, só é de admitir-se nas hipóteses de atos eivados de alguma ilicitude. O Estado só responde por atos lícitos nos casos expressamente previstos na Constituição e na lei. *Não vemos, por isso, fundamento para responsabilizar o Estado pela prisão preventiva, regularmente decretada, mormente porque essa prisão tem respaldo na própria Constituição, em seu art. 5º, LXI. E ainda que*

sobrevenha absolvição do preso por falta de prova, não tem essa decisão, por si só, o condão de transmudá-la em ato ilegal, capaz de respaldar pretensão indencizatória.
(in Programa de Responsabilidade Civil. 10.ed. SP: Atlas, 2012. p.295.) **Negrito nosso.**

Neste sentido é a jurisprudência do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL POR ATO JURISDICIONAL. SENTENÇA PENAL CONDENATÓRIA. ABSOLVIÇÃO EM SEDE RECURSAL POR AUSÊNCIA DE PROVAS. PRINCÍPIO DO LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. ART. 155, CPP. DANO MORAL NÃO CONFIGURADO.

O C. STF já se manifestou no sentido de não se aplicar a teoria da responsabilidade objetiva para a atividade judicial, salvo nos casos expressamente previstos em lei.

Consoante pacificada orientação jurisprudencial e doutrinária quanto à valoração da prova penal, vigora, no ordenamento processual brasileiro, o sistema do livre convencimento motivado, que encontra, inclusive, fundamento no art. 93, IX, da CF/1988.

O juiz formará sua convicção pela livre apreciação das provas, tendo liberdade em valorá-las conforme sua consciência. Contudo, resta evidente sua vinculação às provas produzidas nos autos, na busca da verdade real.

A Constituição Federal garante ao condenado o direito à indenização, na hipótese de prisão por erro judiciário ou por ter permanecido preso além do tempo fixado na sentença penal condenatória (art. 5º, LXXV, da CF/88).

Na sentença condenatória, não se verifica qualquer má-fé ou abuso de autoridade do juiz, nem mesmo erro do judiciário que justifique o pedido de danos morais.

Conduzido o processo crime em observância ao devido processo legal, a posterior absolvição do autor, em grau de recurso, não torna a sentença reformada em ilegal ou eivada de erro judiciário.

Corrobora com tal argumentação o fato de a absolvição do autor ter decorrido da ausência de provas e não de inexistência do crime ou não configuração da autoria, reforçando a idéia de que a discussão da presente demanda cinge-se estritamente à valoração probatória.

Apelação a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, AC 0000434-12.2000.4.03.6000, Rel. JUIZ CONVOCADO RUBENS CALIXTO, julgado em 17/12/2009, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/01/2010 PÁGINA: 204) **Negrito nosso.**

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTES os pedidos da parte autora e extingo o processo com julgamento do mérito (art. 269, I, CPC), entendo que não ocorreu o alegado erro judiciário quanto à prisão preventiva, recebimento de denúncia e posterior absolvição por ausência de provas.

Condene o autor no pagamento das custas processuais e em honorários advocatícios fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa, devendo iniciar a execução apenas quando cessar o estado de miserabilidade do autor, beneficiário da assistência judiciária gratuita.

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

Guarulhos, 27 de fevereiro de 2015.

Juíza Federal Substituta CAROLINE SCOFIELD AMARAL

AÇÃO ORDINÁRIA

0019796-05.2011.4.03.6100

Autora: SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA.

Rés: UNIÃO FEDERAL E AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA - ANCINE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 17ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: MARCELO GUERRA MARTINS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 27/04/2015

Trata-se de ação ordinária promovida por SKY BRASIL SERVIÇOS LTDA. em face da UNIÃO FEDERAL e da ANCINE – AGÊNCIA NACIONAL DO CINEMA, com pedido de antecipação da tutela, cujo objetivo é o reconhecimento judicial da não sujeição da autora ao preceituado nos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011, tudo conforme os fatos e fundamentos jurídicos constantes da exordial.

A inicial veio acompanhada de documentos (fls. 38/283). Contestação da ANCINE às fls. 291/311 e da União às fls. 352/373v. Houve réplica (fls. 430/456). Às fls. 466 decidiu-se pela desnecessidade de perícia requerida pela autora, o que gerou o agravo retido de fls. 481/482. Manifestação do MPF às fls. 493/502. O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (fls. 626/627), tendo ocorrido reforma parcial perante o E. TRF da 3ª Região (fls. 676/677). Vieram os autos conclusos para prolação da sentença.

É o relatório, no essencial. Passo a decidir.

I – DAS PRELIMINARES

Tanto a União quanto a ANCINE são partes legítimas para figurarem no polo passivo da lide.

Por primeiro, tendo a petição inicial apresentado causa de pedir acoplada a pedido expresso de reconhecimento – *incidenter tantum* – da inconstitucionalidade dos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011, resta configurada a legitimidade passiva *ad causam* da União, dados os reflexos na esfera jurídica das partes a ser perpetrados pela declaração perseguida em caso de procedência da demanda.

A ANCINE, como órgão fiscalizador das atividades desenvolvidas pela autora (arts. 2, XI, 12 e 13, todos da Lei 12.485/2011), também possui legitimidade passiva, dada a possibilidade de atos concretos serem praticados pela autarquia em caso de descumprimento da legislação atacada na exordial. Com efeito, a autora adquire “pacotes de canais” e os distribui aos assinantes por meio de sinais eletrônicos.

Conforme a legislação aplicável:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

XI - Empacotamento: atividade de organização, em última instância, de canais de programação, inclusive nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado, a serem distribuídos para o assinante;

Art. 12. O exercício das atividades de programação e empacotamento é condicionado a credenciamento perante a Ancine.

Art. 13. As programadoras e empacotadoras credenciadas pela Ancine deverão prestar as informações solicitadas pela Agência para efeito de fiscalização do cumprimento das obrigações de programação, empacotamento e publicidade.

E, a possibilidade de serem aplicadas sanções encontra-se prevista nos arts. 35 e 36, ambos da Lei 12.485, *in verbis*:

Art. 35. O não cumprimento do disposto nesta Lei por prestadora do serviço de acesso condicionado implicará a aplicação das penalidades previstas na Lei nº 9.472, de 16 de julho de 1997.

Art. 36. A empresa no exercício das atividades de programação ou empacotamento da comunicação audiovisual de acesso condicionado que descumprir quaisquer das obrigações dispostas nesta Lei sujeitar-se-á às seguintes sanções aplicáveis pela Ancine, sem prejuízo de outras previstas em lei, inclusive as de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa, inclusive diária;

III - suspensão temporária do credenciamento;

IV - cancelamento do credenciamento.

Ao contrário do que argumenta a União em sua defesa, há interesse de agir, sendo que a via eleita pela autora é adequada. Destaco que o controle de constitucionalidade perseguido na inicial não é meramente abstrato, ao contrário.

Da leitura da causa de pedir verifica-se que a autora teme pelos ônus financeiros que lhe advirão em face da legislação impugnada. Logo, há fatos e circunstâncias concretas envolvidas na solução da lide e que se ligam diretamente à esfera jurídica da demandante.

Não havendo outras questões preliminares a serem dirimidas, passo à análise do mérito.

III – DO MÉRITO

Em síntese, nos termos preceituados pelos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011:

(i) dos pacotes ofertados pela autora aos assinantes, a cada três canais, ao menos um canal deverá ser brasileiro de espaço qualificado¹;

(ii) da parcela mínima de canais brasileiros, pelo menos um terço deverá ser programado por programadora brasileira independente, até o limite de doze canais no espaço ofertado;

(iii) dos referidos canais brasileiros, ao menos dois deverão veicular, no mínimo, doze horas diárias de conteúdo audiovisual brasileiro produzido por produtora brasileira independente, três das quais em horário nobre;

(iv) a programadora de pelo menos um dos canais de que trata o item acima não poderá ser controlada, controladora ou coligada a concessionária de serviço de radiodifusão de sons e imagens;

(v) nos pacotes em que houver canal de programação gerado por programadora brasileira que possua majoritariamente conteúdos jornalísticos no horário nobre, deverá ser ofertado pelo menos um canal adicional de programação com as mesmas características no mesmo

¹ Segundo o art. 2º da Lei 12.485, canal brasileiro de espaço qualificado é aquele que, cumulativamente: seja programado por programadora brasileira; veicule majoritariamente, no horário nobre, conteúdos audiovisuais brasileiros que constituam espaço qualificado, sendo metade desses conteúdos produzidos por produtora brasileira independente e, ainda, não possua acordo de exclusividade que impeça sua programadora de comercializar, para qualquer empacotadora interessada, os direitos de sua exibição ou veiculação.

pacote ou na modalidade avulsa de programação, sendo que as respectivas programadoras não poderão deter relação de controle ou coligação entre si;

(vi) no mínimo dez por cento dos conteúdos ofertados pela autora deverão ser brasileiros.

Segundo apregoa a petição inicial, as obrigações descritas, ao determinarem a adoção do que a autora denomina de “quotas de programação”, ferem os princípios constitucionais da livre iniciativa (na modalidade da liberdade de atividade econômica), da razoabilidade e da proporcionalidade (ao promoverem uma excessiva intervenção da Administração no serviço privado), criam ilegítima reserva de mercado que embaraça a livre concorrência, viola direito dos consumidores, desrespeita o art. 220, §3º da Constituição (liberdade dos meios de comunicação) e discrimina as atividades exercidas por empresas brasileiras que parte do respectivo capital seja estrangeiro.

Desde logo, afasto as alegações de que as “quotas de programação” impugnadas na exordial violam direitos dos consumidores. Pode até ser que violem, todavia, não é possível à autora defender em nome próprio direito alheio (dos consumidores), a teor do art. 6º do Código de Processo Civil, cuja redação é bastante clara, *in verbis*:

Art. 6º Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Quiçá, desde que observadas as regras para a legitimação ativa, por meio da competente ação coletiva pudessem tais alegações ser consideradas pelo Poder Judiciário, mas não na via estreita da demanda que ora se julga.

Pelo mesmo motivo (defesa em nome próprio de direito alheio) afasto as alegações de criação de ilegítima “reserva de mercado” e discriminação da lei em favor de empresas de capital nacional.

Com efeito, no que concerne ao mercado explorado pela autora, as “quotas” combatidas não afetam o seu *market share*, uma vez que a obrigação foi igualmente imposta a todas as empacotadoras de canais por assinatura. Se problema de concorrência há, mas aí já fora da órbita de legitimidade da autora para litigar, é em relação às empresas produtoras e programadoras, dependendo da origem do respectivo capital (nacional/ estrangeiro).

Prosseguindo, é certo que a iniciativa privada, para bem operar, depende de um ambiente institucional favorável, ou seja, em que exista segurança jurídica e respeito à propriedade e aos contratos. É que, existindo tais condições favoráveis, o potencial investidor consegue realizar um cálculo mais preciso acerca da alocação de riscos que está disposto a incorrer.

O contrário também é verdadeiro, ou seja, ambientes inseguros, imprevisíveis, em que os ônus para exercer determinada atividade sejam excessivos, inibem o crescimento da economia, ou, dependendo da hipótese, promovem a retração dos agentes de mercado o que culmina em indesejável recessão.

Economia saudável e, sobretudo, em expansão é essencial ao desenvolvimento de qualquer país, visto não apenas como o aumento da renda *per capita*, mas principalmente como o atingimento de elevados índices de desenvolvimento humano (por exemplo, IDH superior a 8, segundo a classificação da ONU).

Todavia, o crescimento econômico é um forte pressuposto do desenvolvimento. Conforme bem coloca Nali de Jesus de Souza, não se pode esquecer que “Maiores índices de educação e de longevidade *dependem do crescimento econômico*” (*Desenvolvimento econômico*. 5ª ed.,

Atlas, 2008, 18, grifei).

De fato, ainda segundo a autora citada:

um ambiente sócio-econômico desfavorável constitui um entrave ao desenvolvimento econômico. Instituições precárias e contrárias ao espírito capitalista dos negócios inibem os investimentos e incentivam a fuga de capitais para outros países. Aumentando os riscos dos negócios, reduz-se o diferencial entre a taxa de retorno dos investimentos e a taxa de retorno considerada mínima, inviabilizando a acumulação de capital. Ao contrário, instituições favoráveis estimulam o crescimento econômico (ob.cit. p. 299).

Em toada semelhante, merecem ser transcritas as preclaras palavras Amartya Sen, Prêmio Nobel de Economia de 1998 e prestigiado estudioso da questão do desenvolvimento:

*Ser genericamente contra os mercados seria quase tão estapafúrdio quanto ser genericamente contra a conversa entre as pessoas (ainda que certas conversas sejam claramente infames e causem problemas a terceiros – ou até mesmo aos próprios interlocutores). A liberdade de trocar palavras, bens ou presentes não necessita justificação defensiva com relação a seus efeitos favoráveis mais distantes; essas trocas fazem parte do modo como os seres humanos vivem e interagem na sociedade (a menos que sejam impedidos por regulamentação ou decreto). A contribuição do mecanismo de mercado para o crescimento econômico é obviamente importante, mas vem depois do reconhecimento da importância direta da liberdade de troca – de palavras, bens, presentes (*Desenvolvimento como liberdade*. 7ª reimp. São Paulo: Cia. das Letras, 2008, p. 21).*

Portanto, é muito provável que o constituinte originário, ciente das vantagens que o sistema de trocas em mercado é capaz propiciar, com inequívoca contribuição para o desenvolvimento, garantiu direitos como a propriedade (art. 5º, XXII), a liberdade de exercício de profissão e atividade econômica (art. 5º, XIII e 170, *caput*, inciso II, e parágrafo único) e a livre concorrência (art. 170, IV).

Evidentemente, em tempos de *Welfare State*, isso é, superadas as épocas do liberalismo clássico do século XIX e início do XX, *a atividade econômica deve ser desenvolvida em harmonia com outros valores sociais de grande relevo*, tais como a defesa do consumidor e do meio ambiente, a busca pela redução das desigualdades sociais e regionais e do pleno emprego (art. 170, V, VI, VII, VIII da CF/88). Por isso é que, em certas hipóteses, ou seja, diante do que a doutrina econômica denomina de “falhas de mercado” (identificadas logo adiante), a intervenção do Estado é legítima e, sobretudo, necessária.

Acontece, e me parece tolice negar, que existe uma *conexão diretamente proporcional entre a capacidade do Estado de fazer cumprir a Constituição* (notadamente naquilo em que lhe são incumbidas competências de agir – os direitos sociais) *e o volume de riqueza gerado por uma sociedade* (leia-se, o tamanho da economia), com a correspondente capacidade social de contribuir (por meio dos tributos) em prol do bem comum.

Nessa banda, como bem preleciona Marcus Faro de Castro, “o atendimento dos direitos sociais depende da despesa estatal, que, a seu turno, requer a existência de receita fiscal compatível”. (Instituições econômicas: evolução de seus elementos constitucionais na sociedade de mercado. *Revista de Direito Empresarial*, nº 06, jul./dez. de 2006, p. 51).

Logo, quanto maior for a economia de determinado país, presume-se que mais abastecido estará o Tesouro do Estado que, então, poderá melhor desempenhar suas competências constitucionais. Na colocação de José Casalta Nabais:

(...) só o florescimento da economia, no seu todo e nas suas componentes, preenche o pressuposto para o estado de obter as receitas fiscais necessárias ao financiamento de suas tarefas. Daí que a “economização” da tributação esteja, ao fim e ao cabo, ao serviço da própria obtenção de receitas, e a função económica da tributação *prima facie* extrafiscal tenha assim carácter fiscal (*O dever fundamental de pagar impostos*. Coimbra: Almedina, 1998, p. 234).

Em resumo, o que se quer dizer é que qualquer regulação legal que venha disciplinar ou restringir a livre iniciativa deve considerar o que acima foi dito, de maneira a sempre pautar-se pelos *princípios constitucionais da razoabilidade e da proporcionalidade*, sob pena da sociedade como um todo sair perdendo por causa da inibição da atividade económica.

Afinal de contas conforme assevera Luís Eduardo Schoueri, “o modelo de Estado intervencionista, antes de ser uma rejeição da concepção liberal, revela-se como evolução deste, já que um e outro adotam a mesma crença no mecanismo de mercado” (*Normas tributárias indutoras e intervenção econômica*. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 73), ou, nas palavras de Eros Roberto Grau, “Essa sua atuação, contudo, não conduz à substituição do sistema capitalista por outro. (...) O sistema capitalista é assim preservado, renovado sob *diverso regime*” (*A ordem econômica na Constituição de 1988*. 4ª ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 28).

Aqui não se está colocando em pauta o serviço público, mesmo quando prestado por agente privado sob regime de concessão. Evidentemente, a intervenção estatal nessas hipóteses é de ser muito mais amplamente tolerada. A própria legislação assim prevê. Portanto, deve o agente privado “pensar duas vezes” antes de assumir o exercício de determinado serviço público, dadas as normais e esperadas ingerências governamentais que advirão.

No entanto, o serviço prestado pela autora (empacotamento de canais por assinatura) não pode ser qualificado como público, não sendo suficiente para tal qualificação o simples fato de o serviço em apreço necessitar de prévia autorização pelo Poder Público. Ora, diversos outros serviços também necessitam de tal chancela (por exemplo, os táxis), mas nem por isso são considerados serviços públicos em termos jurídicos.

É a lei que, em obediência aos preceitos constitucionais, pode qualificar determinado serviço como sendo público. *In casu*, a própria Lei 12.485/2011 (art. 2º, XXIII) considera o serviço de empacotamento como sendo NÃO público. Logo, à evidência, trata-se de serviço privado, ainda que de interesse coletivo. Com efeito:

Art. 2º Para os efeitos desta Lei, considera-se:

(...)

XXIII - Serviço de Acesso Condicionado: *serviço de telecomunicações de interesse coletivo prestado no regime privado*, cuja recepção é condicionada à contratação remunerada por assinantes e destinado à distribuição de conteúdos audiovisuais na forma de pacotes, de canais nas modalidades avulsa de programação e avulsa de conteúdo programado e de canais de distribuição obrigatória, por meio de tecnologias, processos, meios eletrônicos e protocolos de comunicação quaisquer (grifei).

Não se trata, é bom que se esclareça, do serviço público de radiodifusão sonora, e de sons e imagens objeto do art. 21, XII, “a”, da Constituição de 1988. Aliás, isso fica bem estipulado no §1º do art. 1º da Lei 12.485/ 2011:

Parágrafo único. Excluem-se do campo de aplicação desta Lei os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, ressalvados os dispositivos previstos nesta Lei que expressamente façam menção a esses serviços ou a suas prestadoras.

Por conseguinte, em se tratando de serviço privado (não público, portanto), a intervenção estatal somente deve ser admitida quando o objetivo for neutralizar uma das denominadas falhas de mercado, a saber: rigidez de fatores², assimetria de informação³, concentração econômica⁴, externalidades⁵ e a utilização de bens coletivos⁶.

Ademais, a liberdade econômica costuma andar de mãos dadas com a liberdade política de um povo, elemento indispensável e pedra angular do tão ansiado Estado Democrático de Direito. De fato, conforme constatado pelo já citado Amartya Sen, “há fortes indícios de que as liberdades econômicas e políticas se reforçam mutuamente, em vez de serem contrárias umas às outras (como às vezes se pensa)”.

Portanto, não é difícil concluir que fora das falhas de mercado acima descritas, a intervenção estatal sobre a iniciativa privada é presumivelmente nociva.

Ocorre que, em meu sentir, as obrigações objeto dos arts. 17, 18 e 19 da Lei 12.485/2011 não estão relacionadas com a neutralização de uma das falhas acima identificadas.

-
- 2 Por exemplo, mercados que negociem bens cuja confecção encontre acentuada dificuldade para reagir aos estímulos, tanto para majoração, quanto para refreamento da produção, carecem da inserção de mecanismos capazes de minimizarem essa letargia, tais como, por exemplo, uma CIDE (Contribuição de Intervenção no Domínio Econômico), nos moldes autorizados pelo art. 149 da Constituição de 1988, a ser exigida periodicamente dos agentes envolvidos, com o intuito de, posteriormente, em casos de necessidade, financiar ações que visem neutralizar os desequilíbrios que naturalmente surgem ao longo do tempo (v.g. empréstimos a juros reduzidos cujos recursos devam ser destinados a modernizar as técnicas produtivas, subsídios para que consumidores adquiram produtos a preços mais baixos, instituição e sustento de um órgão governamental – agência regulatória – específica para cuidar de determinado setor, etc.).
- 3 É esperado que na maioria dos produtos vendidos ao público em geral (v.g. remédios, alimentos, roupas, cigarros, eletrodomésticos, produtos para faxina) o fabricante conheça com elevada precisão as efetivas propriedades daquilo que oferta, bem como eventual potencial danoso. Na assertiva de Elizabeth Farina: “Se compradores e vendedores não dispuserem de informações necessárias para tomar suas decisões corretamente, o modelo de concorrência perfeita não funciona como previsto. Entretanto, a maioria dos consumidores não têm consciência dos efeitos associados ao consumo de certos produtos” (*Competitividade: mercado, estado e organizações*. São Paulo: Singular, p. 117). Portanto, face à notória desigualdade de informações nesses casos, é que normas como o Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90) trazem preceitos destinados a coibir – ou ao menos minimizar - a propaganda enganosa, bem como para obrigar o fabricante a indicar, nas embalagens, extensos dados acerca do produto posto à venda, tais como: prazo de validade, perigos potenciais, número de calorias, ingredientes, composição, maneiras de conservar, instruções de operação, etc.
- 4 Trata-se dos monopólios e oligopólios, eventos que podem influir no equilíbrio do mercado. Conforme ensina Fábio Nusdeo, o bom funcionamento do mercado requer “um número razoavelmente elevado de compradores e vendedores em interação recíproca, e nenhum deles excessivamente grande ou importante” (*Curso de economia*. 4ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 149). Em realidade, segundo Vasco Rodrigues “em concorrência perfeita as empresas conseguem apenas um lucro normal. Esta não é, portanto, uma alternativa interessante para o monopolista. É preferível vender uma quantidade menor por um preço mais elevado” (*Análise econômica do direito*. Coimbra: Almedina, 2007, p. 162). Na lição de Richard Posner, um efeito decorrente da concentração é “fazer com que alguns consumidores satisfaçam suas demandas por substituição a bens cuja produção seja mais custosa para a sociedade (...) O custo adicional é um desperdício para a sociedade” (*El análisis económico del derecho*. 2ª ed. Trad. para o espanhol de Eduardo L. Suárez. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, p. 435).
- 5 As externalidades, segundo André F. C. Coelho, são “a tendência dos agentes econômicos de excluir a própria responsabilidade por todos os custos necessários à sua produção e de, por outro lado, procurar apropriar-se das vantagens, por circunstâncias provocadas por terceiros” (A necessária interação entre o direito e a economia diante da regulação do Estado na ordem econômica. *Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, nº 27, 2007, p. 196). Um exemplo clássico é a poluição gerada por determinada indústria.
- 6 O bem coletivo possui duas características marcantes, conforme Vanessa Borati tais bens são “não excludentes”, isso é, não é possível afastar alguém de desfrutá-lo, e também são “não rivais”, pois o seu consumo pode ocorrer simultaneamente por mais de uma pessoa (*Economia para o direito*. Barueri: Manole, 2006, p. 73/74). Exemplo clássico é a defesa nacional, comodidade promovida pelo Estado que beneficia a todos residentes ao mesmo tempo. Noutro giro, a extinção de uma praga que afete determinada lavoura se caracteriza da mesma maneira, uma vez que os benefícios dessa empreitada se estendem a todos os agricultores, não sendo possível excluir quem quer que seja. Logo, ante a possibilidade de um comportamento “carona livre”, é normal não haver grande incentivo para os particulares investirem preciosos recursos em pesquisas e outras tarefas afins com esse tipo de desiderato. Fato é que, segundo Fábio Nusdeo, “Uma economia fundada apenas no mercado tenderá a discriminar fortemente os bens coletivos e a exagerar a produção de bens exclusivos” (ob.cit., p. 164).

Com efeito, a implantação das “quotas de programação” em nada modifica a rigidez de fatores experimentada pelas empresas empacotadoras como a autora, não melhora a qualidade (e quantidade) das informações dos assinantes acerca dos serviços recebidos, não influi no nível de concentração econômica do mercado em referência, não arrefece eventuais externalidades geradas pelas empacotadoras, nem visa suplantiar desincentivos de operação/ inovação em decorrência da utilização de bens coletivos (não excludentes e não rivais).

E, se assim é, trata-se de intervenção excessiva do Poder Público sobre o domínio privado, o que, por conseguinte, autoriza o reconhecimento *incidenter tantum* da inconstitucionalidade dos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485.2011, por não se compatibilizarem com o direito de exercício de atividade econômica (art. 170, parágrafo único, da Constituição de 1988).

A atuação corretiva do Poder Judiciário em hipóteses que tais, na qualidade de intérprete último da Constituição, é legítima. Aliás, em diversas ocasiões, o Supremo Tribunal Federal afastou obrigações tributárias impostas por lei, mas consideradas pela Corte como excessivas (ADIN’s nºs 1.075, 2.010 e 2.551). O mesmo raciocínio aqui é aplicado, afinal: *ubi eadem est ratio, ibi jus*.

Dentro dessa conjuntura, a atividade administrativa de fomento em benefício das produtoras nacionais não pode ser financiada, ainda que parcialmente, pelas empresas empacotadoras. Se há interesse público em incentivar tal segmento de empresas, inclusive com vistas à preservação do aventado “caráter nacional” das produções, então outros instrumentos devem ser colocados em prática (v.g. tributação favorecida, linhas de crédito a juros reduzidos, etc.).

Mas, o que não me parece razoável é impingir parte dessa conta à autora que, operando serviço de cunho nitidamente privado, deve ter ampla liberdade na escolha dos canais a serem ofertados aos respectivos assinantes, dentro de uma estratégia empresarial para exercer a concorrência com as demais empacotadoras.

Muito além de se estar reverenciando direitos individuais como, por exemplo, a liberdade de exercer atividade privada com fins de lucro, nunca é demais repetir que o nível de liberdade econômica influi e está relacionado com o tamanho do PIB e, por conseguinte, relaciona-se com o volume de tributos arrecadados, além de andar de mãos dadas com o não menos relevante nível de liberdade política de um povo.

Prosseguindo, tenho que o previsto no §3º do art. 222 da Constituição de 1988 não beneficia as teses apresentadas pelas demandadas. Nos termos do aludido dispositivo:

§ 3º Os meios de comunicação social eletrônica, independentemente da tecnologia utilizada para a prestação do serviço, deverão observar os princípios enunciados no art. 221, na forma de lei específica, que também garantirá a prioridade de profissionais brasileiros na **execução** de produções nacionais (grifei).

Ainda que se admita seja o preceito aplicável às empacotadoras (em face da expressão “comunicação social eletrônica”), a prioridade a ser garantida aos profissionais brasileiros reside *na execução de produções nacionais e não na respectiva exibição*. A execução, *in casu*, significa a preparação, a confecção, o fazimento. São medidas que obviamente antecedem a exibição que, dependendo do caso, pode até não ocorrer. Assim, a lei deve prever medidas para que, nas produções nacionais, tenham profissionais brasileiros prioridade em detrimento dos estrangeiros.

Por fim, antes de finalizar, registro menção elogiosa ao trabalho apresentado pela defesa, tanto por parte dos procuradores da União, quanto pelos da Ancine, que muito se empenharam

na construção de argumentos claros, lógicos, persuasivos e concatenados com os interesses que defenderam nos autos. Todavia, a demanda é procedente.

III – DO DISPOSITIVO

Por tais razões, JULGO PROCEDENTE a presente ação para afastar da órbita jurídica da autora as disposições e obrigações objeto dos arts. 17, 18 e 19, todos da Lei 12.485/2011. Como consequência, condeno a parte ré na verba honorária que fixo em 10% (dez por cento) sobre o valor dado à causa (§§ 3º e 4º do art. 20 do CPC), obrigação essa a ser dividida de modo igual entre cada demandada. Custas *ex lege*.

Oportunamente, remetam-se os autos ao E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região para reexame necessário.

P.R.I.

São Paulo, 16 de abril de 2015.

Juiz Federal MARCELO GUERRA MARTINS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0000515-60.2012.4.03.6316

Autor: ANTÔNIO BOTEGA

Ré: UNIÃO FEDERAL (AGU)

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL ADJUNTO DE ANDRADINA - SP

Juiz Federal: FELIPE RAUL BORGES BENALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2015

1. RELATÓRIO

ANTÔNIO BOTEGA (RG nº 4.974.624-8; C.P.F. nº 312.289.418-15) promoveu a presente demanda em face da UNIÃO visando compeli-la à pagar indenização por danos morais em razão de constrição bancária que sofrera em razão de confusão com homônimo, com diferente número de CPF, que seria reclamado em Reclamação Trabalhista. Informa que seu número de CPF foi indicado para fins de constrição junto ao sistema BacenJud em 10/11/2011 por equívoco e que, para debelar tal situação, percebera despesas várias, além de ficar impedido de realizar movimentações bancárias em razão do fato.

Devidamente citada da propositura da demanda e intimada a respondê-la, a União contestou a pretensão inicial, alegando basicamente:

a) o reclamado na Reclamação Trabalhista nº 0045600-70.1999.5.15.0120 usava duas grafias para seu sobrenome, ora aparecendo como “Boteca” ora aparecendo como “Botega”, razão pela qual seria impossível utilizar o cruzamento de dados com a Receita Federal porquanto naquele órgão a grafia de seu nome era “Boteca”, o que sugeriria que seria terceira pessoa e não o próprio reclamado;

b) inexistência de prejuízo porque desde a constrição e a liberação passou-se tempo exíguo, entre 10/11/2011 e 28/11/2011;

c) que o pedido é juridicamente impossível por se tratar de erro atribuído exclusivamente à Juiz do Trabalho e tais atos seriam acobertados pela “imunidade de jurisdição”;

d) no mérito o pedido não mereceria acolhida porquanto o ato constritivo se efetivou por erro de Magistrado do Trabalho no uso de suas prerrogativas judicantes, tornando inviável a responsabilização extracontratual do Estado por tais atos, os quais seriam expressão da soberania nacional de um dos Três Poderes da República;

e) que a responsabilização estatal por erro judiciário se restringe à esfera penal e processual penal e que o magistrado apenas seria pessoalmente responsável se agisse com dolo ou fraude, porquanto inexistente qualquer omissão ou erro judiciário;

f) que a condenação em danos morais seria incabível porque inaplicável à situações corriqueiras da vida, ainda que causassem dissabores indevidos à terceiros.

Foram produzidas provas documentais e orais.

Eis o necessário relatório. DECIDO.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1. PRELIMINARMENTE - Da alegada impossibilidade jurídica do pedido

Não merece acolhida a preliminar invocada, tendo em vista que sua análise se confunde

com o próprio mérito. Não há vedação apriorística no ordenamento jurídico para o processamento de demanda deste naipe, pelo que não há que se falar em carência de ação por impossibilidade jurídica do pedido.

2.2. NO MÉRITO

A presente lide tem como ponto controvertido a atribuição ou não de responsabilidade à União por ato praticado por Juiz do Trabalho que resultou em constrição bancária em conta de terceiro estranho à lide trabalhista, sendo perceptível o erro na execução da ordem de bloqueio, motivado pela incorreta alimentação de dados referentes ao verdadeiro reclamado na ação trabalhista nos cadastros da Receita Federal do Brasil.

O reclamado na ação trabalhista se chama *Antônio Botega* e possui inscrição no CPF sob número *358.202.178-53* e a parte autora tem o mesmo nome, porém inscrição diferente no CPF, tal qual evidencia a sua qualificação acima.

O erro na execução da ordem de bloqueio de valores é evidente e poderia ser facilmente sanado, visto que uma simples constatação de dados demonstraria que o reclamado e o autor desta ação não guardavam qualquer identidade.

A discriminação das obrigações e responsabilidades de pessoa jurídica de direito público está prevista normativamente tanto na legislação codificada, como na Constituição Federal, *verbis*:

Código Civil:

Art. 43. As pessoas jurídicas de direito público interno são civilmente responsáveis por atos dos seus agentes que nessa qualidade causem danos a terceiros, ressalvado direito regressivo contra os causadores do dano, se houver, por parte destes, culpa ou dolo.

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Constituição Federal, Art. 37, § 6º - As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

A tese básica da União está fundada na impossibilidade de responsabilização do Estado por ato de Magistrado no desempenho de sua função que não importe em dolo, fraude ou infração de dever funcional (art. 133, CPC) ou ainda que não seja pertinente à processos penais, nos termos do inciso LXXV do artigo 5º da Constituição Federal, cujos teores dos dispositivos são os seguintes

Art. 133, CPC. Responderá por perdas e danos o juiz, quando:

I - no exercício de suas funções, proceder com dolo ou fraude;

II - recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deva ordenar de ofício, ou a requerimento da parte.

Art. 5º, LXXV, CF/1988: o Estado indenizará o condenado por erro judiciário, assim como o que ficar preso além do tempo fixado na sentença.

Em abonação à tese da defesa há farta jurisprudência, tal qual evidenciamos, exemplificativamente:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO: ATOS DOS JUÍZES. C.F., ART. 37, § 6º. I. - A responsabilidade objetiva do Estado não se aplica aos atos dos juizes, a não ser nos casos expressamente declarados em lei. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. II. - Decreto judicial de prisão preventiva não se confunde com o erro judiciário (C.F., art. 5º, LXXV) mesmo que o réu, ao final da ação penal, venha a ser absolvido. III. - Negativa de trânsito ao RE. Agravo não provido. (RE-AgR 429518, CARLOS VELLOSO, STF)

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DANOS MORAIS. DEMORA NA PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO ESTADO. ATOS DO PODER JUDICIÁRIO. I - A orientação jurisprudencial já consolidada no âmbito de nossos tribunais é no sentido de que, em se tratando de responsabilidade objetiva (CF, art. 37, § 6º), o Estado somente responde por danos decorrentes da prestação jurisdicional em hipóteses expressamente indicadas em lei, quais sejam: a) erro judiciário em condenação penal (CF, art. 5º, LXXV); b) quando o condenado ficar preso além do tempo fixado na sentença (CF, art. 5º, LXXV); e c) nas hipóteses do art. 133, do CPC (quando o magistrado no exercício de suas funções agir com dolo ou fraude ou recusar, omitir ou retardar, sem justo motivo, providência que deve ordenar de ofício, a requerimento da parte), incorrentes, no caso concreto. II - Remessa oficial desprovida. Sentença confirmada. REO 51343519994013700, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA PRUDENTE, TRF1 - QUINTA TURMA, e-DJF1 DATA: 23/03/2012 PAGINA: 865.)

Contrariamente à contestação da União há incipientes teses aventando a possibilidade de responsabilização do Estado por ato judicial prejudicial à terceiros, considerando a atividade jurisdicional como típico *serviço público* e comparando o ato judicial falho à uma mera falha na prestação de serviço público, mormente por se tratar de atividade estatal vinculada e exclusiva e, uma vez que a jurisdição é sempre um exercício de soberania estatal, propõe-se que nada seria mais coerente do que a assunção dos riscos pela sua má prestação serem absorvidos pelo Estado (SERRANO JÚNIOR, Odoné. *Responsabilidade Civil do Estado por atos judiciais*, Curitiba, Juruá Editora, 1996, p. 104).

Nesse sentido, é possível encontrar no âmbito do próprio Supremo Tribunal Federal precedentes reconhecendo a possibilidade de se responsabilizar o Estado por danos causados por ato judiciário, ressalvado o direito de regresso contra o magistrado faltante que age com dolo ou fraude:

Recurso extraordinário. Responsabilidade objetiva. Ação reparatória de dano por ato ilícito. Ilegitimidade de parte passiva. 2. Responsabilidade exclusiva do Estado. A autoridade judiciária não tem responsabilidade civil pelos atos jurisdicionais praticados. Os magistrados enquadram-se na espécie agente político, investidos para o exercício de atribuições constitucionais, sendo dotados de plena liberdade funcional no desempenho de suas funções, com prerrogativas próprias e legislação específica. 3. Ação que deveria ter sido ajuizada contra a Fazenda Estadual - responsável eventual pelos alegados danos causados pela autoridade judicial, ao exercer suas atribuições -, a qual, posteriormente, terá assegurado o direito de regresso contra o magistrado responsável, nas hipóteses de dolo ou culpa. 4. Legitimidade

passiva reservada ao Estado. Ausência de responsabilidade concorrente em face dos eventuais prejuízos causados a terceiros pela autoridade julgadora no exercício de suas funções, a teor do art. 37, § 6º, da CF/88. 5. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 228977, Relator(a): Min. NÉRI DA SILVEIRA, Segunda Turma, julgado em 05/03/2002, DJ 12-04-2002 PP-00066 EMENT VOL-02064-04 PP-00829)

Filio-me a esta última corrente, considerando que a construção doutrinária da irresponsabilidade Estatal por atos jurisdicionais tem por objetivo último proteger, bem verdade, a liberdade decisória *dos magistrados*. Trata-se de fundamento de relevo, sendo inegável que se deve blindar a figura pessoal do magistrado, no exercício da função judicante, contra responsabilização civil por eventuais prejuízos causados a terceiros, dada a falibilidade humana dos julgamentos, salvo nas hipóteses em que atuar com dolo ou fraude, sob pena de, tendo em vista a própria natureza humana dos juízes, desaguar-se em um Judiciário receoso e desprovido de autonomia.

Isto não significa dizer, porém, que a pessoa jurídica de direito público interno a qual o magistrado integra, como agente político, encontra-se igualmente exculpado de indenizar os prejuízos causados, sob pena de violar a máxima que fundamenta a própria responsabilidade objetiva do Estado, que é a da *igualdade dos ônus e encargos sociais*, autorizando até mesmo a responsabilização do Estado por atos lícitos (STF, RE 113587, Relator(a): Min. CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, julgado em 18/02/1992). Em outras palavras, não é justo que alguns membros da sociedade suportem sozinhos os prejuízos concretos e individualizáveis causados por ato Estatal, ainda que proveniente do Estado-juiz, implementado em prol de toda a sociedade.

Nessa toada, o disposto no art. 133, inc. I, do CPC tem o condão de impedir a responsabilização do magistrado quando este agir no exercício de suas funções, salvo nos casos de dolo ou fraude, mas não impede a responsabilização do ente estatal ao qual pertence e em cujo nome exerce parcela da soberania estatal por meio da jurisdição.

Não obstante o que foi dito, o caso dos autos não se enquadra em erro judiciário típico ou incorreção de ato de magistrado, tal qual ficou sobejamente claro pelo conteúdo probatório e da audiência realizada.

No caso concreto, a falha que se corporificou em ato de juiz lesivo à terceiro originou-se em procedimento levado a cabo pelo sistema informatizado da Justiça do Trabalho, consoante explicado pelo magistrado trabalhista às fls. 50 da contestação da União Federal:

Esclareço que o bloqueio de valores nas contas de titularidade do Sr. Antonio Botega deveu-se à *regularização automática* dos processos que por esta Vara tramitavam sem o CPF ou CNPJ das partes, até o ano de 2011, saneamento esse que então *cruzou os nomes cadastrados no sistema informatizado com os dados constantes da Receita Federal*, respeitando a exata grafia das informações trazidas aos autos.

Trata-se, sem dúvida, de medida tendente a regularizar a autuação processual dos feitos trabalhistas; entretanto, o método de operacionalização eleito pelos operadores do sistema, qual seja, o “cruzamento de nomes” com o sistema da Receita Federal, observando apenas a “grafia” dos mesmos, gerou sem dúvida um grande *risco* de que se atribuisse erroneamente pessoas homônimas a reclamatórias trabalhistas com as quais não tinham qualquer pertinência subjetiva, justamente consoante ocorreu no caso dos autos. Ora, é justamente esse *risco* criado

pela atuação Estatal, com possibilidade de acarretar danos a membros certos da coletividade, impondo-lhes um ônus não suportado pelos demais, que autoriza a responsabilização do Estado na modalidade de risco administrativo, teoria esta agasalhada pelo art. 37, §6º da CF/88.

Observe-se também que *o erro do Juiz do Trabalho é meramente reflexo, derivado e indireto, tendo como causa o erro primordial da Secretaria da Vara Trabalhista em qualificar as partes no sistema, tendo em vista que já constava da RT cópia dos documentos pessoais do real reclamado, com CPF distinto da parte autora da presente ação, o qual, por razões desimportantes para o deslinde da presente ação, não havia sido devidamente cadastrado na autuação da reclamatória trabalhista. Em última análise, o bloqueio indevido ordenado pelo Juiz do Trabalho decorre da censurável operacionalização do “cruzamento de dados” feito pelo sistema da Justiça do Trabalho esclarecida acima, já que tomou por base critério passível de falha (coincidência de nomes).*

Estes erros administrativos são passíveis de responsabilização nos termos do art. 37, §6º da Constituição Federal porquanto não se referem a atos de juiz ou de cunho jurisdicional, mas a atividades administrativas do Cartório daquela Vara, afastando-se da precitada polêmica de responsabilização do Estado por ato jurisdicional.

Em que pese a União afirmar que o suposto prejuízo da parte autora é de somenos importância por ter se mantido por pequeno lapso de tempo, o fato é que não poderia existir qualquer dissabor para a parte autora em razão da deficiência na alimentação, manutenção e conferência dos dados da Receita Federal, visto que é inadmissível que terceiro estranho à qualquer lide seja prejudicado indevidamente e por isso tenha que adiar possíveis empreitas para as quais os valores constrictos seriam usados, necessitando contratar advogado para debelar tais percalços.

Em relação aos danos materiais, não há provas nos autos de qualquer evento para o qual os valores constrictos seriam necessários e que tenha sido adiado em razão do bloqueio ou mesmo notícia de evento perdido em face ao bloqueio incidente sobre os valores, de modo que o desbloqueio realizado pela Justiça do Trabalho recompôs parcialmente este prejuízo, ao qual deverá ser acrescida a despesa com contratação de advogado, nos termos da Nota Fiscal Eletrônica anexada às fls. 56 da petição inicial, no montante de R\$ 800,00 (*oitocentos reais*) em 02/04/2012.

Por fim, não há prova de que os dispêndios constantes das páginas 57 e 58 da inicial sejam decorrentes do fato sob análise, supostamente gastos com advogada correspondente; ainda que assim não fosse, os documentos em questão estão ilegíveis, impedindo a correta visualização dos mesmos por este magistrado.

Quanto aos danos *morais*, entendo que estes estão eficazmente comprovados nos autos devido aos transtornos pelos quais o autor se submeteu para desfazer um erro a que não deu causa, necessitando contratar advogado e se submeter a todo um procedimento para que, finalmente, retornasse ao *status quo ante* do qual nunca deveria ter sido demovido. Na prova produzida em audiência, verificou-se que a parte autora teve que se direcionar até fornecedores e, mostrando o extrato bancário com o bloqueio judicial, pedir que “segurassem” seus cheques para que os mesmos não fossem devolvidos.

Trata-se, sem dúvida, de episódio que atentou contra os direitos da personalidade do demandante, não se tratando de simples dissabor cotidiano, aborrecimento ordinário ou episódio ínsito à vida em sociedade; não se compreende que um bloqueio judicial em conta corrente esteja inserido no conceito de “mero contratempo, mágoa ou excesso de sensibilidade”; trata-se, sim, de fato que tem o condão de interferir intensamente no bem-estar psíquico do homem

médio, acarretando-lhe abalo moral, angústia, sofrimento e humilhação perante terceiros, que não pode remanescer indene de reparação.

Resta apenas analisar o quantitativo da indenização devida.

A doutrina e a jurisprudência são uníssonas em prescrever que a composição do quantitativo dos danos morais deve considerar a justa indenização comungada à vedação de enriquecimento sem causa do favorecido, como se observa:

DIREITO CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. ACIDENTE FERROVIÁRIO. VÍTIMA FATAL. CULPA CONCORRENTE. INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. (...) 3. A fixação do valor da compensação pelos danos morais deve balizar-se entre a justa composição e a vedação do enriquecimento ilícito, levando-se em consideração o critério da proporcionalidade, bem como as peculiaridades de cada espécie. Precedentes. (...) (STJ - REsp: 1139997 RJ 2009/0091125-9, Relator: Ministra NANCY ANDRIGHI, Data de Julgamento: 15/02/2011, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: DJe 23/02/2011)

DIREITO ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO. EMISSÃO EM DUPLICIDADE DO CPF. DANO MORAL CONFIGURADO. LEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA UNIÃO. A emissão do CPF compete exclusivamente à Secretaria da Receita Federal, órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. Patente, portanto, a legitimidade passiva da União. Preliminar rejeitada. Sobre a responsabilidade civil da Administração Pública, aplica-se o art. 37, § 6º, da CF/1988. Adotou-se a teoria do risco administrativo, pelo qual o ente público responde objetivamente pelos danos causados por seus agentes que atuarem nessa condição. O conjunto probatório apresentado nos autos é suficiente para demonstrar a responsabilidade da União pelo erro na emissão em duplicidade do número dos CPFs do autor e do seu homônimo. O dano de ordem moral será indenizável quando atingir ou violar valor imaterial da pessoa, estando aí incluídas ofensas à dignidade, honra e imagem (art. 5º, X, da CF/1988). A inscrição indevida em cadastros de proteção ao crédito, por si só, justifica o pedido de ressarcimento a título de danos morais, em razão de presunção do abalo moral sofrido. É da essência do dano moral ser este compensado financeiramente a partir de uma estimativa que guarde pertinência com o sofrimento causado. Contudo, tratando-se de uma estimativa, não há formulas ou critérios matemáticos que permitam especificar a precisa correspondência entre o fato danoso e as conseqüências morais e psicológicas sofridas pelo ofendido. A MP nº 2.180-35, de 24/8/2001, trata da condenação da Administração Pública envolvendo verbas de natureza remuneratória, em nada se referindo à presente demanda. Precedentes do STJ. Apelação a que se nega provimento. (TRF-3 - AC: 61 SP 2006.61.03.000061-3, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL MÁRCIO MORAES, Data de Julgamento: 11/03/2010, TERCEIRA TURMA)

Diante deste quadro, inviável a condenação em danos morais nos patamares pedidos pela parte autora, sugeridos em trinta salários mínimos, porquanto tal montante não reflete o equacionamento do binômio *justa recomposição x vedação ao enriquecimento ilícito* sopesados pela proporcionalidade que a situação conclama.

Neste diapasão e com estas premissas, importa dar provimento aos pedidos da parte autora.

3. DISPOSITIVO

Diante do exposto, nos termos do art. 269, inciso I, do Código de Processo Civil, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a pretensão deduzida na inicial para:

1. CONDENAR a UNIÃO à pagar a quantia de R\$ 800,00 (oitocentos reais) à parte

autora à título de indenização por danos materiais; juros moratórios tem por termo inicial a data do evento danoso (bloqueio indevido), segundo a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC; a correção monetária tem por base a data constante da Nota Fiscal Eletrônica de Serviços nº 00000006 de 02/04/2012, anexada às fls. 56 da petição inicial,

2. CONDENAR a União à pagar a quantia de *R\$ 800,00 (oitocentos reais) à parte autora à título de indenização por danos morais; juros moratórios tem por termo inicial a data do evento danoso (bloqueio indevido), segundo a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC; a atualização monetária deve observar o prescrito na Súmula nº 362 do Superior Tribunal de Justiça (data do arbitramento, in casu, data da presente sentença, salvo evidentemente se posteriormente modificado o valor por instância revisora);*

Os valores deverão ser atualizados nos termos da Resolução nº 134/2010 do Conselho da Justiça Federal (Manual de Orientação de Procedimentos para Cálculos na Justiça Federal), *com as alterações promovidas pela Resolução nº 267, de 02/12/2013, tendo em vista o decidido nas ADINs nº 4357 e 4425, nas quais se declarou a inconstitucionalidade parcial, por arrastamento, do art. 1º-F da Lei 9.494, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/09.*

Com efeito, a *TR (taxa referencial) é inepta para aferir variação inflacionária, já que se trata de taxa interbancária, pré-fixada, sem qualquer aptidão para aferir o aumento geral dos preços em função do tempo. Assim, inexoravelmente, o valor da condenação contida na sentença não será respeitado por ocasião do pagamento em face da defasagem do poder aquisitivo da moeda (inflação), o que deságua em ofensa à própria essência da coisa julgada.*

A par disso, não se pode olvidar que as decisões proferidas em controle concentrado de constitucionalidade gozam de *eficácia erga omnes e efeito vinculante*, relativamente ao Poder Judiciário e à Administração Pública Direta e Indireta (art. 102, § 2º, da CF/88), e com efeitos *ex tunc* (retroativos). Com base em precedentes do próprio Pretório Excelso, *o início da eficácia da decisão proferida em sede de ADIN se dá já a partir da publicação da ata de julgamento no DJU, o que já ocorreu no dia 02.04.2013 (vide consulta no próprio site do STF), sendo prescindível aguardar o trânsito em julgado (ADI 711, Rcl 2576, Recl 3309 e Inf. 395/STF), pois irradia seus efeitos sobre esta decisão.*

Não por outra razão, a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, *em sede de julgado repetitivo* (rito do art. 543-C do CPC), já adequou sua jurisprudência anteriormente sedimentada ao novo paradigma (*STJ, 1ª Seção, REsp nº 1.270.439/PR, Primeira Seção, 26.06.2013*), assim como o CJF atualizou seu manual de cálculos, por meio da Resolução nº 267/2013 supracitada.

Ressalte-se que o próprio CJF decidiu não suspender as alterações promovidas no Manual de Cálculos em razão de eventual modulação dos efeitos a ser deferida nas ADINs, até mesmo porque a decisão do Min. Fux na ADI 4.357, em decisão de 11/04/2013, alcançou apenas o indicador a ser aplicado na atualização dos precatórios já expedidos, não se referindo aos cálculos de liquidação de processos em tramitação (Fonte: Vide CJF-PCO-2012/00199. Conforme noticiado em <http://www.cjf.jus.br/cjf/noticias-do-cjf/2014/marco/cjf-nega-pedido-da-agu-para-suspender-manual-de-calculos-e-mantem-ipca-e-como-indexador>). Apesar da insistência da União, a terceira manifestação foi novamente rechaçada pelo Conselho na sessão de 29/09/2014 (Processo nº CF-PCO-2012/00199).

Assim, ao montante condenatório à título de danos materiais deverá incidir, para fins de correção monetária, o IPCA-E, e para fins de compensação da mora, os índices oficiais de juros aplicáveis à caderneta de poupança.

Evidentemente, se no momento da liquidação da presente sentença tiverem ocorrido inovações no ordenamento jurídico, tal como o advento de nova legislação ou nova decisão proferida pelo STF com eficácia *erga omnes*, deverão as mesmas serem observadas, sem que isso implique em violação à coisa julgada, tendo em vista a cláusula *rebus sic stantibus* que acompanha toda sentença, o princípio *tempus regit actum*, a regra da aplicação imediata das leis (art. 6º da LINDB) e, por fim, o entendimento de que a correção monetária e os juros moratórios renovam-se mês a mês, aplicando-se a eles a legislação vigente à época da sua incidência (REsp 1111117/PR, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, CORTE ESPECIAL, DJe 02/09/2010).

Após o trânsito em julgado, à Contadoria para realização dos cálculos de atualização do débito.

Sem custas e honorários (art. 55 da Lei nº 9.099, de 26.09.95).

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

Juiz Federal Substituto FELIPE RAUL BORGES BENALI

AÇÃO PENAL

0003163-12.2013.4.03.6111

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: ADILSON MAGOSSO, JOSIAS PEREIRA BARBOSA E SIDNEY MINALI
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP
Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/03/2015

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação penal pública promovida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de ADILSON MAGOSSO (art. 304 e art. 299, ambos do Código Penal e artigos 1º e 12, I, da Lei nº 8.137/90, c/c arts. 69 e 71, ambos do CP) JOSIAS PEREIRA BARBOSA (art. 299 do Código Penal) e SIDNEY MINALI (artigos 1º, 11 e 12, I, todos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71, do CP), denunciando-os como incurso nos delitos antes apontados individualmente.

A denúncia de fls. 540/543 foi recebida em 23/08/13 (fl. 544).

O réu Adilson foi citado e constituiu advogado (fls. 559/560 e 575). Apresentou sua defesa às fls. 580/592, arrolando três testemunhas.

Em sua defesa, invocou ausência de justa causa ao fundamento de que o Direito Penal não deve intervir, pois já há execução fiscal ajuizada onde se busca a satisfação do débito. Negou a prática dos delitos a ele imputados, uma vez que “nunca teve o domínio do fato sobre os valores que deveriam ser declarados a título de imposto de renda (nos anos de 2.001, 2.002 e 2.003)”, considerando que os honorários advocatícios eram pagos a seu empregador – sindicato e, se omissão houve, não pode ser ela imputada ao réu. Defendeu que não há falsidade nos recibos, pois eles exprimem a verdade. Aponta a absorção dos crimes de falsidade e uso de documento falso pelo crime de sonegação, sendo descabida a incidência da causa de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90.

Após ser citado, o réu Sidney também constituiu advogado (fls. 562/563 e 566), tendo apresentado defesa escrita às fls. 567/572, oportunidade em que arrolou três testemunhas.

Defendeu ele a inépcia da denúncia por não estar especificado o crime por ele cometido, até porque, “o tributo sequer era devido pelo acusado”. Sustentou haver prescrição da pretensão punitiva, na consideração de que os fatos narrados na denúncia se amoldam no art. 2º, I da Lei nº 8.137/90 e não no rol taxativo do seu art. 1º, tendo transcorrido mais de 4 anos entre os fatos e a data do recebimento da denúncia. No mérito, disse que não praticou “o ato ilícito que lhe é atribuído”.

Foi citado o réu Josias, tendo sido nomeado defensor, que apresentou defesa escrita, arrolando testemunha já arrolada pela acusação (fls. 597, 609 e 615/629).

Ouvido o MPF (fls. 633/638).

Rejeitadas as preliminares e afastada a hipótese de absolvição sumária dos réus, designou-se audiência de instrução e julgamento para oitiva das testemunhas arroladas pelas partes e interrogatórios, nos termos da decisão de fl. 638. A audiência foi redesignada (fl. 699).

À fl. 641 foi prolatada sentença extinguindo a punibilidade em relação a Josias, em virtude de prescrição reconhecida. Houve o trânsito em julgado (fl. 698).

Em audiência, foi indeferido o pedido de sobrestamento do andamento processual feito pela defesa do réu Adilson, inquiridas as testemunhas Ariovaldo e Edilson. O réu Adilson

desistiu da oitiva de José Luiz e o réu Sidney de ouvir as testemunhas Adriano e Jair. Restou indeferido, ainda, o pedido da defesa para oitiva, como testemunha, do réu Josias. A defesa do réu Adilson fez consignar suas irresignações quanto aos indeferimentos. Designou-se nova data para oitiva de duas testemunhas e realização dos interrogatórios (fls. 738/743).

Na audiência seguinte, a defesa do réu Adilson desistiu da oitiva das duas testemunhas faltantes, realizando-se os interrogatórios dos réus Adilson e Sidney e, nada requerido na fase do art. 402 do CPP, deferiu-se prazo para as partes apresentarem alegações finais escritas (fls. 757/761).

Alegações finais foram apresentadas pela acusação às fls. 763/778 e pelos réus Sidney (fls. 781/808) e Adilson (fls. 809/819).

O MPF, em alegações finais, requereu a condenação dos réus Adilson e Sidney, sustentando que as materialidades e as autorias dos delitos a eles imputados na denúncia restaram comprovadas.

A defesa de Sidney disse que ele não praticou qualquer conduta dolosa e nem concorreu dolosamente para que o réu Adilson praticasse sonegação, haja vista que ao opor sua assinatura nos recibos de honorários não sabia que Adilson iria perpetrar crimes, tendo agido “em erro de tipo essencial” – art. 20 do CP. Em caso de condenação, pugna pela desclassificação para o tipo previsto no art. 2º, I da Lei nº 8.137/90 e pela não aplicação do disposto no art. 11 da aludida Lei, tendo em vista a ausência de liame subjetivo. Invoca, ainda, o princípio da subsidiariedade tácita (“soldado da reserva”). Reiterou a tese da prescrição aventada na sua defesa preliminar, acrescentando que a ocorrência de prescrição deve ser apreciada levando-se em conta a participação de menor importância (art. 29, § 1º do CP) no crime praticado pelo réu Adilson. Defende a não aplicação da causa de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90, por não estar demonstrado efetivo dano à coletividade.

Já o réu Adilson, em síntese, reiterou os protestos feitos em audiência e ratificou suas teses defensivas já apresentadas, acrescentando que sempre ostentou ótima reputação perante a classe que representou por décadas e que, como empregado do sindicato, recebeu honorários que foram regularmente escriturados, tendo o sindicato repassado parte dos honorários para Josias, não restando demonstrado, no seu entender, que praticou os delitos narrados na denúncia.

Certidões de distribuição e documentos de antecedentes foram juntados aos autos (Adilson: fls. 550/551, 577, 671/674, 696/697, 736/737 e 747/748; Josias: fls. 552/553 e 578; Sidney: fls. 554, 579 e 674).

É o relatório.

II - FUNDAMENTAÇÃO

As preliminares de inépcia da denúncia e ausência de justa causa já foram rejeitadas pela decisão de fl. 638.

A alegada inexistência de conduta criminosa/dolosa, bem como a não demonstração da autoria e a noticiada absorção de crimes são matérias de mérito e, por isso, serão adiante enfrentadas.

Da mesma forma, eventual prescrição será reconhecida à frente, se o caso.

Acerca da reiteração dos protestos efetivados em audiência pela defesa do réu Adilson, mantenho as decisões por mim prolatadas por ocasião da referida audiência.

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

A acusação formulada pelo Ministério Público Federal centra-se na afirmação de que o réu Adilson, nos anos/exercícios 2002 e 2003, omitiu em suas declarações de ajuste anual do imposto de renda pessoa física, os honorários advocatícios que recebeu pelos serviços prestados em reclamações trabalhistas, reduzindo indevidamente o imposto devido.

Assevera que houve dissimulação nos recebimentos dos honorários, pois o réu Sidney, na qualidade de presidente do sindicato dos empregados em estabelecimentos bancários de Marília e região, assinou vários recibos em nome do sindicato “simulando o recebimento de honorários advocatícios pela assistência judiciária do sindicato, visando ocultar o denunciando [Adilson] como verdadeiro sujeito passivo da obrigação tributária”.

Afirmou que o sindicato informou à fiscalização que não recebeu honorários advocatícios nos anos de 2001 a 2003, embora os reclamantes tenham declarado, nas respectivas declarações de ajuste anual do imposto de renda pessoa física, à Receita que pagaram honorários advocatícios ao sindicato, pois estavam na posse de recibos emitidos em papel timbrado e em nome do sindicato.

Sustenta que o réu Adilson apresentou, em 22/11/06, declaração à Receita subscrita por Josias, também advogado, dizendo que este recebeu 40% dos honorários advocatícios das mesmas ações trabalhistas patrocinadas por Adilson, não havendo, entretanto, prova dos citados rendimentos e nem das atuações de Josias nas reclusórias, salvo uma petição inicial assinada em 1990 e uma procuração de Laura. Pontua que o réu Adilson, intimado pelo Fisco, não apresentou DARF do recolhimento do carnê-leão de Josias, referente a suposta parte recebida – 40%.

Aduz, ainda, que o réu Adilson também omitiu resgate de contribuições de previdência privada referentes a 2001.

Deixando de declarar ditos rendimentos, houve redução do imposto devido e foi constituído, definitivamente, o crédito tributário de R\$ 411.563,54.

Sustenta o órgão ministerial que essas condutas se amoldam aos seguintes crimes: art. 304 e art. 299, ambos do Código Penal e artigos 1º e 12, I, da Lei nº 8.137/90, c/c arts. 69 e 71, ambos do CP (ADILSON MAGOSSO) e artigos 1º, 11 e 12, I, todos da Lei nº 8.137/90, c/c art. 71, do CP (SIDNEY MINALI), *in verbis*:

Lei nº 8.137/90:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

I - omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;

II - fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III - falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV - elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V - negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa a venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena - reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

(...)

Art. 11. Quem, de qualquer modo, inclusive por meio de pessoa jurídica, concorre para os crimes definidos nesta lei, incide nas penas a estes cominadas, na medida de sua culpabilidade.

(...)

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

(...)

Código Penal:

Art. 299 - Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:

Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de um a três anos, e multa, de quinhentos mil réis a cinco contos de réis, se o documento é particular.

(...)

Art. 304 - Fazer uso de qualquer dos papéis falsificados ou alterados, a que se referem os arts. 297 a 302:

Pena - a cominada à falsificação ou à alteração.

(...)

Art. 69 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.

§ 1º - Na hipótese deste artigo, quando ao agente tiver sido aplicada pena privativa de liberdade, não suspensa, por um dos crimes, para os demais será incabível a substituição de que trata o art. 44 deste Código.

§ 2º - Quando forem aplicadas penas restritivas de direitos, o condenado cumprirá simultaneamente as que forem compatíveis entre si e sucessivamente as demais.

(...)

Art. 71 - Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes da mesma espécie e, pelas condições de tempo, lugar, maneira de execução e outras semelhantes, devem os subsequentes ser havidos como continuação do primeiro, aplica-se-lhe a pena de um só dos crimes, se idênticas, ou a mais grave, se diversas, aumentada, em qualquer caso, de um sexto a dois terços.

A primeira observação que se impõe é que para que haja sonegação (evasão fiscal) é imprescindível que também exista o emprego fraude¹, pois o simples não pagamento de um tributo é somente um ilícito tributário e, por isso, não deve ser reprimido pelo direito penal.

A conduta do tipo de sonegação é suprimir (eliminação total do tributo) ou reduzir (eliminação parcial do tributo).

O artigo 1º traz várias modalidades de condutas (condutas-meio), por intermédio das quais o tributo poderá ser suprimido ou reduzido. Todas as condutas tentam iludir a administração tributária, uma vez que produzem uma falsa imagem da realidade.

Além do dolo genérico (supressão e redução) é necessário que haja o dolo específico (elemento normativo do tipo), ou seja, a intenção do agente em suprimir ou reduzir tributo.

Por outro lado, sabe-se que o imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza possui o seu fato imponible delimitado pelo art. 43 do Código Tributário Nacional, que assim dispõe:

¹ Qualquer ato ilícito, como, por exemplo, falsificação de documentos, simulação ou omissão relevante, quando exista a obrigação legal de declarar.

Art. 43. O imposto, de competência da União, sobre a renda e proventos de qualquer natureza tem como fato gerador *a aquisição da disponibilidade econômica ou jurídica*:

I - *de renda*, assim entendido o produto do capital, do trabalho ou da combinação de ambos;
II - *de proventos de qualquer natureza*, assim entendidos os acréscimos patrimoniais não compreendidos no inciso anterior.

§ 1º A incidência do imposto independe da denominação da receita ou do rendimento, da localização, condição jurídica ou nacionalidade da fonte, da origem e da forma de percepção.

(...)

Negritei.

Portanto, o imposto de renda possui como fato imponible o acréscimo patrimonial decorrente da aquisição da disponibilidade econômica e jurídica de renda (oriunda de capital, do trabalho ou da combinação de ambos) e de proventos de qualquer natureza (todos os acréscimos não caracterizados como renda). Em outras palavras, o imposto de renda somente incidirá quando houver um acréscimo no patrimônio do contribuinte, independentemente da denominação da renda ou do provento auferido ou das suas origens.

Com essas considerações iniciais acerca do crime principal em tese praticado (sonegação), bem como sobre o fato imponible do imposto de renda, passo a verificar se estão presentes as materialidades e autorias dos delitos imputados aos réus Adilson e Sidney.

Começo discorrendo sobre a prova oral produzida nas duas audiências ocorridas neste juízo (fls. 738/743 e 757/761).

Ouvido como testemunha, o auditor fiscal Ariovaldo esclareceu, em linhas gerais, que participou da apuração administrativa, constatando que o réu Adilson sonegou imposto de renda por dois anos, valendo-se do sindicato. Confirmou que assinou a representação fiscal de fls. 07/10. Mencionou que o réu Adilson, embora fosse assalariado pelo sindicato, não prestava os serviços de advogado aos reclamantes pelo sindicato, pois os reclamantes contrataram diretamente o réu Adilson. Mencionou que o réu Sidney emitiu os recibos em papel timbrado do sindicato. Informou que o réu Adilson entregou a declaração assinada por Josias, sendo a mesma desconsiderada pela fiscalização por falta de elementos de prova – declaração “fria”. Consignou que o réu Adilson também não declarou as contribuições por ele resgatadas. Em resposta a pergunta do defensor do réu Sidney, frisou que o sujeito passivo é o réu Adilson. Sobre a forma de pagamento do imposto de renda sobre honorários advocatícios, consignou que embora a utilização do livro caixa seja facultativa, ele é importante para facilitar o controle e a declaração, pois deve haver a soma mensal dos honorários recebidos, recolhendo-se o tributo federal no mês seguinte.

Já Edilson, esclareceu, em seu testemunho, que foi presidente do sindicato de 01/01/2006 a 31/12/2013. Registrou que não foi ouvido na polícia federal. Analisando o documento de fls. 53/55, confirmou como sendo sua a assinatura, dizendo que foi o réu Adilson quem elaborou, “na confiança”, o aludido documento. Pontuou que o réu Adilson já era advogado do sindicato há mais de 20 anos. Em resposta à pergunta do defensor do réu Adilson, ponderou que não conhece o réu Josias. Exibido o documento de fls. 90/93, confirmou sua a assinatura, dizendo que ele foi confeccionado pelo réu Adilson e, sobre o item 4.4, disse que o Sidney não confeccionava os recibos de honorários. Disse que tais recibos vinham do próprio jurídico e podem ter sido feitos pelo réu Adilson. Antes de ser presidente do sindicato já tinha sido secretário geral na gestão anterior (2002 a 2005) e, antes, foi diretor sindical em agências bancárias (2000/2001).

Em seu interrogatório, o réu Sidney mencionou que assinou alguns recibos elaborados pelo réu Adilson, que era advogado empregado do sindicato. Esclareceu que assinava os do-

cumentos, trazidos “em bolo”, na confiança, pois o réu Adilson já estava lá há tempos, tendo começado como “boy”. Informou que foi presidente por dois mandatos consecutivos – 1994 a 2001. Sobre as reclamações trabalhistas, pontou que os reclamantes eram todos bancários que, já na homologação das rescisões, já acertavam o ajuizamento das reclamatórias. Sobre os honorários advocatícios, afirmou que havia um contrato verbal da antiga diretoria, que foi mantido durante a sua gestão, no sentido de os honorários advocatícios eram de 15% e que 4% ficavam com o sindicato, sendo isto contabilizado. Em respostas às perguntas de seu defensor disse, acerca dos débitos, que nunca foi chamado e/ou responsabilizado pela Receita Federal.

Já o réu Adilson, ao ser interrogado, disse que trabalhou no sindicato de 1984 a 2004 e que não houve simulação, pois Josias sempre teve participação nos honorários advocatícios. Esclareceu que sempre foi assessor e que tinha uma equipe de advogados, inclusive de fora (São José do Rio Preto, São Paulo e Distrito Federal). Mencionou que além de Josias, o sindicato também tinha parte nos honorários. Ponderou que não ofendeu o fiscal e que não tinha livro caixa dos repasses a Josias e nem para os outros advogados. Frisou a existência de um contrato verbal acerca dos honorários contratuais de 15% pagos pelos reclamantes, assegurando uma parte para o sindicato e 40% para o réu. Disse que ele e outros advogados eram constituídos diretamente pelos reclamantes. Pontou que não recolhia o carnê leão. Frisou que os recibos emitidos eram seus, tendo errado ao usar papel timbrado. Afirmou que os documentos não eram falsos. Respondendo a indagações do MPF disse que os reclamantes eram avisados que os honorários lhe pertenciam, tendo reconhecido parte dos honorários na Receita Federal em novembro de 2006. Já em resposta à pergunta da defesa do réu Sidney, reconheceu como sendo sua a assinatura dos documentos de fls. 97/98. Por fim, respondeu perguntas de seu defensor, dizendo que está em situação financeira ruim e que vai pagar se for reconhecido o valor justo na execução fiscal embargada.

Da análise dos documentos de fls. 07/515, que corresponde ao Processo Administrativo nº 13830.002745/2006-86, constato que houve fiscalização, iniciada em 16/10/06, abrangendo o contribuinte/réu Adilson, a qual foi encerrada em 11/12/06 com a lavratura de auto de infração (fls. 20/35) em virtude de irregularidades relativas ao imposto de renda pessoa física ocorridas nos anos/calendários 2001 e 2002 (omissão de rendimentos recebidos de pessoa jurídica – resgate de contribuições de previdência privada - e omissão de rendimentos recebidos de pessoa física - trabalho sem vínculo empregatício), apurando-se R\$ 412.673,36 (R\$ 333.686,78 de imposto e mais R\$ 78.986,58 de multa exigida isoladamente) de débito devido.

Consta que houve impugnação administrativa, sendo o pedido julgado parcialmente procedente para o fim de reduzir o percentual da multa exigida isoladamente para cinquenta por cento (fls. 444/467) e, depois, recurso interposto pelo réu, tendo havido “provimento PARCIAL ao recurso para excluir da exigência a multa isolada, por falta do recolhimento do carnê-leão, aplicada concomitantemente com a multa de ofício e desqualificar a multa de ofício reduzindo-a ao percentual de 75%” (fls. 470/491). Recurso especial da Fazenda Nacional teve seguimento, mas foi improvido. Já o especial interposto pelo réu teve seu seguimento negado. Houve inscrição em dívida ativa em 26/04/13, ou seja, a constituição definitiva do crédito tributário, sem notícia de quitação e/ou parcelamento (fls. 510/514 e 524). Tramita neste juízo a execução fiscal nº 0002652-14.2013.403.6111 sendo o réu Adilson o único executado de uma dívida de R\$ 456.597,44.

O auto de infração veio acompanhado do substancial relatório fiscal de fls. 12/18, onde o servidor federal fez as seguintes observações, *in verbis*

(...) Não houve nenhuma explicação do porquê o Sr. Josias Pereira Barbosa não assinou os

recibos na época própria nem tampouco submeteu quaisquer documentos que corroborassem as alegações dele ou do fiscalizado. (...)

Dia 21 de novembro de 2006, portador entregou carta-resposta do Sindicato, a fls. 203 e 221, volume II deste processo, na qual consta informação no item 1 de que no ano de 2001 houve repasse pelo fiscalizado à entidade de valores oriundos de acordos trabalhistas no total de R\$9.603,86. De notar que o registro contábil do repasse alegado de dezembro de 2001 foi de valor diverso do informado, conforme documento de fls. 416, volume III deste processo.

7- Com relação ao item 4.4 da intimação, questionando o fato de o presidente do Sindicato assinar recibos em nome de terceiros, o Sindicato informou, a fls. 205, que “Foram confeccionados e assinados pelo Senhor Sidney Minali, presidente do Sindicato à época, por orientação do departamento jurídico vez que o advogado encarregado, de tal sorte, por certo não estava presente na ocasião”. Esta informação evidencia claramente a tentativa de escamotear a imposição tributária sobre o fiscalizado.

8 – Cabe ressaltar que, em regular diligência prévia ao Sindicato, a fls. 041 a 045, esta entidade declarou em 09 de outubro de 2006, que “Nos anos de 2001, 2002 e 2003 esta entidade não percebeu honorários advocatícios”, documento de fls. 045. Analisaram-se os livros Razão nº 021 de 2001 com 265 folhas e nº 022 de 2002 com 292 folhas e não foi localizado registro da percepção de honorários advocatícios, corroborando a informação prestada.

Dos fatos

9- O fiscalizado é o real sujeito passivo da obrigação tributária advindo da percepção de honorários advocatícios dessas ações trabalhistas judiciais mencionadas, tanto que em sua carta-resposta, a fls. 053 e 054, “assumiu” a percepção de rendimentos de pessoas físicas nos valores que lista. Informou que o restante do montante dos recibos fora percebido por terceiros, que também nomina. Ocorre que não forneceu nenhuma comprovação de suas alegações.

10- Da busca efetuada por esta fiscalização junto às duas Varas do Trabalho de Marília-SP, não se encontrou documento em nome dos reclamantes que não fosse assinado pelo fiscalizado, exceto a inicial do processo trabalhista de José Roberto Mazini, assinada por ele e por Josias Pereira Barbosa em 08 de agosto de 1990, a fls. 301 e 302, e a procuração de Laura Liberali Pelucio Mafra, a fls. 314. O fiscalizado atuou do início ao fim de cada processo, tendo ele próprio recebido valores das guias de retirada judicial, conforme faz prova vasta documentação acostada e assinada pelo fiscalizado e juntada nas fls. 222 a 415. Por exemplo, guias de fls. 263 verso, 270, 275, 363 verso e 412.

11- Das respostas dos contribuintes/reclamantes, pode-se inferir que o fiscalizado foi o único representante deles em todos os processos, exceto o de Edna Bezerra de Lima Muchiutti, no qual o fiscalizado foi substabelecido e cujo valor é de pequena monta.

12- Os contribuintes/reclamantes declararam em suas declarações de ajuste anual pagamentos ao Sindicato, e o Sindicato declarou que nada recebeu, exceto o repasse já mencionado. (...)

14- Os recibos foram impressos em papel com o timbre do Sindicato e três deles assinados pelo presidente do Sindicato na ocasião, embora o Sindicato negasse a percepção de receita advinda de honorários advocatícios, exceto os R\$ 9.603,86 a título de ressarcimento entregues pelo fiscalizado, além do que o Sindicato nada escriturou em sua contabilidade acerca desses valores dos recibos mesmo que doze contribuintes/reclamantes houvessem declarado pagamentos ao Sindicato em sua declarações de ajuste anual. (...)

16- O fiscalizado é profissional liberal e tem a faculdade de escriturar livro-caixa, de acordo com o que preceitua o artigo 6º da Lei nº 8.134/90. Essa escrituração permite ao fiscalizado deduzir dos rendimentos tributáveis oriundos de pessoas físicas as despesas previstas na legislação. Assim, eventuais despesas pagas pelo fiscalizado ao Sindicato somente seriam dedutíveis se imprescindíveis à percepção da receita e se escrituradas em livro-caixa. Não o fazendo, não pode deduzir os repasses mencionados ao Sindicato.

17- Com relação à informação de que parte dos recibos fora recebido por terceiros, nominan-

do-os especificamente, Josias Pereira Barbosa, Jose Eduardo Furlanetto e o Sindicato, a fls. 054, nada foi comprovado, embora haja declaração de Josias Pereira Barbosa de que recebeu parte dos valores dos recibos, contudo, esta alegação foi desconsideração face à absoluta falta de comprovação de sua efetividade. Se Josias Pereira Barbosa ou Jose Eduardo Furlanetto houvessem recebido honorários advocatícios desses reclamantes, deveriam ter assinado seus próprios recibos e na época devida, além da obrigatoriedade do recolhimento mensal obrigatório – carnê-leão – pelos profissionais liberais. Saliente-se que o DARF de recolhimento do carnê-leão é uma prova contundente de que ambos receberam rendimentos de pessoas físicas e por isso foi solicitado especificamente este documento no Termo de Ciência e de Solicitação de Esclarecimentos, sem que o fiscalizado o atendesse. Não há que se falar em sigilo fiscal no tocante a esses rendimentos.

(...)

20- Nenhum reclamante citou o nome do Sr. Josias Pereira Barbosa como participe do processo. Não há prova da participação do Sr. Josias Pereira Barbosa, exceto a inicial do processo de Jose Roberto Mazini. Não há prova da percepção de rendimentos advindos dessas ações trabalhistas judiciais por parte do Sr. Josias Pereira Barbosa. Não pode o fiscalizado eximir-se de apresentar prova da efetividade das transações com o Sr. Josias Pereira Barbosa, se elas existiram de fato.

(...)

25- A apuração das omissões está delineada no Anexo nº 3 do Auto de infração, a fls. 024, que aponta cada recebimento de honorários advocatícios pelo fiscalizado decorrente das ações trabalhistas judiciais conhecidas do Fisco, uma vez que escapa ao conhecimento do Fisco o montante global auferido pelo fiscalizado no período. (...)

27- Houve também o lançamento de omissão de rendimentos de pessoas jurídicas em função de resgate de previdência privada no ano-calendário 2001, a fls. 038, conforme apurado no corpo do Auto de infração.

28- Tendo em vista a omissão de rendimentos reiteradamente de 16 pessoas físicas por dois anos consecutivos provenientes de ações trabalhistas judiciais; tendo em vista a dissimulação na identificação do sujeito passivo da obrigação tributária; tendo em vista que os valores omitidos são substancialmente maiores que os oferecidos à tributação em sua declaração de ajuste anual; tendo em vista o fiscalizado haver declarado, a fls. 048, que tributou seus rendimentos de pessoas físicas e depois assumir que os recebeu em valores bem superiores aos declarados, a fls. 053 e 054, houve o agravamento da multa de ofício por, em tese, evidente intuito de fraude, (...)

Em decorrência deste relato, o auditor elaborou a representação fiscal para fins penais de fls. 07/10.

Como antes asseverado, o réu Adilson, durante o seu interrogatório judicial, reconheceu que errou ao utilizar papel timbrado para emitir os recibos de honorários por ele recebidos, pois sempre avisou os reclamantes, que o contrataram diretamente como profissional liberal, que os honorários advocatícios lhe pertenciam. Foi enfático ao afirmar que reconheceu, perante o Fisco em 2006 e após o início da fiscalização, que realmente recebeu parte dos honorários advocatícios não declarados. Ou seja, reconheceu ele, ainda que parcialmente, que não declarou, nos momentos oportunos – nas entregas das respectivas declarações -, todos os valores dos honorários advocatícios que recebeu de seus clientes.

É bem verdade que o réu Adilson informou que depois que recebia os honorários advocatícios repassava parte dos valores recebidos ao sindicato, baseado num contrato verbal, e outra parte a Josias, que também é advogado.

Esse trecho de sua fala é corroborada pelo réu Sidney, o qual, em seu interrogatório, esclareceu que manteve, durante a sua gestão como presidente do sindicato, o acerto verbal

já existente com diretorias anteriores, no sentido de ficar para o Sindicato 4% dos valores dos honorários recebidos pelo réu Adilson.

Entretanto, não é possível reconhecer que tal contrato verbal, de fato, existiu e, muito menos que ele foi cumprido, pois a fiscalização foi taxativa ao afirmar que isto não consta da contabilidade do sindicato. É o que se extrai, por exemplo, do item 8 do relatório fiscal – fl. 14.

Também não é possível dar guarida à tese do réu Adilson de que repassou parte dos honorários advocatícios que recebeu para Josias.

Sobre este ponto, importante repisar que a eficiente fiscalização também esteve no Fórum trabalhista local, tendo analisado vários autos de reclamações trabalhistas, constatando que os reclamantes, bancários, outorgaram procuração ao réu Adilson, que atuou, sozinho, em todas as fases processuais, retirando, inclusive, todas as guias de levantamentos em seu próprio nome, apresentando os reclamantes que o contrataram individualmente.

Merece nova transcrição, a corroborar a impossibilidade de se reconhecer os alegados repasses de parte dos honorários, os seguintes trechos do relatório fiscal de fls. 12/18 que acompanha o auto de infração:

9- O fiscalizado é o real sujeito passivo da obrigação tributária advindo da percepção de honorários advocatícios dessas ações trabalhistas judiciais mencionadas, tanto que em sua carta-resposta, a fls. 053 e 054, “assumiu” a percepção de rendimentos de pessoas físicas nos valores que lista. Informou que o restante do montante dos recibos fora percebido por terceiros, que também nomina. Ocorre que não forneceu nenhuma comprovação de suas alegações.

10- Da busca efetuada por esta fiscalização junto às duas Varas do Trabalho de Marília-SP, não se encontrou documento em nome dos reclamantes que não fosse assinado pelo fiscalizado, exceto a inicial do processo trabalhista de José Roberto Mazini, assinada por ele e por Josias Pereira Barbosa em 08 de agosto de 1990, a fls. 301 e 302, e a procuração de Laura Liberali Pelucio Mafra, a fls. 314. O fiscalizado atuou do início ao fim de cada processo, tendo ele próprio recebido valores das guias de retirada judicial, conforme faz prova vasta documentação acostada e assinada pelo fiscalizado e juntada nas fls. 222 a 415. Por exemplo, guias de fls. 263 verso, 270, 275, 363 verso e 412.

11- Das respostas dos contribuintes/reclamantes, pode-se inferir que o fiscalizado foi o único representante deles em todos os processos, exceto o de Edna Bezerra de Lima Muchiutti, no qual o fiscalizado foi substabelecido e cujo valor é de pequena monta.

(...)

17- Com relação à informação de que parte dos recibos fora recebido por terceiros, nominando-os especificamente, Josias Pereira Barbosa, Jose Eduardo Furlanetto e o Sindicato, a fls. 054, nada foi comprovado, embora haja declaração de Josias Pereira Barbosa de que recebeu parte dos valores dos recibos, contudo, esta alegação foi desconsideração face à absoluta falta de comprovação de sua efetividade. Se Josias Pereira Barbosa ou Jose Eduardo Furlanetto houvessem recebido honorários advocatícios desses reclamantes, deveriam ter assinado seus próprios recibos e na época devida, além da obrigatoriedade do recolhimento mensal obrigatório – carnê-leão – pelos profissionais liberais. Saliente-se que o DARF de recolhimento do carnê-leão é uma prova contundente de que ambos receberam rendimentos de pessoas físicas e por isso foi solicitado especificamente este documento no Termo de Ciência e de Solicitação de Esclarecimentos, sem que o fiscalizado o atendesse. Não há que se falar em sigilo fiscal no tocante a esses rendimentos.

(...)

20- Nenhum reclamante citou o nome do Sr. Josias Pereira Barbosa como partícipe do processo. Não há prova da participação do Sr. Josias Pereira Barbosa, exceto a inicial do processo de Jose Roberto Mazini. Não há prova da percepção de rendimentos advindos dessas ações

trabalhistas judiciais por parte do Sr. Josias Pereira Barbosa. Não pode o fiscalizado eximir-se de apresentar prova da efetividade das transações com o Sr. Josias Pereira Barbosa, se elas existiram de fato.

Ainda que se admita, só para prosseguir na fundamentação, que existia o contrato verbal acerca de repasses, pelo réu Adilson, de partes dos honorários para o sindicato e para Josias e, que os repasses tenham sido levados a termo, não pode isto prejudicar o Fisco, pois “(...) as convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes” – art. 123 do Código Tributário Nacional, como bem observado pelo fiscal que atuou o réu Adilson (fl. 16, item 19).

O conjunto probatório me permite concluir que o testemunho do auditor fiscal que efetuou a fiscalização está correto, ou seja, o réu Adilson sonogou imposto de renda por dois anos valendo-se do sindicato.

Embora fosse empregado do sindicato, ele foi contratado, como advogado autônomo, pelos bancários sindicalizados, firmando com estes contratos para prestação de serviços perante a Justiça obreira, onde atuou, sozinho, desde os ajuizamentos e até as satisfações dos créditos, recebendo, para si, os honorários contratados.

A partir daí, valeu-se de seu prestígio conquistado com anos de labor como empregado no sindicato, elaborando recibos, em nome do sindicato e a maioria com assinaturas de presidentes do sindicato, dos honorários que recebeu como advogado único dos reclamantes que o contrataram. Utilizou-se, inclusive, de papel timbrado do sindicato, entregando os recibos aos bancários que receberam verbas trabalhistas/indenizações em ações trabalhistas que patrocinou.

Este proceder, bem como a tentativa de demonstrar, sem sucesso, que sempre repassou, para o sindicato e para Josias, parte dos valores que recebeu diretamente a títulos de honorários advocatícios contratuais, demonstra, sem sombra de dúvidas, que praticou vários ilícitos com o intuito de encobrir os acréscimos patrimoniais que teve com as rendas resultantes de seu trabalho como advogado autônomo contratado diretamente pelos reclamantes.

Além disso, a defesa do réu Adilson não produziu nenhuma prova apta a afastar a reconhecida omissão dos rendimentos oriundos das contribuições previdenciárias por ele resgatadas por força de plano de previdência privada (*vide* auto de infração de fls. 20/35 e item 27 do relatório fiscal – fl. 18).

Em suma, patente está a supressão (materialidade) de imposto de renda cometida pelo réu Adilson. É este, pois, o responsável pela ausência de informação essencial ao Fisco e, por consequência, pelo não recolhimento dos tributos federais oriundos das rendas por ele recebidas e não declaradas.

Além disso, também restou comprovado o dolo do réu, caracterizado pela vontade consciente e livre de omitir informações com o escopo de suprimir ou, ao menos, reduzir o valor do imposto de renda devido.

Observe-se que a consumação do tipo penal previsto inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90 se dá com a omissão de informações, ou seja, é crime omissivo que se consuma com a ausência de informações ao Fisco.

Conforme aponta doutrina específica, “cuida-se de fraude caracterizada pelo silêncio

contraposto à exigência legal de declarar a ocorrência do fato gerador.”²

Sobre o pleito do MPF de reconhecimento de concurso material entre o delito de sonegação e a falsidade ideológica (art. 299 do CP) e o uso de documento falso (art. 304 do CP), tenho que não deve ser acatado.

Apesar de saber que tais crimes apresentam existências autônomas, posto que tutelam bens jurídicos diversos, entendo que, no caso, os delitos constantes dos art. 299 e 304 do CP, restaram absorvidos pelo crime de sonegação fiscal, haja vista que o falso, bem como a utilização do documento falso, tiveram como finalidade a sonegação em si, ou seja, foram eles meio necessário para a sua consumação (da sonegação – crime fim).

Esse entendimento já foi seguido pelo E. TRF da 4ª Região diante de “apresentação pelo contribuinte de documentos inidôneos destinados a comprovar o cumprimento da obrigação tributária, durante o curso do processo administrativo”, sendo que os recibos falsificados “foram utilizados antes da lavratura do auto de infração, justamente com o intuito de suprimir e/ou reduzir o imposto de renda devido”.³

Assim, tenho que o réu Adilson deve responder somente pela prática do crime previsto no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90, em continuação (art. 71 do CP).

Esclareça-se que entendo que o réu deve responder pelo delito com a causa especial de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90, pois é de fácil verificação que o alto valor sonegado trouxe grave dano à coletividade, que não pode usufruir, até a presente data, de tal valor mediante implementação de política estatal. Repita-se que o valor devido pelo réu já extrapola, por certo, a casa do meio milhão de reais (fl. 524). Nesse mesmo sentido vem decidindo o E. STJ, *in verbis*:

(...)

6. A continuidade delitiva, não se confunde com a causa de aumento de pena relativa ao grave dano à coletividade. De fato, é possível que certo agente pratique apenas um crime contra a ordem tributária e cause grave dano à coletividade. Assim como, é possível o cometimento de diversos delitos e não se fazer aplicar a causa de aumento prevista no art. 12, inciso I da lei 8.137/90. 7. *In casu*, todavia, referidos exemplos se conjugam, uma vez que o recorrente praticou várias infrações contra a ordem tributária “calçando” inúmeras notas fiscais nos exercícios de 1994 a 1996, o que ensejou o reconhecimento da continuidade delitiva e causou grave dano à coletividade em razão do elevado montante de tributos não recolhidos, estimados em R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), razão pela qual não há falar em *bis in idem*. 8. Resta motivada a majoração da pena, nos termos do art. 12, I da Lei 8.137/90., em razão do grave dano a coletividade, compreendido na sonegação de vultosa quantia aos cofres públicos. Precedentes. (...)

(AGRESP 200901407205, Rel. Min. MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, SEXTA TURMA, v.u., DJE 05/03/2013).

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CAUSA DE AUMENTO. ART. 12, INCISO I, DA LEI Nº 8.137/90. VALOR SONEGADO EM TORNO DE R\$ 790.000,00 (SETECENTOS E NOVENTA MIL REAIS), SEM CONTAR O MONTANTE DEVIDO A TÍTULO DE JUROS DE MORA E DE MULTA. APLICAÇÃO DO AUMENTO JUSTIFICADO. GRAVE DANO À COLETIVIDADE CONFIGURADO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. Este Superior Tribunal de Justiça já manifestou-se no sentido de que o não recolhimento de vultoso montante de tributos configura grave dano

² BALTAZAR JÚNIOR. José Paulo. *Crimes federais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006, pág. 353.

³ HC 2007.04.00.011517-0/PR, Rel. Des. Federal Elcio Pinheiro de Castro, 8ª T, v.u., 09/05/07.

à coletividade, que enseja a aplicação da causa de aumento da pena estabelecida no art. 12, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Tal majorante justifica-se pelo fato de a quantia vultosa suprimida repercutir sobre a coletividade, destinatária da receita pública decorrente do pagamento de tributos. 2. É inquestionável que a quantia não recolhida pelo Recorrente - R\$ 790.456,71 (setecentos e noventa mil, quatrocentos e cinquenta e seis reais e setenta e um centavos), sem contar o montante devido a título de juros de mora e de multa - justifica a aplicação da causa de aumento, pois impõe grave dano à coletividade. Aplicação da Súmula nº 83 desta Corte Superior. 3. Decisão que se mantém por seus próprios fundamentos. 4. Agravo regimental desprovido.

(AGRESP 201303527550, Rel. Min. LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, V.U., DJE 10/04/2014).

Passo a analisar eventual responsabilidade penal do réu Sidney.

Em Direito Penal cada um deve ser punido de acordo com sua culpabilidade no caso de haver concurso de pessoas. Por isso, há distinção entre autor, coautor e partícipe. Autor é quem executa o crime ou quem se envolve na execução ou aquele que tem domínio do fato. Por outro lado, partícipe é aquele que, não tendo o domínio do fato, colabora para o crime de qualquer modo, ou seja, a sua atuação é acessória, pois dependente de uma conduta principal. Para punir o partícipe há que se invocar o disposto no art. 29 do CP⁴, que é uma norma de extensão.

Tendo o réu Sidney reconhecido, ao ser por mim interrogado, que sabia da existência do contrato verbal de repasse de parte dos honorários advocatícios e, mais, frisando expressamente que manteve, como presidente do sindicato, a sua aplicação durante sua gestão (de 1994 a 2001), evidente está que ele não era um mero desavisado que incorreu “em erro de tipo essencial”, como quer fazer crer a sua defesa.

Ficou desmentida, por outro lado, a sua fala no sentido de os repasses para o sindicato estarem contabilizados, pois a fiscalização demonstrou que isto não aconteceu (*vide* item 8 do relatório fiscal – fl. 14).

Acerca do erro de tipo (art. 20 do Código Penal), sabe-se que ele sempre exclui o dolo, seja evitável ou inevitável. Sendo o dolo elemento do tipo, a presença do erro de tipo exclui a tipicidade do fato doloso, podendo o sujeito responder por crime culposos, desde que seja típica a modalidade culposa.

Diante das circunstâncias demonstradas nos autos, não há como reconhecer que o réu Sidney incorreu em erro de tipo, uma vez que tinha consciência da ilicitude da não declaração, ao Fisco, dos valores recebidos atinentes aos honorários advocatícios contratuais pagos pelos reclamantes sindicalizados, tanto que ele confirmou os recebimentos efetivados pelo réu Adilson, bem como os repasses ao sindicato de partes dos honorários, frisando que estes repasses eram contabilizados pelo sindicato. Entretanto, como antes afirmado, não constou da contabilidade do sindicato os noticiados repasses.

Ora, se reconheceu que parte dos honorários advocatícios recebidos era repassada ao sindicato com sua anuência e não estando tais fatos formalmente contabilizados é lógico que contribuiu, consciente e voluntariamente, para a empreitada criminosa do réu Adilson.

Dizendo de outro modo, teve o réu Sidney efetiva participação nas sonegações perpetradas pelo réu Adilson. Com suas condutas acessórias colaborou materialmente para a sonegação de imposto de renda devido pelo primeiro.

Concorrendo, como partícipe, para o crime de sonegação perpetrado em continuação,

4 Art. 29 - Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.

§ 1º - Se a participação for de menor importância, a pena pode ser diminuída de um sexto a um terço.

§ 2º - Se algum dos concorrentes quis participar de crime menos grave, ser-lhe-á aplicada a pena deste; essa pena será aumentada até metade, na hipótese de ter sido previsível o resultado mais grave.

deve o réu Sidney suportar a reprimenda prevista para o aludido crime da mesma forma que o réu Adilson, aplicando-se, todavia, a diminuição mínima (um sexto) prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal, tendo em vista a sua relevante participação.

Em virtude do antes asseverado, ou seja, da consumação, em continuação, do crime previsto no inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/90, não é possível acolher a almejada desclassificação para o delito previsto no art. 2º, I da Lei nº 8.137/90⁵ – forma tentada do crime do art. 1º, I. Veja-se que foi reconhecida a efetiva supressão/redução de tributo federal, consumando-se, por isso, o crime do art. 1º, I. A consumação do crime do art. 2º, I ocorre com o emprego da fraude visando suprimir ou reduzir, ou seja, não se exige que, efetivamente, haja supressão ou redução de tributo; basta a fraude com a finalidade de eliminar ou diminuir o tributo devido.

Considerando, por fim, que a denúncia, que noticia a supressão de tributos nos anos de 2002 e 2003, foi recebida em 23/08/13 (fl. 544), patente está que não ocorreu a alegada prescrição, posto que o crime imputado aos réus tem pena máxima de cinco anos (inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.137/90) e, por isso, não transcorridos doze anos (art. 109, III, do CP).

III - DISPOSITIVO

Posto isso, *judgo parcialmente procedentes* os pedidos formulados na denúncia e, em consequência, *condeno* os réus ADILSON MAGOSSO e SIDNEY MINALI pelo cometimento, em concurso de pessoas, do crime descrito no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 (mais de uma vez) c/c o art. 12, I, da mesma lei e com o art. 71, do Código Penal, aplicando-se para o segundo réu a diminuição mínima (um sexto) prevista no § 1º do art. 29 do CP.

Nos termos dos arts. 59 e 68 do Código Penal, passo a dosar as penas.

Na primeira fase, verifico que o réu *Adilson*, na época dos fatos (2002/20003), era primário, não registrava maus antecedentes e não havia notícia de conduta social reprovável e/ou de condenação (fls. 550/551, 577, 671/674, 696/697, 736/737 e 747/748). À míngua de elementos para a análise da personalidade do condenado, não havendo elementos repugnantes sobre os motivos do crime, nem sobre suas consequências, estes serão considerados favoráveis. Não obstante isto, tenho que a sua culpabilidade é dotada de maior censurabilidade, o mesmo se dizendo em relação às circunstâncias do crime, considerando as condutas perpetradas pelo réu para o cometimento da sonegação, ou seja, ele era empregado há vários anos do sindicato e, nesta condição, abusou de seu prestígio e da facilidade proporcionada pelo cargo para obter, primeiro, vantagem pecuniária (honorários advocatícios contratuais) de pessoas que eram sindicalizadas que não deveriam, no meu entender, arcar com honorários advocatícios por serem elas sindicalizadas e por estarem valendo-se dos serviços de um empregado do próprio sindicato e, depois, para conseguir as emissões de recibos em nome do próprio sindicato e com assinaturas de pessoas que ocuparam, em mais de uma gestão, o cargo de presidente da referida entidade. Diante de tais considerações, a fixação da pena base deve ser acima (+ 2/6) do mínimo legal. Assim, fixo a pena base em 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e ao pagamento de 13 (treze) dias multa, à base de meio salário mínimo vigente à época, tendo em vista a capacidade financeira do condenado – advogado que percebe R\$ 4.000,00/R\$ 5.000,00 por mês (*vide* final de seu interrogatório).

Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes ou atenuantes e, por isso, mantenho a pena base como pena provisória.

5 Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I - fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

(...)

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Na terceira fase, diante da causa especial de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90 e, por outro lado, por ter praticado supressões de tributos federais em continuação (art. 71 do CP) nos anos de 2002 a 2003, deve haver aumento das penas provisórias em, respectivamente, 1/3 (um terço) e mais 1/6 (um sexto) - mínimos permitidos - o que resulta num acréscimo de 01 ano e 04 meses de reclusão e 06 dias multas (10 meses e 20 dias de reclusão e 04 dias multas + 05 meses e 10 dias de reclusão e 02 dias multas, respectivamente), motivo pelo qual fixo a *pena definitiva* em *04 (quatro) anos de reclusão* e ao pagamento de *19 (dezenove) dias multa*, à base de meio salário mínimo vigente à época.

Na primeira fase, verifico que o réu *Sidney* é primário, não registra maus antecedentes, agiu com culpabilidade normal para o delito e não há notícia de conduta social reprovável e/ou de condenação (fls. 554, 579 e 674). À míngua de elementos para a análise da personalidade do condenado, não havendo elementos repugnantes sobre os motivos e circunstâncias do crime, nem sobre suas consequências, estes serão considerados favoráveis. Assim, fixo a pena base no mínimo legal, ou seja, em 02 (dois) anos de reclusão e ao pagamento de 10 (dez) dias multa, à base de um salário mínimo vigente à época, tendo em vista a capacidade financeira do condenado – aposentado pelo INSS e pelo Banco do Brasil, com proventos mensais de R\$ 17.000,00, conforme informado em seu interrogatório. Na segunda fase, não vislumbro a presença de agravantes ou atenuantes e, por isso, mantenho a pena base como pena provisória.

Na terceira fase, diante da causa especial de aumento prevista no art. 12, I da Lei nº 8.137/90 e, por outro lado, por ter contribuído com supressões de tributos federais em continuação (art. 71 do CP) nos anos de 2002 a 2003, deve haver aumento das penas provisórias em, respectivamente, 1/3 (um terço) e mais 1/6 (um sexto) - mínimos permitidos - o que resulta num acréscimo de 01 ano de reclusão e 04 dias multas (8 meses de reclusão e 03 dias multas + 04 meses de reclusão e 01 dia multa, respectivamente), chegando-se a 03 (três) anos de reclusão e ao pagamento de 14 (quatorze) dias multa. Aplicando-se, agora, a causa de diminuição mínima (um sexto) prevista no § 1º do art. 29 do Código Penal, diminui-se a pena em 06 meses de reclusão e 02 dias multas, motivo pelo qual fixo a *pena definitiva* em *02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão* e ao pagamento de *12 (doze) dias multa*, à base de um salário mínimo vigente à época.

O regime inicial de cumprimento das penas será o *aberto* (art. 33, § 2º, alínea “c”, do CP).

Não obstante as razões para majoração da pena base (culpabilidade e circunstâncias do crime) do réu Adilson, reputo preenchidas, por ambos, as exigências do art. 44 do Código Penal e, entendendo suficiente, substituo as penas privativas de liberdades por uma restritiva de direitos, consistente na *prestação de serviços à comunidade* (art. 46, CP), para cada um, a ser disciplinada pelo juízo da execução da pena e outra de *multa*, cujo valor fixo em *R\$ 4.000,00* (quatro mil reais) para o réu Adilson e em *R\$ 2.500,00* (dois mil e quinhentos reais) para o réu Sidney, a serem destinadas para a União.

Condene os réus, ainda, ao pagamento das custas judiciais (art. 804, do CPP).

Após o trânsito em julgado, inscrevam-se os nomes dos réus no rol dos culpados e façam-se as comunicações de praxe, em especial ao E. TRE (art. 15, III, CF/88).

Translade-se cópia desta sentença para os autos nº 0004105-10.2014.403.6111 – embargos à execução.

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

Marília, 03 de março de 2015.

Juiz Federal Substituto JOSÉ RENATO RODRIGUES

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0005587-24.2013.4.03.6112

Autor: MUNICÍPIO DE IEPÊ

Réu: FRANCISCO CÉLIO DE MELLO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PRESIDENTE PRUDENTE - SP

Juiz Federal: BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2015

1. Relatório

O Município de Iepê ajuizou a presente *Ação Civil Pública* em face de *Francisco Célio de Mello*, Prefeito do Município de Iepê à época dos fatos, em razão da reprovação da prestação de contas referente ao Convênio nº 740545/2010 firmado com o Ministério de Turismo para a realização da 2ª Rodeio Fest Show de Iepê.

Segundo a inicial, as contas foram reprovadas, em razão do evento promovido ser em comemoração ao aniversário da cidade, objeto este, não considerado como de fluxo turístico autorizado a receber verba do Ministério do Turismo, sendo o município compelido a devolver R\$ 100.000,00 (cem mil reais) ao Governo Federal. Alega que ante o evidente prejuízo ao erário, incorreu o réu, na prática de Ato de Improbidade Administrativa.

Com vistas, o Ministério Público Federal, em manifestação lançada às fls. 94/95, sustentou que o caso é de competência da Justiça Federal.

Notificado o réu para oferecimento de manifestação escrita, veio aos autos a petição juntada como fls. 103/110, arguindo a não caracterização de ato de improbidade administrativa, ante a ausência de dolo e de dano ao erário.

Com a r. decisão das fls. 116/117, a petição inicial foi acolhida, oportunidade em que, determinou-se a citação do requerido.

A contestação foi juntada como fls. 130/137, reiterando os termos da defesa preliminar.

A União manifestou interesse no feito às fls. 138/139, sendo determinada sua inclusão no polo ativo na condição de assistente litisconsorcial (fls. 170).

Instados a especificarem provas, o Município de Iepê não se manifestou (fls. 200), o Ministério Público Federal nada requereu (fls. 204), a União requereu o aditamento à inicial (fls. 206) e o réu requereu a produção de prova oral e a juntada de documentos (fls. 208/263).

O despacho saneador deferiu a produção de prova oral (fls. 264/266).

Em audiência realizada em 06 de novembro de 2014, foi tomado o depoimento pessoal do autor e inquiridas duas testemunhas (fls. 292/293) e fixado prazo para que o Município de Iepê trouxesse aos autos documentos indicando os feriados municipais.

O Município de Iepê apresentou os memoriais às fls. 294/296 e juntou os documentos de fls. 297/305.

O requerido Francisco Célio de Mello ofereceu suas alegações finais às fls. 307/312. Juntou documentos (fls. 313/329).

Com a petição de fls. 330/333, a União apresentou suas alegações finais, requerendo a procedência da ação.

O Ministério Público Federal, por sua vez, manifestou-se às fls. 335/342, opinando pela improcedência da demanda, por entender que não houve enriquecimento ilícito ou promoção

pessoal do réu, bem como prejuízo ao erário, de modo que não houve ato de improbidade administrativa.

O réu foi cientificado dos documentos juntados e, em seguida, os autos vieram conclusos para sentença.

2. Decisão/Fundamentação

Encerrada a instrução, passo ao julgamento do feito.

2.1 Da Ação de Improbidade

A ação de improbidade administrativa é modalidade de ação civil pública, voltada à tutela da probidade e da moralidade administrativas, com regras processuais e procedimentais próprias traçadas pela Lei nº 8.492/92, que comporta a aplicação subsidiária do sistema integrado da Lei nº 7.347/85, com o Título III da Lei nº 8.078/90, e o Código de Processo Civil, nessa ordem. Logo, a ação civil pública, regulada pela Lei 7.347/85, pode ser cumulada com pedido de reparação de danos por improbidade administrativa, com fundamento na Lei 8.429/92.

Ressalte-se que o caráter sancionador da Lei 8.429/92 é aplicável aos agentes públicos que, por ação ou omissão, violem os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições e notadamente: a) importem em enriquecimento ilícito (art. 9º); b) causem prejuízo ao erário público (art. 10); c) atentem contra os princípios da Administração Pública (art. 11) compreendida nesse tópico a lesão à moralidade administrativa.

O art. 12 da Lei 8429/92, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, cargo, emprego ou função na administração pública direta, indireta ou fundacional, dispõe:

Art. 12. Independentemente das sanções penais, civis e administrativas, previstas na legislação específica, está o responsável pelo ato de improbidade sujeito às seguintes cominações: I - na hipótese do art. 9º, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos; II - na hipótese do art. 10, ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos; III - na hipótese do art. 11, ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos. Parágrafo único. Na fixação das penas previstas nesta lei o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente.

2.2 Da Necessidade de Conduta Dolosa ou Culposa

O enquadramento na lei de improbidade administrativa exige culpa ou dolo por parte do sujeito ativo.

De fato, segundo as lições de Maria Sylvania Zanella Di Pietro, sem seu já consagrado livro “Direito Administrativo”, 25ª Edição, Atlas: São Paulo, p. 899:

Mesmo quando algum ato ilegal seja praticado, é preciso verificar se houve culpa ou dolo, se houve um mínimo de má-fé que revele realmente a presença de um comportamento desonesto. A quantidade de leis, decretos, medidas provisórias, regulamentos, portarias torna praticamente impossível a aplicação do velho princípio de que todos conhecem a lei. Além disso, algumas normas admitem diferentes interpretações e são aplicadas por servidores públicos estranhos à área jurídica. Por isso mesmo, a aplicação da lei de improbidade exige bom-senso, pesquisa de intenção do agente, sob pena de sobrecarregar-se inutilmente o Judiciário com questões irrelevantes, que podem ser adequadamente resolvidas na própria esfera administrativa. A própria severidade das sanções previstas na Constituição está a demonstrar que o objetivo foi o de punir infrações que tenham um mínimo de gravidade, por apresentarem conseqüências danosas para o patrimônio público (em sentido amplo), ou propiciarem benefícios indevidos para o agente ou para terceiros. A aplicação das medidas previstas na lei exige observância do princípio da razoabilidade, sob o seu aspecto da proporcionalidade entre meios e fins.

Prossegue a renomada doutrinadora explicando que embora somente o artigo 10, da Lei 8.429/92 fale em dolo ou culpa, mesmo nas hipóteses do art. 9 e do 11, a exigência também se apresenta.

Com efeito, a interpretação das regras insertas no art. 11 da Lei 8.429/92, considerada a gravidade das sanções e restrições impostas ao agente público, deve ser realizada com cautela, já que uma interpretação ampliativa poderá acoimar de ímprobas condutas meramente irregulares, suscetíveis de correção administrativa, posto ausente a má-fé do administrador público, preservada a moralidade administrativa, indo bem além de que o legislador pretendeu.

A má-fé, portanto, é premissa do ato ilegal e ímprobo e a ilegalidade só adquire o status de improbidade, quando a conduta antijurídica fere os princípios constitucionais da Administração Pública, coadjuvados pela má-intenção do administrador.

Destarte, o elemento subjetivo é essencial à caracterização da improbidade administrativa, o que afasta, dentro do nosso ordenamento jurídico, a responsabilidade objetiva.

O mesmo raciocínio se aplica ao pedido de ressarcimento de valores em caso de ilícitos que causem prejuízos ao erário, já que a responsabilidade objetiva, via de regra, não é acolhida pelo ordenamento jurídico.

A rigor, a CF consagra em seu art. 37, § 6º, da CF, apenas a responsabilidade objetiva do Estado em relação a terceiros, mas não a do agente causador do dano, cuja responsabilidade será sempre subjetiva.

2.3 Das Supostas Irregularidades constatadas pelo Ministério do Turismo

Segundo a Nota Técnica nº 570/2012 (fls. 22/25) e que teria embasado a propositura desta Ação Civil Pública de Improbidade Administrativa algumas falhas foram constatadas em relação ao Convênio 740545/2010, firmado entre o Ministério do Turismo e a Prefeitura Municipal de Iepê.

Em linhas gerais, a falha consiste em utilização de recurso do Ministério do Turismo para promoção de evento em comemoração ao aniversário da cidade.

Segundo o Parecer Técnico, não foram atendidos os requisitos de elegibilidade do convênio, sendo a execução física reprovada, ficando o município obrigado a restituir, ao Tesouro Nacional, o valor firmado, devidamente corrigido (R\$ 122.983,00 – fl. 155).

A União, em suas alegações finais, alega o dano ao erário da União, tendo em vista que não houve a restituição do valor objeto do convênio, bem como desobediência ao ordenamento jurídico, uma vez que não atendeu ao programa federal de fluxo turístico, tendo o réu se enquadrado nos artigos 10 e 11, da Lei de Improbidade.

Cabe-nos delimitar a suposta existência de improbidade.

A principal irregularidade apontada pela União refere-se ao objeto do Convênio, o qual foi firmado para a realização da *2ª Rodeio Fest Show de Iepê*.

Importante consignar que irregularidades meramente formais, não são aptas, por si só, a configurar qualquer situação de improbidade, muita embora possam até mesmo reforçar eventual condenação quando se prove que foram deliberadamente praticadas para perpetrar fraude.

Em outras palavras, não é a simples existência de irregularidades que levará a condenação do réu por improbidade. De fato, eventual condenação por improbidade só poderá ocorrer se restar comprovado que o réu praticou deliberadamente tal conduta para promoção pessoal ou enriquecimento ilícito.

Conforme disposto na Portaria 153, de 06 de outubro de 2009, o Ministério do Turismo somente autoriza a utilização de recursos *para eventos considerados de fluxo turístico*, os quais estão elencados no artigo 16 (Carnaval, Carnaval fora de época, Cavalgadas, Etapas de Eventos Esportivos - Nacional ou Mundial, Festas Juninas, Festividades Natalinas, Festivais de Cinema, Festivais Culturais, Festivais Folclóricos, Festivais Gastronômicos, Festivais de Inverno, Festivais de Pesca Esportiva, Feiras e Exposições de Produtos locais, regionais ou nacionais, Vaquejadas, Réveillon e *Rodeios*).

Pois bem. Conforme prova produzida nos autos, inclusive oral, não há dúvida de que o evento se concretizou, bem como que o evento realizado entre os dias 23 a 27 de junho de 2010, objeto do convênio em questão, foi o *2ª Rodeio Fest Show de Iepê*.

E, conforme elencado na Portaria, rodeio é considerado evento de fluxo turístico, logo, em conformidade com o programa federal de gerar fluxo turístico e contribuir com a movimentação de turistas na região e no país.

Desta feita, por si só, pelo evento tratar-se de Rodeio, não há de se falar em irregularidade no objeto do convênio, mesmo que o evento fosse destinado à comemoração do aniversário da cidade.

Contudo, segundo a Lei Orgânica Municipal, promulgada em 5 de abril de 1990, o Município de Iepê comemora, como feriados municipais, o dia 24 de junho, dia de São João Batista, Padroeiro da cidade e, no dia 30 de novembro, dia da emancipação política do Município (artigo 257) (fl. 313).

O decreto 27, de 28 de abril de 2014, o qual dispõe sobre calendário de feriados, sendo posterior aos fatos, inclusive à propositura desta ação civil pública, não pode ser utilizada como parâmetro para fixação da data comemorativa de aniversário da cidade.

Desde modo, por entender que no dia 24 de junho comemora-se o dia do padroeiro da cidade de Iepê, pelo evento tratar-se de um rodeio, considerado como de fluxo turístico pelo Ministério do Turismo, segundo a portaria 153/2009, não há de se falar em desobediência ao ordenamento jurídico.

E ainda, não estando comprovados nos autos que houve promoção pessoal ou enriquecimento ilícito do réu, bem como não restou demonstrado prejuízo ao erário federal ou municipal, não há a caracterização de atos de improbidade.

Assim, tenho que o caso é de improcedência da ação, por restar provado que o réu não

cometeu qualquer ato de improbidade administrativa, atuando nos estritos limites de suas atribuições funcionais de modo regular e probo.

3. Dispositivo

Em face do exposto, na forma da fundamentação supra, *Absolvo o réu Francisco Célio de Mello* por restar provado que não cometeu qualquer ato de improbidade administrativa, atuando nos estritos limites de suas atribuições funcionais de modo regular e probo.

Destarte, uma vez absolvido o réu das imputações que lhe foram feitas na inicial, *JULGO IMPROCEDENTE* o pedido inicial. Extingo o feito, com resolução de mérito, na forma do art. 269, I, do CPC.

Sem custas. Sem condenação em verba honorária, uma vez que indevida na ação civil pública, salvo comprovada má-fé, o que não é o caso dos autos.

Sentença sujeita a reexame necessário.

P.R.I.

Juiz Federal Substituto BRUNO SANTHIAGO GENOVEZ

MANDADO DE SEGURANÇA 0009415-70.2014.4.03.6119

Impetrante: SARAIVA E SICILIANO S.A.
Impetrado: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juiz Federal: ETIENE COELHO MARTINS
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/04/2015

Trata-se de mandado de segurança em que se pretende o reconhecimento da imunidade do leitor eletrônico de livros digitais em relação aos impostos federais (Imposto de Importação - II e Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI) e a utilização da classificação da mercadoria no Código NCM 4901.99.00, para inclusão nas Notas Fiscais, dando cumprimento à obrigação acessória. Também pleiteia-se que a autoridade coatora se abstenha da lavratura de auto de infração e suas consequências daí decorrentes, como inscrição na Dívida Ativa, no Cadastro de Inadimplentes (CADIN) e outros, assim como o ajuizamento de executivo fiscal para cobrança dos impostos e qualquer outra penalidade que possa ser imposta à impetrante.

A petição inicial foi instruída com procuração e documentos (fls. 31/138).

Às fls. 149/151, *decisão que deferiu em parte o pedido de liminar*, determinando à autoridade coatora que considere os aparelhos eletrônicos descritos nos documentos apresentados pela impetrante às fls. 54/69 como similares de livros, com suas implicações tributárias; e também se abstenha de impor sanções por conta do não recolhimento dos impostos ora combatidos, tais como lavratura de auto de infração, inscrição em dívida ativa ou inclusão do nome da impetrante no CADIN, apenas no que tange aos impostos objeto deste feito, até final decisão.

Às fls. 156/158, a impetrante opôs embargos de declaração aduzindo que a decisão liminar possui erro material, uma vez que a ordem de citação dos documentos deve ser aquela do desembarque dos produtos no Brasil, consoante o quadro indicado à fl. 157. Às fls. 160/161, foi proferida decisão recebendo a petição de embargos como emenda à inicial e, em complementação à decisão de fls. 149/151, determinou à autoridade coatora que considerasse os aparelhos eletrônicos descritos no “Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978431 e HAWA nº TEH – 10068810, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141203-BR-SARAIVA-2” e “Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978420 e HAWA nº TEH – 10068883, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141208-BR-SARAIVA-2” como similares de livros, com suas implicações tributárias; e também se abstivesse de impor sanções por conta do não recolhimento dos impostos ora combatidos, tais como lavratura de auto de infração, inscrição em dívida ativa ou inclusão do nome da impetrante no CADIN, apenas no que tange aos impostos objeto deste feito, até final decisão.

Às fls. 166/184, informações da autoridade coatora.

Às fls. 188/200, a União requereu seu ingresso no feito e comunicou a interposição de agravo de instrumento.

À fl. 201, foi deferido o ingresso da União no feito.

Às fls. 204/205, parecer do MPF pela inexistência de interesse público a justificar sua intervenção.

Às fls. 206/207, decisão proferida no agravo de instrumento nº 0002555-43.2015.4.03.0000, indeferindo o efeito suspensivo pretendido.

É o relatório necessário. DECIDO.

Como *preliminar*, a autoridade coatora alegou a *inadequação da via eleita*, uma vez que há a necessidade de dilação probatória e esta é incabível em sede de Mandado de Segurança. Entretanto, *a questão que envolve o objeto deste processo é estritamente jurídica*, restando definir se o e-reader pode ou não ser entendido como livro e, conseqüentemente, ser imune à incidência de impostos. De fato, *tenho que o manual de instrução dos aparelhos e a declaração do fabricante são suficientes para resolver a questão*. Tais documentos gozam de presunção relativa de certeza quanto às propriedades dos aparelhos, cabendo, assim, à autoridade coatora e à União o levantamento de dúvidas razoáveis que pudessem colocar em xeque a veracidade das informações dos documentos. Não basta a simples alegação. Portanto, sendo suficientes e claras as informações contidas no manual de instrução e na declaração do fabricante, *afasto a preliminar suscitada*.

No mérito, a questão se volta em saber se os aparelhos importados pela impetrante (leitores de livros digitais) estão no conceito de livro trazido no art 150, VI, “d”, da CRFB/88.

Inicialmente, a alegação de que se *deve aplicar o art 111 do CTN para interpretar restritivamente o art 150 da CRFB/88 não procede*. Isto porque tal dispositivo se destina à interpretação da “legislação tributária” e esta, segundo o próprio CTN, não abarca a Constituição.¹ Do mais, conforme ensina a hermenêutica constitucional, *a legislação infraconstitucional deve ser interpretada à luz da Constituição e não o inverso*. Assim, seja por estrita determinação do CTN, seja por lógica hierárquica, não pode o art 111 determinar como se deve interpretar a Constituição da República.

Com relação à correta aplicação do art 150, VI, “d”, CRFB/88, tenho que o próprio *legislador infraconstitucional optou por uma interpretação extensiva*, levando-se em conta o objetivo do dispositivo constitucional. Nos termos da Lei 10.753/2003, a qual instituiu a Política Nacional do Livro, o art 2º trouxe um conceito de livro e o art 4º determinou a utilização deste conceito ao presente caso:

Art. 2º. Considera-se livro, para efeitos desta Lei, a *publicação de textos escritos* em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura, em capas avulsas, *em qualquer formato e acabamento*.

Parágrafo único. *São equiparados* a livro:

(...)

II - *materiais avulsos relacionados com o livro*, impressos em papel ou em *material similar*;

(...)

VI - textos derivados de livro ou originais, produzidos por editores, mediante contrato de edição celebrado com o autor, *com a utilização de qualquer suporte*;

.....

Art. 4º. *É permitida a entrada no País de livros* em língua estrangeira ou portuguesa, *imunes de impostos nos termos do art. 150, inciso VI, alínea d, da Constituição*, e, nos termos do regulamento, de tarifas alfandegárias prévias, sem prejuízo dos controles aduaneiros e de suas taxas. (Redação dada pela Lei nº 10.833, de 29.12.2003)

¹ Art. 96. A expressão “legislação tributária” compreende as leis, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes.

Conforme se nota, a interpretação do conceito de livro escolhida pelo legislador não foi restritiva, alcançando, portanto, a hipótese de materiais equiparados a livros. Do mais, o art 4º é expresso em determinar que seja aplicada a definição de livro do art 2º aos casos de imunidade de impostos. Feita esta introdução, passo a verificar se os aparelhos importados são livros ou equiparados, gozando, portanto, da imunidade do art. 150, inciso VI.

Os documentos de fls. 54/69 revelam a importação de milhares de “Saraiva Lev” e “Saraiva Lev com luz”. No manual de instrução dos citados aparelhos (fls. 73/121), verifica-se que o aparelho eletrônico destina-se à leitura de livros eletrônicos, com algumas variações, como acessar rede Wi-Fi para baixar outros livros eletrônicos. Segundo informação do fabricante, em fls (fls. 123/125), o produto destina-se exclusivamente a possibilitar a leitura, em forma digital, de livros oriundos de determinadas empresas. Neste ponto, vale destacar a sua diferença de outros aparelhos, tais como os tablets ou smartphones, os quais autorizam acesso quase que irrestrito à rede mundial de computadores, o que seria capaz de desvirtuar o aparelho como simples leitor de livro eletrônico. Dessa forma, conclui-se que os produtos importados não se prestam a qualquer outra função, exceto leitura de livros eletrônicos.

A partir da definição do objeto da importação, volto aos dispositivos transcritos acima para verificar se o caso concreto se amolda à hipótese legal. Pelo art 2º da Lei 10.753/2003, livro é “a publicação de textos escritos em fichas ou folhas, não periódica, grampeada, colada ou costurada, em volume cartonado, encadernado ou em brochura...”. Pelo parágrafo único, II, do mesmo art 2º, também é livro os “materiais avulsos relacionados com o livro, impressos em papel ou em material similar;”. Pela leitura destes dois dispositivos, conclui-se que também é livro a publicação de textos escritos em materiais avulsos relacionados com livro, impressos em material similar ao papel. Portanto, resta claro que uma plataforma eletrônica que se preste unicamente a visualizar a publicação de textos faz as vezes do papel e, conseqüentemente, deve ser equiparado a livro.

Neste contexto, tenho que, se os aparelhos importados (fls. 54/69) servem exclusivamente para a leitura de textos, não há como excluí-lo do conceito de “equiparados a livro” descritos no art 2º, parágrafo único, incisos II, Lei 10.753/2003 (instituiu a Política Nacional do Livro). Em consequência, concluo também que gozam de imunidade de impostos, conforme o art 150, VI, “d”, CRFB/88, e os art 2º e 4º da Lei 10.753/2003.

No que tange ao pedido de utilização da classificação da mercadoria na Norma Comum do Mercosul - NCM nº “4901.99.00”, para inclusão nas notas fiscais, verifico que o aparelho consiste em produto da indústria eletrônica e não da indústria gráfica, que é inerente à família 4901 da norma classificatória, não assistindo razão à impetrante. Friso, também, que a NCM se trata de uma classificação aduaneira para efeitos de compromissos internacionais, não devendo se confundida com eventual definição que se dê no plano interno. Do mais, por se tratar de definição apenas para efeitos alfandegários e perante o MERCOSUL, não há prejuízo para o gozo da imunidade requerida, já que as definições de um não influencia na do outro. Portanto, é caso de improcedência.

Dispositivo

Diante do exposto, CONCEDO EM PARTE A SEGURANÇA, resolvendo o mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil, para determinar à autoridade coatora que:

a) considere como equiparados a livros, com suas implicações tributárias, os aparelhos eletrônicos descritos nos documentos apresentados pela impetrante (fls. 54/69): Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978431 e HAWA nº TEH – 10068810, Conhecimento de Embarque (Packing List) e Fatura Comercial (Commercial Invoices) nº 20141203-BR-SARAI-

VA-2; o Conhecimento de Transporte MAWB nº 618-87587371 e HAWA nº TEH – 10068807, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141128-BR-SARAIVA-2; o Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978420 e HAWA nº TEH – 10068883, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141208-BR-SARAIVA-2 e o Conhecimento de Transporte MAWB nº 045-96978022 e HAWA nº TEH – 10068730, Conhecimento de Embarque (*Packing List*) e Fatura Comercial (*Commercial Invoices*) nº 20141206-BR-SARAIVA-2; e

b) também se abstenha de impor sanções por conta do não recolhimento dos impostos ora combatidos, tais como lavratura de auto de infração, inscrição em dívida ativa ou inclusão do nome da impetrante no CADIN, *apenas no que tange aos impostos objeto deste feito*.

Encaminhe-se cópia por meio de correio eletrônico, conforme determina o Provimento COGE nº 64 de 28 de abril de 2005, ao Exmo. Sr. Desembargador Federal relator do Agravo de Instrumento nº 0002555-43.2015.4.03.0000, com cópia desta sentença.

Custas na forma da lei.

Sem condenação em honorários, a teor do art. 25 da Lei nº 12.016/09.

Nos termos do art. 14, §1º, da Lei nº 12.016/09, encaminhem-se os autos com as nossas homenagens ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

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

Guarulhos, 14 de abril de 2015.

Juiz Federal ETIENE COELHO MARTINS

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL **0000069-77.2015.4.03.6340**

Autora: CLEUSA MUSA DANIEL

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL DE GUARATINGUETÁ - SP

Juiz Federal: LEANDRO GONSALVES FERREIRA

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 22/04/2015

Dispensado o relatório, nos termos do art. 38 da Lei nº 9.099/95.

Trata-se de ação na qual a parte autora visa obstar a cobrança do valor de R\$ 5.730,99 (cinco mil, setecentos e trinta reais e noventa e nove centavos), em razão da percepção pela parte autora, como procuradora do segurado previdenciário, de auxílio-acidente de titularidade de seu irmão, Pedro Daniel, ora falecido, entre o período de 01/12/2011 a 30/11/2012.

Inobstante a alegação levantada pelo INSS a justificar a cobrança – irregularidade que consiste em recebimento após o óbito do segurado (conforme página 17 do arquivo de nº 01) -, entendo que *o caso em tela apresenta peculiaridades que o distinguem dos demais e por isso merecedor de análise mais acurada.*

Alega a parte autora que, por ser seu irmão usuário de drogas, dele não mais teve notícias desde *dezembro de 2011*, quando este se deslocou para a cidade de São José dos Campos, sob a alegação de participar de tratamento clínico, e que somente soube de seu paradeiro *após novembro de 2012*, quando foi solicitado pela autarquia previdenciária o recadastramento do beneficiário para que este continuasse a receber o benefício, e então teve informações de que o irmão havia falecido há cerca de um ano, não tendo sido seu corpo identificado pelas autoridades do local do falecimento, sendo, portanto, *enterrado como indigente.*

Ante tais fatos, a primeira discussão que se coloca é se o pagamento realmente foi indevido ou não. Conforme se depreende da leitura do artigo 86, § 1º, da Lei 8.213/91, na redação dada pela Lei nº 9.528/97, o benefício de auxílio acidente é cessado quando da implantação do benefício de aposentadoria ou quando do óbito do segurado. Por sua vez, o Código Civil é explícito em relação ao óbito e à ausência, em seu artigo 6º, assim dispendo:

Art. 6º A existência da pessoa natural termina com a morte; presume-se esta, quanto aos ausentes, nos casos em que a lei autoriza a abertura de sucessão definitiva.

No caso, no período em que a demandante recebeu o benefício do irmão na qualidade de sua procuradora, não havia qualquer notícia do óbito do segurado, ao que consta dos autos.

Não há que se falar ainda em exigibilidade, por parte da autora, de comunicação da ausência do segurado, dado, principalmente, o escasso período de um ano entre a ida de seu irmão para outra cidade e a notícia de seu óbito e também ao fato de que o irmão “desaparecido” constituíra procuradora (a autora), circunstância que, em princípio, não justificaria a declaração de ausência, a teor do art. 22 do Código Civil:

Art. 22. Desaparecendo uma pessoa do seu domicílio sem dela haver notícia, *se não houver deixado representante ou procurador a quem caiba administrar-lhe os bens*, o juiz, a requerimento de qualquer interessado ou do Ministério Público, declarará a ausência, e nomear-lhe-á curador. (g.n.)

Friso que, mesmo para os casos de decretação de ausência para fins previdenciários, em especial para obtenção de benefício de pensão por morte, que tem prazos diferenciados da decretação civil de ausência, fixa a lei 8.213/91, em seu artigo 78, *caput*, o prazo de ao menos seis meses de desaparecimento do segurado.

Vale dizer, *a devolução do benefício, no período de 01/12/2011 a 30/11/2012*, conforme cobrança do INSS (págs. 17 e 18 do arquivo nº 1), *pressupõe pagamento indevido*. Todavia, seja pelo *aspecto objetivo (existência do vínculo obrigacional)* ou pelo *aspecto subjetivo (ciência do erro)* não se pode falar, *quando da realização dos efetivos depósitos do benefício*, em pagamento indevido, *à luz da teoria da aparência*, porque *tanto por parte do INSS quanto da procuradora (autora) existia causa jurídica justificadora da prestação previdenciária, ainda que aparente ou putativa*.

Explico.

Como bem frisado na sentença proferida pela Justiça Estadual, que determinou a retificação da certidão de óbito, o antigo registro (sem identificação do cadáver) *“não inspira a verdade real dos fatos”* (cf. pág. 22/25 do arquivo nº 1).

Desse modo, tanto o INSS quanto a autora (na qualidade de procuradora do segurado) tinham a *falsa percepção da realidade* no sentido de existência de uma obrigação. Evidência disso é que o INSS somente alimentou seu sistema com a informação do óbito em 26/11/2014 (arquivo nº 28), isto é, após a lavratura da certidão de óbito ocorrida em 14/08/2014 (pág. 25 do arquivo nº 1). E, ao que consta dos autos, a autora, na época dos pagamentos em questão, *não tinha ciência do óbito do irmão*, visto que o conhecimento dos fatos ocorreu posteriormente, com a identificação do cadáver.

Ainda, considerando que o mandato cessa com o óbito (art. 682, II, CC), o desconhecimento do óbito justificou ou deu causa jurídica aos atos da autora tendentes à preservação do direito do irmão (recebimento do benefício – cf. páginas 15/16 do arquivo de nº 01). Não se pode atribuir má-fé à autora, porque tal conduta não se presume, deve ser provada.

O mandatário é obrigado a aplicar toda sua diligência habitual na execução do mandato, e a indenizar qualquer prejuízo causado por culpa sua ou daquele a quem substabelecer, sem autorização, poderes que devia exercer pessoalmente (art. 667 do CC). A autora, como mandatária ou procuradora, agiu com diligência, nos termos da lei civil, não se podendo aplicar cegamente, neste processo específico, o art. 115 da Lei 8.213/91, *haja vista a peculiaridade do caso concreto*.

Com efeito, a multiplicidade dos fatos da vida por vezes não é abarcada pelas regras jurídicas e daí a necessidade de se aplicar e sopesar os princípios e regras de direito, nos termos do art. 6º da Lei nº 9.099/95:

Art. 6º O Juiz adotará em cada caso a decisão que reputar mais justa e equânime, atendendo aos fins sociais da lei e às exigências do bem comum.

Desse modo, entendendo não ser aplicável na espécie o art. 115 da Lei 8.213/91 e o entendimento da TNU no PEDILEF 50190790520134047200.

Apesar de o INSS cumprir, com a cobrança, o princípio da *estrita legalidade*, reputo que o mais adequado na espécie é a aplicação da *teoria da aparência*, com esteio na qual o *Superior Tribunal de Justiça* tem entendido que, embora o recebimento de determinado valor não seja devido, se o servidor público o recebeu de *boa-fé e com base na teoria da aparência*, *não se pode exigir sua restituição* (AgRg no AREsp 152.344/CE, Rel. Ministro HERMAN BENJA-

MIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/05/2012, DJe 15/06/2012). Trata-se de julgado que comporta aplicação no caso concreto por analogia.

A *teoria da aparência* pressupõe, como sua denominação indica, que *uma situação irreal (simples aparência) seja aceita como verdadeira*, desde que presentes determinados requisitos, quais sejam, objetivamente: a) situação de fato cercada de circunstâncias tais que manifestamente se apresentem como se fora uma segura situação de direito; b) situação de fato que assim passa ser considerada segundo a ordem geral e normal das coisas - *error communis facti jus* - c) que, nas mesmas condições acima, apresente o titular aparente como se fora titular legítimo, ou direito como se realmente existisse. E subjetivamente: a) a incidência em erro de quem, de boa-fé, a mencionada situação de fato como situação de direito considera: b) a escusabilidade desse erro apreciada segundo a situação pessoal de quem nele incorreu (TJRJ – Ap. 586-89, 28.11.89, 1ª CC, Rel. Des. Renato Maneschy, *in* ADV JUR, 1990, p. 136, v. 48146).

E todos os pressupostos para a aplicação dessa teoria estão evidenciados no caso concreto, visto a ausência de notícias do óbito do segurado, bem como restar comprovado ser a parte autora procuradora deste para fins de percepção da benesse. Ademais, entendo plausível a boa-fé da parte autora, comprovada na espécie pelos documentos acostados aos autos, como comprovantes de compra de materiais de construção para a obra destinada, segundo prova oral, a beneficiar seu irmão (páginas 02/09 do arquivo de nº 01), guia de recolhimento previdenciário do mês de outubro de 2012 (página 11), este último ratificado pelo juízo mediante consulta aos sistemas PLENUS/CNIS (arquivo nº 28), que demonstra ter havido recolhimentos como contribuinte individual de 12/2010 a 11/2012 e de 01/2012 a 10/2012 (após o óbito inclusive), além de pedido de retificação do óbito de Pedro Daniel (páginas 23 e 24 do arquivo de nº 01), que vem a corroborar a tese de ignorância da ocorrência do óbito deste.

Frise-se ainda que os depoimentos da parte autora e das testemunhas arroladas (arquivos 24 a 27) foram uníssonos em afirmar o desconhecimento do óbito do segurado Pedro Daniel previamente ao seu reconhecimento junto ao IML, bem como a conduta do irmão da autora, que tinha por hábito se ausentar do lar devido à enfermidade apresentada.

Ante todo o exposto, merece ser acolhido o pedido formulado pela parte autora.

Pelo exposto, julgo PROCEDENTE a ação para o efeito de *declarar a inexigibilidade da cobrança, pelo INSS, do valor de R\$ 5.730,99 (cinco mil setecentos e trinta reais e noventa e nove centavos)* e eventuais acréscimos, objeto das Cartas nº 799/2014 (de 04/12/2014) e nº 19/2015 (de 13/01/2015), ambas da Agência da Previdência Social de Guaratinguetá-SP e referentes ao benefício 94/025.406.075-7, e, por conseguinte, *determinar ao INSS que se abstenha de exigir a respectiva devolução*.

Presente a plausibilidade do direito autoral, nos termos da fundamentação, e considerando os atos de cobrança da dívida pelo INSS, demonstrativos da iminente lesão ao patrimônio da demandante, vislumbro a presença dos requisitos do art. 273 do CPC e por isso *DEFIRO A ANTECIPAÇÃO DE TUTELA para determinar ao INSS que, até decisão definitiva da Turma Recursal ou determinação diversa desta, deixe de cobrar a dívida objeto desta demanda*.

Comunique-se à APSDJ/INSS para fins de cumprimento desta decisão.

Sem custas e honorários nesta instância.

Publique-se e intimem-se.

Juiz Federal LEANDRO GONSALVES FERREIRA

AÇÃO ORDINÁRIA

0003946-31.2015.4.03.6144

Autora: CSU CARDSYSTEM S/A

Rés: UNIÃO FEDERAL E CAIXA ECONÔMICA FEDERAL – CEF

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

Juiz Federal: JOSÉ TARCÍSIO JANUÁRIO

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/03/2015

Vistos, etc.

Trata-se de pedido de antecipação dos efeitos da tutela formulado por CSU CARDSYSTEM S/A em face da UNIÃO FEDERAL e da CAIXA, no qual se pleiteia a suspensão da exigibilidade da contribuição ao FGTS prevista no artigo 1º da LC 110/2001.

Em síntese, a parte autora sustenta que (a) as contribuições sociais criadas pela LC 110/01 não foram recepcionadas pela EC 33/2001; (b) já foi atingida integralmente a finalidade almejada pelas contribuições social gerais da LC 110/01, de modo que se impõe o reconhecimento da sua inconstitucionalidade superveniente; c) está sendo praticado evidente desvio na destinação de recursos arrecadados pela contribuição social ao FGTS.

Decido.

A antecipação dos efeitos da tutela, nos termos do que preceitua o art. 273 do Código de Processo Civil, depende da existência da prova inequívoca prevista no *caput*, ou seja, de prova capaz de conduzir a um juízo de verossimilhança do direito alegado, além de fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

No caso, não vislumbro a plausibilidade jurídica suficiente e necessária - robusto *fumus boni juris*, para antecipação da tutela judicial buscada ao final do processo.

Com efeito, a Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001, em seu artigo 1º, instituiu a Contribuição Social devida pelos empregadores, à alíquota de 10% sobre o montante total dos depósitos ao FGTS, além da contribuição do artigo 2º, devida por sessenta meses, e com base na remuneração do trabalhador.

Nas ADIs 2.556 e 2.558 foi declarada a constitucionalidade da ora questionada contribuição social do artigo 1º da LC 110/01.

Pretende-se agora seja reconhecida a inconstitucionalidade superveniente, seja pela não recepção de tal contribuição social pela Emenda Constitucional 33/2001, seja pelo esgotamento – desde 2007 - da finalidade pela qual a contribuição foi criada, pagamento dos expurgos inflacionários do FGTS, ou pelo desvio de finalidade.

Tais argumentos possuem relevantes teses defensivas. Contudo, não se pode perder de vista as interpretações histórica e finalística na análise da questão.

A Lei Complementar 110, de 29 de junho de 2001, decorre do Projeto de Lei Complementar 195, apresentado pelo Poder Executivo no início de abril de 2001 e objeto de deliberação no Congresso Nacional entre abril e junho de 2001, sendo ao final aprovada a contribuição na forma proposta inicialmente.

Ou seja, o Congresso Nacional, de maneira clara e expressa, instituiu nova contribuição social tendo como base de cálculo o total dos depósitos ao FGTS.

Por outro lado, a Emenda Constitucional 33, promulgada em 11 de dezembro de 2001, também teve sua origem no Poder Executivo, que apresentou a Proposta de Emenda Consti-

tucional nº 277, de 2000, cuja finalidade era instituir contribuições sociais e de intervenção na atividade econômica sobre operações com petróleo, seus derivados e gás natural, como constou na exposição de motivos.

Aludida PEC 277 tramitou pela Comissão Especial do Congresso Nacional destinada à sua apreciação entre maio e agosto de 2001, tendo recebido 13 emendas em maio de 2001 e com Parecer do Relator, deputado Basílio Villani, de 07/08/2001.

Na Proposta original de Emenda Constitucional assim estava redigida a alteração do artigo 149 da Constituição Federal:

Art. 1º É acrescentado ao art. 149 da Constituição Federal o seguinte § 22, renumerando-se para § 1º o atual parágrafo único:

“Art. 149

.....

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de bens ou serviços recebidos do exterior, inclusive energia elétrica, serviços de telecomunicações, derivados de petróleo, combustíveis, ainda que o destinatário seja pessoa natural, que, no caso, poderá, na forma da lei, ser equiparada a pessoa jurídica”. (NR)

E no artigo 2º dessa PEC 277 constava a inclusão do § 4º ao artigo 177 da CF com a seguinte redação:

Art. 177

...

§ 4º A Lei que instituir contribuição de intervenção no domínio econômico relativa às atividades de comercialização, decorrente de revenda ou refino, e de importação de petróleo e seus derivados, bem assim de gás natural e álcool carburante, deverá atender aos seguintes requisitos:

I - a alíquota da contribuição será:

a) *ad valorem*, incidindo sobre o faturamento ou a receita bruta, no caso de comercialização e, no caso de importação, sobre o respectivo valor aduaneiro; ou

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada;

II - a alíquota poderá ser:

a) diferenciada por produto ou destinação;

b) reduzida e restabelecida por ato do Poder Executivo, não se lhe aplicando o disposto no art. 150, III, b;

...

Em maio de 2001, quando – lembre-se – também tramitava o projeto convertido na LC 110/01, houve, na Comissão Especial que analisava a PEC 277, apenas proposta de alteração da redação do artigo 149 da CF pretendendo incluir no seu § 2º, inciso I, a imunidade dos hidrocarbonetos líquidos em estado natural, Proposta de Emenda nº 11 do deputado Márcio Fortes, além da Proposta de Emenda nº 13, do mesmo deputado, com a seguinte redação:

III - poderão ter incidência monofásica;

IV – se incidentes sobre combustíveis automotivos, definidos em lei federal, independentemente da destinação final do produto, terão tributação monofásica.

§ 3º - O disposto nos incisos I e II do § 4º do artigo 177 aplicar-se-á às contribuições sociais incidentes sobre as operações, ou as receitas dela decorrentes, com combustíveis automotivos definidos em lei federal.

Em sua Justificação, o deputado Márcio Fortes afirmou que pretendia incluir a tributação monofásica, para evitar distorções entre o produto produzido na cadeia produzida nacional e o importado, assim como incluir a possibilidade de tributação dos combustíveis por alíquota específica. [Observe-se que tanto na proposta original quanto na Emenda 13 o “poderão” está sendo usado como faculdade e não como limitação.]

Por fim, foi aprovado o texto do Substitutivo da PEC apresentado pelo relator, com a seguinte redação para o § 2º do artigo 149 da CF:

Art. 149.

§ 1º.....

§ 2º As contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico de que trata o *caput* deste artigo:

I - não incidirão sobre as receitas decorrentes de exportação;

II - poderão incidir sobre a importação de petróleo e seus derivados, gás natural e seus derivados e álcool combustível;

III - poderão ter alíquotas:

a) *ad valorem*, tendo por base o faturamento, a receita bruta ou o valor da operação e, no caso de importação, o valor aduaneiro;

b) específica, tendo por base a unidade de medida adotada.

...

Conforme deixa expresso o Parecer do Relator, no item 17.10 de seu Relatório: “Os objetivos das emendas nos 11, 12 e 13 ficam acolhidos, embora não se tenha aproveitado o seu teor literalmente.”

Quanto ao Substitutivo da PEC, narra o Relator, no item 18.1:

O art. 1º do Substitutivo, além de acrescentar a importação de gás natural e álcool carburante ao rol de eventos sobre os quais poderá incidir a futura contribuição, procura também, como já mencionado no item 14 acima, atender emendas propostas com o objetivo de *estender às contribuições sociais, quando incidirem sobre combustíveis, algumas características que se pretendem atribuir à contribuição de intervenção no domínio econômico sobre combustíveis*. (grifei)

Tais características são, basicamente: a possibilidade de instituição de alíquotas específicas ou *ad valorem*, contemplada no inciso III do § 2º acrescentado ao art. 149 da Constituição, e a incidência em uma única vez, nas hipóteses definidas em lei, abrigada pelo § 3º do mesmo dispositivo.

Dos debates havidos na Comissão, pode-se concluir que se trata de aspectos essenciais, para combater artifícios de que atualmente se valem algumas distribuidoras, aproveitando-se de falhas nos textos legais e constitucional, para obter vantagem sobre as que operam dentro da lei.

No item 14 do Relatório acima mencionado diz o Relator da PEC que “ao explicitar que as alíquotas da contribuição de intervenção no domínio econômico relativa ao petróleo e seus derivados, ao gás natural e ao álcool carburante poderão ser *ad valorem* ou específicas, o texto

proposto concede ao legislador ordinário louvável oportunidade de opção.”

Fazia referência, então, à proposta original da PEC para redação do § 4º do artigo 177 da Constituição Federal, incisos I e II, que tratava das alíquotas *ad valorem* ou específica para a CIDE combustível.

Prosseguiu o relator, naquele item 14 do Relatório, discorrendo que:

A referência apenas à contribuição de intervenção no domínio econômico, contudo, pode ensejar o entendimento de que essas características não se aplicariam a outros tributos e contribuições, o que não parece conveniente. Pelo contrário, torna-se indispensável, a fim de alcançar plenamente os objetivos almejados com a Emenda Constitucional de que ora se cogita – vale dizer, de equiparar as cargas tributárias incidentes sobre os combustíveis nacionais e os importados – *que se possam instituir* alíquotas *ad valorem* ou *ad rem* também para as contribuições sociais, nomeadamente, a COFINS e a do PIS/PASEP. (negritos acrescidos) O texto do Substitutivo proposto, ao trazer esses dispositivos para o art. 149 da Constituição, procura solucionar esse problema, reafirmando a faculdade de o legislador infraconstitucional escolher livremente, ao deliberar sobre as contribuições sociais ou de intervenção no domínio econômico, entre ambas as espécies de alíquotas.

Do quanto ora exposto é possível extrair as seguintes conclusões:

a) a PEC 277 transformada na EC 33/01 visava à instituição de contribuições sociais e CIDE “como forma se evitar distorções de natureza tributária entre o produto interno e o importado, em detrimento daquele, que fatalmente ocorrerão se mantido o ordenamento jurídico atual.” em razão da “liberalização do mercado nacional relativo ao petróleo e seus derivados e ao gás natural” (exposição de motivos);

b) seja no projeto original, seja nas emendas apresentadas, ou mesmo no Substitutivo da PEC apresentado pelo Relator, não houve nenhuma intenção, ou mesmo proposta ou discussão, tendente a restringir o alcance da hipótese de incidência possível das contribuições sociais gerais, especialmente daquelas então existentes;

c) há expressa manifestação do Relator no sentido de que a menção no artigo 149 às alíquotas *ad valorem* e *ad rem* teria por fim *possibilitar que também* as contribuições sociais – citando o PIS e a COFINS – fossem instituídas com tais bases.

Desse modo, concluir-se que as contribuições para o FGTS que haviam acabado de ser instituídas pela LC 110/01 teriam sido revogadas implicitamente pela EC 33/01 aparenta ser um salto interpretativo dissociado do histórico e da finalidade da citada Emenda Constitucional.

Não é possível adotar entendimento no sentido de que o Congresso Nacional, buscando atender à proposta de Poder Executivo de criação de contribuições sociais e CIDE, à sorrelfa, acabou por colocar na ilegalidade contribuições então existentes, especialmente a então recém aprovada pela LC 110/01.

Na verdade, a interpretação de que a hipótese de incidência possível das contribuições restou reduzida pela nova redação dada ao artigo 149 da CF pela EC 33/01 deve ser afastada porque incidiria em inconstitucionalidade, por desrespeito ao devido processo legislativo, por afronta ao artigo 60 da Constituição Federal, pois não se identifica de quem foi a iniciativa de tal medida e nem mesmo a votação de tal restrição em dois turnos em cada Casa do Congresso Nacional (art. 60, § 2º, CF).

Ou seja, é de ser reconhecida a inconstitucionalidade, sem redução de texto, da interpretação ab-rogante da competência tributária da União, sem que tenha havido o devido processo

legislativo, especialmente em relação às contribuições então existentes. Evidentemente que tal conclusão não afasta a delimitação hoje existente, não podendo a lei vir a subverter os conceitos descritos no inciso III, § 2º, do art. 149 da CF quando da criação de novas contribuições, como já decidido pelo Supremo Tribunal Federal em relação ao indevido alargamento do conceito de valor aduaneiro.

Por outro lado, observo que – conforme dito acima – resta evidenciado o uso da palavra “poderão” no sentido de faculdade e não de limitação, seja no projeto de emenda original, na proposta de alteração de redação, ou no Relatório final, pelo que é bastante aceitável a interpretação e que o “poderão” do inciso III do § 2º do artigo 149 da CF apenas autoriza a utilização de alíquotas *ad valorem* ou específicas nas hipóteses que discrimina, sem prejuízo de outras hipóteses, especialmente no tocante às contribuições então existentes.

Lembro que o inciso II do mesmo artigo e parágrafo deixa claro que o vocábulo “poderão” está sendo usado como faculdade.

Quanto ao esgotamento da finalidade pelas quais as contribuições previstas na LC 110/2001 foram instituídas, é de se registrar que o aumento de arrecadação líquida do FGTS nenhuma relação tem com o passivo surgido pelos expurgos inflacionários reconhecidos em favor dos depositantes dos anos de 1989 e 1990 pelo simples fato de que todo depósito ao FGTS é vinculado a um trabalhador. Ou seja, se aumentou em muito o depósito ao FGTS, aumentou também a contrapartida, que é a necessidade de que o Fundo tenha os recursos depositados.

Outrossim, embora a questão seja relevante, já que as contribuições instituídas pela LC 110/01 tinham finalidade específica, que era cobrir o “rombo” provocado pelo pagamento dos expurgos inflacionários aos depositantes, o fato é que novo e gigantesco “rombo” se avizinha, que se refere ao reconhecimento judicial da troca da atualizada pela Taxa Referencial por índice maior (IPCA-e, etc), sem qualquer contrapartida.

Assim, tendo em vista que a LC 110/01 não previu um prazo para cobrança das contribuições; que até recentemente ainda havia milhares de ações buscando a recomposição do FGTS em relação aos expurgos inflacionários; que há possibilidade de novo déficit nas contas do FGTS, e em observância ao princípio contábil da Prudência, não se pode concluir pela desnecessidade financeira do FGTS em ser suprido pelas contribuições sociais hoje existentes.

Por fim, em relação ao alegado desvio de destinação, anoto que o desvio de destinação de qualquer contribuição não a torna inexigível, mas apenas ilegal o ato administrativo que determinou tal desvio. De todo modo, a utilização de verbas do FGTS em programas habitacionais não desvirtua a destinação prevista legalmente, Lei 8.036/90, para aplicação dos recursos do Fundo.

Ante o exposto, *indefiro o pedido de antecipação dos efeitos da tutela*, uma vez que não restou evidenciada a verossimilhança das alegações da parte autora.

Publique-se. Intime-se. Citem-se a UNIÃO (PGFN) e a CAIXA.

Barueri, 13 de março de 2015.

Juiz Federal JOSÉ TARCÍSIO JANUÁRIO