

Sentenças



EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL

0045867-65.2006.4.03.6182

Embargante: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL
Embargada: PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP
Juiz Federal: ERIK FREDERICO GRAMSTRUP
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2014

Trata-se de embargos à execução fiscal ofertados pela Caixa Econômica Federal, nos autos em epígrafe, no bojo dos quais se alega:

- a) Prescrição;
- b) Irregularidades nos autos de infração que lançaram o ISSQN, a saber:
 - b.1) Auto nº 6417769-6: Não constam as subcontas que permitiriam identificar a base de cálculo;
 - b.2) Auto nº 6417771-8: Idem;
 - b.3) Auto nº 6417770-0: Idem;
 - b.4) Auto nº 64177823: Os serviços tributados não estão previstos na lista anexa ao DL nº 406/68, alterada pela LC nº 56/87. As operações bancárias principais (crédito) estão sujeitas ao IOF, devido pelos clientes (devedores dos contratos). Somente as atividades complementares (serviços bancários) dão origem ao ISS. O ISS não incide sobre as taxas de administração e abertura de operações de crédito, nem sobre as taxas de administração de crédito. Quanto às subcontas “tarifa sobre aluguel de cofres”, “saque em banco 24h” e “pesquisa cadastral”, foram oferecidas integralmente à tributação, não procedendo a diferença cobrada;
 - b.5) Auto nº 6417807-2: Os serviços não estão elencados na lista do DL nº 406/68. Não incide o ISS sobre as subcontas “receita de participação REDESHOP”. A subconta “FAT – Pagamento de abono salarial” foi oferecida à tributação;
 - b.6) Auto nº 64177904: Os serviços de cópia ou reprodução não estão previstos na lista taxativa do DL nº 406/68. As cópias e autenticações da CEF são cobradas quando da recuperação ou renegociação de créditos. O fornecimento de segunda via é classificado em outra subconta e oferecido à tributação.

A Municipalidade impugnou os embargos, nos seguintes termos:

- a) O crédito tributário só foi constituído após a última decisão administrativa, o que afasta a prescrição. A decadência foi obstada pela autuação procedida antes do quinquídio legal.
- b) Os serviços tributáveis foram regularmente elencados pelos autos de infração, tendo a embargante exercido sua ampla defesa administrativa;
- c) As CDAs contêm todos os elementos necessários à sua validade;
- d) O ISS incide sobre as atividades bancárias autuadas, nos termos da Lei Municipal nº 10.423/1987, itens 75 e 95, definidos da mesma forma como se encontram na lista anexa (item 96) da lei complementar federal. As entidades bancárias ampliaram sua gama de serviços ofertados, cuja tarifa é considerada para a incidência do ISS;
- e) O que importa é a real natureza dos serviços prestados e seu enquadramento na lista legal e não a nomenclatura empregada pela embargante;

f) A lista de serviços é taxativa, mas cabe interpretação extensiva em relação a cada item da mesma lista;

g) Os serviços tributados são autônomos e não sujeitos ao IOF.

Após réplica (fls. 91), determinei a realização de prova pericial limitada aos aspectos fáticos alegados, conforme fls. 94 e 101/2.

Vieram aos autos os documentos solicitados pelo perito a fls. 194 e ss.

O laudo do expert foi juntado a fls. 617 e ss. Manifestação da embargante a fls. 694, concordando com seus termos. Manifestação da embargada, por via de seu assistente técnico, a fls. 703.

Intimadas as partes do laudo acrescido, somente o Município manifestou-se, insistindo na improcedência.

Integram estes autos 03 anexos, com os autos de infração e respectivos procedimentos administrativos.

É o relatório. DECIDO.

PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA

Prescrição é um fenômeno que pressupõe a inércia do titular, ante a violação de um direito e ao decurso de um período de tempo fixado em lei. Seu efeito próprio é a fulminação da pretensão. Não é o próprio direito subjetivo material que perece, mas a prerrogativa de postular sua proteção em Juízo. Por tal razão, o início do curso do prazo fatal coincide com o momento em que a ação poderia ter sido proposta. O fluxo se sujeita à interrupção, à suspensão e ao impedimento.

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

É renunciável o direito de invocar a prescrição, mas não antes de consumada (CC, 161), podendo tal renúncia ser expressa - não há forma especial - ou tácita - quer dizer, por ato de ostensivo reconhecimento do direito ao qual se refere à pretensão prescrita. Pode ser alegada a qualquer tempo e instância (CC, 162) e atualmente reconhecida de ofício (219, par. 5º, CPC, que revogou o art. 166/CC).

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

Conforme o ensinamento de AGNELO AMORIM FILHO (RT nº 300/7), a prescrição está ligada às ações que tutelam direitos de crédito e reais (direitos que têm como contrapartida uma prestação). Tais são as ações condenatórias (e as execuções que lhes corresponderem). Às mesmas é que se referia o art. 177 do Código Civil de 1916 e ora são cuidadas pelos arts. 205/6 do CC/2002.

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

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

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

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

A primeira vem tratada pelo art. 174, atingindo a ação de cobrança, definindo-se a partir dos cinco anos da constituição definitiva do crédito tributário (isto é, da comunicação do lançamento ao sujeito passivo). Interrompe-se pela citação pessoal do devedor (ou pelo despacho que a ordenar: art. 80., par. 2o., da Lei nº 6.830/80), pelo protesto ou ato judicial que o constitua em mora e por ato inequívoco de reconhecimento do débito. Suspende-se por cento e oitenta dias, operada a inscrição, ou até o ajuizamento da execução fiscal (art. 1º, par. 3º, da Lei nº 6.830/80).

A decadência foi objeto do art. 173, que se refere a um direito potestativo - o de constituir o crédito tributário e também é quinquenal, contando-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, da decisão que houver anulado o lançamento anteriormente efetivado ou da notificação, ao contribuinte, de medida preparatória à formalização do crédito tributário.

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

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

Somente após a homologação, expressa ou tácita, no primeiro caso comunicado ao contribuinte, é que se pode contar o quinquênio da prescrição. Os dois prazos (de decadência e de prescrição) não correm juntos, porque a pretensão de cobrança só surge depois de consumado o exercício daquele direito, de uma das formas descritas.

Ainda, quanto à interrupção da prescrição, merecem menção os seguintes dispositivos:

Art. 219, §§ 1º a 4º, do CPC, em sua redação originária:

A prescrição considerar-se-á interrompida na data do despacho que ordenar a citação.

Incumbe à parte, nos 10 (dez) dias seguintes à prolação do despacho, promover a citação do réu.

Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias, contanto que a parte o requeira nos 5 (cinco) dias seguintes ao término do prazo do parágrafo anterior. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

Os três primeiros parágrafos, na redação atribuída pela Lei nº 8.952, de 1994:

A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

Incumbe à parte promover a citação do réu nos dez dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de noventa dias.

O art. 8º, § 2º, da Lei nº 6.830, de 1980:

O despacho do juiz, que ordenar a citação, interrompe a prescrição.

O art. 174, par. único, do CTN, na redação que lhe foi dada pela LC nº 118/2005:

A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

I – pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal;

Das regras citadas, o art. 8º, par. 2º, da Lei nº 6.830 deve ser entendida em interpretação sistemática com o Diploma Processual Civil, cuja vigente redação não fez senão consagrar o entendimento que a Jurisprudência sempre atribuiu à originária. Em outras palavras, na execução da dívida ativa da Fazenda, esta deve promover a citação, para que a mesma retroaja à data do ajuizamento (é o que diz, no fundo, a própria Lei nº 6.830, presumindo que o despacho de citação ocorra nessa data; o que nem sempre ocorre, nos locais onde haja distribuição de feitos a mais de um Juízo, mas deveria ocorrer, a bem da celeridade processual). Promover significa fornecer os meios que cabem à parte, quer dizer, as despesas quando devidas e o endereço aonde se postará a carta mencionada pelo art. 8º, I, da LEF.

Se o aviso de recepção não retornar no prazo de quinze dias (art. 8º, III, da LEF), far-se-á a citação por oficial de justiça, ou por edital. Entendo, em face disso, que o exequente beneficiado pelo rito especial da Lei nº 6.830 está vinculado ao seguinte regime:

- dispõe dos dez dias subsequentes ao despacho de citação para fornecer os meios de citação pela via postal (se já não o fez);

- se, em quinze dias, não retornar o AR, o juiz prorrogará (ou, no silêncio da autoridade, prorrogar-se-á automaticamente pelo máximo, já que a disposição é imperativa e não lhe deixa discricção) o prazo até noventa dias, para que o interessado promova a citação por oficial de justiça ou por edital;

- se, nessa dilação, forem fornecidos os meios - isto é, o correto endereço no primeiro caso e as providências de publicação no segundo - o exequente não será prejudicado por eventual demora, que se presumirá imputável à máquina judiciária (já que mais nada se lhe pode exigir, razoavelmente).

Preenchidas essas condições, o exequente gozará da interrupção retroativa à data em que entregou a inicial ao protocolo judiciário, mesmo que a citação tenha sido ordenada por juiz incompetente (*caput* do art. 219, CPC).

Quanto às citações (ou melhor, quanto aos despachos que ordenam tais citações) ocorrido(a)s APÓS a vigência da LC nº 118/2005, forçosa sua aplicação literal - a interrupção da prescrição se dará com o simples despacho citatório (na linha do precedente estabelecido pela

E. 1ª Seção do STJ, ao apreciar o REsp 999.901/RS - Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.6.2009). No regime anterior à vigência da LC nº 118/2005, o despacho de citação do executado não interrompia a prescrição do crédito tributário, uma vez que somente a citação pessoal válida era capaz de produzir tal efeito. Com a alteração do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, pela LC nº 118/2005, o qual passou a considerar o despacho do juiz que ordena a citação como causa interruptiva da prescrição, somente deve ser aplicada nos casos em que esse despacho tenha ocorrido posteriormente à entrada em vigor da referida lei complementar.

Outro fator interruptivo da prescrição é a confissão irretratável do débito que costuma acompanhar os pedidos de parcelamento fiscais, lavradas por termo próprio e consoante o art. 174, par. único, inciso IV, do CTN, *verbis*:

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

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

(...)

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

A prescrição posterior ao ajuizamento foi objeto de reforma da lei reguladora do procedimento especial de execuções fiscais, agregando-lhe o conceito – conhecido anteriormente pela doutrina – de prescrição intercorrente.

Implicitamente, tal instituto já existia. O Código Civil reza que a prescrição é interrompida pela citação e por cada ato processual que se siga (art. 202, par. único, CC/2002). A contrario sensu, se o processo paralisar-se (não forem praticados atos processuais) por contumácia do autor, e tal imobilismo perdurasse pelo prazo legal, falar-se-á em prescrição intercorrente (é dizer, no curso do processo). Tal fenômeno seria concebível em feito de qualquer natureza, em linha de princípio.

O que impedia a prescrição intercorrente dos débitos fiscais era a redação original do art. 40 da Lei nº 6.830/1980. O caso típico de paralisação desse feito era o de não localização do devedor ou de bens penhoráveis. Voltando negativo o aviso de citação ou o mandado de penhora, avaliação e intimação, determinava a lei que a execução ficaria suspensa – e até este ponto coincidia com o CPC, art. 791, III – e que, ademais, não correria o prazo de prescrição (efeito esse sem parêmia no direito comum). Na verdade, ficava anormalmente obstado para sempre, *sub specie aeternitatis*, porque dificilmente se localizava patrimônio contrastável! Não é de estranhar que essa peculiaridade fosse muito criticada, pois na prática deu origem à uma pretensão patrimonial imprescritível, o que é excepcional no Direito pátrio.

Note-se que apenas nesta hipótese suspender-se-ia a prescrição. No mais, aplicar-se-iam as mesmas diretrizes do direito comum, isto é, a possibilidade de o prazo correr após o ingresso em juízo, desde que houvesse solução de continuidade por culpa exclusiva do exequente. É importante frisar que a demora devida à imperfeição dos mecanismos judiciais não pode significar prejuízo para a pretensão. Por isso, entende-se que o caso típico seja o de não indicação de bens à penhora, encargo que cumpre, na tradição de nosso direito, à parte exequente. Além deste, inclua-se qualquer outro em que o imobilismo deva-se à culpa inequívoca e unicamente imputável ao credor.

A legislação alteradora da Lei nº 6.830 aduziu uma novidade. Na hipótese do art. 40-LEF fica suspenso o processo, enquanto não forem denunciados bens penhoráveis - podendo até ser arquivado sem baixa - mas corre o prazo prescricional. E seu decurso poderá ser pronunciado

de ofício pelo Juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública. É o teor do par. 4o., acrescentado pela Lei nº 11.051/2004:

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

O prazo é o mesmo aplicável à pretensão de cobrança do crédito tributário anteriormente ao ajuizamento. Não se aplica, por força do princípio da especialidade, a regra civil de que se interrompa a prescrição apenas uma vez (art. 202, *caput*, CC/2002).

Em todo caso, é importante reiterar que não há falar em prescrição intercorrente se a parte autora não lhe deu causa, por omitir ato que lhe incumba. Sem culpa sua não se discute prescrição.

Há de se levar em conta, outrossim, os termos da Súmula Vinculante nº 08, do E. Supremo Tribunal Federal:

SÃO INCONSTITUCIONAIS O PARÁGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 5º DO DECRETO-LEI Nº 1.569/1977 E OS ARTIGOS 45 E 46 DA LEI Nº 8.212/1991, QUE TRATAM DE PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

Postas essas premissas, passo ao exame do caso concreto.

A presente execução versa sobre IMPOSTO (ISSQN) lançado de ofício (autuação), remontando o fato gerador mais antigo a 1998. O lançamento ocorreu dentro do quinquênio contado a partir do 1º dia do exercício seguinte, conforme a certidão de dívida ativa: 17.12.2003. O ajuizamento, despacho inicial e citação deram-se dentro do quinquênio subsequente ao lançamento (2006). Portanto, não há que falar em decadência, nem em prescrição.

DO MÉRITO – DO ISSQN SOBRE SERVIÇOS BANCÁRIOS

O Imposto sobre serviços de qualquer natureza – ISSQN –, imposto de competência municipal, incide, nos termos do art. 156 da Constituição Federal, sobre os serviços não compreendidos em seu art. 155, II – isto é, “prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação” - definidos em lei complementar. Vale dizer, o campo do ISSQN é definido positivamente em relação aos serviços em geral, tributados nos termos da referida lei complementar; e negativamente, quanto à impossibilidade de incidir sobre certos serviços sujeitos ao ICMS, da competência dos Estados.

Durante longo tempo, o velho Decreto-lei nº 406/1968 cumpriu o papel de lei regulamentadora dos serviços sujeitos ao ISSQN (revogando os arts. 71 a 73 do CTN), mesmo que a prestação envolvesse o fornecimento de mercadorias. Quanto aqueles serviços não especificados na lista anexa ao DL nº 406, e cuja prestação fosse consectária do fornecimento de mercadorias, ficavam sob a incidência do antigo ICM. O objetivo dessa lei era híbrido – instituiu “normas gerais de direito financeiro”, que resolviam aspectos conflituosos do imposto estadual e do municipal. Já na época da vigência do DL nº 406, discutia-se a natureza da lista de serviços anexa (atualizada pela Lei Complementar nº 56/1987). A tendência era a de considerar-se tal lista taxativa, isso é, insuscetível de ampliação por analogia, pois isso feriria o princípio da legalidade – tributo tem fato gerador e todos os aspectos de sua incidência previstos em lei, o que exclui extensão analógica.

Posteriormente, a Lei Complementar nº 116, de 2003, trouxe nova relação de serviços tributáveis pelo ISSQN, esclarecendo, em seu art. 1º, par. 2º, que “§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.” Assim como antes ocorrera, a lista é fechada, *numerus clausus*, de modo que o que nela não se encontra, ou não é tributado, ou poderá, eventualmente, entrar na órbita do ICMSEm qualquer dos casos, seja no que se refere ao vetusto DL nº 406 (e LC 56), seja no que toca à vigente LC nº 116, o que importa é por a salvo o princípio da estrita legalidade tributária, assim traduzido pelo art. 9º do Código Tributário Nacional:

Art. 9º É vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - instituir ou majorar tributos sem que a lei o estabeleça, ressalvado, quanto à majoração, o disposto nos artigos 21, 26 e 65;

Do ponto de vista do contribuinte, as precitadas normas são relevantes para evitar-se a imposição não autorizada pelos representantes do povo; sob outro viés, o do Poder Público, as listas são importantes para obviar conflitos federativos. Resta evidente, desses objetivos, que a lista de serviços tributáveis pelo ISS está caracterizada pela tipicidade e pela taxatividade. Em histórico julgamento, o Supremo Tribunal Federal pronunciou-se no sentido de que é taxativa a lista de serviços (RE nº 77.183-SP, Rel. Min. ALIOMAR BALEEIRO); mas, em seguida, também se posicionou no sentido de que cada item da lista comporta interpretação ampla (RE nº 75.952/SP), de modo a explorar toda a virtualidade nele contida.

O Superior Tribunal de Justiça, de certa forma ecoando a orientação antigamente palmilhada pelo STF, tem decidido, majoritariamente, que os serviços da lista anexa ao DL nº 406 é taxativa, proibindo, portanto, a criação ou majoração de tributo por analogia. Mas isso não veda a interpretação extensiva. Quer dizer, a tipicidade do ISS não é equivalente à penal. Entendo que tais precedentes merecem prestígio, pois, efetivamente, muitos dos serviços elencados o são sob designações amplas, dando a entender que o próprio legislador complementar deu ensejo à compreensão, no universo de cada item da lista, de resultado extensivo, sempre que isso fosse necessário. Seguem exemplos disso nas seguintes ementas:

TRIBUTÁRIO – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVA – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – SERVIÇOS BANCÁRIOS – ENQUADRAMENTO – REEXAME FÁTICO – SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência majoritária desta Corte firmou-se no sentido de que a lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68 *comporta interpretação extensiva, a fim de abarcar os serviços correlatos àqueles previstos expressamente.*

2. O enquadramento das atividades prestadas pela recorrente, aos lindes da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, demanda a análise do contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a este Tribunal em vista do óbice da Súmula 07/STJ.

Agravo regimental improvido.

(Processo AgRg no REsp 1079341/MG - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2008/0164626-6 Relator(a) Ministro HUMBERTO MARTINS (1130) Órgão Julgador T2 - SEGUNDA TURMA Data do Julgamento 04/12/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 18/12/2008)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ISS. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI Nº 406/68. TAXATIVIDADE. ANALOGIA. IMPOSSIBILIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE

BANCÁRIA NA LISTA. ART. 273 DO CPC. TUTELA ANTECIPADA. REDISCUSSÃO DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 07 DO STJ.

1. Inexiste ofensa ao art. 535 do CPC, quando o tribunal de origem pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. *“A Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68 para efeito de incidência de ISS sobre serviços bancários é taxativa, admitindo-se, contudo, uma leitura extensiva de cada item, a fim de enquadrar-se serviços idênticos aos expressamente previstos”* (REsp 686587/RS, Relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 07.11.2005).

3. A cognição acerca das atividades apontadas pelo recorrente nas razões de seu apelo especial, sobre se efetivamente se enquadram nos arts. 95 e 96 da Lista de serviços inserta no Decreto-Lei nº 406/68, impõe revolver o contexto fático-probatório, o que, sabidamente, é vedado pelo teor do enunciado nº 07, da Súmula/STJ.

4. O exame do preenchimento dos pressupostos para a concessão da tutela antecipada previstos no artigo 273, deve ser aferido pelo juiz natural, sendo defeso ao STJ o reexame desse pressuposto de admissibilidade, em face do óbice contido na súmula 07/STJ.

5. Precedentes jurisprudenciais: (REsp 505729/RS, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 23/06/2003; REsp 190686/PR, Ministro Relator Franciulli Netto, 2ª turma, DJU 23/06/2003; MC 2615/PE, Ministro Relator Francisco Falcão, 1ª Turma, DJU 19/08/2002; AGA 396736/MG, Ministro Relator Felix Fischer, 5ª Turma, DJU 25/02/2002; REsp 373775/RS, Ministro Relator Fernando Gonçalves, 6ª Turma, DJU 01/07/2002; REsp 165339/MS, Ministro Relator Jorge Scartezzini, 5ª Turma, DJU 05/03/2001; AGA 199217/SP, Ministro Relator Luiz Vicente Cernicchiaro, 6ª Turma, DJU 17/02/1999).

6. Agravo regimental desprovido.

(Processo AgRg no Ag 964075/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - 2007/0237708-0 Relator(a) Ministro LUIZ FUX (1122) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 20/11/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 17/12/2008)

Essa corrente é perfeitamente justificável à luz da legislação do ISSQN e também das necessidades práticas ligadas à sua imposição, pois o apego exagerado à literalidade faria com que serviços correlatos aos que se encontram em lista deixassem de ser tributados, quando não foi essa a intenção, nem do constituinte, nem do legislador. Não se pode imaginar que tivessem o objetivo de estimular a concorrência desleal. A largueza de certos termos empregados em lista impõe a sua leitura com resultado amplo. Por simétrica razão, o rótulo atribuído ao serviço em questão não é importante, mas sim sua estrutura e natureza. Do contrário, bastaria ao contribuinte empregar um sinônimo da expressão constante na lista de serviços, para evadir-se à tributação.

No que se refere aos serviços bancários, estão contemplados pelos itens 95 e, principalmente, 96 da lista anexa ao DL nº 406 (na versão atribuída pela LC nº 56/1987):

95. Cobranças e recebimentos por conta de terceiros, inclusive direitos autorais, protestos de títulos, sustação de protestos, devolução de títulos não pagos, manutenção de títulos vencidos, fornecimentos de posição de cobrança ou recebimento e outros serviços correlatos da cobrança ou recebimento (este item abrange também os serviços prestados por instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central);

96. Instituições financeiras autorizadas a funcionar pelo Banco Central: fornecimento de talão de cheques; emissão de cheques administrativos; transferência de fundos; devolução de cheques; sustação de pagamento de cheques; ordens de pagamento e de crédito, por qualquer meio; emissão e renovação de cartões magnéticos; consultas em terminais eletrônicos;

pagamentos por conta de terceiros, inclusive os feitos fora do estabelecimento; elaboração de ficha cadastral; aluguel de cofres; fornecimento de segunda via de avisos de lançamento de extrato de contas; emissão de carnês (neste item não está abrangido o ressarcimento, a instituições financeiras, de gastos com portes do Correio, telegramas, telex e teleprocessamento, necessários à prestação dos serviços);

E, no que tange às loterias, estão abarcadas pelo item 61:

61. Distribuição e venda de bilhete de loteria, cartões, pules ou cupões de apostas, sorteios ou prêmios;

À luz dos esclarecimentos anteriores, percebe-se que as atividades elencadas pela parte embargante inserem-se confortavelmente na lista de serviços tributáveis pelo ISS, pouco importando a forma como agrupadas, em contas ou subcontas. Sendo, da mesma forma, irrelevante o nomen juris com que a instituição financeira queira batizá-los. Segundo a prova requisitada pelo Juízo, houve cobrança de tarifas decorrentes de serviços prestados a clientes, devendo, tal preço, integrar a base de cálculo do ISSQN.

A vacuidade com que a petição inicial refere-se a esses serviços, preocupando-se mais com o *flatus vocis* do que com a essência das coisas, já era um indicativo do propósito protelatório dos presentes embargos. O E. Superior Tribunal de Justiça tem refugado essa atitude processual da instituição financeira, como se extrai deste precedente:

ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. FALTA DE SIMILARIDADE. SÚMULA 7/STJ. CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. ART. 3º DA LEF. ÔNUS PROCESSUAL DO EXECUTADO. I - O Tribunal *a quo* entendeu que não haveria provas suficientes nos autos para elidir a presunção de certeza e liquidez das CDA's. Para se alterar esse entendimento, seria necessário analisar as provas apresentadas pela agravante, determinar a natureza jurídica dos serviços ora tributados, fazer a subsunção do serviço com a hipótese de incidência, para, assim, afastar a combatida incidência do ISS.

Nesse contexto fático, conforme consabido nesta Corte, tal procedimento é inadmissível nos termos da Súmula 7/STJ.

II - Não é nulo o acórdão que assevera que há falta de provas nos autos para se ilidir a CDA, sob suposta violação aos arts. 333, I, e 130 do CPC. A agravante tenta repassar o ônus processual de produção das provas para o Judiciário. *Contudo, de acordo com o que determina o art. 3º da Lei 6.830/80, a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção relativa de certeza e liquidez, só podendo ser ilidida por prova inequívoca, a cargo do executado ou de terceiro a quem aproveite. Assim, descabida a argumentação da recorrente.*

III - Ademais, este Superior Tribunal de Justiça já pacificou o entendimento no sentido de que, embora taxativa, a lista de serviços admite interpretação extensiva, dentro de cada item, para permitir a incidência do ISS sobre serviços bancários correlatos.

IV - Agravo regimental improvido.

(Processo AgRg no REsp 1058241/SP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL - 2008/0105087-3 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 26/08/2008 Data da Publicação/Fonte DJe 23/10/2008)

É irrelevante o modo como a instituição financeira organiza seu plano de contas, para efeito do presente julgamento. Seus registros e elencos de contas e subcontas não têm o condão de sobrepor-se ao que interessa: a natureza dos serviços em questão e sua subsunção nos itens

tributáveis pelo imposto municipal.

Assim sendo:

a) É improcedente a alegação de que o auto de infração não indique as subcontas integrantes do plano de contas aprovado pelo Banco Central, porque isso não é a mesma coisa que deixar de identificar a base de cálculo do imposto. O que importa é que os serviços tributáveis foram regularmente elencados pelos autos de infração, tendo a embargante exercido sua ampla defesa administrativa;

b) A parte embargada está correta ao afirmar que O ISS incide sobre as atividades bancárias autuadas, nos termos da Lei Municipal nº 10.423/1987, itens 75 e 95, definidos da mesma forma como se encontram na lista anexa (item 96) da lei complementar federal. Também correta ao alegar que as entidades bancárias ampliaram sua gama de serviços ofertados, cuja tarifa é considerada para a incidência do ISS;

c) Os serviços objeto da autuação e que foram devidamente descritos nos autos de infração realmente são autônomos e não se identificam com a matéria tributável pelo IOF federal, esta, sim, restrita às operações financeiras;

d) Deve-se fazer ressalva aos autos de infração nº 6417770-0 e AI nº 6417769-6, porque, como apurou o Sr. Perito (fls. 655), não descreveram, como seria de rigor, os serviços tributados, o que fulmina tais atos administrativos de nulidade por defeito da necessária fundamentação. A razão é dúplice: lançamento deve identificar a matéria tributável e ato administrativo sancionador há de louvar-se em fundamentação adequada.

e) A CEF não demonstrou de modo cabal e abrangente haver recolhido os tributos devidos em razão do auto de infração. Sequer o perito foi capaz de identificar os pagamentos, conforme fls. 630, com uma única exceção.

f) A exceção constitui-se no mês de março de 1998, pois o Sr. Perito apurou que os valores de R\$ 85,22 e R\$1.118,76, presentes nos autos de infração nº 6417769-6 e 6417770-0 foram devidamente recolhidos, devendo o título executivo ser adaptado a essa realidade.

g) Os serviços efetivamente descritos pelos autos de infração o são tipicamente (fls. 655; fls. 657 e 658). Não se enquadram como operações financeiras, tributáveis pelo imposto federal (IOF), nem como matéria tributável pelo ICMS. A autuação engloba receitas provenientes de serviços prestados por ocasião de operações de crédito e nesse ponto está correto o parecer do assistente técnico da PMSP (fls. 732). E isso não os desnatura para compor a base de cálculo do ISSQN.

Em síntese, a embargante não tem razão quanto ao cerne de suas alegações, a saber, de que os serviços em questão representariam atividades financeiras não-tributáveis pelo ISSQN. Mas logrou demonstrar alguns aspectos pontuais em desabono dos lançamentos e respectivo título executivo. Os autos de infração nº 6417770-0 e nº 6417769-6 padecem de imperfeições não toleráveis, dada sua natureza de ato administrativo punitivo e de lançamento tributário *ex-officio*. Devem os respectivos créditos ser excluídos da execução. Outra razão para isto está no fato de que valores de R\$ 85,22 e R\$ 1.118,76, presentes nos mesmos autos de infração nº 6417769-6 e nº 6417770-0 foram recolhidos e extintos em razão do pagamento. O título executivo deverá ser corrigido diante desses fatos e fundamentos jurídicos, prosseguindo a execução pelo saldo efetivamente devido.

O prosseguimento da execução fiscal após a apresentação de extratos de atualização do título executivo, expungidas as parcelas declaradas não suscetíveis de cobrança é prestigiado pela jurisprudência do E. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE OMISSÃO OBSCURIDADE OU CONTRADIÇÃO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CDA. DESTAQUE DAS PARCELAS RECONHECIDAS COMO INDEVIDAS CERTEZA E LIQUIDEZ. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. MEROS CÁLCULOS ARITMÉTICOS. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE REGIDO PELA SISTEMÁTICA DO ART. 543-C, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. AFERIÇÃO DA PROPORCIONALIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a correção do julgado.
2. O aresto impugnado guardou observância ao princípio da motivação obrigatória das decisões judiciais na medida em que analisou suficientemente a controvérsia dos autos.
3. A investigação acerca da falta do preenchimento dos requisitos formais da CDA, capaz de abalar a presunção de certeza e liquidez de que goza, depende, necessariamente, da revisão do substrato fático-probatório contido nos autos, providência que não se coaduna com a via eleita, conforme vedação expressa da Súmula 7/STJ.
4. O acórdão de origem, ao decidir que inexistente “razão para desconstituir a CDA, quando perfeitamente destacáveis as parcelas reconhecidas como indevidas”, seguiu o entendimento consolidado nesta Corte, quando do julgamento do REsp nº 1.115.501/SP, representativo da controvérsia na forma do art. 543-C, do CPC, no sentido de que se preserva válida a Certidão de Inscrição de Dívida Ativa quando, em havendo decote de valores indevidos, o valor devido puder ser obtido através de simples cálculos aritméticos.
5. O acórdão de origem, ancorado no substrato fático-probatório dos autos, entendeu pela inexistência de sucumbência maior de uma parte para com a outra, razão pela qual fixou a sucumbência recíproca de honorários, a serem compensados entre as partes. Rever esse posicionamento esbarra na impossibilidade de reexaminar matéria probatória, nos recursos excepcionais, a teor do veto da Súmula 7/STJ.
6. Tendo em vista que os presentes embargos de declaração foram protocolizados antes do julgamento do recurso representativo da controvérsia, deixo de aplicar a multa prevista no art. 538 do CPC.
7. Embargos de declaração rejeitados.
 (EDcl no AgRg no REsp 1167687/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/05/2011, DJe 30/05/2011)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. REEXAME PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. “A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial” (Súmula 7/STJ).
2. A exclusão de parcelas claramente destacáveis não tem o condão de macular a liquidez da CDA, desde que os valores possam ser revistos por simples cálculos aritméticos. Precedentes.
3. Agravo regimental improvido.
 (AgRg no Ag 831.621/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/04/2007, DJ 26/04/2007, p. 236)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA (CDA) ORIGINADA DE LANÇAMENTO FUNDADO EM LEI POSTERIORMENTE DECLARADA INCONSTITUCIONAL EM SEDE DE CONTROLE DIFUSO (DECRETOS-LEIS 2.445/88 E 2.449/88). VALIDADE DO ATO ADMINISTRATIVO QUE NÃO PODE SER REVISTO. INEXIGIBILIDADE PARCIAL DO TÍTULO EXECUTIVO. ILIQUIDEZ AFASTADA ANTE A NECESSIDADE DE SIMPLES CÁLCULO ARITMÉTICO PARA EXPURGO DA PARCELA INDEVIDA DA CDA. PROSSEGUIMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL POR FORÇA

DA DECISÃO, PROFERIDA NOS EMBARGOS À EXECUÇÃO, QUE DECLAROU O EXCESSO E QUE OSTENTA FORÇA EXECUTIVA. DESNECESSIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA CDA.

1. O prosseguimento da execução fiscal (pelo valor remanescente daquele constante do lançamento tributário ou do ato de formalização do contribuinte fundado em legislação posteriormente declarada inconstitucional em sede de controle difuso) revela-se forçoso em face da suficiência da liquidação do título executivo, consubstanciado na sentença proferida nos embargos à execução, que reconheceu o excesso cobrado pelo Fisco, sobressaindo a higidez do ato de constituição do crédito tributário, o que, a fortiori, dispensa a emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

2. Deveras, é certo que a Fazenda Pública pode substituir ou emendar a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos (artigo 2º, § 8º, da Lei 6.830/80), quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada, entre outras, a modificação do sujeito passivo da execução (Súmula 392/STJ) ou da norma legal que, por equívoco, tenha servido de fundamento ao lançamento tributário (Precedente do STJ submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp 1.045.472/BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 25.11.2009, DJe 18.12.2009).

3. *In casu*, contudo, não se cuida de correção de equívoco, uma vez que o ato de formalização do crédito tributário sujeito a lançamento por homologação (DCTF), encampado por desnecessário ato administrativo de lançamento (Súmula 436/STJ), precedeu à declaração incidental de inconstitucionalidade formal das normas que alteraram o critério quantitativo da regra matriz de incidência tributária, quais sejam, os Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88.

4. O princípio da imutabilidade do lançamento tributário, insculpido no artigo 145, do CTN, prenuncia que o poder-dever de autotutela da Administração Tributária, consubstanciado na possibilidade de revisão do ato administrativo constitutivo do crédito tributário, somente pode ser exercido nas hipóteses elencadas no artigo 149, do Codex Tributário, e desde que não ultimada a extinção do crédito pelo decurso do prazo decadencial quinquenal, em homenagem ao princípio da proteção à confiança do contribuinte (encartado no artigo 146) e no respeito ao ato jurídico perfeito.

5. O caso *sub judice* amolda-se no disposto no *caput* do artigo 144, do CTN (“O lançamento reporta-se à data da ocorrência do fato gerador da obrigação e rege-se pela lei então vigente, ainda que posteriormente modificada ou revogada.”), uma vez que a autoridade administrativa procedeu ao lançamento do crédito tributário formalizado pelo contribuinte (providência desnecessária por força da Súmula 436/STJ), utilizando-se da base de cálculo estipulada pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88, posteriormente declarados inconstitucionais pelo Supremo Tribunal Federal, em sede de controle difuso, tendo sido expedida a Resolução 49, pelo Senado Federal, em 19.10.1995.

6. Conseqüentemente, tendo em vista a desnecessidade de revisão do lançamento, subsiste a constituição do crédito tributário que teve por base a legislação posteriormente declarada inconstitucional, exegese que, entretanto, não ilide a inexigibilidade do débito fiscal, encartado no título executivo extrajudicial, na parte referente ao quantum a maior cobrado com espeque na lei expurgada do ordenamento jurídico, o que, inclusive, encontra-se, atualmente, preceituado nos artigos 18 e 19, da Lei 10.522/2002, *verbis*: “Art. 18. Ficam dispensados a constituição de créditos da Fazenda Nacional, a inscrição como Dívida Ativa da União, o ajuizamento da respectiva execução fiscal, bem assim cancelados o lançamento e a inscrição, relativamente: (...) VIII - à parcela da contribuição ao Programa de Integração Social exigida na forma do Decreto-Lei no 2.445, de 29 de junho de 1988, e do Decreto-Lei no 2.449, de 21 de julho de 1988, na parte que exceda o valor devido com fulcro na Lei Complementar no 7, de 7 de setembro de 1970, e alterações posteriores;

(...) § 2º Os autos das execuções fiscais dos débitos de que trata este artigo serão arquivados mediante despacho do juiz, ciente o Procurador da Fazenda Nacional, salvo a existência de valor remanescente relativo a débitos legalmente exigíveis”.

(...) “Art. 19. Fica a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional autorizada a não contestar, a não interpor recurso ou a desistir do que tenha sido interposto, desde que inexistir outro fundamento relevante, na hipótese de a decisão versar sobre: (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004) I - matérias de que trata o art. 18;

(...).

§ 5º Na hipótese de créditos tributários já constituídos, a autoridade lançadora deverá rever de ofício o lançamento, para efeito de alterar total ou parcialmente o crédito tributário, conforme o caso. (Redação dada pela Lei nº 11.033, de 2004)” 7. Assim, ultrapassada a questão da nulidade do ato constitutivo do crédito tributário, remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal (artigos 475-B, 475-H, 475-N e 475-I, do CPC).

8. Consectariamente, dispensa-se novo lançamento tributário e, a fortiori, emenda ou substituição da certidão de dívida ativa (CDA).

9. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008.

(REsp 1115501/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/11/2010, DJe 30/11/2010)

DISPOSITIVO

Por todo o exposto e demais elementos dos autos, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS EMBARGOS e determino a adaptação do título executivo, na forma da fundamentação. Honorários partilhados e reciprocamente compensados (art. 21/CPC). Determino o traslado de cópia desta para os autos do executivo fiscal, onde se prosseguirá.

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

São Paulo, 02 de abril de 2014 28 de agosto de 2014.

Juiz Federal ERIK FREDERICO GRAMSTRUP

AÇÃO PENAL

0006193-78.2009.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Denunciados: MARCO ANTÔNIO FIORI E MÁRIO SÉRGIO NUNES DA COSTA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: MARCELO COSTENARO CAVALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/07/2014

1. Trata-se de ação penal pública incondicionada derivada de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal originariamente em face de *Marco Antônio Fiori* (“Marco Antônio”), brasileiro, casado, administrador de empresas (consultor financeiro), portador do CPF nº 845.490.338-00 e do RG nº 9110219/SSP-SP, *Mário Sérgio Nunes da Costa* (“Mário Sérgio”), brasileiro, separado, portador do CPF nº 574.719.168-34 e do RG nº 7273104/SSP-SP, e de Eduardo Mastandrea Junior (“Eduardo”), brasileiro, casado, economista, portador do CPF nº 502.918.900-91 e do RG nº 20440850-71/SSP-RS, por meio da qual se lhes imputa a prática do *delito tipificado no artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976*.

Narra a denúncia, acostada às fls. 245/252, que, no início de 2003, a Rimet Empreendimentos Industriais e Comerciais S.A. (“Rimet”) passava por sérias dificuldades financeiras, conforme demonstrado por seus demonstrativos financeiros para o exercício fiscal encerrado em 31 de dezembro de 2002. Seu patrimônio líquido era negativo ao menos desde 21.12.1998.

Em março de 2003, o denunciado Eduardo passou a presidir o Conselho Administrativo da empresa. Entre janeiro e maio de 2003, conforme informações prestadas pela Bovespa à CVM, as ações Rimet PN foram negociadas apenas no mercado fracionário em valores irrisórios. No mercado à vista da Bovespa, os negócios iniciaram-se no dia 13 de junho de 2003, quando 1.100.000 (um milhão e cem mil) ações foram adquiridas pelo Atrium Fundo Mútuo de Investimentos em Ações (“Atrium FMIA”) pelo preço de R\$ 2,86 (dois reais e oitenta e seis centavos) por lote de mil ações, num negócio cujo montante atingiu a cifra insignificante de R\$ 3.146,00 (três mil, cento e quarenta e seis reais).

Nos meses seguintes, até 04 de dezembro de 2003, o Atrium FMIA adquiriu cerca de 9.919 (nove mil, novecentos e dezenove) lotes de mil ações por um preço que oscilou entre R\$ 3,02 (três reais e dois centavos) e R\$ 5,00 (cinco reais), desembolsando, no período, R\$ 31.982,07 (trinta e um mil, novecentos e oitenta e dois reais e sete centavos).

Tais operações, bem como as que se seguiram, teriam sido realizadas pelos denunciados Marco Antônio, diretor da Atrium CCTVM, e Mário Sérgio, gerente de operações da Atrium CCTVM. Marco Antônio seria o responsável pelas operações em bolsa de valores, bem como o responsável pela administração do Atrium FMIA.

Em 11 de dezembro de 2003 e 14 de janeiro de 2004, o Atrium FMIA, apresentando-se sob nova denominação, qual seja, Atrium Fundo de Investimentos, Títulos e Valores Mobiliários, vendeu à Atrium Administração e Serviços Ltda. (“Atrium Administração”), também integrante do grupo empresarial Atrium, praticamente todas as ações que adquirira no semestre, ou seja, 9.200 (nove mil e duzentos) lotes de mil ações, sendo que 5.000 (cinco mil) lotes foram vendidos por R\$ R\$ 7,00 (sete reais) e 4.200 (quatro mil e duzentos) lotes por R\$ 18,60 (dezoito reais e sessenta centavos). O Atrium FMIA recebeu, portanto, R\$ 113.120,00 (cento e treze mil, cento e vinte reais).

Em 15 de janeiro de 2004, a Atrium Administração ainda adquiriu de outros acionistas

1.200 (mil e duzentos) lotes de mil ações ao preço de R\$ 16,50 (dezesesseis reais e cinquenta centavos), desembolsando R\$ 19.800,00 (dezenove mil e oitocentos reais).

Finalmente, a Atrium Participações, Consultoria e Administração (“Atrium Participações”) adquiriu, entre 16 e 23 de dezembro de 2003, 2.600 (dois mil e seiscentos) lotes de mil ações a preços que oscilaram entre R\$ 7,00 (sete reais) e R\$ 15,00 (quinze reais), desembolsando R\$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos reais).

Em seguida, entre 15 e 22 de janeiro de 2004, todas as empresas do grupo Atrium se desfizeram, por preços que variaram de R\$ 10,00 (dez reais) a R\$ 18,60 (dezoito reais e sessenta centavos) por lote de mil ações, de todas suas ações Rimet PN. O ganho global do grupo Atrium com essas operações de compra e venda, levadas a cabo num período inferior a oito meses, foi de R\$ 257.421,55 (duzentos e cinquenta e sete mil, quatrocentos e vinte e um reais e cinquenta e cinco centavos).

Conforme conclusão da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), a evolução dos preços das ações da Rimet mostrou-se em descompasso com a evolução do Índice Bovespa no período, bem como não houve nenhum evento especial que justificasse essa elevação.

1.1. No início de 2004, Eduardo contratou os serviços da MS Cardim e Associados (“MS Cardim”) para elaboração de laudo de avaliação econômica, visando a determinar o valor econômico da empresa e seu patrimônio líquido, além do valor econômico justo das ações ordinárias e preferenciais. Concluiu tal laudo que, apesar de o valor patrimonial da ação em 31.12.2003 ser negativo, o valor econômico justo para as ações seria de R\$ 0,01 (um centavo), ou seja, R\$ 10,00 (dez reais) por lote de mil ações, dado que “as ações preferenciais da Rimet apresentavam negociações regulares na Bovespa”.

Em 18 de junho de 2004, Eduardo convocou uma Assembleia Geral Extraordinária para deliberar o aumento do capital social, mediante a capitalização de créditos detidos pelos acionistas contra a Companhia, com a subscrição particular de novas ações ordinárias. Foi homologado, na ocasião, um aumento de capital social de R\$ 78.037.077,34, com a subscrição particular de 5.823.622.488 novas ações ordinárias.

Em julho de 2004, no momento em que se realizava a capitalização, o valor de negociação das ações chegou a R\$ 7,00, mas em dezembro de 2004 retornou a R\$ 3,15, bastante próximo ao preço de R\$ 2,86, referente a junho de 2003, antes das negociações tidas por fraudulentas.

Finalmente, frisa o Ministério Público Federal, entre março e dezembro de 2004, apenas 42 (quarenta e dois) negócios foram realizados com referida ação na Bovespa, o que evidenciaria o irreal volume negociado entre dezembro de 2003 e janeiro de 2004.

Foram arroladas 3 (três) testemunhas.

1.2. *A denúncia foi recebida em 15 de dezembro de 2011 (fls. 253/256).*

O Ministério Público Federal ofereceu proposta de suspensão condicional do processo (fls. 300/301). Eduardo concordou com a proposta de suspensão condicional do processo oferecida pelo Ministério Público Federal, ao passo que Marco Antônio e Mário Sérgio a rejeitaram, prosseguindo a ação penal apenas contra estes (fls. 338/340).

2. A Defesa de Marco Antônio, na resposta escrita à acusação acostada às fls. 344/378, alegou, preliminarmente, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Aduziu que os fatos imputados na denúncia teriam ocorrido entre os meses de junho de 2003 e janeiro de 2004, sendo a denúncia recebida somente em dezembro de 2011. Sustenta que, embora não tenha ocorrido a prescrição em abstrato, considerando-se a inexistência de antecedentes criminais do acusado, a eventual pena em concreto seria inevitavelmente atingida pela prescrição retroativa.

Em seguida, sustentou que o acusado Marco Antônio seria parte ilegítima para figurar no polo passivo da ação penal, pois era um mero sócio minoritário da Atrium DTVM, desempenhando apenas funções técnicas na empresa, sem relação com a parte operacional de corretagem de valores. Defendeu que os depoimentos do então diretor da Atrium Participações e da Atrium Administração, Sérgio Miyamoto, bem como do corréu Mário Sérgio, indicariam que Marco Antônio não teve participação nas negociações com ações da Rimet PN.

A Defesa alegou, ademais, que a CVM concluiu, em processo administrativo, que o valor por ação da Rimet, para fins de aumento de capital, não se revelou lesivo aos acionistas não controladores da sociedade anônima, porquanto, dentre as alternativas analisadas, seria a que causaria menor diluição na participação dos acionistas minoritários. Também argumenta que o suposto prejudicado pelo delito, Agripino Bonani Filho, declarou que as negociações realizadas com ações da Rimet se deram por ordem sua, não tendo constatado qualquer irregularidade.

Na seqüência, teceu a Defesa comentários acerca da política de investimentos adotada pelas entidades do grupo Atrium, afirmou que não houve manipulação de mercado e sustentou a ausência de dolo e denexo causal entre o artifício e o resultado indicado.

Foram arroladas 6 (seis) testemunhas e juntados documentos (fls. 379/428).

3. A Defesa de Mário Sérgio, na resposta escrita à acusação acostada às fls. 429/460, também alegou, preliminarmente, a ocorrência de prescrição da pretensão punitiva. Aduziu que os fatos imputados na denúncia teriam ocorrido entre os meses de junho de 2003 e janeiro de 2004, sendo a denúncia recebida somente em dezembro de 2011. Sustentou que, embora não tenha ocorrido a prescrição em abstrato, considerando-se a inexistência de antecedentes criminais do acusado, a eventual pena em concreto seria inevitavelmente atingida pela prescrição retroativa.

Repetindo os argumentos apresentados por Marco Antônio, a Defesa alegou, ademais, que a CVM concluiu, em processo administrativo, que o valor por ação da Rimet, para fins de aumento de capital, não se revelou lesivo aos acionistas não controladores da sociedade anônima, porquanto, dentre as alternativas analisadas, seria o que causaria menor diluição na participação dos acionistas minoritários. Também argumentou que o suposto prejudicado pelo delito, Agripino Bonani Filho, declarou que as negociações realizadas com ações da Rimet se deram por ordem sua, não tendo constatado qualquer irregularidade. Também discorreu acerca da política de investimentos adotada pelas entidades do grupo Atrium, afirmou que não houve manipulação de mercado e sustentou a ausência de dolo e de nexocausal entre o artifício e o resultado.

Foram arroladas 4 (quatro) testemunhas e juntados documentos (fls. 463/512).

4. Conforme fundamentado na decisão de fls. 515/517, não foram verificadas causas de absolvição sumária dos acusados.

A instrução teve seqüência com a oitiva das testemunhas e, ao fim, o interrogatório dos réus (mídia à fl. 694). Nenhuma diligência foi requerida pelas partes ao término de instrução.

5. Em suas alegações finais, o Ministério Público Federal requereu a condenação dos réus. Mencionou que a CVM concluiu pela valorização artificial da cotação das ações da Rimet, gerando ganhos para a própria Rimet e para o grupo Atrium. Sustentou a comprovação da materialidade e da autoria pelos acusados.

6. A Defesa de Marco Antônio e Mário Sérgio, nas alegações finais de fls. 735/778, após um breve relato dos fatos, sustentou, preliminarmente, a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva em perspectiva. Arguiu, ainda, a ilegitimidade passiva do denunciado Marco Antônio para figurar como denunciado na ação penal.

Mencionou depoimentos de testemunhas a respeito da atuação dos denunciados. Em seguida, examinou as conclusões da CVM, sustentando que a autarquia concluiu que o valor por ação da Rimet, para fins de aumento de capital, não se revelou lesivo aos acionistas não controladores da sociedade anônima, porquanto, dentre as alternativas analisadas, seria a que causaria menor diluição na participação dos acionistas minoritários. Destacou não haver decisão definitiva por parte do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional.

Também expôs que o suposto prejudicado pelo delito, Agripino Bonani Filho, declarou que as negociações realizadas com ações da Rimet se deram por ordem sua, não tendo constatado qualquer irregularidade. Também discorreu acerca da política de investimentos adotada pelas entidades do grupo Atrium, que estaria focada em empresas em dificuldade financeira “junk market”.

Afirmou que não houve manipulação de mercado, já que a simples constatação de oscilações fora da média do valor de determinado papel não pressupõe necessariamente a ocorrência da infração. Defendeu que no período em que os papéis da Rimet sofreram maior alta não houve negociação envolvendo empresas do grupo Atrium.

Sustentou, ademais, a ausência de dolo e denexo causal entre o artifício e o resultado.

7. Vieram, então, os autos conclusos, para prolação de sentença. É o relatório.

Passo a decidir.

8. As questões preliminares suscitadas pela Defesa – prescrição da pretensão punitiva e ilegitimidade passiva do denunciado – já foram examinadas e fundamentadamente afastadas na decisão de fls. 515/517, à qual remeto.

Deixo de reproduzir os fundamentos lá expostos, por economia processual, ressaltando que tais argumentos integram a presente sentença.

9. Passo, assim, ao julgamento do mérito da pretensão punitiva.

Início por considerações acerca do tipo penal imputado, previsto no artigo 27-C da Lei nº 7.492/1986 com a seguinte redação:

Manipulação do Mercado

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

Esse crime se enquadra numa tendência mundial de estabelecimento de regras penais mais rígidas para garantir a confiança e a regularidade dos mercados de capitais.

Nos Estados Unidos da América e no Canadá a manipulação de mercado é criminalizada, conforme previsto nos respectivos Códigos Penais (artigos 139 e 382, respectivamente). Na Argentina, recentemente, as Leis 26.733 e 26.734, de 28 de dezembro de 2011, alteraram o Código Penal para prever novas e mais severas penas ao crime de manipulação de mercado.

Vale mencionar, ainda, no âmbito europeu, a Diretiva 2014/57/EU, de 16 de abril de 2014, que estabelece regras criminais mínimas para insider trading, quebra indevida do sigilo de informações privilegiadas e manipulação de mercado, para assegurar a integridade dos mer-

cados financeiros da União Europeia e para aprimorar a proteção do investidor e a confiança nos mercados.

O artigo 5.1. da referida Diretiva estabelece que os Estados-membros devem tomar as medidas necessárias para assegurar que a manipulação de mercado seja considerada um delito, ao menos nos casos sérios, quando cometidos dolosamente.

9.1. A eficiência do mercado de capitais tem relação diretamente proporcional à qualidade do acesso dos investidores às informações referentes à companhia. Num mercado de capitais em condições ideais (“mercado perfeito”), no qual todos investidores têm acesso à informação de forma simétrica, publicamente disponível no menor tempo possível, as cotações das ações refletem o valor “real” dos ativos financeiros negociados. Um mercado de capitais apto a distribuir de maneira eficiente os recursos da sociedade – e, assim, proporcionar o desenvolvimento econômico – depende da formação de preços dos ativos financeiros em condições de normalidade, de acordo com a lei da oferta e da procura.

Se, porém, pessoas agem para simular uma falsa percepção sobre as condições do mercado, o funcionamento resta alterado, de modo que a cotação dos títulos não guarda mais correlação com o seu valor verdadeiro. É esse tipo de situação que o delito denominado de manipulação do mercado procura impedir.

A Grande Depressão de 1929 e a grave crise econômica em que o mundo se afundou em 2008 bem demonstram as severas distorções que podem ser causadas em um mercado pouco regulado e pouco fiscalizado. Aliás, nem é preciso ir tão longe: Arnaldo Malheiros Filho lembra que uma das principais razões para o desaparecimento da Bolsa de Valores do Rio de Janeiro – a primeira a ser fundada no Brasil, em 1845 – foi uma ampla manipulação das ações ali negociadas em 1989.¹

A liberdade irrestrita dos agentes econômicos conduz à ganância exacerbada, que, por sua vez, se não controlada, coloca em risco o próprio sistema capitalista. É necessário, pois, que a mão invisível do mercado a que se referia Adam Smith seja, ao menos parcialmente, limitada pela atuação do Estado.

9.2. Nesse contexto, o *bem jurídico* tutelado pelo artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976 é o correto funcionamento do mercado de capitais, mais especificamente a regularidade do mecanismo de formação de preços nesse mercado, buscando a norma evitar a sua manipulação.² A incriminação da conduta tem, inclusive, respaldo constitucional, dada a previsão do artigo 173, § 4º, da Constituição, segundo o qual “a lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros”. Esse dispositivo costuma ser lembrado como fundamento de crimes (Lei nº 8.137/1990, artigo 4º) e infrações administrativas (Lei nº 12.529/2011, artigo 36) contra a ordem econômica (em sentido estrito), mas também dá respaldo à proteção penal do mercado de capitais contra práticas abusivas.³

10. Feitas essas considerações iniciais, passo, em seguida, à reconstituição dos fatos, a partir do exame dos dez volumes que compõem o Apenso I.

1 Crime de manipulação do mercado de capitais. In: VON ADAMEK, Marcelo Vieira (coord.). *Temas de direito empresarial e societário contemporâneos*. São Paulo: Malheiros, 2011. pp. 889-891.

2 CARVALHOSA, Modesto; EIZIRIK, Nelson. *A nova Lei das S.A.* São Paulo: Saraiva, 2002. pp. 533-534.

3 Na Alemanha, a doutrina predominante entende que o bem jurídico tutelado é o correto funcionamento do mercado de capitais. Cf. WITTIG, Petra. *Wirtschaftsstrafrecht*. 2. auf. München: Beck, 2011. p. 452. Para Klaus Tiedemann, é o funcionamento do mercado de capitais e – conectada com ele – a confiança dos participantes do mercado na veracidade da formação dos preços (*Manual de derecho penal econômico. Parte general y especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010 p. 380).

A partir de reclamação enviada via e-mail por Oscar José Horta Filho, a CVM resolveu, por meio da Portaria/CVM/SGE/nº 047, de 09 de março de 2007, instaurar o Inquérito Administrativo CVM nº 04/07, “para apurar eventuais irregularidades envolvendo aumento de capital da Rimet Empreendimentos Industriais e Comerciais S.A. em 2004, manipulação de preços com ações de emissão da companhia em 2003, bem como falta de envio de informações periódicas à CVM” (fl. 01 do Apenso I, Volume I).

Após ampla instrução, a comissão apresentou seu relatório final (fls. 1540/1591 do Apenso I, Volume IX), no qual, entre outros aspectos, concluiu que “ficou evidenciado que a Atrium CCTVM, o fundo por ela administrado Atrium FMIA e as empresas Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações atuaram em conjunto para elevar artificialmente o preço das ações preferenciais da Rimet no período sob análise, tendo como objetivo vender com lucro a posição de 19.543.100 ações Rimet PN detidas pelo Atrium FMIA, caracterizando, assim, manipulação de preço no mercado de valores mobiliários, prática definida pela alínea ‘b’, e vedada pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08/79” (fl. 1581 do Apenso I, Volume IX).

Especificamente no que se refere à comprovação da manipulação de mercado, o Colegiado da CVM, por unanimidade de votos, manteve as conclusões da comissão de apuração (fls. 148/188).

Passo a expor, de forma resumida, o que restou comprovado no âmbito administrativo na autarquia fiscalizadora do mercado de capitais.

10.1. Inicialmente, vejamos como se deu o processo de capitalização, através da emissão de novas ações ordinárias, pela Rimet.

A Rimet enfrentava, desde 1992, dificuldades financeiras, tendo procurado alternativas para reestruturar suas dívidas, dentre elas a mudança de controle societário em 2002.

Como parte da reestruturação da companhia, o Conselho de Administração propôs a redução do passivo da empresa, mediante aumento de capital no valor de R\$ 78.037,077.

Para atender ao disposto no artigo 170, § 1º, da Lei das S.A., foi elaborado laudo de avaliação econômica pela MS Cardim, datado de 31.03.2004, que indicou o valor de R\$ 10,00/lote de mil ações, como preço de emissão para as novas ações ordinárias.

Em reunião de 05.05.2004, o Conselho de Administração concordou com o preço sugerido e recomendou a emissão de 7.803.707.734 novas ações ordinárias no valor de R\$ 10,00/mil ações. Em 10.05.2004, o Conselho Fiscal aprovou por unanimidade a recomendação do Conselho de Administração. Em 20.05.2004, porém, a Assembleia Geral Extraordinária aprovou o preço de 13,40/mil ações, valor obtido a partir da cotação média das ações preferenciais da companhia nos três meses anteriores (fl. 143, Apenso I, Volume I).

10.2. Pois bem. Vejamos, agora, uma síntese dos negócios realizados com ações da Rimet no período de dois anos, compreendido entre 01.01.2003 e 31.12.2004. Confirma-se a exposição da comissão de inquérito no processo administrativo (fls. 1578/1581 do Apenso I, Volume IX):

(...) Constatou-se a ocorrência de negociações com esse papel, no período de janeiro a maio/03, apenas no mercado fracionário da Bovespa. No mercado à vista, os negócios iniciaram-se em 13/06/03 e concentraram-se nos meses de dezembro/03 e janeiro/04. Embora tenha havido ocorrência de negócios até dezembro/2004, o volume negociado diminuiu consideravelmente, conforme demonstrado nos quadros 30 e 31 a seguir:

Quadro 30
 Bovespa – Mercado à Vista –

Número de Negócios com Rimet PN em 2003 e 2004

Mês	Nº negócios mês	Nº negócios intermediados pela Atrium CCTVM	Preço 1º negócio R\$/mil	Preço último negócio R\$/mil
<i>2003</i>				
Junho	1	1	2,86	2,86
Julho	3	-	2,30	2,30
Agosto	-	-	-	-
Setembro	18	4	0,52	4,00
Outubro	6	2	4,00	3,99
Novembro	7	5	3,01	3,05
Dezembro	28	11	4,50	20,00
<i>2004</i>				
Janeiro	75	38	21,00	14,00
Fevereiro	-	-	-	-
Março	9	-	13,99	10,00
Abril	6	-	9,99	8,99
Maio	-	-	-	-
Junho	8	-	7,99	6,99
Julho	2	-	7,00	6,99
Agosto	-	-	-	-
Setembro	-	-	-	-
Outubro	4	-	4,51	4,60
Novembro	10	-	4,66	4,66
Dezembro	3	-	3,15	3,15

Quadro 31
Bovespa – Mercado à Vista –
Resumo de Negociação com Rimet PN em 2003 e 2004

Mês	COMPRAS DE RIMET PN			VENDAS DE RIMET PN		
	Quantidade total negociada	Quantidade intermediada pela Atrium CCTVM	Particip. % Atrium CCTVM	Quantidade total negociada	Quantidade intermediada pela Atrium CCTVM	Particip. % Atrium CCTVM
<i>2003</i>						
Junho	1.100.000	1.100.000	100%	1.100.000	-	-
Julho	1.800.000	-	-	1.800.000	-	-
Agosto	-	-	-	-	-	-
Setembro	8.700.000	3.500.000	40,2%	8.700.000	-	-
Outubro	6.100.000	200.000	3,3%	6.100.000	-	-

Novembro		4.500.000	68,2%		-	-
Dezembro		8.100.000	18,5%		5.500.000	12,5%
<i>2004</i>						
Janeiro		21.200.000	46,6%		36.900.000	81,1%
Fevereiro	-	-	-	-	-	-
Março	1.000.000	-	-	1.000.000	-	-
Abril	1.500.000	-	-	1.500.000	-	-
Maio	-	-	-	-	-	-
Junho	1.200.000	-	-	1.200.000	-	-
Julho	400.000	-	-	400.000	-	-
Agosto	-	-	-	-	-	-
Setembro	-	-	-	-	-	-
Outubro	900.000	-	-	900.000	-	-
Novembro	1.900.000	-	-	1.900.000	-	-
Dezembro	1.000.000	-	-	1.000.000	-	-

Em 13/06/2003, data em que o Atrium FMIA iniciou suas operações com Rimet PN naquele ano e em que ocorreu o primeiro negócio no mercado à vista (exclusive fracionário), o papel foi cotado a R\$ 2,86/lote de mil. Em julho/03, a cotação do papel fechou a R\$ 2,30/mil. Em agosto/03, não houve negócios, sendo que o primeiro negócio que ocorreu em setembro/03, foi fechado no dia 15, a R\$ 0,52/mil. De 24 para 25/09/03, a cotação se elevou de R\$ 0,82/mil para R\$ 3,01/mil. Em 26/09/03, o Atrium FMIA voltou a operar, tendo o papel fechado o mês cotado a R\$ 4,00/mil, mesmo patamar em que o papel foi cotado no fim de outubro/03, mês em que houve seis negócios. Após a ocorrência de sete negócios, o papel fechou novembro/03 cotado a R\$ 3,05/mil, sendo que o último negócio ocorreu em 20/11/03.

A elevação da cotação de Rimet PN tomou corpo em dezembro/03, quando o papel partiu de R\$ 4,50 em 04/12 para R\$ 20,00 em 30/12/03. Note-se que, nesse período, iniciou-se a atuação da Atrium Adm. e Serviços, que, em 11/12/03, adquiriu 5 milhões de Rimet PN em contraparte ao Atrium FMIA, a R\$ 7,00/mil, e da Atrium Participações que, entre 16 e 23/12/03, efetuou diversas aquisições de Rimet PN, período em que a cotação partiu de R\$ 7,00/mil em 16/12 para R\$ 15,50/mil em 23/12/03. Em 30/12/03, a cotação foi a R\$ 20,00/mil.

Em janeiro/04, ocorreram 75 negócios com Rimet PN, correspondendo ao maior número no período analisado. O primeiro negócio com Rimet PN em janeiro/04 foi fechado a R\$ 21,00/mil, enquanto o último foi fechado a R\$ 14,00/mil. De 14/01 a 22/01/04, o Atrium FMIA e a Atrium Participações alienaram toda a sua posição com o papel. A Atrium Adm. e Serviços, que já havia vendido parte de sua posição em 19/12/03, também vendeu o restante entre 19/01 e 22/01/04. Até 31/12/04, todos esses comitentes não mais operaram com Rimet PN. Consoante se observa no Quadro 30, integrante do parágrafo 109 supra, a partir de março/04, os preços de Rimet PN entram em trajetória de queda, sendo que o último preço praticado em 2004 foi R\$ 3,15/mil.

O gráfico integrante do Anexo 2 ao presente inquérito (fls. 1539) confronta a evolução do Índice Bovespa em relação ao comportamento dos preços de Rimet PN nos anos de 2003 e 2004. Nele verifica-se que houve total descompasso em termos percentuais entre a evolução do Índice

Bovespa e as ações Rimet PN. Destaca-se, em especial, o comportamento apresentado em dezembro/03 e janeiro/04, a seguir relatado. Não foi verificado, nesse período, nenhum evento que justificasse a elevação do preço de Rimet PN, ocorrida, em especial, em dezembro/03.

De 13/06/03 a 04/12/03, período em que o Atrium FMIA e as empresas Atrium Participações e Atrium Administração e Serviços operaram de forma moderada, as ações Rimet PN valorizaram-se 53,74% enquanto o Ibovespa valorizou 48,64%. Após o pregão de 11/12/03, em que o Atrium FMIA e a Atrium Participações negociaram entre si, a valorização de Rimet PN já estava em 109,79%, enquanto a do Ibovespa era de 55,07%. A valorização mais intensa de Rimet PN ocorreu de 11/12 a 30/12/03, período em que o Atrium e as empresas Atrium atuaram de forma expressiva na ponta compradora: de 13/06 a 30/12/03, as ações Rimet PN subiram 599,3%, enquanto o Ibovespa subiu 61,31%.

Em janeiro/04, o Atrium FMIA e as empresas Atrium Participações e Atrium Administração e Serviços aproveitaram a valorização do papel para se desfazerem de suas posições com Rimet PN. Embora o preço do papel tenha caído em decorrência das mencionadas vendas, em 26/01/04, Rimet PN apresentava valorização de 389,51% desde 13/06/03, enquanto o Ibovespa havia se valorizado 77,3% no período.

De fevereiro/04 em diante, quando os comitentes que operavam pela Atrium Corretora deixaram de negociar Rimet PN, os preços do papel entraram em declínio, terminando o ano de 2004 com valorização de 10,14% em relação a 13/06/03, enquanto o Ibovespa subiu 90,74% no período.

O Atrium FMIA, que possuía 19.543.100 ações Rimet PN em 13/06/03, adquiriu do mercado até 04/12/03, 9.918.689 ações, ao preço médio de 3,22/mil. De 11/12/03, vendeu todas as ações por ele detidas, num total de 29,4 milhões, das quais 9,2 milhões foram vendidas em contraparte à Atrium Administração e Serviços e 13,2 milhões em contraparte a Agripino Bonani Filho, cliente da Atrium CCTVM e que acatou sugestão dessa mesma corretora para investir no papel. Nas vendas, o Atrium FMIA auferiu preço médio de R\$ 12,65/mil.

A Atrium Administração e Serviços, que não possuía Rimet PN em carteira até 11/12/03, comprou, dessa data até 15/01/04, 10,4 milhões dessas ações, das quais 9,2 milhões foram adquiridas do Atrium FMIA. Em 22/01/04, vendeu todas as ações Rimet PN por ela detidas, das quais 1,8 milhão foram vendidas a Agripino Bonani Filho.

A Atrium Participações, que também não possuía Rimet PN em carteira até 16/12/03, comprou e vendeu dessa data até 22/01/04, o total de 2,6 milhões dessas ações. Note-se que 900 mil ações foram vendidas para Agripino Bonani Filho.

Observa-se, assim, que os negócios realizados com Rimet PN por Atrium FMIA, Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações tiveram como objetivo elevar o preço do papel para desovar as 19.543.100 ações Rimet PN detidas pelo Atrium FMIA. O maior comprador, Agripino Bonani Filho, cliente da Atrium CCTVM e que recebia assessoria de investimentos dessa mesma Corretora, foi o destinatário de 15,8 milhões de ações Rimet PN vendidas por Atrium FMIA, Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações em 22/01/04, pelas quais pagou R\$ 11,04/mil, ou seja, 286% a mais do que o preço praticado em 13/06/03. Ressalte-se, ainda, que, no período, o Ibovespa subiu 67%.

Diante dos fatos apresentados, ficou evidenciado que a Atrium CCTVM, o fundo por ela administrador Atrium FMIA e as empresas Atrium Administração e Serviços e Atrium Participações atuaram em conjunto para elevar artificialmente o preço das ações preferenciais da Rimet no período sob análise, tendo como objetivo vender com lucro a posição de 19.543.100 ações Rimet PN detidas pelo Atrium FMIA, caracterizando, assim, manipulação de preço no mercado de valores mobiliários, prática definida pela alínea "b", e vedada pelo item I, ambos da Instrução CVM nº 08/79. Cumpre lembrar que, à época dos fatos, cerca de 20% das cotas desse fundo eram detidas pela Atrium CCTVM e pela Atrium Participações.

Como se vê, portanto, as ações Rimet PN somente começaram a ser efetivamente nego-

ciadas no mercado à vista da Bovespa a partir de junho de 2003, mas se concentraram realmente nos meses de dezembro de 2003 e janeiro de 2004. Foram realizadas: uma operação em junho/03, três em julho/03, nenhuma em agosto/03, 18 em setembro/03, seis em outubro/03, sete em novembro/03, 28 em dezembro/03 e 75 em janeiro/04.

Foi em dezembro de 2003 que as empresas do grupo Atrium começaram a alterar artificialmente a regularidade do mercado dessas ações. Com efeito, em 11 de dezembro de 2003, a Atrium Administração, que nunca detivera ações Rimet PN, adquiriu 5 milhões desses títulos a R\$ 7,00/mil do Atrium FMIA, fundo administrado pelo grupo Atrium. Em 14 de janeiro, adquiriu 4.200 (quatro mil e duzentos) lotes por R\$ 18,60 (dezoito reais e sessenta centavos). Note-se que, um mês antes, em 04 de dezembro de 2003, a cotação do papel estava em R\$ 4,50, sendo que não foi identificado nenhum fato relevante que justificasse o súbito e significativo aumento.

Já aí fica claro que a negociação foi realizada apenas com a finalidade de *forçar o preço para cima e criar uma falsa demanda pelos títulos*. Isso fica evidente quando se considera: a) a abrupta elevação do valor do título sem justificativa; b) que a negociação envolveu partes relacionadas entre si, quais sejam, a Atrium Administração e Serviços Ltda., na posição compradora, e o Atrium FMIA, na posição vendedora.

O Atrium FMIA, a propósito, na condição de mero fundo de investimentos, não tinha existência própria, de modo que sua administração era feita a partir do mesmo local de funcionamento da Atrium Administração, da Atrium Participações e da Atrium CCTVM (cf. interrogatório do denunciado Marco Antônio, mídia à fl. 694, minuto 09:23 e seguintes).

Logo em seguida, entre 16 e 23 de dezembro de 2003, a Atrium Administração continuou a comprar ações Rimet PN, elevando o preço do papel para R\$ 15,50/mil. Em 14 de janeiro de 2004, a Atrium pagou ao Atrium FMIA R\$ 18,00/mil pelo mesmo título.

Note-se que, do total de 10,4 milhões de ações adquiridas pela Atrium Administração e Serviços Ltda. no período de pouco mais de um mês – entre 11.12.2003 e 15.01.2004 – mais de 90%, isso é, 9,2 milhões de ações, foram adquiridas do Atrium FMIA. Veja-se, portanto, que, apesar de haver negociações com terceiros, o valor substancial continuou a ser negociado entre partes ligadas.

Após esse período, em que as negociações mais substanciais se realizaram entre partes ligadas, as empresas do grupo se desfizeram rapidamente dos papéis. De 14/01 a 22/01/04, o Atrium FMIA e a Atrium Participações alienaram toda a sua posição com o papel. A Atrium Administração, que já havia vendido parte de sua posição em 19/12/03, também vendeu o restante entre 19/01 e 22/01/04. Até 31/12/04, todos esses comitentes não mais operaram com Rimet PN.

O maior comprador das ações foi Agripino Bonani Filho, que teria sofrido o maior prejuízo com essas operações.

Restou muito claro, portanto, que as empresas do grupo Atrium, utilizando-se inclusive de negociações realizadas entre si, alteraram artificialmente as condições de preço e liquidez das ações Rimet PN. Em razão das negociações operadas, sendo algumas das mais elevadas entre partes vinculadas, obteve-se uma valorização das ações que chegou, em pouco mais de seis meses (junho a dezembro de 2003), a quase 10 (dez) vezes o crescimento do Ibovespa (599,3% contra 61,31%); em seguida, quando as empresas do grupo Atrium deixaram de negociar o papel, este retrocedeu, no final de 2004, a praticamente 0,1 vezes o valor do Ibovespa (10,14% contra 90,74%).

10.3. E como justifica a Defesa essas negociações?

10.3.1. Segundo a Defesa, “o foco de atuação das empresas Atrium pautou-se na busca por operações com rentabilidade diferenciada, o que resultou na atuação em mercados de papéis com baixíssima liquidez, bem como em empresas com dificuldades financeiras, o denominado ‘junk market’, ponderando-se, sempre, pela rentabilidade das empresas investidas vis a vis planos de reestruturação ou até mesmo o próprio aquecimento econômico” (fl. 762).

Assim, mencionou plano de reestruturação da sociedade projetado por Edson Vaz Musa, que levou o Atrium FMIA a adquirir, em 13 de julho de 2000, 9.243.100 de ações da Rimet.

Em seu interrogatório, Marco Antônio afirmou que o interesse pela aquisição de ações da Rimet surgiu em razão da divulgação de um leilão pela Bolsa de Valores, uma semana antes do dia 13 de julho de 2000, de ações pelo valor de R\$ 3,00. Disse que, a partir de então, realizou pesquisa sobre a empresa e verificou que ela estava passando por um momento difícil. Porém, um executivo renomado teria assumido o controle da empresa, além de ter a sociedade um elevado faturamento e possuir bens imóveis valiosos. Mencionou que, a partir de então, participou ativamente do acompanhamento da companhia (mídia à fl. 694, minuto 10:18 e seguintes).

Até aí não há maiores discussões. Essas são razões que, em princípio, podem explicar efetivamente a aquisição das ações da Rimet pelas empresas do grupo Atrium no ano 2000. Mas não é disso que se trata nessa ação penal.

Como dito, a manipulação efetiva do mercado desses títulos não se deu no ano 2000, mas veio a ocorrer posteriormente, de dezembro de 2003 a janeiro de 2004.

Já nesse momento, não foi apresentada nenhuma justificativa razoável para a aquisição de mais ações da companhia em dezembro de 2003 e janeiro de 2004, mesmo pagando-se até R\$ 18,00/mil numa ação pela qual, em julho de 2003, pagara R\$ 2,86/mil.

Ou seja, não se questiona que os denunciados tenham adquirido ações da Rimet, em razão de vislumbrarem condições favoráveis para a companhia, no ano 2000 e até mesmo em julho de 2003. O que se questiona é o que foi feito em dezembro de 2003 e janeiro de 2004, quando, como exposto, atuaram ativamente nas pontas compradora e vendedora, inflando artificialmente os preços dos títulos e criando falsa impressão de liquidez no mercado.

Questionado sobre as razões da valorização repentina das ações entre dezembro de 2003 e janeiro de 2004, Marco Antônio não apresentou nenhum argumento razoável. Afirmou que talvez a expectativa viesse das razões já aduzidas – reestruturação da empresa. Ocorre que, segundo ele próprio afirmara, esses fatos já eram conhecidos no ano 2000, de modo que não explicam, de maneira nenhuma, a expressiva e súbita valorização no fim de 2003.

Questionado especificamente sobre o fato de operações terem sido feitas entre empresas do próprio grupo Atrium, por um valor maior do que aquele anteriormente pago, afirmou apenas que “isso depende do momento do mercado”.

Não se trata de condições de mercado, entretanto, quando ações que estavam sendo negociadas a preços mais baixos repentinamente são negociadas a valor maior por empresas ligadas. Trata-se, isso sim, de definição arbitrária, de verdadeira manipulação dos preços.

Ademais, caso os representantes do grupo Atrium estivessem realmente convencidos de que as ações Rimet PN estavam “baratas”, as empresas do grupo que já detinham os títulos haveriam de mantê-los, para vendê-los futuramente, quando já estivessem precificados num patamar mais elevados. Assim, as compras das ações teriam sido feitas de terceiros proprietários dos títulos. Não obstante, como visto, houve aquisições feitas pela Atrium Administração

e Serviços Ltda. diretamente do Atrium FMIA.

São válidas aqui as conclusões esposadas pelo relator do processo administrativo sancionador: “Ora, não se pode confundir a atuação em mercados de pouca liquidez, predominantemente com títulos que muitas vezes apresentam maiores benefícios financeiros para seus adquirentes, com o que ocorreu no presente caso: atuação concertada de comitentes, de modo a afetar o processo de formação de preços” (fl. 179).

10.3.2. Tampouco impressionam os argumentos de que: a) “todos os negócios de compra e venda de ações da ‘Rimet Empreendimentos Industriais e Comerciais S.A.’ realizados pelo Atrium FIA foram, em sua grande maioria, efetuados com terceiros participantes do mercado, não havendo qualquer artifício em tais transações...” e b) “é de se ressaltar o fato de que a Atrium FMIA e Atrium Serviços terem realizado somente duas transações com ações da Rimet” (fls. 767/768).

Ocorre que, embora tenha havido outras operações com “terceiros participantes do mercado” e somente duas operações com a Atrium Administração e Serviços Ltda., em termos de valores negociados a principal compradora das ações vendidas pelo Atrium FIA foi, efetivamente, a Atrium Administração e Serviços Ltda. – à exceção de Agripino Bonani Filho, que adquiriu 13.100.000 em condições bastante estranhas, como exposto com vagar adiante. Com efeito, além de Agripino Bonani Filho, que teria adquirido, de uma só vez e em dinheiro, 13.100.000 ações, a Atrium Administração e Serviços Ltda. adquiriu 9.200.000 das ações, ao passo que todos os demais “terceiros participantes do mercado” somados adquiriram somente 7.161.789 (cf. fl. 161).

Mais uma vez remeto à fundamentação exposta pelo relator do processo administrativo sancionador (fl. 180):

Esse estratagema, aliás, fica claro quando se observa que, ainda que as aquisições realizadas pelo Atrium FIA tenham sido efetuadas de terceiros, para o encerramento daquelas posições adotou-se uma estrutura mais complexa, com a venda de títulos para instituições ligadas, de modo a, aparentemente, ‘pautar’ os próprios ‘parâmetros do mercado’, parâmetros que os acusados dizem ter observado. Por esse mesmo motivo, não importa, aqui, o lapso temporal durante o qual Atrium FIA, Atrium Administração e Atrium Participações se abstiveram de efetuar qualquer negociação: as operações da Atrium Administração e da Atrium Participações foram realizadas a valores que não correspondiam ao real preço das ações da Companhia. Tais sociedades, assim como o Atrium FIA, beneficiaram-se, em larga medida, de uma distorção que paulatinamente ajudaram a causar. Tanto assim que, depois, o mercado voltou aos antigos patamares de preço praticados.

10.3.3. Ainda, alega a Defesa que “a alta sofrida pelas ações preferenciais de emissão da Rimet seguiu a tendência de alta do índice Bovespa observado à época dos fatos” (fl. 769).

Não obstante, como já mencionado, as ações da Rimet, em pouco mais de seis meses (junho a dezembro de 2003), chegaram a subir quase 10 (dez) vezes o percentual do Ibovespa (599,3% contra 61,31%); em seguida, quando as empresas do grupo Atrium deixaram de negociar o papel, o valor deste retrocedeu, no final de 2004, a praticamente 0,1 vezes o valor do Ibovespa (10,14% contra 90,74%).

Não há que se falar, assim, que as ações da Rimet teriam apenas seguido a tendência de alta da bolsa de valores. Pelo contrário, tiveram uma trajetória completamente diversa, absolutamente descolada das variações da Bovespa.

10.3.4. Por fim, argumenta a Defesa que não seria possível fundamentar o artificial au-

mento dos preços, visando-se uma irreal capitalização, “se os preços cotados em Bolsa (valor de R\$ 7,00) apresentavam-se abaixo do valor de emissão cotado pela Bovespa, qual seja, o montante de R\$ 13,40 (treze reais e quarenta centavos)” (fls. 769/770).

Ocorre que R\$ 13,40 não foi o “valor de emissão cotado pela Bovespa”. Essa, aliás, é uma expressão que não significa nada, pois não cabe à Bovespa “cotar” valor de emissão. Quem decide o valor de emissão das novas ações da companhia é a Assembleia Geral Extraordinária ou o Conselho de Administração (artigos 14, 166 e 170, § 2º, da Lei das S.A.). No caso concreto, a Assembleia Geral Extraordinária aprovou, apenas em 20.05.2004, o preço de 13,40/mil ações.

Portanto, a comparação feita pela Defesa, entre “preços cotados em Bolsa” e “valor de emissão cotado pela Bovespa”, não faz nenhum sentido.

Aparentemente, porém, o argumento de Defesa estaria ligado à ausência de prejuízo aos acionistas minoritários, na medida em que o valor de emissão das novas ações emitidas foi fixado acima daquele que vinha sendo negociado na Bovespa.

O objetivo da manipulação, porém, não era causar prejuízo econômico imediato aos minoritários, mas aumentar a participação patrimonial dos acionistas controladores, pois, em virtude da manipulação do mercado, criou-se uma falsa aparência de liquidez das ações da Rimet, bem como se elevou sua cotação média de mercado. Com base nessa (falsa) liquidez e nessa (distorcida) cotação média, foi possível fixar um valor mais elevado de emissão das novas ações, que, como já sabido previamente, não seria pago pelos valores minoritários – mas integralizado com créditos já existentes dos controladores contra a companhia.

Explico.

Inicialmente, a empresa MS Cardim foi contratada para elaborar laudo de avaliação econômica da Rimet, com a finalidade de “determinar um valor justo das ações” da companhia.

Conforme se lê do laudo de avaliação econômica elaborado pela MS Cardim – juntado às fls. 197/276 do Apenso I, Volume I –, concluiu-se que o preço médio ponderado das ações preferenciais da Rimet, no período de junho de 2003 a janeiro de 2004, foi de R\$ 8,77 (fls. 265 e 272).

Já aí houve reflexo das manobras fraudulentas. O valor econômico justo para as ações foi fixado pela MS Cardim em R\$ 0,01 – ou seja, R\$ 10,00 (dez reais) por lote de mil ações –, considerando que: a) o valor patrimonial por ação (em 31/12/2003) era negativo; b) as cotações das ações preferenciais podem ser uma boa aproximação do valor das ações ordinárias, apesar destas não terem tido negociação na Bovespa; c) a obtenção do valor justo das ações pelo método do fluxo de caixa descontado (fl. 268).

Para tanto, levou-se em consideração que “as ações preferenciais da Rimet apresentam negociações regulares na BOVESPA” (fl. 267, Apenso I, Volume II).

Mas não foi, ao fim das contas, R\$ 10,00 por lote de mil ações o valor de emissão das novas ações ordinárias. O valor fixado para o preço de emissão das novas ações ordinárias da Rimet foi de R\$ 13,40, ainda superior àquele entendido como justo pela MS Cardim.

Em tese, a fixação do preço em patamar superior seria benéfica aos acionistas minoritários, que não teriam seu patrimônio diluído. Ocorre que tanto o valor indicado pela MS Cardim como aquele efetivamente adotado pela Rimet somente foram obtidos em razão da manipulação de mercado realizada anteriormente. E o valor foi finalmente fixado em patamares tão elevados justamente para que apenas os acionistas controladores adquirissem, através da integralização de créditos já mantidos contra a companhia, as novas ações. E, de fato, foi isso que aconteceu.

Oscar José Horta Filho, acionista da Rimet que inicialmente alertou a CVM sobre os fatos,

afirmou à autarquia supervisora do mercado de valores mobiliários que a fixação do valor de lançamento das ações da companhia para o aumento de seu capital social foi fixado de forma intencionalmente voltada a prejudicar os acionistas minoritários. Asseverou que “o valor de R\$ 13,40 que serviu de base para o lançamento da subscrição é superior ao valor de mercado e o qual teria sido obtido através de manobras na bolsa, e que não representaria os valores que têm sido praticados nos últimos anos na bolsa nas negociações com estes ativos” (fl. 610).

Na Polícia Federal, reiterou acreditar que “houve manipulação de mercado para justificar o aumento do capital da empresa com o lançamento da ação ao valor de R\$ 13,40” (fl. 110).

Em Juízo, reafirmou sua versão. Cito suas palavras (mídia à fl. 592, minuto 04:35 e seguintes):

Isso foi uma manobra para transferir o quinhão dos minoritários só para o controlador. Então os minoritários ficavam praticamente sem nada, virava pó ... Analisando ..., eu olho a bolsa todo dia, eu vejo as ações todo dia. Então, a CVM não podia provar que havia manipulação, mas a manipulação do valor das ações da companhia era evidente. Acompanhando os preços, eles puxaram o valor do papel; quando o papel chegou num valor alto, foi mantido durante um certo tempo, para seguir as regras da CVM, eles lançaram a subscrição. E cada um que tinha uma ação podia subscrever dez e acima do valor do mercado. Então, ninguém subscreve. Como você vai comprar um papel, se pode comprar na bolsa mais barato, você vai pagar mais caro? Ninguém faz. Aí os controladores falaram: não, nós subscrevemos tudo, ficamos donos de tudo, com créditos que nós temos. Então, uma das explicações que me deram é que esses controladores tinham um galpão ou armazém e eles alugavam esse armazém para botar peças e equipamentos da Rimet. Mas isso é lesivo aos minoritários. Então, com o valor desse aluguel que eram valores provavelmente valores estratosféricos, eles se creditavam – um crédito em dinheiro, que era o valor do aluguel – se creditavam junto à Rimet. Então, a Rimet, embora tivesse algum resultado, eles ficavam ... era o prejuízo cada vez maior porque era tudo para pagar o aluguel. Aí os controladores tinham esse valor desse aluguel e com esse valor desse aluguel eles tomavam a posição dos minoritários.

Conforme informado pela Corretora Santander, o preço de emissão das ações foi fixado “em R\$ 13,40 por lote de mil ações, considerando-se para tanto, dentre as alternativas constantes do artigo 170, paragrafo 1º, da Lei nº 6.404/76, aquela contida no inciso III, que leva em conta a cotação das ações da Companhia em Bolsa de Valores, valor que fica acima daquele recomendado pela proposta dos administradores e do Laudo de Avaliação elaborado em 31 de março de 2004, pela empresa especializada MS Cardim & Associados S/C Ltda.” (fl. 112).

De fato, conforme se verifica da Ata da Assembleia Geral Ordinária e Extraordinária de 20 de maio de 2004, deliberou-se (fl. 23 do Apenso I, Volume I):

7.2.2. Atendendo ao disposto no parágrafo sétimo do art. 170 da Lei nº 6.404/76, aprovar a fixação do preço de emissão das novas ações ordinárias em R\$ 13,40 (treze reais e quarenta centavos), por lote de mil ações, considerando-se para tanto, dentre as alternativas constantes do artigo 170, § 1º, da Lei nº 6.404/76, aquela contida no inciso III, que leva em conta a cotação das ações da Companhia em Bolsa de Valores, valor que fica acima daquele recomendado pela proposta dos Administradores e do Laudo de Avaliação elaborado em 31 de março de 2004, pela empresa especializada MS Cardim & Associados S/C Ltda., inscrita no Conselho Regional de Economia da 2ª Região, São Paulo – CORECON – sob o nº RE/2327, assinado por seu representante legal Sr. Mário Sérgio Cardim Neto, inscrito no CORECON da 2ª Região, São Paulo, sob o nº 3.941.

Ocorre que essa exposição não atende ao disposto no § 7º do artigo 170 da Lei das S.A., que exige que “a proposta de aumento do capital deverá esclarecer qual o critério adotado, nos termos do § 1º deste artigo, justificando pormenorizadamente os aspectos econômicos que determinaram a sua escolha”. Ou seja, não houve explicação da razão pela qual foi utilizado o valor da cotação em bolsa, ao invés dos outros critérios.

Questionada especificamente sobre esse ponto pela CVM, a Rimet, por intermédio do denunciado Eduardo, afirmou que se chegou ao valor de R\$ 13,40 a partir da cotação média das ações preferenciais nos últimos três meses de negociação (fl. 143 do Apenso I, Volume I).

Destaque-se que, de acordo com o Parecer de Orientação CVM nº 01/1978, somente nos casos de ações com elevado índice de negociabilidade é que se deve adotar o critério do valor da cotação em bolsa para a emissão de novas ações. Fora desses casos, devem ser utilizados os demais parâmetros (valor patrimonial e perspectivas de rentabilidade). No caso da Rimet, conforme análise da CVM, “as ações preferenciais da RIMET apresentam reduzido índice de negociabilidade, enquanto as ações ordinárias não são negociadas na Bovespa, como comentado no Relatório de Análise da SMI (letra ‘b’, § 8º)” (fl. 09, Apenso I, Volume I).

Está aí demonstrada a explicação das razões da manipulação do mercado. O objetivo das negociações era conseguir (a) uma aparência de liquidez (elevação do índice de negociabilidade) das ações preferenciais da Rimet e (b) uma elevação da sua cotação média, para, com isso, (c) utilizar o parâmetro da cotação das ações em bolsa para fixar o preço de emissão das novas ações ordinárias. Fixado o preço em patamar superior àquele que seria o seu valor justo, praticamente nenhum acionista minoritário se dispôs a adquiri-las: os controladores subscreveram 99,98% das ações (cf. fl. 15 dos autos) e integralizaram o valor das ações com créditos já existentes, no valor de mais de R\$ 78 milhões contra a companhia (fl. 23 do Apenso I, Volume I).

10.3.6. Por fim, alega a Defesa ausência de prejuízo aos acionistas minoritários.

Esse argumento não convence por duas razões.

A primeira já foi mencionada: os acionistas minoritários tiveram, sim, prejuízo – não pela perda de valor econômico de suas ações, mas pelo aumento da participação dos controladores, em razão das manobras realizadas.

A segunda delas consiste na circunstância de ser irrelevante que a CVM não tenha reconhecido a ocorrência de prejuízos aos acionistas minoritários da Rimet, já que isso não é pertinente para a caracterização do delito de manipulação de mercado. Tanto assim que, em âmbito administrativo, a própria CVM reconheceu, a despeito de concluir pela inexistência de prejuízos, a manipulação de mercado. A propósito, destaco, do voto do relator do processo administrativo sancionador, o trecho em que aponta que “a caracterização da manipulação de mercado, não depende, *prima facie*, da identificação de prejuízos causados a terceiros, bastando que se identifiquem os efeitos, sobre os preços de mercado, dos ‘processos’ ou ‘artifícios’ adotados pelo agente. Aqui, aquele efeito econômico se produziu a partir da realização de uma série de operações, em que se interpuseram comitentes relacionados entre si e que, em alguns casos, nem mesmo operavam naquele mercado. Uma vez atingido o fim almejado, a saber, o encerramento da posição existente, cessaram as operações de todos os agentes envolvidos” (fl. 179).

Na esfera penal, de igual modo, o crime é formal, consumando-se independentemente da obtenção de qualquer resultado naturalístico pretendido (alteração artificial do mercado ou vantagem indevida ou dano a terceiro). Basta que sejam realizadas as operações simuladas ou fraudulentas, não se exigindo sequer que efetivamente ocorra – mas, neste caso concreto, isto ocorreu – a alteração das condições de formação de preço das ações.

10.3.7. Ainda, argumenta a Defesa que não haveria relação entre as empresas do grupo Atrium e os diretores da Rimet.

Ocorre que, como bem ressaltado pelo Relator do processo administrativo sancionador, “a caracterização das figuras delituosas nas quais a acusação se baseia envolve estratégias outras, que independem de relações diretas com a Companhia ou com seus administradores ou controladores. No caso, se está tratando de condutas negociais reiteradas, praticadas em mercado, as quais, por si, produzem efeitos sobre o processo de formação de preços” (fl. 178). Essas conclusões são válidas também para o âmbito penal.

De todo modo, tudo indica que houve, sim, uma atuação conjunta entre as empresas do grupo Atrium e os diretores da Rimet. Para tanto, os denunciados se valeram tanto de empresas do grupo Atrium, como de Agripino Bonani Filho.

Além de haver operações injustificadas entre empresas do próprio grupo Atrium, praticamente todas as ações compradas pelas empresas do grupo Atrium foram vendidas, ao fim e ao cabo, para Agripino Bonani Filho. Trata-se de cliente da própria Atrium CCTVM.

Ainda que o próprio Agripino Bonani Filho tenha afirmado que não se sentiu lesado pelas práticas, há vários elementos que apontam para a conclusão de que, em verdade, tal pessoa estava mancomunada com os denunciados para a realização das operações. Tudo indica que também as operações com Agripino Bonani Filho foram pré-ajustadas.

Em primeiro lugar, Agripino Bonani Filho adquiriu mais de 5% (em verdade, o total de 14,10% – cf. fl. 129, Apenso I, Volume I) das ações preferenciais da Rimet – tanto assim que foi multado pela CVM, já que, ao adquirir esse montante de ações e decidir não integrar o Conselho Fiscal, deveria ter informado esse fato ao mercado em jornal de grande circulação.

Ora, é no mínimo notável que alguém que não conhecia efetivamente a companhia – cujas ações tinham pouquíssima liquidez – adquirisse tantas ações de uma só vez.

Em segundo lugar, o valor de aquisição das ações, que montou a mais de R\$ 180 mil, teria sido pago em dinheiro (fl. 1119 do Apenso I, Volume VI).

Mas há controvérsia a respeito disso. A CVM apontou que o extrato de conta corrente de Agripino Bonani Filho na Atrium CCTVM indicava que o valor utilizado para a aquisição seria oriundo de transferência bancária (fl. 39).

Em Juízo, ele próprio disse que teria feito uma transferência bancária de sua conta corrente para a corretora para adquirir as ações, para, logo a seguir, reformular essa afirmação e asseverar que foi realizada em dinheiro (mídia à fl. 592, minuto 03:55 e seguintes).

Essa incerteza sobre a forma como foi paga a aquisição também causa espécie. O fato de supostamente ter sido paga em dinheiro pode ser uma maneira de impedir que se verificasse que, na verdade, não foi realizada nenhuma transferência bancária por parte de Agripino Bonani Filho. Até porque é muito heterodoxo o pagamento de quantia tão elevada em dinheiro, ao invés de se valer de dinheiro transferido para a conta mantida na corretora.

Em terceiro lugar, conforme apurou a CVM, Agripino Bonani Filho não tinha condições econômicas para realizar as aquisições em nome próprio.

Cito o trecho pertinente da apuração da CVM (fl. 129, Apenso I, Volume I):

Analizando a ficha cadastral do sr. Agripino Bonani Filho, de fls. 88 a 93, perito criminal do Estado de São Paulo, deduz-se que sua declaração de renda e patrimônio é incompatível com suas operações com RIMET. Com efeito, ele declarou que possui salário de R\$ 3.000,00 e outros rendimentos de R\$ 7.000,00 com outros bens imóveis de valor R\$ 400.000,00. Seu

limite operacional conforme consta em sua ficha cadastral está fixado em R\$ 150.000,00. Entretanto, o cliente da Atrium movimentou só em ações preferenciais da RIMET cerca de 174.000,00. Em todo período analisado, o investidor apenas operou no dia 22.01.04 quando adquiriu 15.800.000 ações em operação direta com a Corretora Atrium (por conta dos clientes Atrium FITVM e Atrium Administração e Serviços Ltda.). As ações adquiridas representam 14,10% das ações preferenciais e a operação deveria ser informada a esta CVM conforme determina o artigo 12 da Instrução CVM nº 358 (fls. 94). Detectamos outras operações do sr. Agripino (fls. 96 a 114) com diversos outros papéis e que reforçam a afirmação anterior de que o investidor operou valores acima de seu limite operacional fixado pela corretora e ao declarado em sua ficha cadastral (fls. 90).

Em quarto lugar, Agripino Bonani Filho “coincidentalmente” contratou os mesmos advogados que os denunciados para representá-lo na Polícia Federal, em fase inquérito (fls. 129/133). São, aliás, os mesmos advogados que representaram na ação penal o denunciado Eduardo, representante da Rimet, que, segundo alegam os denunciados, sequer se conheciam antes da ação penal (fls. 307/309).

Ao ser questionado em Juízo especificamente sobre o fato de ter sido representado na Polícia Federal pelos mesmos advogados dos réus, ficou bastante inseguro e procurou apoio na advogada dos réus. Inicialmente, afirmou que havia “uma pessoa lá no escritório” e perguntou à advogada se era o sr. “Humberto de Moraes”. Depois, disse que Humberto de Moraes seria seu “amigo pessoal” (mídia à fl. 592, minuto 09: 05 e seguintes).

Chamou muita atenção o fato de que ele tenha procurado confirmar com a advogada o nome de seu suposto “amigo pessoal”.

A representação pelos mesmos advogados de todas essas pessoas é bastante peculiar, especialmente quando se considera que, segundo alegam os denunciados, eles não tinham relação alguma com Eduardo.

Em quinto lugar, Agripino Bonani Filho foi indicado pela Atrium Administração, ao responder a questionário da CVM, como “cliente novo da Atrium C.C.T.V.M. naquela ocasião” (fl. 1128 do Apenso I, Volume VI). Significa dizer que ele acabara de contratar a Atrium e já sofrera, imediatamente, um prejuízo enorme em razão da aquisição de ações por meio dessa corretora.

Na Polícia Federal, afirmou que “MÁRIO SERGIO sugeriu, entre outras ações, ações da RIMET para aquisição; QUE asseverou que poderia ser um bom negócio, pois este papel, em um espaço maior de tempo, poderia ter uma boa rentabilidade” (fl. 210).

Ademais, ao responder ao questionário da CVM, ele havia asseverado: “Naquela época – 2003 e 2004 –, certamente não me ative a estratégias e fundamentos econômicos para realizar o investimento. Aceitei a sugestão da Atrium Corretora, pela credibilidade que possui, e autorizei a execução das operações” (fl. 1118, Apenso I, Volume VI).

Essa versão foi alterada em Juízo, quando Agripino disse que essa opção “foi apresentada” e ele “fez um estudo das ações” (mídia à fl. 592, minuto 02:45 e seguintes).

Ao ser questionado sobre quais os fundamentos econômicos que o levaram à aquisição das ações, afirmou que ela teria aumento de capital e que, assim, haveria um volume maior de ações no mercado. Afirmou ter lido estudos de corretoras e o jornal Valor Econômico (mídia à fl. 592, minuto 06:00 e seguintes). Ouvindo o depoimento de Agripino, tudo indica, pela falta de segurança em suas afirmações, que não fez estudo algum sobre os fundamentos econômicos da operação.

Vê-se, pois, que ou Agripino Bonani Filho prestou informação falsa à CVM e mentiu na Polícia Federal ou mentiu em Juízo.

Assim, a mudança de versões sobre quem indicou a aquisição das ações e a falta de segurança na resposta sobre os fundamentos econômicos da operação são mais indícios de que, em verdade, ele apenas emprestou o seu nome para ocupar formalmente a posição de comprador das ações, a fim de viabilizar a manipulação das condições de demanda e preço dos papéis.

Em sexto lugar, ele foi condenado pela CVM a pagar uma multa de cerca de R\$ 18.000,00 por ter comprado mais de 5% das ações da Rimet e não pretender participar do Conselho Fiscal, sem ter anunciado fato relevante ao mercado (fls. 210/211). Ou seja, além de ter adquirido as ações da Rimet, por indicação da Atrium CCTVM, de empresas ligadas à própria Atrium CCTVM, e tido grande prejuízo com essa aquisição, ele, ainda por cima, foi condenado a pagar uma multa de R\$ 18.000,00 à CVM.

E, mesmo assim, ele considera que a Atrium CCTVM agiu corretamente com ele.

Diante desses indícios, examinados em conjunto, entendo claramente demonstrado que Agripino Bonani Filho esconde sua verdadeira relação com a Atrium.

Tudo indica que essas operações tenham sido efetivamente realizadas com a finalidade de, após simular uma falsa existência de liquidez e elevar artificialmente os preços de negociação das ações da Rimet, oferecer subsídios para justificar um valor de emissão mais alto das novas ações a serem emitidas pela companhia.

10.3.7. Por fim, em seu interrogatório, Marco Antônio alega, ainda, que 80% dos cotistas do Atrium FMIA eram terceiros. Esse dado, porém, é absolutamente irrelevante para a caracterização da manipulação de mercado, que se consuma independentemente de quem sejam os beneficiários das manobras.

11. Examinado, a seguir, a *autoria*.

Inicialmente, em correspondência encaminhada à CVM, Agripino Bonani Filho afirmou que foi o denunciado Mário Sérgio quem lhe assessorou na realização das operações com ações da Rimet (fl. 1118 do Apenso I, Volume VI).

A Atrium Administração, ao responder questionamentos semelhantes da CVM, também afirmou que o assessor responsável pela aquisição das ações da Rimet foi o denunciado Mário Sérgio (fl. 1128 do Apenso I, Volume VI). O próprio Marco Antônio, ao responder esse questionamento em nome próprio e em nome da Atrium CCTVM, afirmou terem sido ele e o denunciado Mário Sérgio os responsáveis por sugerir as operações (fls. 1141 e 1143 do Apenso I, Volume VI, e fls. 1179 e 1182 do Apenso I, Volume VII).

No interrogatório, o réu Marco Antônio disse que era um dos dois sócios da Atrium CCTVM. Além disso, exercia função no campo técnico e societário da empresa, na área de ações. Asseverou que, a partir do momento que era escolhido um ativo a ser adquirido, ele verificava a situação da companhia, visitava a empresa, examinava balanços, falava com os diretores etc.

Já no Atrium FMIA, Marco Antônio, segundo sua versão, exerceria o cargo apenas por “conveniência administrativa”. Porém, o próprio denunciado Mário Sérgio afirmou, ao ser questionado sobre quem decidia sobre a aquisição de ações que, “se fosse do fundo era o gestor do fundo que era o Marco Fiori, ele tinha a gestão do fundo” (mídia à fl. 694, minuto 08:17 e seguintes).

No caso da Atrium Participações, a aquisição das ações era decidida, segundo Mário Sérgio, por ele e por Antonio Fraga (mídia à fl. 694, minuto 08:17 e seguintes).

Em seu interrogatório, Marco Antônio afirmou que ele e Mário Sérgio faziam a pesquisa

sobre quais ativos seriam objeto de investimento. A partir dessa pesquisa, apresentavam as ações aos clientes (mídia à fl. 694, minuto 09:43 e seguintes).

Segundo Marco Antônio, o denunciado Mário Sérgio era o responsável pela renda variável na Atrium CCTVM. Também afirmou que o responsável pela parte operacional era o denunciado Mário Sérgio (mídia à fl. 694, minuto 23:48 e seguintes). O próprio Mário Sérgio disse que era gerente de operações da Atrium CCTVM, esclarecendo que fazia a prospecção de investimento em ações, operava a intermediação dessas ações e expunha a clientes as informações respectivas (mídia à fl. 694, minuto 01:20 e seguintes).

Como se vê, pois, os denunciados Marco Antônio – à frente do Atrium FMIA, da Atrium Participações e da Atrium CCTVM – e Mário Sergio – por meio da Atrium CCTVM, da Atrium Administração e da Atrium Participações – participavam, direta ou indiretamente, das operações com ações realizadas pelas empresas do grupo Atrium e foram os responsáveis efetivos pelas operações aqui tidas como caracterizadoras da manipulação do mercado.

12. Quanto ao *elemento subjetivo* do tipo, consiste, além do dolo na realização das operações, (a) na finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados, (b) no fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem ou (c) no fim de causar dano a terceiros.

No caso concreto, conforme já exposto, restou caracterizada a finalidade de (a) alterar artificialmente o regular funcionamento do mercado de capitais. É o que basta para a demonstração do elemento subjetivo específico.

De todo modo, conforme também já exposto, as manobras também tiveram o objetivo de (b.1) gerar vantagem indevida para os controladores da Rimet, (b.2) lucro para as empresas do grupo Atrium e para os quotistas do Atrium FMIA e (c) indiretamente, diminuir a participação dos acionistas minoritários da Rimet.

Dosimetria das Penas

13. Da análise de toda a documentação que acompanha a denúncia, bem como dos demais documentos carreados aos autos e dos depoimentos colhidos em Juízo, tenho por robustamente caracterizada a prática do delito de manipulação do mercado de valores mobiliários (artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976) por parte dos denunciados Marco Antônio e Mário Sérgio.

Passo à dosimetria das penas.

14. Início pelo réu *Marco Antônio Fiori*.

O acusado é primário, não registrando *antecedentes* criminais. Não foram comprovados fatos que desabonem a sua *conduta social*. Não foram trazidos aos autos elementos para que se possa aferir sua *personalidade*. O *motivo* da prática do crime foi o de permitir uma fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, além de obtenção de lucro para as empresas do grupo Atrium, motivos que integram o elemento subjetivo especial do delito, de modo que não podem ser especialmente reprovados.

As *consequências* do crime devem ser consideradas negativamente. Isso porque o delito de manipulação de mercado é formal, não exigindo a efetiva obtenção dos resultados almejados. Se esse, porém, ocorre, tem-se configurado o exaurimento do delito, sendo devida a exasperação da pena, quanto à vertente “consequências do crime”. Nesse sentido, conforme já decidiu o STJ, “Tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das consequências do delito” (HC 41.466/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 16.06.2005, DJ 10.10.2005, p. 402).

Nesse sentido, se a manipulação permitiu, de fato, a fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, de forma que devem ser as consequências valoradas negativamente.

Também as *circunstâncias* devem ser consideradas negativamente, na medida em que os acusados se valeram de um “laranja” – Agripino Bonani Filho – para a realização das operações.

A *culpabilidade* dos réus deve ser considerada normal à espécie.

Nada a ser considerado quanto ao *comportamento da vítima*.

Com esses contornos, sendo a pena cominada abstratamente entre 1 (um) e 8 (oito) anos de reclusão, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, razão pela qual remanesce a pena provisória em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não estão presentes causas de aumento ou diminuição, de modo que fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, o artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976 veicula uma regra especial, estabelecendo que a pena de multa será “de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”.

Interpreto esse dispositivo da seguinte forma: a pena mínima de multa a ser aplicada é de 1 (uma) vez o montante da vantagem ilícita. O aumento, em até 3 (três) vezes, será aplicado de forma proporcional à fixação da pena privativa de liberdade.

No caso concreto, o Atrium FMIA teve um ganho de R\$ 284.726,55 com as operações (fl. 37). Já a Atrium Participações teve um ganho de R\$ 1.643,00. Não obstante, consideradas as perdas incorridas pela Atrium Participações, no valor de R\$ 28.849,00, o total da vantagem indevida gerada foi de R\$ 257.421,55.

Realizado o aumento proporcional à continuidade delitiva, a *pena de multa* resta fixada definitivamente em *R\$ 343.228,73 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos)*.

15. Possível a *substituição da pena* privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

A *prestação de serviços à comunidade* é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público.

Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência.

Especificamente no caso da manipulação de mercado, por se tratar de um crime somente praticado nos estratos mais elevados da sociedade, marcado pela ganância, reputo que o ideal, para o fim de prevenção especial, é que o cumprimento da pena se realize num ambiente que permita o convívio com as classes menos favorecidas.

Já a *proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício* que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (CP, artigo 47, inciso II), deve ser aplicada sempre que o crime seja cometido com violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, artigo 56).

É justamente o caso, porquanto a prática da manipulação de mercado pressupõe a vio-

lação de deveres inerentes à atuação no âmbito do mercado de capitais (Instrução CVM nº 306/1999, artigo 14, inciso II).

Diante disso, determino a proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

16. Portanto, *substituo a pena privativa de liberdade* pelas penas de: a) prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões dos condenados (CP, artigo 46, § 3º); e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Em caso de reversão da substituição, a pena privativa de liberdade será cumprida desde o início no *regime aberto*, nos termos do art. 33, § 2º, *c*, do Código Penal.

17. Passo à dosimetria da pena do réu *Mário Sérgio Nunes da Costa*.

O acusado é primário, não registrando *antecedentes* criminais. Não foram comprovados fatos que desabonem a sua *conduta social*. Não foram trazidos aos autos elementos para que se possa aferir sua *personalidade*. O *motivo* da prática do crime foi o de permitir uma fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, além de obtenção de lucro para as empresas do grupo Atrium, motivos que integram o elemento subjetivo especial do delito, de modo que não podem ser especialmente reprovados.

As *consequências* do crime devem ser consideradas negativamente. Isso porque o delito de manipulação de mercado é formal, não exigindo a efetiva obtenção dos resultados almejados. Se esse, porém, ocorre, tem-se configurado o exaurimento do delito, sendo devida a exasperação da pena, quanto à vertente “consequências do crime”. Nesse sentido, conforme já decidiu o STJ, “Tendo o réu sido condenado pela prática de crime formal, verificado o seu exaurimento pela ocorrência do resultado, tal fato pode ser utilizado como fundamento idôneo para exasperar a pena-base na apreciação das consequências do delito” (HC 41.466/MG, Rel. Min. Gilson Dipp, Quinta Turma, julg. 16.06.2005, DJ 10.10.2005, p. 402).

Nesse sentido, se a manipulação permitiu, de fato, a fixação de preço de emissão de ações em valor mais elevado, favorecendo os controladores da Rimet, de forma que devem ser as consequências valoradas negativamente.

Também as *circunstâncias* devem ser consideradas negativamente, na medida em que os acusados se valeram de um “laranja” – Agripino Bonani Filho – para a realização das operações.

A *culpabilidade* dos réus deve ser considerada normal à espécie.

Nada a ser considerado quanto ao *comportamento da vítima*.

Com esses contornos, sendo a pena cominada abstratamente entre 1 (um) e 8 (oito) anos de reclusão, fixo a pena-base em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não há agravantes ou atenuantes, razão pela qual remanesce a pena provisória em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Não estão presentes causas de aumento ou diminuição, de modo que fixo a pena definitiva em 2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão.

Quanto à pena de multa, o artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976 veicula uma regra especial, estabelecendo que a pena de multa será “de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”.

Interpreto esse dispositivo da seguinte forma: a pena mínima de multa a ser aplicada é de 1 (uma) vez o montante da vantagem ilícita. O aumento, em até 3 (três) vezes, será aplicado de forma proporcional à fixação da pena privativa de liberdade.

No caso concreto, o Atrium FMIA teve um ganho de R\$ 284.726,55 com as operações (fl. 37). Já a Atrium Participações teve um ganho de R\$ 1.643,00. Não obstante, consideradas as perdas incorridas pela Atrium Participações, no valor de R\$ 28.849,00, o total da vantagem indevida gerada foi de R\$ 257.421,55.

Realizado o aumento proporcional à continuidade delitiva, a *pena de multa* resta fixada definitivamente em R\$ 343.228,73 (*trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos*).

18. Possível a *substituição da pena* privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

A *prestação de serviços à comunidade* é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público.

Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência.

Especificamente no caso da manipulação de mercado, por se tratar de um crime somente praticado nos estratos mais elevados da sociedade, marcado pela ganância, reputo que o ideal, para o fim de prevenção especial, é que o cumprimento da pena se realize num ambiente que permita o convívio com as classes menos favorecidas.

Já a *proibição de exercício de profissão, atividade ou ofício* que dependam de habilitação especial, de licença ou autorização do poder público (CP, artigo 47, inciso II), deve ser aplicada sempre que o crime seja cometido com violação dos deveres que lhes são inerentes (CP, artigo 56).

É justamente o caso, porquanto a prática da manipulação de mercado pressupõe a violação de deveres inerentes à atuação no âmbito do mercado de capitais (Instrução CVM nº 306/1999, artigo 14, inciso II).

Diante disso, determino a proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

19. Portanto, *substituo a pena privativa de liberdade* pelas penas de: a) prestação de serviços à comunidade ou à entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões dos condenados (CP, artigo 46, §3º); e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

Prejudicada a análise da possibilidade de suspensão condicional do cumprimento da pena (*sursis*), à luz do disposto no art. 77, *caput*, do Código Penal.

Em caso de reversão da substituição, a pena privativa de liberdade será cumprida desde o início no *regime aberto*, nos termos do art. 33, §2º, c, do Código Penal.

DISPOSITIVO

20. Ante o exposto, *julgo procedente a pretensão punitiva* deduzida na denúncia, com o fim de:

I) *condenar Marco Antônio Fiori*, brasileiro, casado, administrador de empresas (consultor financeiro), portador do CPF nº 845.490.338-00 e do RG nº 9110219/SSP-SP, pela prática do delito tipificado no artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976: a) à pena privativa de liberdade de *2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão*, em regime inicial aberto; e b) à pena de *multa* no valor de *R\$ 343.228,73 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos)*.

Substituo a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos de: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões do condenado (CP, artigo 46, §3º), bem como a natureza do delito; e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

II) *condenar Mário Sérgio Nunes da Costa*, brasileiro, separado, portador do CPF nº 574.719.168-34 e do RG nº 7273104/SSP-SP, pela prática do delito tipificado no artigo 27-C da Lei nº 6.385/1976: a) à pena privativa de liberdade de *2 (dois) anos e 2 (dois) meses de reclusão*, em regime inicial aberto; e b) à pena de *multa* no valor de *R\$ 343.228,73 (trezentos e quarenta e três mil, duzentos e vinte e oito reais e setenta e três centavos)*.

Substituo a pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos de: a) prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a ser definida pelo Juízo da Execução Penal, devendo ser observadas as aptidões do condenado (CP, artigo 46, §3º), bem como a natureza do delito; e b) proibição do exercício do cargo de administrador e/ou conselheiro fiscal de companhia aberta pelo prazo de cumprimento da pena.

21. Custas pelos condenados (CPP, artigo 804).

Transitada esta sentença condenatória em julgado, lancem-se os nomes dos acusados no rol dos culpados. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral – TRE, para os efeitos do art. 15, III, da Constituição Federal.

22. Aos réus fica assegurado o direito de *apelar em liberdade*, porquanto não se faz presente nenhuma das hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas no artigo 312 do Código de Processo Penal.

23. Formem-se autos apartados em relação ao acusado Eduardo Mastandrea Junior, a fim de acompanhamento do cumprimento das condições de suspensão do processo, distribuindo-se por dependência à presente ação penal.

Remetam-se ao SEDI para as anotações pertinentes, inclusive para a exclusão do nome do acusado Eduardo Mastandrea Junior do pólo passivo deste feito.

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

São Paulo, 16 de junho de 2014.

Juiz Federal Substituto MARCELO COSTENARO CAVALI

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL **0007491-94.2013.4.03.6301**

Autor: ALBANITA SANTOS MOURA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/04/2014

Vistos em sentença.

Trata-se de ação proposta por *Albanita Santos Moura*, qualificada nos autos, em face do *INSS*, objetivando a obtenção de benefício previdenciário de *pensão por morte presumida*, decorrente do desaparecimento de seu marido, *Matias Carvalho Moura*.

Relatório dispensado (artigo 38 da Lei nº 9.099/95).

Fundamento e decido.

Preliminarmente.

Não foi apontada prevenção.

A competência para processar e julgar o presente é deste Juizado Especial Federal:

STJ - CC 22.684 - Rel. NILSON NAVES - SEGUNDA SEÇÃO - DJ 18/12/1998, p. 284, v.u.
Morte presumida. Ausência. Declaração que se postula, para fins de pensão provisória (benefício previdenciário, a teor da Lei nº 8.213/91). Em caso tal, a competência é federal. Precedentes do STJ. Conflito conhecido e declarada a competência do suscitante.

Desnecessária a citação do ausente, consoante já decidido:

3. No que concerne à alegada necessidade de citação do ausente, não tem razão o Apelante, pois se trata de mera declaração de ausência para fins previdenciários, não se confundindo com a declaração de ausência de que trata o art. 1.161 do CPC.
TRF2, AC 344.831, Rel. Des. Fed. ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, DJU 22/11/2006, p. 81, v.u.

Quanto à instrução do feito, noto que dois dentre os vários ofícios expedidos não foram respondidos, todavia, diante do quadro probatório, fartamente instruído, inclusive, por iniciativa do Juízo, tenho seja desnecessário reiterar as requisições.

No que tange aos endereços que podem ter sido de *Matias* em algum momento da sua vida, é dispensável diligenciar em tais locais, igualmente, diante do conjunto probatório e por não haver pedido do *INSS* nesse sentido.

Mérito

O pedido foi indeferido administrativamente, sob alegação da falta da certidão de óbito.

Resumo dos documentos constantes dos autos:

-12/02/1967 -nascimento da autora.

-01/02/1959 - nascimento de Matias.

-06/03/1980 - dispensa de corporação emitida pelo Ministério do Exército, em nome de Matias.

-20/01/1983 - casamento de Albanita e Matias, em Itainópolis/PI.

-01/05/1984 - nascimento de Maurício, filho de Albanita e Matias, em Picos/PI.

-18/09/1986 - emissão do título de eleitor de Matias, em Picos/PI.

-22/04/1987 - nascimento de Solange, filha de Albanita e Matias, em Picos/PI.

-29/4/90 -carta de Matias para Albanita.

-15/5/90 -carta de Matias para Albanita.

-11/6/90 -carta de Matias para Albanita.

-11/08/90 -carta de Matias para Albanita.

-23/06/1991 -carta de Albanita para Matias, da qual consta:

Esta é somente para repetir as nossas passadas e ao mesmo tempo lhe pedir que você me mande algumas coisas pois *eu estou sem condições financeiras* (...). Sim, Matias eu quero saber se você não tem dó de ver seus filhos ser criados sem conhecer o pai(...). Eu quero saber também *se você não me quer mais*. Se você não me quiser mais mande me dizer pois eu vou tentar te esquecer já que eu não consigo, pois assim mesmo eu ainda te amo. Você me fazendo uma ingratidão tão grande. (...) - f. 45 do arquivo provas.

-51-71-92 (1992) -carta de Matias para Albanita. Letra parcialmente legível. Declara amor à autora.

-25/07/1992 -carta de João Carvalho Moura para Albanita, a quem qualifica como cunhada. Na carta, João fala sobre uma pessoa presa, mas não diz o nome.

-03/10/1992 - justificação eleitoral, em nome de Matias.

-08/10/1992 -envelope de carta de Matias para Albanita. Consta como seu endereço local situado em Osasco.

-21/09/1993 - justificação eleitoral, em nome de Matias.

-maio/1997 - hollerith de Matias, emitido pela empresa CGN.

-06/06/1997 - término do vínculo de trabalho de Matias com CGN Construtora (f. 29 provas). Carta comunicando rescisão do contrato de trabalho (f. 36).

-04/10/1999 - carta de Matias para Albanita.

-17/07/2007 - lavrado Boletim de Ocorrência noticiando o desaparecimento de Matias. Declarante: Solange. Consta do documento que estava desaparecido há oito anos.

-20/01/2011 - vencimento de conta em nome de Albanita, na rua José Menino nº 695, Cotia/SP.

-16/08/2012 - vencimento de conta em nome de Solange, na rua Mauro Rábano nº 30, SP/SP.

-n/c - duas fotos

Documentos juntados aos autos por iniciativa do Juízo:

- comprovante de situação cadastral junto à Secretaria da Receita Federal, do qual consta que o CPF em nome de Matias tem situação cadastral “suspensa”.

- CNIS: último vínculo empregatício cessado em 06/06/1997.

- certidão do Distribuidor da Justiça Federal e do TRF 3ª Região: nada consta em nome de Matias.

- informação do TRE: eleitor não encontrado. Idem resposta juntada em 09/08/2013.

- informação do MIDAS (Módulo de impressão de declarações assinadas, da Receita Federal): não consta declaração entregue em 2005.

- Bacen: não encontrou registros.

- Receita Federal da 8ª Região: não há declarações de renda e não há alteração de endereço, desde a inscrição, em 1991. Consta endereço na Rua Santa Maria Madalena nº 93, cs 03. SP/SP.

- SERASA: informa endereço na Rua Santa Maria Madalena nº 93, cs 03. SP/SP.

- SPC: nada consta.

- Telesp/Telefônica: nada consta.

- Claro: não consta cadastro.

- IIRGD: consta endereço na Rua Eloísa Pamplona nº 18, São Caetano do Sul. Consta um apontamento criminal. Data do fato: 24/01/1982. Consta mandado de prisão cumprido em 23/03/1992.

- Serviço Funerário: não houve resposta.

- Distribuidor Justiça do Estado Cível: nada consta.

- Distribuidor Justiça do Estado Criminal: consta apontamento criminal, na 1ª Vara Criminal em Santana. Inquérito policial autuado em 1982.

- Distribuidor Justiça do Estado em São Caetano do Sul: nada consta.

- CEF: últimos saques de FGTS em 1994 e 1997.

- Serviço Funerário em São Caetano do Sul: resposta negativa, consoante arquivo juntado em 16/07/2013.

- IML: não houve resposta

- DHPP: nada constou sobre sua localização. Em complemento juntado em 12/08/2013, consta identificação datiloscópica de Matias, colhida em 24/01/1982. Consta autuação pelo artigo 121 c. c. 12, II, e 51 do CP (artigos anteriores à reformado Código Penal em 1984). Consta endereço residencial na Rua Paranaubis nº 134, V I Califórnia, e do trabalho, rua Conceição nº 321, em São Caetano do Sul. Consta ter sido concedida liberdade provisória. Infoseg: registra o endereço Rua Santa Maria Madalena nº 93, cs 03. SP/SP. Nada consta no DETRAN.

- Registros Públicos da Capital: nada consta.

Resumo da prova oral:

Albanita - tenho 47 anos, nasci na cidade de Itainópolis/PI. Estudei até 5ª série. Comecei a trabalhar com 09 anos, na roça. Eu me casei com 15 anos, com Matias Carvalho Moura, em 1983. Trabalho até hoje, como empregada doméstica. Não sou aposentada. Não recebo benefício assistencial. Não tenho registro em CTPS. Trabalho como faxineira. Tenho dois filhos, cujos nomes e idades são: Maurício (29 anos) e Solange (26 anos). Não tenho filhos portadores de

necessidades especiais. Meu marido trabalhava na roça, quando o conheci. Depois ele veio para SP e trabalhava como pintor. No Piauí, morávamos em Várzea Grande, Itainópolis/PI. Morei com ele em Malhadas, Picos/PI. *Em 1990, ele veio para SP, para trabalhar, angariar recursos para a gente sobreviver melhor.* Quando ele veio para SP eu trabalhava na roça. *Nunca mais ele voltou. Não vim para SP. Ele não me visitava. Eu tinha contato com ele por cartas.* Ele não tinha telefone aqui. Quando ele veio, começou a residir em São Caetano do Sul. *Ele mandou dinheiro três vezes, ele mandava pelos Correios. Os valores foram 30, 40 e 7 cruzeiros. Naquela época era pouco.* Ele só morou em São Caetano do Sul, que eu saiba. *Eu achava que continuava casada com ele, no meu pensamento, no meu respeito, que eu tinha por ele. Nunca me separei judicialmente, nem divorciei, nem estava separada de fato. Eu considerava que o casamento ainda existia.* Eu vivia da roça, de diária. Eu trabalhava na propriedade do meu pai, trabalhávamos eu e meus dois filhinhos pequenos. A colheita era para o consumo de casa. Não trocava excedente com vizinhos. A propriedade ficou com os herdeiros, está conosco, somos oito filhos. Meus filhos são do relacionamento com meu marido. Nós nos conhecemos desde criança. Iniciamos o relacionamento e casamos em três meses, de imediato. Começamos a morar juntos na casa dos pais dele. *Nunca visitei a casa dele em São Caetano do Sul. Não sei se ele constituiu outra família aqui.* Com o dinheiro que ele mandou eu comprei material escolar para as crianças e comida. O último contato que eu tive com ele... não me lembro quando foi. Não me lembro quando recebi a última carta dele. Os pais dele tinham uma propriedade. O pai dele é vivo. Meu marido não deixou bens no Piauí, nem em SP, que eu saiba. Ele tem quatro irmãos, que são vivos. *Ele desapareceu em 2000. Pelo que me lembro, uma mulher levou os documentos dele e uma mala com as roupas dele. Não sei como ela tinha essas coisas.* Ela deixou RG, CPF, carteira de trabalho. Não sei o nome dela. Ela levou para a família dele. A família dele, acho, que conhece essa moça. Não sei se ela vivia com ele. *Depois a gente veio para SP procurar saber algo mais sobre ele, vim em 2002.* Não achei notícias, fui ao IML, Delegacias. Fui procurar por São Caetano, onde ele morava, fui atrás dele. Ele não tinha familiares aqui. Não sei quem tinha vínculo com ele. Não fui em empresa onde ele tenha trabalhado para saber algo sobre ele. *Quando ele desapareceu eu me considerava casada com ele.* Ele não deu notícia de seu paradeiro, não disse para onde ia. Ele não deixou representante ou procurador para cuidar de suas coisas. Ele não tinha problemas mentais. Ele bebia, cerveja, mas isso não atrapalhava o trabalho dele. Não tenho conhecimento de ele ter-se envolvido em um homicídio, se ele matou alguém. Nunca mais tive notícias dele. Minha reação foi esperar, que a família dele o procurasse, mas a família não veio para procurá-lo. Não tenho a certidão de óbito. Não entrei com ação civil para declarar a ausência, só entrei aqui. Ele não deixou outros filhos. *Não tive outro relacionamento, não tenho outro companheiro, nem me casei de novo. Não tive outros filhos.* Maurício Santos Moura é meu filho, não veio hoje. Solange Santos Moura é minha filha, ela veio hoje. Não trouxe mais testemunhas, só minha filha. Nada mais. Prejudicadas perguntas da parte autora. Ausente o INSS.

Solange - Tenho 26 anos. Conheço Albanita, é minha mãe. *[não compromissada]* Nasci no Piauí, vim para SP com 15 anos, vim morar com uma prima, vim também para trabalhar. Minha prima é da parte da minha mãe, minha prima morava no Morumbi, depois fomos para Cotia. No Piauí, eu trabalhava em casa e, às vezes, na roça. Estudei até a quinta série. Depois voltei a estudar. Fiz até o ensino médio completo e fiz seis meses de Nutrição. Quero estudar contabilidade. *Vim para SP para trabalhar* e descobri que tinha sopro no coração. Mas como eu era menor de idade minha mãe teve de vir para eu poder fazer o tratamento e deu certo, hoje estou bem, não sinto nada. Tenho um irmão, ele veio para SP, mas não sei bem ao certo o ano... ele vinha e voltava. Eu vim primeiro, depois ele veio, o Maurício. *Minha mãe veio quando descobri que eu precisava de tratamento.* Ela ficou no meu lugar no meu serviço, enquanto eu estava no tratamento. Meu pai saiu de casa quando eu tinha dois anos,

eu não me lembro dele. Ele dizia que ele ia ajudar agente. As pessoas que o viam diziam que ele estava bem, estava trabalhando. *Ele mandou um dinheiro, deu para comprar um fogão e cama. E depois ele não mandou mais. Minha mãe comunicava-se com ele por cartas. Ele sumiu. Meu tio tentou levar ele para casa, mas ele fugia e não voltava. Meu tio, irmão dele, João, vinha para SP e tentava levá-lo de volta para o Piauí, minha avó era velhinha e ficava preocupada. Ela é falecida, ela não o viu mais. Quando meu tio vinha eu não perguntava para ele, eu era muito nova, mas todas as vezes ele dava um jeito de ir embora. Ele dizia que ia para o Piauí, mas na hora não ia... às vezes ele estava trabalhando; às vezes não. Depois que ele veio para SP fiquei sabendo que ele tinha problema de bebida. Não sei se ele tinha parentes ou conhecidos aqui em SP. Eu não me lembro dele. Tenho conhecimento de que uma pessoa, que não conheço, disse que ele tinha sido assassinado por bandidos. A pessoa disse que ele estava morto. Tentamos localizá-lo de qualquer forma, não achamos o corpo dele. Vim para trabalhar, não para tentar localizá-lo, para construir um futuro, mas vendo o sofrimento da minha mãe resolvi ajudá-la, fiz o BO. Ela foi ao IML, necrotério, cemitério, fez pesquisas e não encontramos nada, isso foi depois que vim para trabalhar. Ela não se casou de novo, não tem companheiro. Ela sempre foi casada com ele. Meu irmão está em SP. Ele não veio hoje, porque ele é um pouco rebelde, não tem como convencê-lo. Ele trabalha, está desempregado atualmente, mas ele trabalha. Só não conseguiu conciliar com estudo. Eu trabalho como auxiliar administrativo. Nada mais. Sem perguntas pela autora. Ausente o INSS.*

Ausência. Pelo conjunto probatório, tem-se que *Matias* desapareceu sem deixar notícias, nem representante, consoante delineia o artigo 22 do CC.

Noto que, para fins previdenciários, não se faz necessário restar cabalmente comprovada a ausência:

A “ausência previdenciária” tem conotação específica, que não se confunde com a do Direito Civil. Trata-se de impropriedade técnica do legislador, uma vez que, na hipótese previdenciária, desaparecido o segurado por período superior a 6 meses, ou seja, “ausente”, tem-se por presumido o seu falecimento, dando ensejo à concessão provisória de pensão por morte, a qual cessará necessariamente com seu retorno. (Direito Previdenciário Esquemático, Marisa Ferreira dos Santos, Saraiva, 2011, p. 287)

Assim, declaro a ausência de *Matias*, para fins previdenciários, bem como que está configurado o desaparecimento dele a contar de seis meses após a lavratura do Boletim de Ocorrência noticiando o fato, isto é, em 17/01/2008 (artigo 78 da LBPS).

Qualidade de segurado. Consta do parecer da Contadoria, cujos fundamentos ora acolho, que o ex-segurado em 17/01/08 (seis meses após o Boletim de Ocorrência em 17/07/07), não mais mantinha a qualidade de segurado.

Com efeito, o último vínculo de *Matias* extinguiu-se em 06/06/1997, não havendo contribuições posteriores a essa data.

O falecido não possuía, portanto, a qualidade de segurado.

Sem prejuízo, *ad cautelam*, analiso a questão da qualidade de beneficiário, caso o item acima seja superado na superior instância.

Qualidade de beneficiário. São beneficiários:

I - o cônjuge, a companheira, o companheiro e o filho não emancipado, de qualquer condição,

menor de 21 (vinte e um) anos ou inválido; II – os pais; III - o irmão não emancipado, de qualquer condição, menor de 21(vinte e um) anos ou inválido; (artigo 16 da LBPS).

Cada inciso corresponde a uma classe distinta. Entre as classes há uma hierarquia, no sentido de que a existência de dependentes de uma classe anterior exclui os dependentes da(s) classe(s) (incisos) seguinte(s). Os dependentes da primeira classe (inciso I) têm, em seu favor, presunção de dependência econômica em relação ao segurado falecido.

Nos demais casos, diferentemente do que ocorre com os dependentes de primeira classe, a dependência econômica, deve ser provada, pela interpretação, *contrario sensu* do § 4º do art. 16 da Lei 8.213/91.

No caso dos autos, a autora alega ser esposa do falecido, consoante certidão de f. 11 do arquivo pet provas, da qual não consta averbação de separação ou divórcio.

É certo, outrossim, que “O casamento celebrado no Brasil prova-se pela certidão de registro” - artigo 1.543 do Código Civil.

Todavia, o que se nota da instrução processual é que a autora não mantinha mais a sociedade de fato com Matias.

O casamento, em princípio, conferiria à autora a condição de beneficiária da pensão; porém, em caso de separação de fato, se não resta provada a dependência econômica, não se há de deferir o benefício (artigo 76,§ 2º, da LBPS, a *contrario sensu*).

Nesse sentido, Marina Vasques Duarte:

Em caso de divórcio, *separação* judicial ou *de fato*, deve-se averiguar se o cônjuge ou companheiro permaneceu dependendo financeiramente do segurado, independentemente de fixação ou não de alimentos.

In: p. 85, Direito Previdenciário, Verbo Jurídico, 2010, grifos meus.

Neste feito, *Matias* veio para São Paulo a fim de trabalhar e dar melhor condição a sua família, que permaneceu no Piauí, entretanto, não mandava recursos obtidos com seu trabalho para sua esposa e seus filhos.

A carta de 23/06/1991, de Albanita para Matias, ilustra a situação:

Esta é somente para repetir as nossas passadas e ao mesmo tempo lhe pedir que você me mande algumas coisas pois *eu estou sem condições financeiras* (...). Sim, Matias eu quero saber se você não tem dó de ver seus filhos ser criados sem conhecer o pai (...). Eu quero saber *também se você não me quer mais*. Se você não me quiser mais mande me dizer pois eu vou tentar te esquecer já que eu não consigo, pois assim mesmo eu ainda te amo. Você me fazendo uma ingratidão tão grande. (...) - f. 45 do arquivo provas.

Embora Matias lhe declarasse “amor”, na verdade, não participava da vida familiar e já havia se afastado dos seus deveres como cônjuge.

A prova oral revela que a autora tinha a convicção de estar ainda casada, mas de fato *Matias* não mais lhe dava apoio algum, afastando-se da esposa e filhos.

A filha da autora disse que não veio para esta capital a fim de procurar seu pai, mas para trabalhar. Estando em São Paulo, para ajudar sua mãe a se desvencilhar do passado, fez o boletim de ocorrência noticiando o desaparecimento.

Vê-se que a autora não veio para São Paulo a fim de procurar Matias, mas para acompa-

nhar o tratamento médico de sua filha, o que ocorreu dois anos após a entrega da mala com os pertences dele, pela mulher cujo nome a autora desconhece.

Por fim, há uma carta em que a autora se corresponde com João Carvalho Moura, provavelmente, o tio João, a quem Solange se referiu, na qual tratam de uma pessoa que fora presa.

A carta é do mesmo ano (1992) em que consta mandado de prisão cumprido referente a suposto homicídio praticado por Matias.

A autora disse em seu depoimento nada saber sobre essa ocorrência criminal, todavia, há a carta juntada aos autos pela própria autora na inicial.

Concluo, portanto, que há inúmeros fatos da vida de Matias que não estão devidamente esclarecidos e que esta circunstância, somada às demais já analisadas, não permite concluir pela sociedade de fato entre a autora e Matias.

Assim, tenho não estar provado que a autora ainda mantinha vínculo com seu marido quando consubstanciada a ausência – o desaparecimento - tampouco a dependência econômica.

Julgo, pois, improcedente o pedido na inicial.

Posto isso:

1 - JULGO IMPROCEDENTE o pedido da parte autora e julgo extinto o processo, com exame do mérito, nos termos do inciso I do artigo 269 do Código de Processo Civil.

2 - Sem condenação em custas e honorários nesta Instância.

3 - Defiro o benefício da justiça gratuita.

4 - Com o trânsito em julgado, ao arquivo.

5 - Sentença registrada eletronicamente.

6 - Publique-se.

7 - Intimem-se.

Juíza Federal MONICA APARECIDA BONAVINA CAMARGO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0008200-87.2013.4.03.6315

Autora: TEREZINHA DE JESUS QUEIROZ DA SILVA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SOROCABA - SP
Juiz Federal: EMERSON JOSÉ DO COUTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/06/2014

Trata-se de ação de conhecimento proposta por TEREZINHA DE JESUS QUEIROZ DA SILVA contra o INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS, em que pretende a averbação de tempo de trabalho rural e, em consequência, a concessão do benefício de *aposentadoria por idade*. Afirmou que o pedido administrativo (NB 41/166.520.395-9), formulado em 19/09/2013 (DER), foi ilegalmente indeferido pelo INSS, porquanto cumpriu os requisitos legais. Asseverou que exerceu trabalho rural de 1º/09/1968 a 24/5/1974, na condição de segurada especial, em regime de economia familiar.

Citado, o demandado, presente em audiência, pugnou pela improcedência da ação.

É o relatório.

Fundamento e decido.

Não há questões preliminares ou prejudiciais a serem resolvidas, razão pela qual passo a julgar o mérito.

Em regra, a aposentadoria por idade, cuja concessão é disciplinada nos artigos 48 a 51 da Lei nº 8.213/1991, é devida ao segurado que, tendo cumprido a carência exigida, conte com 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher. Quando se trata de trabalhador rural, os limites de idade são reduzidos para 60 (sessenta) e 55 (cinquenta e cinco) anos, respectivamente. Já o período de carência varia de 60 (sessenta) a 180 (cento e oitenta) meses, levando-se em conta o ano em que o segurado completou a idade mínima para se aposentar. (art. 25, II, c. c. o art. 142, ambos da Lei nº 8.213/1991).

Para que o trabalhador rural obtenha o benefício da aposentadoria por idade e, assim, goze da redução do limite etário, deve comprovar o efetivo exercício de atividade rural, ainda que de forma descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *por tempo igual ao número de meses de contribuição correspondente à carência do benefício pretendido* (art. 48, § 2º, da Lei nº 8.213/1991).

Portanto, o tempo de trabalho rural, ainda que sem contribuição, é considerado para fins de carência da *aposentadoria por idade*. A aceitação de labor rural para fins de carência não malfeire o disposto no artigo 55, § 2º, da Lei nº 8.213/1991, pois a vedação de utilização do tempo de serviço rural sem contribuição se dá apenas em relação à *aposentadoria por tempo de contribuição*.

De fato, segundo regras de hermenêutica jurídica, não se deve dar interpretação ampliada a norma que restringe direitos, razão pela qual seus efeitos limitativos devem cingir-se às hipóteses taxativamente previstas em lei. No caso, a proibição da contagem do tempo de serviço rural para carência, como norma restritiva de direito que é, deve ficar adstrita à hipótese da *aposentadoria por tempo de contribuição*.

Por fim, vale repisar que o impedimento de utilização do trabalho rural sem contribuição como tempo de carência está contida no § 2º do artigo 55 da Lei nº 8.213/1991. O parágrafo

de um dado artigo, conforme prevê o artigo 11, III, “c”, da Lei Complementar nº 95/1998, destina-se a complementar a norma enunciada no *caput* do mesmo artigo ou criar uma exceção à regra geral. No caso, o mencionado § 2º criou, *exclusivamente para a aposentadoria por tempo de contribuição*, exceção à regra geral contida no *caput* do artigo 55, de modo que devem ser contados quaisquer trabalhos para fins de carência da *aposentadoria por tempo de contribuição*, exceto o labor rural em regime de economia familiar anterior à Lei nº 8.213/1991.

Com efeito, o artigo 55, *caput*, ao tratar da aposentadoria por tempo de serviço, diz que “*o tempo de serviço*” compreende as “*atividades de qualquer das categorias de segurados de que trata o art. 11*” da Lei nº 8.213/1991. Daí a razão de seu § 2º coibir a contagem do tempo rural para o período de carência. Tal impedimento faz sentido, em face de não haver idade mínima para o benefício de aposentadoria (integral) por tempo de contribuição.

No entanto, quando se está a tratar de benefício previdenciário por idade, não há razão alguma para que o tempo de serviço rural não seja considerado para fins de carência, ainda que sem contribuição, porque a própria Lei nº 8.213/1991, em seus artigos 39, I e 143, autorizou a aposentadoria por idade, mediante a simples comprovação do exercício de atividade rural:

Art. 39. *Para os segurados especiais*, referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, *fica garantida a concessão*:

I - de *aposentadoria por idade* ou por invalidez, de auxílio-doença, de auxílio-reclusão ou de pensão, no valor de 1 (um) salário mínimo, *desde que comprove o exercício de atividade rural*, ainda que de forma descontínua, no período, imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *igual ao número de meses correspondentes à carência* do benefício requerido; (redação anterior à Lei nº 12.873/2013) (*destaque!*)

Art. 143. *O trabalhador rural* ora enquadrado como segurado obrigatório no Regime Geral de Previdência Social, na forma da alínea “a” do inciso I, ou do inciso IV ou VII do art. 11 desta Lei, *pode requerer aposentadoria por idade*, no valor de 1 (um) salário mínimo, durante 15 (quinze) anos, contados a partir da data de vigência desta Lei, *desde que comprove o exercício de atividade rural*, ainda que descontínua, no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício, *em número de meses idêntico à carência do referido benefício*. (*destaque!*)

Portanto, para o trabalhador rural ter direito à aposentadoria rural basta comprovar o exercício de atividade rural, mesmo que não tenha contribuído para o sistema. A possibilidade de receber benefício previdenciário sem contribuição decorre do princípio da solidariedade e da distributividade, como bem salientam CARLOS ALBERTO PEREIRA DE CASTRO e JOÃO BATISTA LAZZARI:

Frisamos aqui a noção da solidariedade social - no sentido de que a população urbana tem muito maior concentração de renda que a população trabalhadora rural, bem como o princípio da distributividade, segundo o qual o sistema previdenciário, além de garantir o trabalhador em face de eventos que lhes causem perda ou redução da capacidade de subsistência, também é um instrumento de redução das desigualdades sociais.

De outro lado, e esse é o caso da parte autora, enorme parcela de trabalhadores rurais migrou para a cidade, em busca de melhoria de vida, de modo que, apesar de grande lapso de tempo trabalhado na lavoura, não mais satisfazem o requisito exigido de exercício de atividade rural no período imediatamente anterior ao requerimento do benefício. Com isso, ao atingirem o limite etário, não conseguem comprovar o trabalho rural no período que antecedeu o pedido administrativo. De outro lado, em razão da idade muitas vezes avançada, também não

conseguem atender ao período de 15 (quinze) anos para a aposentadoria por idade urbana.

Em razão dessa situação anômala, foi editada a Lei nº 11.718/2008, a qual admitiu a soma do tempo de labor rural com o urbano para fins de permitir a concessão da *aposentadoria por idade* ao trabalhador rural que migrou para a cidade. De fato, diz o § 3º do artigo 48 da Lei 8.213/1991, com a redação dada pela mencionada Lei nº 11.718/2008, que:

Art. 48. (...)

§ 3º *Os trabalhadores rurais de que trata o § 1º deste artigo que não atendam ao disposto no § 2º deste artigo, mas que satisfaçam essa condição, se forem considerados períodos de contribuição sob outras categorias do segurado, farão jus ao benefício ao completarem 65 (sessenta e cinco) anos de idade, se homem, e 60 (sessenta) anos, se mulher. (destaquei)*

Em palavras simples, a lei está a afirmar que o rurícola que não exerceu trabalho rural no período imediatamente anterior ao requerimento da aposentadoria por idade e que não tem, na atividade rural, o tempo de trabalho igual ao número de contribuições correspondentes à carência, pode somar o tempo de labor rural ao urbano, *para fins de carência da aposentadoria por idade*. Em contrapartida, a idade mínima foi elevada em cinco anos.

A propósito, o Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região já decidiu, por sua Décima Turma, que:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO. APOSENTADORIA POR IDADE PREVISTA NOS §§ 3º E 4º DA LEI Nº 8.213/91. PERÍODO DE TRABALHO RURAL ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LEI DE BENEFÍCIOS. REQUISITOS LEGAIS PREENCHIDOS.

I. Embora o período trabalhado como rurícola, sem o recolhimento de contribuições, anterior a julho de 1991, não possa ser computado para efeito de carência de aposentadoria por tempo de serviço, a teor do disposto no §2º do art. 55 da Lei 8.213/91, referido período de atividade rural pode ser considerado para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, conforme determinam os artigos 39, I e 143 da Lei nº 8.213/91.

II. *Com o advento da Lei nº 11.718 de 20.06.2008, a qual acrescentou os §§3º e 4º ao art. 48 da Lei nº 8.213/91, o ordenamento jurídico passou a admitir expressamente a soma do tempo de exercício de labor rural ao período de trabalho urbano, para fins de concessão do benefício da aposentadoria por idade aos 60 (sessenta) anos, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos, se homem, sendo este o caso dos autos.*

III. A parte autora faz jus à percepção do benefício de aposentadoria por idade, na forma prevista nos §§ 3 e 4º do art. 48 da Lei nº 8.213/91.

IV. Agravo a que se nega provimento.

(TRF 3ª Região, Agravo Regimental em Apelação Cível 0034607-15.2008.4.03.9999/SP, Décima Turma, Relator Desembargador Federal Walter do Amaral, DJ-e de 09/03/2011, *destaquei*).

Vale transcrever, porque muito elucidativo, trecho da fundamentação do v. acórdão acima mencionado:

Ressalto que, embora o período trabalhado como rurícola, sem o pagamento de contribuições, anterior a julho de 1991, não possa ser computado para efeito de carência de aposentadoria por tempo de serviço, a teor do disposto no § 2º do art. 55 da Lei 8.213/91, referido período de atividade rural, pode ser considerado para fins de concessão do benefício de aposentadoria por idade, conforme determinam os artigos 39, I e 143 da Lei nº 8.213/91.

Outrossim, com o advento da Lei nº 11.718, de 20.06.2008, o qual acrescentou os §§ 3º e 4º ao art. 48 da Lei nº 8.213/91, o ordenamento jurídico passou a admitir expressamente a soma

do tempo de exercício de labor rural ao período de trabalho urbano, para fins de concessão do benefício da aposentadoria por idade aos 60 (sessenta) anos, se mulher, e aos 65 (sessenta e cinco) anos, se homem (...)

No mesmo sentido também já decidiu o egrégio Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

PREVIDENCIÁRIO. APOSENTADORIA POR IDADE. REQUISITOS LEGAIS. COMPROVAÇÃO. LEI Nº 11.718/2008. LEI 8.213, ART. 48, § 3º. TRABALHO RURAL E TRABALHO URBANO. CONCESSÃO DE BENEFÍCIO A SEGURADO QUE NÃO ESTÁ DESEMPENHANDO ATIVIDADE RURAL NO MOMENTO DA IMPLEMENTAÇÃO DOS REQUISITOS. DESCONTINUIDADE. POSSIBILIDADE.

1. *É devida a aposentadoria por idade mediante conjugação de tempo rural e urbano durante o período aquisitivo do direito, a teor do disposto na Lei nº 11.718, de 2008, que acrescentou § 3º ao art. 48 da Lei nº 8.213, de 1991, desde que cumprido o requisito etário de 60 anos para mulher e de 65 anos para homem (...)*

(TRF 4ª Região, ApelReex 5002656-93.2011.404.7214/SC, Quinta Turma, Relator Desembargador Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira, DJe de 05/04/2013, *destaquei*).

Também o SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA já se pronunciou admitindo a contagem do tempo de trabalho rural anterior a 1991, para fins de carência da aposentadoria a que se refere o artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991:

(...)

4. Caso os trabalhadores rurais não atendam à carência na forma especificada pelo art. 143, mas satisfaçam essa condição mediante o cômputo de períodos de contribuição em outras categorias, *farão jus ao benefício ao completarem 65 anos de idade, se homem, e 60 anos, se mulher, conforme preceitua o § 3º do art. 48 da Lei de Benefícios, incluído pela Lei nº 11.718, de 2008.*

(STJ, Pet. 7.476/PR, Terceira Seção, Relator Ministro Jorge Mussi, DJ-e de 25/04/2011, *destaquei*).

Nesse passo, deve-se considerar o tempo de trabalho rural para fins de carência, *especificamente para a concessão de aposentadoria por idade*, mediante a junção do tempo rural e urbano, conforme expressamente passou a admitir o § 3º do artigo 48 c. c. os artigos 39, I e 143 da Lei nº 8.213/1991.

Passo, agora, a verificar o pedido de averbação do tempo rural.

A comprovação de tempo rural para fins de aposentadoria por idade pode ser feita por prova testemunhal, desde que presente início de prova material. Para suprir a essa exigência, a parte autora juntou vários documentos em nome de seu pai (Sr. Pedro Estevam de Queiroz - fls. 16), nos quais foi qualificado como lavrador: *declaração cadastral de produtor, datado de 25/01/1984 (fls. 30); ITR referente ao ano 1968 (fls. 33); contribuição sindical rural ano 1973 (fls. 60), referente ao imóvel Sítio São Estevam; declaração de produtor rural, referente aos anos de 1975-1976 (fls 103); mandado de matrícula (2º Cartório de Notas e Ofício de Justiça de Itapetininga) - usucapião de imóvel rural (fls. 118); contribuição sindical rural referente aos anos 1970-1971 (fls. 133); declaração para cadastro de imóvel rural do ano de 1972 (fls. 136); contribuição sindical rural ano 1973 (fls. 144); Autorização para impressão de Nota Fiscal de Produtor (Secretaria da Fazenda do Estado de São Paulo), datado de 23/08/1972 (fls. 145); declaração de rendimentos referente aos anos de 1974-1975 (fls. 159).*

Os documentos mencionados constituem início razoável de prova material. De fato, “são aceitos, como início de prova material, os documentos em nome dos pais da autora que os qualificam como lavradores (...)” (REsp 1.304.479/SP, Relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJ-e 19/12/2012, recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC).

A prova testemunhal, por sua vez, confirmou o exercício de atividade rural pela autora. Com efeito, em audiência realizada no dia 28/05/2014, a demandante, em depoimento pessoal, informou que trabalhou na lavoura desde muito pequena no sítio de seu pai, juntamente com a família, no cultivo de arroz, feijão, milho, etc. até uma semana antes de se casar.

A testemunha *Maria das Neves Brisola Duarte*, ouvida mediante compromisso, disse que conhecia a autora desde pequena, pois eram vizinhas. Asseverou que o seu sítio era vizinho de cerca com o sítio do pai da autora. Narrou, ainda, que a autora começou a trabalhar desde tenra idade na lavoura em auxílio ao seu pai, sem a presença de empregados. Por fim, disse que a autora morou no sítio até se casar.

Apesar de a prova testemunhal comprovar o trabalho no tempo em que a demandante ainda era criança, saliento que somente é possível a averbação de atividade rural a partir dos 12 (doze) anos de idade, porquanto a Constituição Federal de 1.967, no artigo 158, X, passou a admitir que o menor, com 12 (doze) anos completos, possuía aptidão física para o trabalho. Nesse passo, considerando que a parte autora nasceu em 10/05/1953, tem-se que completou 12 (doze) anos de idade em 10/05/1965, de modo que é possível deferir o pedido de averbação do labor rural a partir de 1º/09/1968, pois nesta data já contava com mais de 15 (quinze) anos.

Atento ao conjunto probatório, tenho que a parte autora exerceu atividades rurais, em regime de economia familiar, de 1º/09/1968 a 17/05/1974 (uma semana antes do casamento). De outro lado, consta dos autos informações expedidas pelo próprio demandado, as quais consignam trabalho urbano pelo período 15/09/1975 a 31/08/2013. Somando-se o tempo de trabalho rural com urbano, tem-se comprovado 209 (duzentos e nove) meses de carência, suficientes para autorizar a concessão da aposentadoria por idade, com base no artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991. Isso porque a autora, nascida em 10/05/1953, completou 60 (sessenta) anos de idade em 10/05/2013 e do trabalhador que atingiu a idade no ano de 2013 são exigidos apenas 180 (cento e oitenta) meses de carência.

Assim, presentes os requisitos legais, é devida a concessão da aposentadoria por idade, conforme previsão do § 3º do artigo 48 da Lei nº 8.213/1991.

Antecipação dos Efeitos da Tutela

Os requisitos legais para a antecipação dos efeitos da tutela estão presentes. Consoante exposto na fundamentação, a demandante comprovou idade e, também, tempo de labor, entre atividades urbanas e rurais, em período superior ao exigido pela lei para a concessão da aposentadoria por idade.

Quanto ao perigo da demora, tenho que o caráter alimentar da prestação é suficiente para autorizar a antecipação dos efeitos da tutela.

Assistência Judiciária Gratuita

Em relação ao pedido dos benefícios da assistência judiciária gratuita, verifico que aparte autora declarou que sua situação econômica não lhe permite pagar as custas e despesas do processo e, com isso, atendeu ao disposto no artigo 4º, *caput*, da Lei nº 1.060/1950, razão pela qual esta pretensão também merece ser acolhida.

ANTE O EXPOSTO, *julgo parcialmente procedente a demanda* e condeno o INSS a *averbar* como tempo de trabalho rural em regime de economia familiar, exclusivamente para fins

de aposentadoria por idade do artigo 48, § 3º, da Lei nº 8.213/1991, o período *de 01/09/1968 a 17/05/1974 e a conceder* o benefício de aposentadoria por idade, com data de início (DIB) a partir do pedido administrativo (19/09/2013), com Renda Mensal Inicial - RMI de *R\$ 678,00 (seiscentos e setenta e oito reais)*, correspondente ao salário mínimo vigente à época, e a Renda Mensal Atual - RMA de *R\$ 724,00 (setecentos e vinte e quatro reais)*, também equivalente a um salário mínimo atual, para a competência de 04/2014.

Condeno, ainda, o INSS a pagar as prestações vencidas a partir da data do requerimento administrativo (19/09/2013) até a competência de 04/2014, no valor de *R\$ 5.619,97 (cinco mil seiscentos e dezenove reais e noventa e sete centavos)*, conforme apurado pela Contadoria do Juízo. Sobre os valores em atraso incidirão juros de mora simples no mesmo percentual de juros incidentes sobre a caderneta de poupança (art. 100, § 12, CF, c. c. o art. 1º-F, segunda parte, da Lei nº 9.494/1997) e correção monetária, esta calculada na forma do Manual de Cálculos da Justiça Federal, devendo a contadoria observar que o INPC/IBGE deverá incidir a partir de setembro de 2006 até o efetivo pagamento, tendo em vista que os parâmetros traçados pela Lei nº 11.960/2009 não devem ser aplicados, pois tal ato normativo foi declarado inconstitucional, por arrastamento, pelo STF no julgamento da ADI 4.357/DF, Relator Originário Ministro Ayres Britto, Relator para o acórdão Ministro Luiz Fux, j. 13 e 14/03/2013. (Informativo STF nº 698).

Antecipo os efeitos da tutela e imponho ao demandado a obrigação de implantar o benefício de aposentadoria por idade, no prazo de 30 (trinta) dias, com DIP em 01/05/2014, sob pena de imposição das sanções cabíveis.

Defiro os benefícios da justiça gratuita em favor da parte demandante.

Sem custas e honorários advocatícios, a teor do artigo 1º da Lei nº 10.259/2010 c. c. o artigo 55, *caput*, da Lei nº 9.099/1995.

Intime-se e oficie-se ao INSS para que tome ciência da sentença e cumpra a medida antecipatória no prazo fixado.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se. Intimem-se.

Juiz Federal Substituto EMERSON JOSÉ DO COUTO

AÇÃO PENAL

0015537-44.2013.4.03.6181

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: ROBERTO NEI DE JESUS ROCHA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: ADRIANA DELBONI TARICCO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 29/05/2014

Vistos, em sentença. Em inspeção.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra Roberto Nei de Jesus Rocha, brasileiro, casado, comerciante, portador do documento de identidade RG nº 33.739.240-7 SSP/SP, nascido aos 19 de maio de 1981, natural de São Paulo - SP, filho de Auri Souza Rocha e Irene de Jesus, residente à Rua Santa Cecília, nº 361, bairro Parque Santa Cecília, São Paulo - SP, pela prática, em tese, do delito tipificado no artigo 157, § 2º, por duas vezes, a primeira incurso no inciso II e a segunda incurso nos incisos I e II do 157 c.c. o artigo 71, todos do Código Penal.

Relatou o MPF que, no dia 22 de julho de 2013, por volta das 10h, à Rua Olivaldo Vila Nova, nº 252, nesta capital, Roberto Nei de Jesus Rocha (Roberto), junto com outros dois indivíduos desconhecidos, simulando uso de arma de fogo, subtraíram 68 encomendas de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ocasião em que retiraram as mercadorias do veículo dos Correios, que era dirigido pelo motorista Adilson Luis Dias da Silva (Adilson), veículo este por meio do qual o carteiro José Willian da Silva Chaves (José) exercia seu mister.

Constou também que, aos 5 de agosto de 2013, por volta das 10h, à Rua Damasio Rodrigues Gomes, nº 62, nesta capital, Roberto Nei de Jesus Rocha (Roberto), junto com outros dois indivíduos desconhecidos, mediante uso de arma de fogo, subtraíram 52 encomendas de propriedade da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - EBCT, ocasião em que o carteiro José e outro funcionário da ECT, Weverton da Silva Vieira (Weverton) realizavam a entrega de encomendas.

O *Parquet* esclareceu que, aos 2 de outubro de 2013, o Réu foi preso em flagrante delito junto com Raul Viana de Souza, quando roubavam outro veículo da ECT, razão pela qual os funcionários da ECT foram chamados na delegacia de polícia e reconheceram Roberto Nei de Jesus Rocha como um dos autores dos roubos de 22 de julho e de 5 de agosto.

A denúncia foi recebida aos 17 de dezembro de 2013 (fls. 52/53). O réu foi pessoalmente citado à fl.63. A DPU foi nomeada para defender o Réu (fl. 66). Resposta à acusação às fls. 106/114, ocasião em que foi requerido o reconhecimento da conexão e conseqüente reunião de processos com possível declaração de continuidade delitiva, com base no artigo 71 do CP, além da absolvição sumária do Réu. A DPU tornou comuns as testemunhas arroladas pela acusação na denúncia.

O MPF opinou pelo regular prosseguimento do feito, sem reunião de processos (fls. 131/135).

O pedido de reunião de processos foi indeferido, com base nos argumentos de que os vários delitos atribuídos ao Réu são autônomos, demandam instruções probatórias individualizadas, sem conexão entre os fatos, sob pena de se elevar a complexidade do processo, inviabilizando a celeridade. Foi determinada ainda o prosseguimento do feito, em face da ausência de causas de absolvição sumária (fls. 137/138).

Testemunhas, Informante e Réu foram ouvidos em juízo (fls. 161/169).

Nada foi requerido pelas partes na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal.

O Ministério Público Federal, em memoriais (fls. 189/193), pediu a condenação do Réu nos termos da denúncia.

O Defensor Público Federal requereu, às fls. 198/216, o reconhecimento de nulidade dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação, devido às leituras dos depoimentos por elas prestados na esfera policial; a absolvição por ausência ou insuficiência de prova de autoria, com base no artigo 386, incisos V ou VII, do CPP; na hipótese de condenação, requereu a aplicação da pena base no mínimo legal, a aplicação do artigo 71 do CP, que prevê o crime continuado; pediu o afastamento da incidência da causa de aumento de pena pelo emprego de arma de fogo, ante a ausência de elemento de prova; pugnou pela aplicação de regime aberto para cumprimento de pena, de acordo com a Súmula 369 do STJ; requereu a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direito e a autorização para que o Réu recorra da sentença em prisão domiciliar.

Vieram os autos conclusos para sentença, em inspeção.

É o relatório. Fundamento, decido e justifico.

MATERIALIDADE

A materialidade do crime de roubo ocorrido aos 22 de julho de 2013 está demonstrada pelas cópias das listas com a relação dos objetos roubados, com valor do prejuízo apurado em decorrência do delito (fls. 68/84), bem como pelo documento de fl. 86/88, impresso do Sistema de Recuperação de indenização dos Correios, com os valores postais, declarados e indenizados.

A materialidade do crime de roubo ocorrido aos 5 de agosto de 2013 está demonstrada pelas cópias das listas com a relação dos objetos roubados (fls. 89/100), bem como pelo documento de fls. 101/103, impresso do Sistema de Recuperação de indenização dos Correios, com os valores postais, declarados e indenizados pela ECT.

Os depoimentos das testemunhas ouvidas em juízo também comprovam a materialidade dos dois crimes de roubo nos dias 22 de julho e 5 de agosto de 2013, conforme transcreverei abaixo.

TESES DA DEFESA

Afasto a alegação expressa pela DPU, na oportunidade dos memoriais de fls. 198/216, com relação à nulidade nos depoimentos prestados pelas testemunhas, em juízo, em razão de leitura dos depoimentos por elas prestados na polícia e o faço com base nas seguintes razões.

Apesar de assistir razão ao DPF com relação aos estudos acerca das falsas memórias, que acabam por configurar obstáculo natural para a obtenção da verdade dita real/substancial/material/verdadeira, é importante salientar que não apenas a leitura dos depoimentos prestados na esfera administrativa, mas também a prévia conversa das testemunhas com a DPU, com o MPF, com o Juiz, com o Réu, a leitura de uma revista, de jornais, o acompanhamento de matéria televisiva sobre o assunto, a conversa com outras testemunhas ou informantes antes de entrar no prédio da Justiça Federal, experiências pessoais da própria testemunha, tudo isso pode modificar a memória da testemunha, sem que ela tenha consciência disso.

O ser humano busca a verdade e a justiça como valores absolutos, mas sequer tem meios pessoais físicos, psicológicos e biológicos para alcançá-los. Essa reflexão foge do sistema jurídico e só importa no que tange à análise provocada pelo competente Defensor Público Federal nestes autos para concluir pela dificuldade natural de se obter a verdade no processo.

Se a falta de memória impede a elucidação de questão processual, a falsa memória também o faz, já que esta se refere a eventos que sequer existiram ou que ocorreram de maneira bem diferente do que consta na memória da testemunha, do Réu, da vítima, do Informante.

A psicóloga americana, Dra. Elisabeth Loftus, citada pelo DPF, Dr. Leonardo de Castro Trindade, explica que a memória não funciona como um gravador ou como uma filmadora, como sempre se pensou, mas como a *wikipedia*, uma enciclopédia livre em que as memórias são edificadas e reconstruídas não apenas pela pessoa cuja mente se leva em conta, mas por qualquer um que com ela entra em contato, pessoalmente ou não.

Dessa forma, a maneira de se perguntar à testemunha sobre determinado fato já a induz na resposta. O modo como se coloca a questão, a foto que é mostrada, o documento exibido, as palavras usadas para se referir aos fatos, tudo isso contamina, de alguma forma, a mente de quem está sendo questionado.

Por tais fatos, buscando assegurar segurança jurídica (esta sim objeto de escolha, pelos representantes do povo legitimamente eleitos, como foco e objetivo do processo judicial, seja ele civil ou criminal), há regras claras e previamente postas para embasar uma condenação ou uma absolvição.

E porque nenhuma prova produzida ao longo do processo penal pode nos levar a tal verdade absoluta (objeto de estudo da Metafísica), houve um consenso social e político em se visar a verdade processual como suficiente para ensejar a pacificação social por meio da decisão judicial justificada e adequada à Constituição Federal.

Essa verdade processual vai sendo, então, construída pelas partes e pelo Juízo durante o trâmite da ação penal.

Havendo dúvida, ao final, e sendo o caso de processo penal, deve-se absolver o Réu. A regra é clara.

A prova testemunhal, assim como a documental, e outras tantas provas previstas no CPP, devem ser produzidas e valoradas no momento da sentença. Esta é a regra legal.

Nesse sentido, dentro do sistema fechado jurídico, sem afetação de outros sistemas como o moral, o religioso ou o político, necessário observar as regras legais referentes ao impedimento e a suspeição de determinadas pessoas como testemunhas, a incomunicabilidade delas a partir do momento em que chegam na vara criminal, a oitiva separada de testemunhas e acusados etc.

Nessa toada, a leitura dos depoimentos prestados pelas próprias testemunhas na esfera policial é a melhor maneira de contextualizar as perguntas que a elas serão feitas, já que a contaminação de suas memórias será menor do que a oitiva dos fatos por meio de relato do MPF, da DPU ou do Juízo.

A possibilidade de leitura de anotações pelas testemunhas comprova isso. A leitura sobre as suas próprias memórias pretéritas é o mais condizente com tudo o que foi até aqui colocado.

Os depoimentos, bem como o reconhecimento do Réu, realizados pelas testemunhas, serão valorados justificadamente ao final, no momento em que o juiz presta contas sobre a fundamentação/motivação de sua decisão, na sentença.

Não há regra legal que proíba a leitura dos depoimentos, prestados na Polícia, pelas testemunhas, em juízo.

Na prática, não é raro a testemunha ou o Réu retificar o teor do depoimento prestado na esfera administrativa, esclarecendo pontos, elucidando o que fora reduzido a termo pelo escrivão de polícia, apontando fatos até então não narrados.

O fato de a testemunha falar que não se lembra muito bem dos fatos narrados na denúncia não é modificado pelo fato de a testemunha falar que o que leu no termo de declarações é verdadeiro ou não, ou em parte.

Tudo o que consta do processo pode e deve ser levado em conta no momento da produção da prova oral. Essa é a regra legal posta no CPP brasileiro vigente.

Por tais razões postas, afasto a alegação de nulidade dos depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação devido à leitura dos depoimentos policiais, na medida em que cada testemunha leu apenas o seu termo de declarações.

Importante também fazer constar que afasto a alegação de fragilidade do reconhecimento judicial do Réu pelas testemunhas, em juízo, por conta da presença do Acusado em sala de reconhecimento sem outras pessoas a ele semelhantes e o faço com base nas razões que seguem.

Além de a jurisprudência pátria já ser no sentido de que esta exigência legal refere-se ao ato de reconhecimento realizado na delegacia de polícia, em fase pré-processual, havia e há impossibilidade fática para que esse Juízo consiga duas pessoas semelhantes ao Réu, já que, no caso, ele tem, como bem lembrou o DPF, à fl. 201v., quase dois metros de altura.

Além desta impossibilidade fática referente a não existência de pessoas semelhantes ao Réu (no caso em concreto), há outra impossibilidade fática geral, a de que os servidores desta vara não quererem participar do ato de reconhecimento ao lado dos Acusados.

Considerando que tal ato não faz parte do conjunto de funções legais dos servidores e levando em conta que não há respaldo legal para que esta magistrada determine a participação deles no ato de reconhecimento, ressalto, mais uma vez, a impossibilidade prática para se colocar, na sala de reconhecimento, duas pessoas semelhantes ao réu junto dele.

Já houve um caso, nesta Nona Vara Federal Criminal de São Paulo, em que a própria DPU trouxe à vara o irmão de um Réu e outro parente dele (bastante parecidos com o Acusado) para o reconhecimento. Se o irmão, em liberdade, estivesse, no momento do reconhecimento, em juízo, mais parecido com a figura do Réu na data dos fatos delitivos do que o próprio acusado (preso), - o que não é difícil, tendo em vista às más condições conhecidas das penitenciárias brasileiras -, tal prova não teria sido contaminada?

Não houve, neste caso, a condução de pessoas pela DPU para a participação de tal prova em juízo.

Quanto às teses da Defesa sobre autoria e a fixação de pena e de regime de cumprimento, elas serão analisadas no tópico seguinte.

AUTORIA

Quanto à autoria do delito, existem provas seguras para a condenação do Réu. Vejamos.

Ouvido em juízo, a testemunha Adilson Luis Dias da Silva, afirmou que já foi roubado umas 15 vezes ao longo do ano; que, ao ler a fl. 21, seu termo de declarações prestado na Polícia, reconhece como sua a assinatura aposta, bem como confirma o teor das declarações; que, com relação ao fato, eles seguiram com o carro, pediram para encostar, *o réu não estava sozinho, houve menção á arma, mas não a viu; que acha que havia duas pessoas; que ficou*

dentro do carro por 3 ou 5 minutos; que disse que *o Réu é magro, alto, mais claro que si, uns 32 anos mais ou menos; que ele teria 1,80m de altura; que não reconhece a pessoa que está na sala de reconhecimento como sendo o assaltante porque este está mais velho, com mais rugas; que reconheceu o assaltante na policia antes do Natal, no ano passado; que levaram as encomendas.*

Verifico que, apesar de a testemunha não ter reconhecido o réu, em juízo, por conta de sua fisionomia mais velha e das rugas (possível e provável emagrecimento e abatimento frutos do cárcere), o descreveu antes do ato de reconhecimento de maneira correta.

A testemunha, José Willian da Silva Chaves, carteiro, em audiência, afirmou que se recorda dos dois roubos; que, com relação ao primeiro, o da Rua Olivaldo Vila Nova, *dois elementos abordaram e simularam o uso de arma*, ficaram de cabeças baixas, enquanto eles subtraíram objetos e colocaram no carro deles; que, no segundo roubo, na Rua Damasio, chamava a cliente quando um elemento em um Celta Branco parou em frente ao carro do Correio e uma pessoa branca e baixa o abordou; que estavam em 3; que encheram o carro deles com as coisas do Correio e se evadiram; que, ao ler fl. 22, reconhece como sua a assinatura aposta no documento e confirma o teor da declaração; *que o assaltante é alto, magro, da sua cor, 1,75m, por aí; que é jovem, uns 25 anos aproximadamente, sem barba; que reconhece a pessoa presente na sala de reconhecimento como participante em dois assaltos, de junho e de 22 de julho, que ele era quem dirigia e abordava; que foi assaltado umas 25 vezes em 3 anos como carteiro; que nestas 25 vezes os assaltos são diferentes; que a abordagem do Réu era sempre igual, mandava parar e falava “encosta aí, encosta aí”; que era coisa rápida, questão de segundos.*

Por meio deste depoimento, verifico que a testemunha reconheceu o réu como participante nos dois assaltos narrados na denúncia.

A testemunha, Weverton da Silva Vieira, em juízo, disse que é motorista terceirizado dos Correios; que se lembra do roubo ocorrido aos 5 de agosto de 2013, na Rua Damasio Rodrigues Gomes; que parou para fazer a entrega e Willian desceu do veículo; que encostou o carro, ocasião em que um Celta branco encostou, o rapaz estava de capuz e perguntou o que tinha no carro adesivado do Correio; que mandou encostar o carro e abaixar a cabeça; que pelo retrovisor viu o carteiro vindo; que o carteiro entrou no carro por ordem do assaltante; que começaram a descarregar; que viu porta malas do carro deles aberto; que não viu um branquinho, magrinho, narigudo, baixo; que não viu arma; que não reconhece a pessoa que está na sala de reconhecimento como sendo o assaltante.

Verifico que este depoimento não corrobora com os anteriores, sendo que estes são complementares e uníssonos.

A informante, Patrícia Teixeira Matos, esposa do Réu, em juízo, afirmou que vive com o Réu há 13 anos; que tem 5 filhos, 3 deles são comuns com o Réu; que um deles é maior de idade; que um deles é especial; que o Réu trabalhou sempre como autônomo, em uma editora por muito tempo e sempre ganhou bem; que depois compraram uma padaria; que Roberto ia de manhã para abrir a padaria, voltava para casa dar banho na filha especial, ia para farmácia, comprava coisas para si e para a padaria; que na data em que ele foi preso eles já tinham vendido a padaria; que compraram uma lanchonete; que ele nunca fora preso antes.

A esposa do Réu e informante não trouxe dados relevantes sobre os fatos narrados na denúncia.

As informações colhidas no depoimento do Réu, Roberto Nei de Jesus Rocha, na ocasião de seu interrogatório, na esfera judicial: disse que vive em imóvel alugado; que vive em união estável com Patrícia; que tem 5 filhos, uma de 18 anos e os outros menores de idade; que

Emanuelli Vitória, de 7 anos, é especial; que todos vivem consigo; que tinha uma padaria, que foi vendida em setembro de 2013; que não participou dos assaltos realizados em 22 de julho de 2013 e 5 de agosto de 2013; que nunca pegou uma arma de fogo; que estava trabalhando na padaria; que não conhece a Rua Olivaldo Vila Nova; que não conhece a Rua Damásio Rodrigues Gomes; que já participou de roubo aos Correios, em 2 de outubro de 2013, na Teotônio Vilela, com Raul Viana, com um Vectra, de cor preta, emprestado de Alan; que, nesta ocasião, pediu para o funcionário do Correio as encomendas; que, fora este roubo de outubro de 2013, nunca fora processado anteriormente; que não sabe porque está sendo processado por tantos roubos e por crimes de antena; que tem 32 anos; que costumava tirar R\$6.000,00 líquidos como autônomo; que já foi condenado, duas vezes, na 7ª Vara Federal Criminal; que tem uma kombi branca.

O depoimento do Réu destoa dos depoimentos das duas primeiras testemunhas e, com base no direito à ampla defesa, não o considero contra ele ou em desfavor à sua defesa.

Nesses casos de roubo em plena luz do dia, em que a ação criminosa dura poucos minutos, difícil existir testemunhas que não as vítimas, de modo que a alegação da Defesa, de que as testemunhas tiveram contato por pouco tempo com os assaltantes, não é motivo para invalidar os dois primeiros depoimentos das duas testemunhas de acusação.

Verifico, portanto, com base em toda a prova oral colhida em juízo e acima expressa, que o conjunto probatório conduz à certeza da autoria dos crimes de roubo imputados ao Réu.

As demais teses referentes à individualização da pena serão analisadas no tópico sobre a dosimetria.

DOSIMETRIA DA PENA

Na primeira fase da aplicação da pena, de acordo com os artigos 68 e 59, ambos do Código Penal, observo que o Réu, apesar de responder a mais de vinte ações penais só na Justiça Federal de São Paulo, conforme extraído das certidões de objeto e pé (fls. 30/37 e 60/64 dos autos do Apenso), da certidão de distribuição da Justiça Federal de Primeiro Grau em São Paulo (fls. 47/55 do Apenso) e da folha de antecedentes (fls. 65/69 do Apenso), não tem condenação com trânsito em julgado, de forma que não considerarei estes fatos como maus antecedentes ou como reincidência, nos ditames da Súmula 444 do STJ.

Não há, nos autos, fatos que justifiquem o aumento da pena, nesta fase, com base na culpabilidade do réu, na sua conduta social, na personalidade do agente, nos motivos, nas circunstâncias, na consequência dos crimes ou no comportamento das vítimas.

Fixo a pena-base, portanto, no mínimo legal: quatro anos de reclusão e dez dias-multa.

Não há agravantes ou atenuantes.

Na terceira fase da fixação da pena, incide a causa especial de aumento de pena prevista no artigo 157, § 2º, II, do Código Penal (concurso de duas pessoas), pelo que aumento a pena em um terço, chegando-se a cinco anos e quatro meses de reclusão e 13 dias-multa, no menor valor legal.

O concurso de duas ou mais pessoas ficou claro nos depoimentos das duas primeiras testemunhas da acusação ouvidas em juízo, transcritos acima, no tópico autoria. Nos dois depoimentos, grifei as informações sobre a existência de duas ou mais pessoas, a fundamentar o aumento da pena.

Afasto a tese do MPF com relação à causa de aumento de pena referente ao uso de arma, tendo em vista que as testemunhas mencionaram a ilusão a eventual arma, mas não a viram, tampouco ficou demonstrada nos autos a existência dela. Grifei nos depoimentos transcritos no tópico referente à autoria as informações sobre este ponto. Não há causa especial de diminuição de pena.

Quanto à sanção pecuniária, estabeleço o valor unitário de cada dia-multa em um trigésimo do salário mínimo vigente ao tempo do crime, considerada a situação econômica do réu (cinco filhos, quatro menores de idade, que vivem com o Réu, paga aluguel e os cuidados médicos com uma filha especial), nos termos do artigo 60 do Código Penal, devendo haver a atualização monetária quando da execução.

Considerando que o agente, mediante duas ações, praticou dois crimes de roubo, com a diferença de um mês entre eles, aproximadamente, com a mesma maneira de execução, acato as teses do MPF e da DPU, com relação à aplicação do artigo 71 do CP, considero o crime continuado, aplico a pena de um só dos roubos qualificados, aumento-a de um sexto, fixando-a em seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa, no menor valor legal.

O cumprimento da pena do crime de dar-se-á em regime inicialmente semiaberto, com base no artigo 33, § 2º, alínea “b” c/c o § 3º do mesmo dispositivo, do Código Penal, tendo em vista que a ação penal trata de Réu primário e sem maus antecedentes.

A pena excede quatro anos, de modo que não há falar em substituição de pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, nos termos do artigo 44 do CP.

Indefiro o pedido de conversão de prisão preventiva em prisão domiciliar, tendo em vista que a presença do Réu não é imprescindível aos cuidados especiais de Emanuely Vitória Matos de Jesus Rocha, sua filha, que conta com cuidados médicos em casa (*home care*), vinte e quatro horas por dia (fls. 217/218), bem como com os cuidados de sua genitora.

Diante do exposto, julgo *procedente* a denúncia e, em consequência, *condeno* o Réu, *Roberto Nei de Jesus Rocha*, brasileiro, casado, comerciante, portador do documento de identidade RG nº 33.739.240-7 SSP/SP, nascido aos 19 de maio de 1981, natural de São Paulo - SP, filho de Auri Souza Rocha e Irene de Jesus, residente à Rua Santa Cecília, nº 361, bairro Parque Santa Cecília, São Paulo – SP como incurso no artigo 157, § 2º, inciso II, do Código Penal, às penas de *seis anos, dois meses e vinte dias de reclusão e pagamento de 15 dias-multa*, com o valor unitário de cada dia-multa estabelecido em 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do crime, devendo haver a atualização monetária quando da execução.

O cumprimento da pena privativa de liberdade dar-se-á em regime inicialmente semiaberto e o Réu não poderá apelar em liberdade, pois presentes os requisitos da prisão cautelar, vez que o Réu praticou duas vezes crime de roubo qualificado, com grave ameaça contra pessoas, o que leva a crer que colocará a ordem pública e a paz social em risco se for solto (artigo 387, § 1º, CPP).

Ausentes os requisitos legais para substituição de pena privativa por restritiva de liberdade, ante a presença de grave ameaça contra as vítimas e a pena imposta, maior de quatro anos de reclusão (artigo 44 do CP).

Condeno o Réu nas custas processuais, na forma do art. 804 do Código de Processo Penal.

Nos termos dos artigos 91 do CP e 387, inciso IV, do CPP, como efeito da condenação, condeno o Réu ao pagamento de reparação aos danos causados a ECT. Para tanto, considero os prejuízos sofridos pela ECT (fls. 86/88 e 101/103) e fixo como valor mínimo para reparação

o valor de R\$11.331,62, valor este referente a data dos fatos narrados na denúncia e que deve ser atualizado.

Após o trânsito em julgado, determino o lançamento do nome do Réu no rol dos culpados, oficiando-se ao INI e à Justiça Eleitoral.

Expeça-se o competente mandado de prisão.

P.R.I.C.

São Paulo, 29 de maio de 2014.

Juíza Federal Substituta ADRIANA DELBONI TARICCO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0000398-59.2014.4.03.6135

Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

Réus: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA E COMPANHIA DOCAS DE SÃO SEBASTIÃO – CDSS

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Decisão: DIÁRIO ELETRÔNICO 17/07/2014

Vistos, etc.,

Trata-se de ação civil pública, com pedido de liminar, ajuizada pelo *Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo* em face do *Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e Recursos Naturais Renováveis – IBAMA e Companhia Docas de São Sebastião – CDSS*, com o objetivo de invalidar a licença prévia nº. 477/13 emitida pela autarquia ambiental federal para as denominadas fases 01 e 02 do Projeto Integrado Porto Cidade, mais conhecido como ampliação do Porto de São Sebastião, atualmente administrado pela segunda ré. Em pedido de liminar, a parte autora pleiteia a suspensão do procedimento administrativo de licenciamento.

Após discorrerem sobre o contexto dos impasses ambientais do litoral norte paulista e os megaempreendimentos em curso na região, os autores sintetizaram os fundamentos do pedido formulado em cinco tópicos, a saber:

a-) ausência de estudos de impactos cumulativos e sinérgicos contemplando outros 12 megaempreendimentos localizados no Litoral Norte (*art. 6º, II, da Resolução CONAMA nº 01/86*);

b-) incorreta definição das áreas de influência direta e indireta do empreendimento e ausência de informações sobre a Autorização de Licenciamento Ambiental - A.L.A. do ICMBio-ESEC/Tupinambás e desconsideração dos estudos complementares exigidos pelos Gestores das Unidades de Conservação atingidas, (*art. 5º, III, da Resolução CONAMA 01/86, artigo 36, caput e §3º da Lei 9.985/00 e artigos 1º e 3º, II, c.c. §3º da Resolução CONAMA 428/10*);

c-) ausência de avaliação devida dos planos e programas governamentais propostos e em implantação da área de influência do projeto e sua compatibilidade (*art. 5º, IV, da Resolução CONAMA 01/86*);

d-) ausência de reais alternativas locais - aspecto formal e material – (*art. 5º, I, da Resolução CONAMA 01/86*) e;

e-) aquiescência com a possibilidade de ocorrência de sério e irreversível dano na Baía do Araçá, (*art. 8º, §2º da Lei nº 12.651/2012 e art. 3º, X, da Resolução CONAMA nº 303/2002*).

Foram juntados documentos com a inicial (fls. 115/1167), todos elencados no índice de fls. 113/114.

Antes da apreciação do pedido de liminar, foi dada vista prévia à representante legal do IBAMA para manifestação no prazo legal do art. 2º da Lei nº 8.437/92 (fls. 1174).

Em sua manifestação (fls. 1183), o IBAMA rechaça os argumentos trazidos com a inicial em seus cinco tópicos, nos seguintes termos:

a-) a Resolução CONAMA nº 01/86 não exige análise aprofundada dos impactos cumu-

lativos e sinérgicos do empreendimento e as informações fornecidas atendem ao disposto na resolução;

b-) foi correta a definição das áreas de influência direta e indireta do empreendimento, que distancia cerca de 35 km da Estação Ecológica de Tupinambás, razão pela qual não há necessidade da anuência da referida unidade de conservação, tendo ocorrido a anuência das unidades de conservação situadas a 3 km do empreendimento;

c-) o empreendimento está em conformidade com a legislação municipal de uso e ocupação do solo, conforme declaração firmada pela Prefeitura Municipal de São Sebastião e, por ser obra de utilidade pública, não se sujeita às regras do Zoneamento Ecológico Econômico do litoral norte;

d-) foram consideradas as alternativas locacionais e tecnológicas. O projeto inicialmente apresentado, por exemplo, implicava completo aterro da Baía do Araçá, enquanto o por fim licenciado envolve a construção de lajes com pilotis com o recobrimento de 75% da baía;

e-) o art. 8º do novo Código Florestal não veda a intervenção ou supressão de manguezal em caso de obra de utilidade pública, como a ampliação do Porto de São Sebastião.

É o relatório do essencial. Passo a decidir o pedido de liminar.

A solução do complexo conflito trazido a juízo pelo Ministério Público Federal e Ministério Público do Estado de São Paulo passa por um juízo de ponderação entre legítimos interesses em aparente oposição e um juízo de legalidade sobre a licença prévia atacada.

Não se pleiteia impedir a ampliação do Porto de São Sebastião, mas sim compatibilizá-la com o devido processo legal e o desenvolvimento sustentável, assim entendido como o ponto de equilíbrio entre os aspectos econômico, social e ambiental.

O Porto de São Sebastião iniciou suas atividades, enquanto porto organizado, em 1955. O Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR, parte integrante do porto organizado e administrado pela Petrobrás Transportes S/A – Transpetro, foi inaugurado em 1968, passando a desempenhar papel estratégico no abastecimento de combustível na região sudeste.

A estrutura física do Porto de São Sebastião, incluindo o TEBAR, confunde-se com o centro da cidade de São Sebastião, ocupando cerca de trinta por cento do espaço urbano. Tal índice de ocupação, com a conclusão de todo o projeto de ampliação, atingiria, segundo a inicial, a cinquenta por cento do núcleo urbano (vide foto de fls. 39).

O Porto de São Sebastião tem uma pequena movimentação em comparação ao Porto de Santos, que possui capacidade e estrutura logística infinitamente maior. Ao contrário, o TEBAR é o principal ponto de entrada de petróleo e seus derivados que abastecem a região sudeste do país. O petróleo e seus derivados são transportados do TEBAR até as refinarias por um complexo de oleodutos que sobe pela Serra do Mar.

Apesar de ser parte integrante do Porto de São Sebastião, sujeitando-se à mesma autoridade portuária, o TEBAR ocupa um espaço físico e tem um movimento de navios bem maior do que o terminal do porto em si. Em linguagem mais simples, é como se uma edícula ficasse bem maior do que a casa principal.

A licença ambiental prévia ora atacada limita-se às fases 1 e 2 da ampliação do Porto de São Sebastião, excluindo a ampliação do TEBAR, que é objeto de licenciamento próprio junto à Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB, empresa pública responsável pelo licenciamento no âmbito estadual.

A ampliação do Porto dar-se-á em um contexto ambiental bastante singular. O litoral norte paulista possui, em grande extensão, três (Mata Atlântica, Serra do Mar e Zona Costeira)

dos cinco biomas que a Constituição Federal reservou proteção especial, em seu art. 225, § 4º, assim redigido:

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

(...)

§ 4º - A Floresta Amazônica brasileira, a Mata Atlântica, a Serra do Mar, o Pantanal Mato-Grossense e a Zona Costeira são patrimônio nacional, e sua utilização far-se-á, na forma da lei, dentro de condições que assegurem a preservação do meio ambiente, inclusive quanto ao uso dos recursos naturais. (grifei)

A diretriz constitucional é reforçada pela presença de várias unidades de conservação estaduais (Parque Estadual da Serra do Mar, Parque Estadual da Ilhabela, Parque Estadual da Ilha de Anchieta, Área de Proteção Ambiental Marinha do Litoral Norte, Área de Relevante Interesse Ecológico de São Sebastião – CEBIMar-USP) e federal (Estação Ecológica Tupinambás), que ocupam cerca de 80% da base territorial do litoral norte.

Além das unidades de conservação elencadas, temos inúmeras áreas de preservação permanente – APPs, em especial manguezais (art. 3º, XIII, c.c. art. 4º, VII, ambos do Novo Código Florestal, aprovado pela Lei nº 12.651/2012), dos quais destaco o manguezal do Araçá situado ao lado do Porto de São Sebastião e sobre o qual o projeto de ampliação pretende avançar.

A principal atividade econômica do litoral norte é o turismo, que pressupõe praias e paisagens limpas, belas e sustentáveis. Neste ponto, o ambiental se confunde com o econômico e social.

O conjunto de treze megainvestimentos em curso na região e elencados na inicial (fls. 32) pode ser dividido em três grupos: indústria de petróleo e gás; Porto de São Sebastião e Rodovia dos Tamoios. Entre todos os empreendimentos, a ampliação do Porto de São Sebastião é o mais polêmico, pois mais apresenta riscos ao desenvolvimento sustentável protegido constitucionalmente.

Neste contexto, a concessão de uma licença prévia deve ser norteada pelo princípio da prevenção (não correr riscos previstos) e precaução (evitar os riscos imprevistos). Na dúvida, deve-se privilegiar a proteção ao meio ambiente, principalmente considerando que as obras não foram iniciadas e o maior volume de gastos públicos não realizados.

A avaliação de impactos ambientais e o licenciamento ambiental constituem a melhor materialização dos princípios da prevenção e precaução, sendo instrumentos expressos da Política Nacional do Meio Ambiente (art. 9º, III e IV da Lei nº 6.938/81).

Compete ao Conselho Nacional do Meio Ambiente - CONAMA estabelecer normas e critérios do licenciamento ambiental (art. 8, I da Lei nº 6.938/81), através de resoluções de seu colegiado, entre as quais destaco as resoluções nº 1/86 (critérios básicos e as diretrizes gerais para uso e implementação da Avaliação de Impacto Ambiental); nº 237/97 (licenciamento ambiental); nº 303/02 (Áreas de Preservação Permanente) e nº 428/10 (autorização do órgão responsável da Unidade de Conservação no licenciamento ambiental). A presente decisão passa pela interpretação das referidas resoluções, considerando todo o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente.

Estabelecidos, em abreviada síntese, o contexto fático e jurídico da demanda, passo à análise dos argumentos apresentados pela parte autora em seus cinco tópicos, em nível de cognição condizente com o momento processual de apreciação do pedido de liminar formulado.

Ausência de Estudos de Impactos Cumulativos

Sustentam os autores que o EIA/RIMA apresentado pelo empreendedor deveria ter estudos dos impactos cumulativos e sinérgicos de todos os megaempreendimentos em curso no litoral norte em face da relação de interdependência entre os mesmos.

A seu ver, a obrigatoriedade da análise dos impactos cumulativos e sinérgicos está expressamente prevista na Resolução CONAMA nº 01/86, que regulamenta a avaliação de impacto ambiental, especificamente no seu art. 6º, II, assim redigido:

Artigo 6º - O estudo de impacto ambiental desenvolverá, no mínimo, as seguintes atividades técnicas:

(...)

II - Análise dos impactos ambientais do projeto e de suas alternativas, através de identificação, previsão da magnitude e interpretação da importância dos prováveis impactos relevantes, discriminando: os impactos positivos e negativos (benéficos e adversos), diretos e indiretos, imediatos e a médio e longo prazos, temporários e permanentes; seu grau de reversibilidade; *suas propriedades cumulativas e sinérgicas*; a distribuição dos ônus e benefícios sociais. (grifei)

Em sua manifestação, o IBAMA entende que a norma acima transcrita não obriga o empreendedor a apresentar a análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre os empreendimentos em curso na região, mas sim os impactos a serem gerados apenas pelo empreendimento objeto do licenciamento (fls. 1184/1185).

A referida norma não é precisa utilizando conceitos juridicamente com grande grau de indeterminação, permitindo interpretações diversas quanto a sua extensão.

Mas, trazendo as consequências da interpretação dos autores ao caso presente, chegaremos a uma conclusão desarrazoada. Seria desproporcional exigir de um empreendedor a análise no EIA/RIMA dos efeitos cumulativos e sinérgicos dos doze empreendimentos sob a responsabilidade de diversos outros empreendedores, alguns empreendimentos inclusive com relação tênue com a ampliação do Porto de São Sebastião (vide quadro de fls. 33).

A análise global é importante, mas, na extensão e profundidade reclamada pelos autores, é de competência do Poder Público. A própria Constituição Federal, ao disciplinar a ordem econômica, estabelece a obrigatoriedade de planejamento nas ações do setor público, em seu art. 174:

Art. 174. Como agente normativo e regulador da atividade econômica, o Estado exercerá, na forma da lei, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, sendo este determinante para o setor público e indicativo para o setor privado.

§ 1º - A lei estabelecerá as diretrizes e bases do planejamento do desenvolvimento nacional equilibrado, o qual incorporará e compatibilizará os planos nacionais e regionais de desenvolvimento.

Não se pode exigir do empreendedor privado função de competência do Poder Público. Tal função envolve inclusive informações de outros empreendimentos privados. Uma exigência em tal proporção, além de não guardar coerência com o texto constitucional, representar óbice que inviabiliza na prática o licenciamento do empreendimento.

Mas no caso presente há empreendimentos, cujos impactos devem necessariamente objeto de análise para fins de licenciamento. No quadro elaborado constante da inicial (fls. 33), no qual

os autores dão nota de um a três à intensidade das relações entre os treze megaempreendimentos no litoral, somente dois deles, a ampliação do Tebar e o contorno sul rodovia dos Tamoios, possuem relação de maior vinculação com a ampliação do Porto de São Sebastião.

O contorno sul da rodovia dos Tamoios, de responsabilidade da DERSA-Desenvolvimento Rodoviário S/A, permitirá o acesso final rodoviário ao porto e, após o devido licenciamento ambiental a cargo da CETESB, já teve sua obra ressentimento iniciada, como é público e notório.

Concentro, por consequência, a análise nas relações com a ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR que também se encontra em fase de licenciamento ambiental junto à Companhia Ambiental do Estado de São Paulo - CETESB.

A rigor, deveríamos tratar o empreendimento objeto do licenciamento ora questionado apenas de “Ampliação de *Parte* do Porto de São Sebastião”, porque a ampliação do TEBAR, de responsabilidade da Petrobrás Transportes S/A – Transpetro, ficou de fora. Os impactos cumulativos e sinérgicos dos dois empreendimentos não foram analisados no EIA/RIMA e na concessão da licença-prévia da ampliação do Porto de São Sebastião.

Repito: o TEBAR é um terminal pertencente ao Porto Organizado de São Sebastião, estando vinculado à mesma Autoridade Portuária. Evidente que a sua ampliação gerará impactos cumulativos e sinérgicos no restante do Porto de São Sebastião e vice-versa. Quem da baía olha o Porto de São Sebastião não consegue distingui-lo do TEBAR, pois o segundo é parte integrante do primeiro física e juridicamente.

Voltando à alegoria utilizada no início da presente decisão, a ampliação da edícula (TEBAR) certamente gera grandes impactos na casa principal (Porto de São Sebastião) e vice-versa. Os impactos das duas ampliações devem ser necessariamente analisados conjuntamente. Todo mestre de obra sabe disto.

Em relação à ampliação do TEBAR, empreendimento com previsão de execução no mesmo período, a interpretação dos autores do disposto na Resolução nº 01/86 do CONAMA encaixa-se perfeitamente. Os dois empreendimentos são como irmãos siameses e os respectivos licenciamentos devem considerar reciprocamente os impactos cumulativos e sinérgicos. Apenas, a título de exemplo, o impacto dos dois empreendimentos conjuntamente pode prejudicar sensivelmente o turismo no Município de Ilhabela situado do outro lado do canal de São Sebastião.

Não vejo razão para que empresas do porte da Petrobrás Transportes S/A – Transpetro e da Companhia Docas de São Sebastião não dialogarem e considerarem reciprocamente os respectivos planos de ampliação, mesmo estando os respectivos licenciamentos a cargo de entidades ambientais diversas. Se este diálogo existe, ou existiu, não está materializado no EIA/RIMA ou na licença-prévia questionados.

Em síntese, assiste razão aos autores quando apontam o vício na licença-prévia concedida em face da ausência de análise de impactos cumulativos e sinérgicos entre a ampliação do Porto de São Sebastião e a ampliação do TEBAR.

Este vício, por si só, é suficiente para macular o procedimento de licença ambiental, que, neste particular, precisará ser retificado, começando pela complementação do EIA/RIMA.

Incorreta Definição da Área de Influência e Ausência de Autorização do Órgão Responsável pelas Unidades de Conservação

O segundo argumento tem grande similitude com o primeiro, pois trata também da amplitude do EIA/RIMA. Os autores questionam a definição das áreas de influência direta

e indireta do empreendimento utilizada. A questão envolve a aplicação ao caso concreto do disposto no art. 5º. III, da Resolução CONAMA nº 01/86:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

(...)

III - *Definir os limites da área geográfica a ser direta ou indiretamente afetada pelos impactos, denominada área de influência do projeto, considerando, em todos os casos, a bacia hidrográfica na qual se localiza;* (grifei)

A principal consequência apontada é a necessidade de autorização do órgão responsável pela administração das unidades de conservação localizadas nas áreas de influência e afetadas pelo empreendimento, nos termos do artigo 36 da Lei 9.985/00, assim redigido:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento.

§ 2º *Ao órgão ambiental licenciador compete definir as unidades de conservação a serem beneficiadas, considerando as propostas apresentadas no EIA/RIMA e ouvido o empreendedor, podendo inclusive ser contemplada a criação de novas unidades de conservação.*

§ 3º *Quando o empreendimento afetar unidade de conservação específica ou sua zona de amortecimento, o licenciamento a que se refere o caput deste artigo só poderá ser concedido mediante autorização do órgão responsável por sua administração, e a unidade afetada, mesmo que não pertencente ao Grupo de Proteção Integral, deverá ser uma das beneficiárias da compensação definida neste artigo.* (grifei)

O disposto visa harmonizar os dois instrumentos de proteção ao meio ambiente, o licenciamento ambiental e as unidades de conservação.

Os autores centram seus argumentos na necessidade de autorização prévia do órgão administrador da Estação Ecológica Tupinambás, na forma do art. 36, § 3º da Lei nº Lei 9.985/00, pois a referida unidade de conservação estaria na zona de influência indireta do empreendimento.

No Relatório de Impacto Ambiental, há a definição das áreas de influência direta e indireta (fls. 1145), na qual não é feita a menção da estação ecológica, que, conforme informa o IBAMA, fica a cerca de 35 km do Porto de São Sebastião.

O procedimento da Autorização de Licenciamento Ambiental - ALA, no âmbito do licenciamento ambiental, do órgão responsável pela administração da unidade de conservação é regulamentado pela Resolução nº 428, de 17 de dezembro de 2010, que estabeleceu, por um prazo de 5 anos, a necessidade de autorização quando o empreendimento estiver localizado a 3 km do limite da unidade de conservação ou de sua zona de amortecimento, nos termos de seu art. 1º:

Art. 1º. *O licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental que possam afetar Unidade de Conservação (UC) específica ou sua zona de amortecimento (ZA), assim considerado pelo órgão ambiental licenciador, com fundamento em Estudo de Impacto Ambiental e respectivo Relatório de Impacto Ambiental (EIA/RIMA), só poderá ser concedido após autorização do órgão responsável pela administração da UC ou, no caso das Reservas Particulares de Patrimônio Natural (RPPN), pelo órgão responsável pela sua criação.*

§ 1º Para efeitos desta Resolução, entende-se por órgão responsável pela administração da UC, os órgãos executores do Sistema Nacional de Unidade de Conservação-SNUC, conforme definido no inciso III, art. 6º da Lei no 9.985, de 18 de julho de 2000.

§ 2º *Durante o prazo de 5 anos, contados a partir da publicação desta Resolução, o licenciamento de empreendimentos de significativo impacto ambiental, localizados numa faixa de 3 mil metros a partir do limite da UC, cuja ZA não esteja estabelecida, sujeitar-se-á ao procedimento previsto no caput, com exceção de RPPNs, Áreas de Proteção Ambiental (APAs) e Áreas Urbanas Consolidadas. (grifei)*

A resolução estabeleceu um critério razoável, mas que, diante do caso concreto, pode ser afastado, considerando o espírito da lei, espécie normativa de grau hierárquico superior.

No caso presente, apesar do aumento do movimento de navios estacionados à espera de atracamento no porto, não verifico uma situação fática a justificar um tratamento diverso da regra geral prevista na Resolução CONAMA nº 428, principalmente considerando a grande distancia do empreendimento.

Ademais, a Estação Ecológica de Tupinambás não possui zona de amortecimento aprovada, nem plano de manejo, o que evidencia a falta de definição de sua própria zona de influência. Neste contexto, fica difícil sustentar a necessidade de sua autorização para um empreendimento tão distante.

Neste ponto, não acolho, por ora, a argumentação dos Ministérios Públicos.

Em sua manifestação prévia, o IBAMA mencionou que foram encaminhadas pelo empreendedor as autorizações dos órgãos responsáveis pela administração das unidades de conservação situadas na área de influência, a saber: Parque Estadual da Serra do Mar, Parque Estadual da Ilhabela, Área de Proteção Ambiental Marinha do Litoral Norte e Área de Relevante Interesse Ecológico de São Sebastião.

No entanto, todas as manifestações dos gestores das unidades de conservação juntadas com a inicial foram inconclusivas ou requereram estudos complementares, razão pela qual as autorizações mencionadas pelo IBAMA necessitam ser trazidas aos autos para comprovação, neste ponto, do devido processo legal no licenciamento ambiental questionado.

Ausência de Avaliação dos Planos Governamentais na Região

Os autores também alegam a ausência da análise da compatibilidade do empreendimento com os programas governamentais em curso na área de influência, em especial os planos diretores municipais, o Zoneamento Ecológico Econômico do Litoral Norte (Decreto nº 48.215/04) e o Plano das Bacias Hidrográficas do Litoral Norte. Sustentam novamente a violação da Resolução CONAMA nº 01/86, agora em seu art. 5º, IV, assim redigido:

Artigo 5º - O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

(...)

IV - Considerar os planos e programas governamentais, propostos e em implantação na área de influência do projeto, e sua compatibilidade. (grifei)

Em sua manifestação, o IBAMA informa que o Porto de São Sebastião está inserido em “área de urbanização especial” previsto no Plano Diretor, tendo a Prefeitura Municipal de São Sebastião declarado a compatibilidade do empreendimento com as leis municipais de uso e ocupação do solo.

Em relação ao Zoneamento Ecológico Econômico do Litoral Norte, aprovado pelo Decreto Estadual nº 48.215/04, a autarquia ambiental federal, em sua manifestação prévia, esclarece que, nos termos do art. 49, os empreendimentos de utilidade pública não ficam sujeitos à regras do zoneamento.

Artigo 49 - As disposições do presente decreto não se aplicam a empreendimentos de utilidade pública, que permanecerão regidos pela legislação ambiental em vigor.

Quanto ao Plano das Bacias Hidrográficas do Litoral Norte, os autores não apontaram objetivamente na inicial eventual incompatibilidade com o empreendimento licenciado que justifique a concessão de provimento jurisdicional cautelar. A juntada de todo o processo de licenciamento ambiental determinada ao final da presente decisão poderá levar a uma análise mais minudente da compatibilidade.

Em síntese, neste tópico não encontro justificativa para embasar o pedido cautelar.

Ausência de Alternativas Locacionais e Tecnológicas

Neste tópico, os autores questionam a ausência da análise das outras opções de localização do projeto de ampliação, inclusive a possibilidade de não implantação do projeto. Sustentam também a ausência das alternativas tecnológicas, especialmente quanto ao tratamento do manguezal do Araçá. Centram a argumentação na violação da Resolução CONAMA nº 01/86, em seu art. 5º, I, assim exposto:

Artigo 5º O estudo de impacto ambiental, além de atender à legislação, em especial os princípios e objetivos expressos na Lei de Política Nacional do Meio Ambiente, obedecerá às seguintes diretrizes gerais:

I - Contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto; (grifei)

Ora, quem conhece o Porto de São Sebastião, sabe que não muito a analisar sobre outras alternativas de expansão, pois está cercado pela cidade, o Tebar, o Araçá e o canal de São Sebastião. Mesmo assim, as alternativas locacionais, inclusive a alternativa de não execução, estão analisadas no RIMA, foram analisadas no EIA/RIMA (fls. 1130/35).

Quanto às alternativas tecnológicas principalmente envolvendo a supressão e intervenção no manguezal do Araçá também foram tratadas no EIA/RIMA. A proposta inicial envolvia o aterramento de toda a Enseada do Araçá e, durante o procedimento de licenciamento, evoluiu-se para a alternativa de construção de uma laje sobre 75% da enseada. As fases 01 e 02 previamente licenciadas já utilizará parte desta última alternativa.

Houve, portanto, a análise das alternativas tecnológicas, mas a compatibilização da al-

ternativa ao final escolhida com o sistema jurídico de proteção ao meio ambiente será objeto de apreciação no último tópico da argumentação dos autores.

Dano Sério e Irreversível ao Manguezal do Araçá

Neste último tópico, é abordada a intervenção e supressão prevista no empreendimento sobre o manguezal do Araçá, considerado área de preservação permanente – APP por disposição expressa do Novo Código Florestal (art. 4º, VII, da Lei nº 12.651/2012).

O empreendimento, cuja licença ambiental prévia é questionada, prevê, além da supressão de parte da área de proteção permanente, a construção de laje sobre 75% da enseada do Araçá, com a utilização de pilotis que cobrirá o manguezal.

O questionamento dos autores parte de uma interpretação restritiva do dispositivo do art. 8º, § 2º, do Novo Código Florestal (Lei nº 12.651/2012), assim redigido:

Art. 8º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente somente ocorrerá nas hipóteses de utilidade pública, de interesse social ou de baixo impacto ambiental previstas nesta Lei.

§ 1º A supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública.

§ 2º A intervenção ou a supressão de vegetação nativa em Área de Preservação Permanente de que tratam os incisos VI e VII do caput do art. 4º poderá ser autorizada, excepcionalmente, em locais onde a função ecológica do manguezal esteja comprometida, para execução de obras habitacionais e de urbanização, inseridas em projetos de regularização fundiária de interesse social, em áreas urbanas consolidadas ocupadas por população de baixa renda.

§ 3º É dispensada a autorização do órgão ambiental competente para a execução, em caráter de urgência, de atividades de segurança nacional e obras de interesse da defesa civil destinadas à prevenção e mitigação de acidentes em áreas urbanas.

§ 4º Não haverá, em qualquer hipótese, direito à regularização de futuras intervenções ou supressões de vegetação nativa, além das previstas nesta Lei. (grifei)

Ao ver do Ministério Público, somente na hipótese prevista no § 2º do art. 8º acima transcrito poder-se-á, excepcionalmente, autorizar a supressão ou intervenção em manguezal, não sendo possível na hipótese de utilidade pública, como é a ampliação do porto (art. 3º, VIII, b, da Lei nº 12.651/2012).

Em sua manifestação (fls. 1200), o IBAMA dá interpretação diversa do mesmo dispositivo legal. Na sua visão, o manguezal, enquanto área de preservação ambiental, enquadra-se na regra geral do *caput* do art. 8º e na exceção do § 2º, razão pela qual é viável a sua supressão ou intervenção em face de obras de utilidade pública, como a ampliação do Porto de São Sebastião.

A interpretação do IBAMA é mais condizente com uma leitura sistemática da nossa legislação ambiental. É possível a supressão ou intervenção em vegetação de manguezal em função de obra de utilidade pública, mas sempre em caráter excepcional e mediante compensação ambiental. Interpretação em sentido contrário tornaria a proteção ambiental um valor absoluto em detrimento do desenvolvimento econômico e social e implicaria na inviabilização da grande maioria de obras de infraestrutura no país.

No entanto, mesmo não partindo da mesma interpretação da legislação ambiental como pressuposto, chego à mesma conclusão dos autores pela existência de risco de sério e irreversível dano ao manguezal do Araçá autorizador do provimento cautelar formulado.

Explico. Primeiro, a supressão e intervenção no manguezal é medida excepcional, ou seja, que só poderá ser utilizada após o esgotamento das outras alternativas. Segundo, a intervenção deve se limitar ao mínimo necessário. Terceiro, a medida deve ser acompanhada da devida compensação ambiental, que deve equivaler à degradação ambiental causada, reestabelecendo assim o equilíbrio sustentável.

No caso presente, não há consenso sobre os riscos advindos da supressão e intervenção previstas no empreendimento. A proposta implica construção de laje sobre 75% da enseada do Araçá, com a utilização de pilotis, preservando manguezal mas limitando a iluminação natural. Em síntese, o manguezal vai ficar no escuro.

As fases 01 e 02, objeto da licença prévia ora questionada, já contemplam parte da cobertura do manguezal. A opção da construção da laje possivelmente será irreversível na sequência da ampliação.

Na parte final do Relatório de Impacto Ambiental - RIMA, o empreendedor de forma didática lista as perguntas e respectivas respostas mais frequentes e importantes do licenciamento. Na pergunta nº 24 (fls. 1160) aborda diretamente a construção das lajes sobre o Araçá e suas consequências, nos seguintes termos:

24. O MÉTODO CONSTRUTIVO PREVÊ LAJES SOBRE ESTACAS. A FALTA DE LUZ NÃO SERÁ PREJUDICIAL À FAUNA AQUÁTICA?

Não. As análises técnicas do EIA indicam que esse impacto será de pequena magnitude. Por outro lado, as estacas de sustentação terão um efeito positivo para a fixação e refúgio de diversos organismos podendo, inclusive, ocorrer um aumento da biodiversidade local a médio e longo prazo.

Creio ser um exagero afirmar que a falta de luz provocada pela laje que cobrirá o manguezal represente, mesmo que a médio prazo, um aumento de biodiversidade do ecossistema.

Por outro lado, os autores juntam manifestações da comunidade científica questionadoras dos efeitos nocivos da solução apresentada que comprometeria a função ambiental do manguezal, principalmente considerando a cobertura ou sombreamento da área de preservação permanente. As manifestações do professor Alexander Turra do Departamento de Oceanografia Biológica do Instituto Oceanográfico da USP (fls. 1108 e 1111) sintetizam bem a posição da comunidade científica neste sentido.

Tamanha é a singularidade do Manguezal do Araçá em termos de biodiversidade que a Universidade de São Paulo – USP mantém nas proximidades o seu Centro de Biologia Marinha - CEBIMar-USP e pesquisadores de várias universidades estão integrados em projeto patrocinado pela Fundação de Amparo à Pesquisa do Estado de São Paulo - FAPESP que visa o estudo aprofundado do ecossistema ali presente (fls. 1005).

As manifestações da comunidade científica levam, no mínimo, a configuração de séria dúvida sobre se a alternativa do projeto de cobertura do manguezal é a mais adequada. Neste contexto, em caso de dúvida, deve imperar, nos termos do princípio da precaução, a proteção do meio ambiente, principalmente considerando a singularidade do ecossistema.

Ademais, qualquer intervenção deve ser medida excepcional e vir acompanhada de medida compensatória proporcional ao dano ambiental causado. No caso, a licença prévia não especificou a medida compensatória a ser adotada, impedindo a mensuração da sua equivalência ao dano causado.

Neste cenário, diante do real risco da adoção de intervenção comprometedor de um ecossistema tão sensível e protegido, deve prevalecer, em juízo cautelar, o princípio da precaução.

Conclusão

Nem todos os argumentos lançados pelos autores contribuem para a formação da fumaça do bom direito, mas a falta de análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre o empreendimento objeto de licenciamento e a ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR, a falta de comprovação da Autorização de Licenciamento Ambiental - ALA das unidades de conservação afetadas e o risco de dano irreversível ao manguezal do Araçá são suficientes configurar o requisito autorizador do provimento cautelar.

Presente também o perigo da demora, pois o início das obras pode representar dano irreparável ao meio ambiente, além o risco de desperdício de recursos públicos.

Diante do exposto, *defiro o pedido de liminar* para suspender os efeitos da licença prévia nº. 477/13 emitida pelo IBAMA das denominadas fases 01 e 02 do Projeto Integrado Porto Cidade, mais conhecido como ampliação do Porto de São Sebastião, determinando que os réus procedam:

a-) a retificação do EIA/RIMA com a análise dos impactos cumulativos e sinérgicos entre o empreendimento objeto de licenciamento e a ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR, objeto de licenciamento ambiental pela CETESB, com a análise objetiva da compatibilidade dos dois projetos;

b-) a apresentação da Autorização de Licenciamento Ambiental - ALA prevista no art. 36, § 3º, da Lei nº Lei 9.985/00 das unidades de conservação diretamente afetadas pelo empreendimento (Parque Estadual da Serra do Mar, Parque Estadual da Ilhabela, Área de Proteção Ambiental Marinha do Litoral Norte e Área de Relevante Interesse Ecológico de São Sebastião);

c-) a apresentação de alternativas menos impactantes em relação ao manguezal do Araçá, com a devida justificativa técnico-científica.

Considerando a complexidade da obra e o respectivo licenciamento ambiental, importante criar o espaço institucional necessário ao entendimento entre as partes. A autocomposição apresenta-se como a forma mais célere da solução do conflito apresentado.

Com este objetivo, fica, desde já, designada *audiência preliminar de conciliação a ser realizada no dia 12 de agosto próximo às 13.00 hs.* nas dependências da Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião, na Av. Dr. Altino Arantes nº 544, Centro, São Sebastião, em frente ao Porto de São Sebastião.

A realização da audiência em local diverso da sede da Subseção Judiciária tem como objetivo permitir inclusive a visita das partes e seus representantes ao Porto de São Sebastião, utilizando-se a estrutura da Autoridade Marítima.

Na audiência preliminar de conciliação ora designada, as partes deverão comparecer acompanhadas de seus representantes legais, podendo cada uma contar com a participação de um técnico. As partes ficam já cientes da possibilidade de visita às dependências do Porto de São Sebastião.

A realização de audiência preliminar de conciliação antes do transcurso do prazo de resposta dos réus não representa prejuízo ao contraditório e ampla defesa constitucionalmente assegurados.

Intime-se também o IBAMA para juntar, no prazo de resposta dos réus, cópia integral do processo de licenciamento ambiental.

Oficie-se à CETESB para que proceda à juntada do procedimento de licenciamento ambiental da Ampliação do Terminal Marítimo Almirante Barroso – TEBAR de responsabilidade da Petrobrás Transportes S/A – Transpetro.

Dê-se ciência, por ofício, da presente decisão à Petrobrás Transportes S/A – Transpetro.

Citem-se. Intimem-se.

Caraguatatuba, 11 de julho de 2014.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL **0016764-63.2014.4.03.6301**

Autora: CLAUDINEIA XAVIER DE OLIVEIRA
Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE SÃO PAULO – SP
Juiz Federal: ROGÉRIO VOLPATTI POLEZZE
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 22/07/2014

Parte autora requer concessão de benefício por incapacidade de trabalhar, com pagamento de atrasados.

Passo a decidir.

No mérito, parte autora tem razão *parcial*.

Para a concessão do benefício de aposentadoria por invalidez, necessário observar os respectivos requisitos legais, constante do artigo 42 da Lei nº 8.213/91:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição. (destacou-se)

Por sua vez, do art. 59, Lei nº 8.213/91, vê-se que a incapacidade para o trabalho habitual bastaria à concessão do auxílio-doença.

Por último, o auxílio acidente vem previsto no artigo 86 da Lei nº 8.213/91:

O auxílio-acidente será concedido, como indenização, ao segurado quando, após consolidação das lesões decorrentes de acidente de qualquer natureza, resultarem seqüelas que impliquem redução da capacidade para o trabalho que habitualmente exercia).

A propósito dos três benefícios, acompanho entendimento no sentido de que a pretensão inicial diz respeito a benefício por incapacidade, o que engloba aposentadoria por invalidez, auxílio-doença ou auxílio-acidente. No sentido da alegada fungibilidade entre benefícios de incapacidade:

PREVIDENCIÁRIO - PRELIMINAR - JULGAMENTO "EXTRA PETITA" - REJEIÇÃO - REMESSA OFICIAL TIDA POR INTERPOSTA - AUXÍLIO-DOENÇA - REQUISITOS - PREENCHIMENTO --IMPLANTAÇÃO IMEDIATA.

I - *Não importa em julgamento "extra-petita" a concessão de auxílio-doença ao invés de aposentadoria por invalidez, uma vez comprovada a incapacidade laboral total e temporária da autora.*

II- Remessa oficial tida por interposta (Lei nº 9.469/97).

III-Tendo em vista a patologia apresentada pela autora, não há como se deixar de reconhecer que é inviável o retorno, por ora, ao exercício de sua atividade habitual, sendo-lhe devido o benefício de auxílio-doença nos termos do art. 61 e seguintes da Lei nº 8.213/91, inclusive abono anual, em conformidade com o art. 40 do mesmo diploma legal.

IV- Preenchidos os requisitos no tocante ao cumprimento da carência, bem como quanto à qualidade de segurada da autora.

V- O benefício deve ser implantado de imediato, tendo em vista o “caput” do artigo 461 do CPC.
VI- Preliminar argüida pelo réu rejeitada. Apelação do réu e Remessa Oficial tida por interposta improvidas.

(TRF3, Décima Turma, APELAÇÃO CÍVEL - 1169264/SP, Rel. JUIZ SERGIO NASCIMENTO, DJU 05/09/2007, destacou-se)

É que, diante de qualquer grau de incapacidade, desde que procurado o INSS, a autarquia deverá constatar a limitação laborativa, experimentada pelo segurado, e adequá-la aos benefícios previdenciários.

Feitas tais considerações, verifico estar constatada incapacidade própria do benefício de auxílio-acidente: parcial e permanente. Contudo, o art. 18, Lei nº 8.213/91, prevê o que segue:

§ 1º. Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, VI e VII do art. 11 desta Lei.

Ou seja, não contempla os segurados previstos no inciso II do art. 11:

como empregado doméstico: aquele que presta serviço de natureza contínua a pessoa ou família, no âmbito residencial desta, em atividades sem fins lucrativos.

Tal disposição, ainda que despertasse discordância/estranhamento, por sinalizar evidente desigualdade no tratamento entre empregados domésticos e os demais, vem confirmada jurisprudencialmente. A título de exemplo:

PREVIDENCIÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE NEGOU PROVIMENTO AO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AUXÍLIO-ACIDENTE. DOENÇA PROFISSIONAL. RECONHECIMENTO PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS DA AUSÊNCIA DE REDUÇÃO DA CAPACIDADE LABORATIVA E DE NEXO CAUSAL. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Nos termos do art. 86 da Lei 8.213/91, para que seja concedido o auxílio-acidente, necessário que o segurado empregado, exceto o doméstico, o trabalhador avulso e o segurado especial (art. 18, § 1o. da Lei 8.213/91), tenha redução na sua capacidade laborativa em decorrência de acidente de qualquer natureza.

2. Por sua vez, o art. 20, I da Lei 8.213/91 considera como acidente do trabalho a doença profissional, proveniente do exercício do trabalho peculiar à determinada atividade, enquadrando-se, nesse caso, as lesões decorrentes de esforços repetitivos.

3. As instâncias ordinárias, com base na prova pericial produzida em juízo, julgaram improcedente o pedido de concessão de auxílio-acidente com base na conclusão de que a seqüela que acomete a segurada não acarreta prejuízo laboral considerável.

4. Além disso, a alteração dessa conclusão, na forma pretendida, demandaria necessariamente a incursão no acervo fático-probatório dos autos, o que encontra óbice na Súmula 7 do STJ, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial.

5. Agravo Regimental desprovido.

(STJ, PRIMEIRA TURMA, AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 108381, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJE 17/09/2012)

Ocorre, entretanto, que, por meio da Emenda Constitucional nº 72/2013, a distinção no tratamento para os empregados domésticos - previsto nos termos originais do parágrafo único do art. 7, Constituição Federal (CF) - foi abolida. O mencionado parágrafo único recebe, nos dias atuais, a seguinte redação:

São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VII, VIII, X, XIII, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XXI, XXII, XXIV, XXVI, XXX, XXXI e XXXIII e, atendidas as condições estabelecidas em lei e observada a simplificação do cumprimento das obrigações tributárias, principais e acessórias, decorrentes da relação de trabalho e suas peculiaridades, os previstos nos incisos I, II, III, IX, XII, XXV e XXVIII, bem como a sua integração à previdência social.

Chama atenção, agora, que o doméstico, também, vem contemplado na proteção em razão de acidente de trabalho, sendo expresso seu direito ao inciso XXVIII, do art. 7, CF (antes, afastado dos direitos dos domésticos):

seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

Ora, diante da clareza da EC nº 72/2013 - cuja finalidade mencionava “Altera a redação do parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal para estabelecer a igualdade de direitos trabalhistas entre os trabalhadores domésticos e os demais trabalhadores urbanos e rurais” -, mais ainda, considerando inclusão no patrimônio jurídico do doméstico de proteção, inclusive, em face de acidentes de trabalho, como, então, querer perpetuar exceção meramente legal, constante da Lei nº 8.213/91, sem qualquer subsídio constitucional?

Entendo que não resta possível, diante de, volto a afirmar, equiparação plena nos direitos de quaisquer empregados (domésticos, ou não), no Brasil, inclusive, como manutenção de previsão geral de sua integração à previdência social. Ou seja, concluo que, desde a modificação pela EC nº 72/2013, perdeu-se fundamento de validade da distinção sobre auxílio-acidente aos segurados empregados domésticos. E, desde sua publicação, ou seja, 03/04/2013, tal distinção não é mais legítima, nos estritos termos constitucionais vigentes no Brasil.

No contexto, diante de acidente em 24/12/2011, com recebimento de auxílio-doença até 25/11/2013, resta indubitoso o direito da autora ao recebimento de auxílio-acidente, desde 26/11/2013.

Atendido o art. 4, Lei nº 10.259/01, observando a norma de regência do benefício pedido (art. 86, Lei nº 8.213/91), *concedo tutela de urgência à parte autora, de forma a determinar que o INSS implante benefício de auxílio-acidente em seu favor no prazo de 20 (vinte) dias.*

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, determinando ao INSS a concessão do benefício de auxílio-acidente, em favor da parte autora, a partir de 26/11/2013.

Por conseguinte, analiso o mérito (artigo 269, inciso I, do CPC).

Desde logo, intime-se com brevidade a autarquia para cumprimento da tutela de urgência concedida. O INSS deverá comprovar nestes autos cumprimento da tutela de urgência.

O Instituto Nacional do Seguro Social deverá iniciar o pagamento do benefício (DIP) no dia 1º do corrente mês.

Após o trânsito em julgado, com a informação do cumprimento da tutela de urgência (e, portanto, valores da RMI e RMA), remetam-se os autos para contadoria, para apuração dos atrasados, vencidos desde a data de início do benefício (DIB) até a DIP, respeitada a prescrição quinquenal, com atualização monetária e juros nos termos da Resolução 134/10, do CJF, para o fim de expedição de RPV ou Precatório.

No cálculo dos atrasados, deverão ser desconsiderados eventuais outros benefícios percebidos pela parte autora. Não poderão ser descontadas remunerações posteriores ao início da incapacidade, considerando os termos da Súmula 72 da TNU:

É possível o recebimento de benefício por incapacidade durante período em que houve exercício de atividade remunerada quando comprovado que o segurado estava incapaz para as atividades habituais na época em que trabalhou.

Sem custas e honorários advocatícios, a teor do art. 1º da Lei nº 10.259/01 c.c. o art. 55, *caput* da Lei nº 9.099/95.

Concedo os benefícios da assistência judiciária gratuita à parte autora.

Fica a parte autora intimada que, se desejar recorrer, seu prazo é de 10 (dez) dias a contar desta data, e de que deverá constituir advogado ou procurar a Defensoria Pública da União, situada à Rua Fernando Albuquerque nº155, São Paulo/SP, tel. (11) 3231-0866/0885.

P.R.I.

Juiz Federal ROGERIO VOLPATTI POLEZZE