

# Sentenças





## **AÇÃO ORDINÁRIA** **0009763-92.2007.4.03.6100**

**Autora: ASTRAZENECA AB**

**Réu: INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI**

**Assistente Simples: ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS**

**Origem: JUÍZO FEDERAL DA 25ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP**

**Juiz Federal: DJALMA MOREIRA GOMES**

**Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 14/06/2013**

### *Vistos em sentença.*

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por ASTRAZENECA AB em face do INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI, objetivando, em síntese, *i)* a anulação da decisão que indeferiu a concessão da patente PI 9508292-1 no que tange aos compostos compreendidos nas reivindicações 26-29, com a consequente remessa do pedido de proteção para análise da ANVISA, na forma prevista no art. 229-C, da Lei de Propriedade Industrial; *ii)* a obtenção de provimento jurisdicional que determine ao requerido o prosseguimento do exame das reivindicações 1-25 do pedido de patente PI 9508292-1, sem aplicação dos proibitivos previstos nos arts. 229-A, 230 e 231 da LPI.

Aduz a autora haver desenvolvido a invenção intitulada “PROCESSOS PARA A SÍNTESE ENÂNCIO-SELETIVA DE UM COMPOSTO, (-)-5-METÓXI-2-[[[(4-METÓXI-3,5-DIMETIL-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, COMPOSTO, E USO DOS COMPOSTOS”, que foi objeto do pedido de patente na Suécia - nº 9402510-3 de 15.07.1994, o qual, com base na Convenção da União de Paris - CUP, originou o pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995. Esclarece a requerente que além da Suécia e outros países, também foi designado o Brasil para proteção da invenção revelada, sendo que referido pedido internacional entrou na fase nacional brasileira em 15.01.1997, originando o presente pedido de patente nº PI 9508292-1.

Sustenta a demandante que no dia 28 de junho de 2002 o INPI proferiu parecer no sentido de que “(..) nas buscas efetuadas não foram encontradas anterioridades impeditivas. O objeto do pedido apresenta aplicação industrial e atende às disposições da legislação em vigor. O pedido encontra-se em condições de obter o privilégio requerido.”

Em conformidade com o disposto no art. 229-C da LPI, o INPI remeteu o pedido de patente para ser examinado pela ANVISA, que, extrapolando a sua competência fixada pela Lei nº 9.782/99, analisou os requisitos de patenteabilidade do PI 9508292-1, proferindo parecer contrário à concessão do pedido.

Assevera a requerente que quando do retorno dos autos do procedimento administrativo ao INPI, para sua surpresa, o requerido acatou o parecer da ANVISA, que não se limitou a aspectos de saúde pública, que é seu dever, tratando, ao contrário, de aspectos da propriedade

industrial. Em consequência, o INPI mudou seu entendimento original, proferindo novo parecer no sentido de que *a)* os compostos compreendidos nas reivindicações 26-29 não preenchem o requisito da novidade, estipulado no art. 8º da Lei nº 9.279/96. Além disso, não podem ser definidos pelas etapas do processo, pois deveriam ser definidos pela sua forma estrutural, de acordo com as diretrizes do próprio INPI e em conformidade com o art. 25 da mencionada norma; *b)* a matéria definida nas reivindicações 1-25 dizem respeito a um processo de preparação de um produto químico-farmacêutico, que à época do pedido não era patenteável por força do disposto nos arts. 229-A, 230 e 231 da LPI.

A autora interpôs recurso administrativo contra o indeferimento do pedido de patente, não logrando êxito, todavia, visto que em 27 de junho de 2006 houve a publicação do parecer final de indeferimento de seu pleito.

Irresignada, ajuíza a presente ação a fim de comprovar que o pedido de patente PI 9508292-1 preenche os requisitos legais para que seja deferido.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 23/210.

A decisão de fl. 213 deferiu o pedido para que a autarquia publicasse em seu sítio eletrônico e na Revista de Propriedade Industrial a informação de que *o prazo* de proteção da patente nº PI 9508292-1 encontrava-se *sub judice*.

Foram opostos embargos de declaração pela requerente (fls. 218/219), que, acolhidos, resultaram na modificação da decisão de fl. 213. Passou a constar que *o pedido* de patente PI 9508292-1 encontrava-se *sub judice*. (fls. 231/232).

Citado, o INPI ofertou sua contestação às fls. 239/252. Sustentou, preliminarmente, a necessidade de prestação de caução pela autora por tratar-se de sociedade empresária estrangeira (art. 835, do CPC). No mérito aduziu, em suma, que o art. 229, em sua redação original, era categórico no sentido de que os pedidos em andamento, referentes à patenteabilidade de substâncias, matérias ou produtos obtidos por meios ou processos químicos e as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação, só seriam privilegiáveis nas condições estabelecidas nos art. 230 e 231 da LPI. Esclarece a autarquia que o art. 230 refere-se ao instituto que se convencionou chamar de *pipeline*, patente cujo exame de patenteabilidade não é feito pela Autoridade Nacional, mas cuja revalidação reporta-se à verificação, por uma autoridade estrangeira, de seus requisitos de privilegiabilidade, atendidos alguns requisitos específicos.

Nesse sentir, alega o INPI que não obstante a previsão do art. 229 da LPI, a autora não exerceu seu direito por meio do instituto *pipeline*, pelo que não pode pretender impor sua pretensão *contra legem*.

No que concerne à alegação de aplicabilidade do acordo TRIPS, entende a autarquia que a obrigação do Estado Brasileiro em incorporar os critérios do TRIPS em seu ordenamento pátrio não remete à data de 01.01.1995, mas sim à data de 01.01.2000, conforme art. 65(2) do acordo.

Por fim, em relação ao pedido para patenteamento do composto farmacêutico, defende o INPI que a requerente não logrou êxito em afastar as anterioridades apontadas, consistentes nos documentos US 5035899, de 30.07.91; US 5045552, de 03.09.91; o artigo de Yamada, S e o artigo de Strigs – Nelson K.

Réplica às fls. 268/288.

Instadas as partes, a postulante pugnou pela produção de prova pericial (fls. 287/288), ao passo que o INPI requereu o julgamento antecipado da lide (fl. 294).

O despacho de fl. 470, tendo em vista a impugnação da parte autora ao pedido de intervenção no feito formulado pela ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS, determinou o desentranhamento das petições de fls. 299/401 e 408/457 para autuação em apartado, conforme preconizado pelo art. 51, I, do CPC.

Às fls. 497/500 foi trasladada para estes autos cópia da decisão proferida nos autos do processo nº 2008.61.00.029034-8, a qual indeferiu o ingresso da ASSOCIAÇÃO PRÓ-GENÉRICOS na qualidade de assistente simples do réu.

A decisão de fl. 501 acolheu a preliminar de necessidade de prestação de caução pela demandante, pelo que determinou o depósito do valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

A requerente efetuou o depósito do valor fixado a título de caução (fls. 502/503).

Consta às fls. 549/552v cópia da decisão proferida pelo E. TRF da 3ª Região nos autos do recurso de agravo de instrumento interposto pela ASSOCIAÇÃO PRÓ-GENÉRICOS em face da decisão que indeferiu o seu pedido de intervenção no feito. Foi dado provimento ao recurso.

Manifestação da ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS INDÚSTRIAS DE MEDICAMENTOS GENÉRICOS - PRÓ GENÉRICOS às fls. 584/589, por meio da qual requer o julgamento antecipado da lide.

O despacho de fl. 590 determinou ao INPI a juntada de cópia integral do processo administrativo atinente ao pedido de patente objeto da presente demanda, o que foi devidamente cumprido às fls. 594/993.

A decisão saneadora de fls. 1020/1022 deferiu o pedido para produção de prova pericial.

As partes ofertaram seus quesitos às fls. 1032/1036; 1061/1067; 1078/1104; 1108/1117 e 1156/1166.

A ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS interpôs agravo de instrumento (fls. 1037/1057) em face da decisão que deferiu a realização de perícia, sendo que o E. TRF da 3ª Região houve por bem negar seguimento ao recurso apresentado (fls. 1069/1076).

Fixação dos honorários periciais às fls. 1169/1171, com a apresentação de quesitos pelo Juízo.

Depositado o valor atinente à remuneração do perito (fls. 1178/1179).

O laudo pericial foi acostado às fls. 1184/1395. Em petição de fl. 1396 o perito judicial solicitou o levantamento dos honorários, bem como a complementação do valor anteriormente fixado (R\$ 40.000,00) em R\$ 20.000,00.

Instadas as partes, a requerente concordou com as conclusões do perito judicial (fls. 1407/1424), ao passo que a ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS (fls. 1445/1473) e o INPI (fls. 1475/1487) apresentaram manifestação de discordância. Todas as partes foram contrárias à complementação do valor a título de honorários periciais.

Vieram os autos conclusos.

*É o relatório.*

*Fundamento e decido.*

Considerando que a preliminar sobre a necessidade de prestação de caução pela autora já foi apreciada à fl. 501, passo ao exame do *mérito*.

Cuida-se de ação ordinária ajuizada por ASTRAZENECA AB visando, em suma, afastar decisão proferida pelo INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL - INPI nos autos do PI 9508292-1. A decisão vergastada indeferiu o pedido de concessão de patente ao

fundamento de que o objeto reivindicado encontraria óbice no que dispõem os arts. 8º, 25 e 229-A da Lei nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial).

Do exame do processo administrativo em trâmite perante o INPI é possível extrair que a sociedade empresária autora buscou a proteção patentária de “*PROCESSOS PARA A SÍNTESE ENÂNCIO-SELETIVA DE UM COMPOSTO, (-)-5-METÓXI-2-[[[(4-METÓXI-3,5-DIMETIL-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-[[[(4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[[(3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, COMPOSTO, E USO DOS COMPOSTOS*”. Foram apresentadas, ao todo, 29 (vinte e nove) reivindicações.

Em parecer técnico de fls. 752/753 os examinadores do INPI sugeriram o deferimento do pedido como Privilégio de Invenção, sendo que a expedição da carta de patente estava condicionada à prévia anuência da Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA, conforme determina o art. 229-C da Lei nº 9.279/96.

Remetidos os autos, a ANVISA procedeu a uma análise técnica quanto ao mérito do pedido de patente, apurando irregularidades que deveriam ser sanadas. Decidiu, pois, pelo retorno dos autos ao INPI (fls. 756/758).

Em novo parecer (fls. 759/760), os examinadores do INPI constataram a ocorrência de um *equivoco* quando do exame do presente pedido de invenção, ocasião em que formularam *exigências* a serem observadas pela autora. Os pareceres de fls. 769/770 e 800/801 também determinaram que a postulante providenciasse a adequação do pedido de proteção às normas que regulamentam a matéria.

Ao final, o INPI houve por bem indeferir, em primeira instância, o PI 9508292-1 (fls. 829/830).

Interposto recurso administrativo (fls. 849/852) e apresentadas novas vias de reivindicações (fls. 924/926), o INPI proferiu parecer pela manutenção do indeferimento do pedido de invenção ao fundamento de que “(...) a matéria definida nas reivindicações 1-25 do pedido em questão, diz respeito a um processo de preparação de um produto químico-farmacêutico tendo sido depositado no período em que a legislação brasileira exclui de proteção por patentes determinados setores da indústria, a argumentação da recorrente não procede. Além do fato de que a matéria definida nas reivindicações 26-29, não é merecedora da proteção requerida, tal como analisado e evidenciado no parecer técnico datado de 16/09/2005 e notificado na RPI de 21/02/2006.” (fl. 951)

É contra essa decisão que a autora se insurge ao propor a presente demanda.

Pois bem.

Como se sabe, a patente é um direito conferido pelo Estado ao titular de um invento, garantindo-lhe a *exclusividade* da exploração da tecnologia por um determinado período como contrapartida pelo acesso do público aos pontos essenciais da invenção.

A Constituição Federal inscreveu o direito à proteção patentária no rol de garantias fundamentais previsto em seu art. 5º, *in verbis*:

Art. 5º (...)

XXIX – a lei assegurará aos autores de inventos industriais privilégio temporário para sua utilização, bem como proteção às criações industriais, à propriedade das marcas, aos nomes de empresas e a outros signos distintivos, tendo em vista o interesse social e o desenvolvimento tecnológico e econômico do País.

Com efeito, o instrumento normativo que regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial no Brasil – Lei nº 9.279/96 – estabelece que é patenteável a invenção que atenda aos requisitos da *novidade, atividade inventiva e aplicação industrial* (art. 8º).

Tais requisitos são assim conceituados:

**NOVIDADE** – que a tecnologia ainda não tenha sido tornada acessível ao público, de forma que o técnico, dela tendo conhecimento, possa reproduzi-la.

**ATIVIDADE INVENTIVA** – que a inovação não decorra obviamente do estado da arte, ou seja, que o técnico não possa produzi-la simplesmente com o uso de conhecimentos já acessíveis.

**APLICAÇÃO INDUSTRIAL** – que a tecnologia seja capaz de emprego, modificando diretamente a natureza, numa atividade econômica qualquer.

Em complemento, preconiza o art. 11 da LPI que a invenção e o modelo de utilidade são considerados *novos* quando não compreendidos no estado da técnica, sendo este constituído por tudo aquilo tornado acessível ao público antes da data de depósito do pedido de patente, por descrição escrita ou oral, por uso ou qualquer outro meio, no Brasil ou no exterior (art. 11, § 1º, LPI)

Dessarte, preenchidos os requisitos normativamente previstos, o pedido de patente deve ser deferido.

No caso em apreço, deduz-se que o INPI indeferiu o pedido de patente nº PI 9508292-1 por “questões formais” (art. 229-A, LPI) no que concerne às reivindicações 1-25 e “questões meritórias” (ausência do requisito novidade) no que toca às reivindicações 26-29.

Dessa forma, didaticamente, examino as alegações das partes de forma segmentada: primeiro, o pedido de patente do *processo* (reivindicações 1-25) e, após, o pedido de proteção patentária do *composto* (26-29).

## REIVINDICAÇÕES 1-25

Colhe-se dos autos que no tocante às reivindicações 1-25, atinentes ao *processo* para a síntese enâncio seletiva de um composto sulfóxido de fórmula (I) ou de um sal alcalino do mesmo, o INPI sequer examinou o preenchimento ou não das condições estampadas no art. 8º da LPI (novidade, atividade inventiva e utilidade industrial).

Isso porque a matéria reivindicada foi enquadrada no disposto no art. 229-A da LPI, o qual determina:

Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1º de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea “c”, da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)

Dessume-se, pois, que o indeferimento do pedido se deu *ex vi legis*, sem que aspectos atinentes ao *mérito* da pretensão fossem analisados.

Em contrapartida, sustenta a demandante, em apertada síntese, que tal preceito normativo não deveria ser aplicado, vez que o acordo *TRIPS* já estava em vigor no Brasil desde 1995 e suas normas tinham plena eficácia. Ademais, argumenta que a inclusão do artigo em exame ocorreu somente em 2001, por força da Lei nº 10.196, logo, em data *posterior* ao depósito do pedido no Brasil.

Pois bem.

Reputo que o exame das alegações aventadas por ambas as partes pressupõe uma rápida digressão a respeito da concessão de patentes de *processos* para a obtenção de produtos químico-farmacêuticos no Brasil.

O Brasil, durante a vigência do antigo (e revogado) Código de Propriedade Industrial (CPI)<sup>1</sup>, *não* reconhecia patentes para produtos das áreas químicas, farmacêutica e alimentícia, assim como para os respectivos *processos* de obtenção.

É o que exsurge do art. 9º, alínea “c” do CPI:

Art. 9º Não são privilegiáveis:

(...)

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

No ano de 1994 foi assinado um conjunto de acordos que encerrou a Rodada Uruguai e criou a Organização Mundial do Comércio (OMC). Dentre tais acordos, destaca-se o *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – TRIPS* (também denominado de Acordo Relativo aos Aspectos do Direito da Propriedade Intelectual Relacionados com o Comércio – ADPIC), o qual contou com a adesão do Brasil.

O TRIPS, ao estabelecer padrões mínimos no âmbito do direito internacional relacionados às patentes, cuidou da matéria patenteável em seu artigo 27 da seguinte forma:

1 – Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2º e 3º abaixo, *qualquer invenção, de produto ou de processo, em todos os setores tecnológicos, será patenteável, desde que seja nova, envolva um passo inventivo e seja passível de aplicação industrial.* Sem prejuízo do disposto no parágrafo 4º do artigo 65, no parágrafo 8º do art. 70 e no parágrafo 3º deste Artigo, as patentes serão disponíveis e os direitos patentários serão usufruíveis sem discriminação quanto ao local de invenção, quanto a seu setor tecnológico e quanto ao fato de os bens serem importados ou produzidos localmente.

Em observância ao que foi acordado internacionalmente, o Brasil, com a edição da nova Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96), passou a *reconhecer* o direito à proteção dos inventores de produtos/processos novos.

Assentadas tais premissas, passo ao exame do caso em específico.

A autora desenvolveu a invenção intitulada “PROCESSOS PARA A SÍNTESE ENÂNCIO-SELETIVA DE UM COMPOSTO, (-)-5-METÓXI-2-[[[(4-METÓXI-3,5-DIMETIL-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL,

1 Lei nº 5.772, de 21.12.1971, que vigorou até a entrada em vigor da Lei nº 9.279/96.

(-)-5-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-FLUORO-2-(((4-CICLOPROPILMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL) SULFINIL)-1H-BENZIMIDAZOL, (-)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, (+)-5-CARBOMETÓXI-6-METIL-2-[[3,4-DIMETÓXI-2-PIRIDINIL) METIL] SULFINIL]-1H-BENZIMIDAZOL, COMPOSTO, E USO DOS COMPOSTOS”, objeto do pedido de patente na Suécia – nº 9402510-3 de 15.07.1994, que, com base na Convenção da União de Paris – CUP, originou o pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995, no qual, além da Suécia e outros países, foi designado o Brasil para proteção da invenção ali revelada. Dentro do prazo fixado no acordo internacional Tratado de Cooperação de Patentes (*Patent Cooperation Treaty – PCT*), o referido pedido internacional entrou na fase nacional brasileira em 15.01.1997, originando o presente pedido de patente PI 9508292-1.

Ao apreciar as reivindicações 1-25, o INPI houve por bem indeferir o pleito autoral com amparo no que preceitua o art. 229-A da LPI.

Como já dito, sustenta a demandante, em apertada síntese, que tal preceito normativo (art. 229-A da LPI) não deveria ser aplicado, vez que, quando do depósito do pedido de patente, o acordo TRIPS já estava em vigor no Brasil (desde 1995) e suas normas tinham plena eficácia. Ademais, argumenta que a inclusão do artigo em exame ocorreu somente em 2001, por força da Lei nº 10.196, logo, em data posterior ao depósito do pedido no Brasil.

No que concerne à alegação de vigência e, portanto, incidência do acordo *TRIPS* ao caso vertente, tenho que *não* assiste razão à autora.

Explico.

De fato, o Acordo TRIPS, assinado no ano de 1994 e com vigência, de modo geral, a partir de 1º de janeiro de 1995, previu a patenteabilidade de qualquer invenção (produto/processo), em todos os setores tecnológicos, desde que preenchidos os requisitos da novidade, atividade inventiva e aplicação industrial.

Contudo, o próprio TRIPS consignou, em suas disposições transitórias, que nenhum membro estaria obrigado a aplicar as normas antes de transcorrido um prazo geral de 01 (um) ano da data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC. E mais, o acordo previu que países em desenvolvimento – categoria em que indubitavelmente se enquadrava e ainda se enquadra o Brasil – teriam direito a postergar a data de aplicação das disposições do acordo por um prazo de mais 04 (quatro) anos.

Transcrevo dispositivos do Acordo TRIPS:

PARTE VI  
DISPOSIÇÕES TRANSITÓRIAS

Artigo 65

Disposições Transitórias

1. Sem prejuízo do disposto nos parágrafos 2, 3 e 4, nenhum Membro estará obrigado a aplicar as disposições do presente Acordo antes de transcorrido um prazo geral de um ano após a data de entrada em vigor do Acordo Constitutivo da OMC.
2. Um País em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1, por um prazo de quatro anos, com exceção dos Artigos 3, 4 e 5.

Dessa forma, para os países em desenvolvimento a aplicabilidade do TRIPS foi postergada para 1º janeiro de 2000.

## É o que decidiu o Colendo Superior Tribunal de Justiça ao enfrentar a questão:

RECURSO ESPECIAL. PROPRIEDADE INDUSTRIAL. PATENTE DE MEDICAMENTO. PEDIDO DE PATENTE DEPOSITADA SOB A ÉGIDE DA LEI 5.771/71. IMPOSSIBILIDADE. INAPLICABILIDADE DO ACORDO TRIPS. ENTRADA EM VIGOR DA LEI 9.279/96. POSSIBILIDADE DE DEPÓSITO DE PATENTE *PIPELINE*. 1. *O art. 65.2 do TRIPs prevê prazo de extensão geral, estabelecido para todos os países em desenvolvimento, não sendo necessário qualquer tipo de manifestação por parte dos Estados membros incluídos nessa categoria, motivo pelo qual as disposições do TRIPs tornaram-se obrigatórias, no Brasil, somente a partir de 1º de janeiro de 2000.* 2. Por esse motivo, incabível a análise do pedido de patente da autora, depositado em 1992 e indeferido em 1999, diretamente e com base nas disposições do Acordo TRIPs. 3. Ademais, considerando que o pedido administrativo da autora é do ano de 1992, sob a égide da Lei 5.771/71, não é possível a concessão de patente de fármaco, ainda que o pedido de patente fora depositado e concedido em país estrangeiro. 4. Com a entrada em vigor da Lei 9.279/96, poderia a autora requerer a patente *pipeline*, desde de que cumpridos os requisitos dispostos na nova lei, o que não ocorreu. 5. O fato de a ora recorrente não poder cumprir os requisitos impostos pelo procedimento da patente *pipeline* e, conseqüentemente, não poder realizar um novo depósito, cuja obrigatoriedade sequer restou configurada, não implica violação ao art. 229 da Lei 9.279/96. 6. Não se conhece da divergência jurisprudencial quando fundada em acórdão paradigma deste Superior Tribunal de Justiça que representa jurisprudência superada. 7. Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório. Súmula 98/STJ. 8. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, parcialmente provido. (RESP 200802193766, LUIS FELIPE SALOMÃO, STJ - QUARTA TURMA, DJE DATA: 17/11/2010)

COMERCIAL. PROPRIEDADE INTELECTUAL. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. PATENTES. VIGÊNCIA DE QUINZE ANOS. ART. 24 DA LEI Nº 5.772/71. EXTENSÃO DO PRAZO DE VALIDADE. ACORDO TRIPS. (ARTS. 65 e 70, I). PAÍSES MEMBROS. DIREITO DE RESERVA. PERÍODOS DE INCIDÊNCIA DO ACORDO. PRIVILÉGIOS DE INVENÇÃO ANTERIORMENTE CONCEDIDOS. PRORROGAÇÃO DO PRAZO POR CINCO ANOS. AUSÊNCIA DE SUPORTE LEGAL. 1. “O TRIPS não é uma Lei Uniforme; em outras palavras, não é um tratado que foi editado de forma a propiciar sua literal aplicação nas relações jurídicas de direito privado ocorrentes em cada um dos Estados que a ele aderem, substituindo de forma plena a atividade legislativa desses países, que estaria então limitada à declaração de sua recepção. (...) Não se pode, realmente, pretender a aplicação do prazo previsto no art. 65.4 do TRIPS, por falta de manifestação legislativa adequada nesse sentido; porém, o afastamento deste prazo especial não fulmina, de forma alguma, o prazo genérico do art. 65.2, que é um direito concedido ao Brasil e que, nesta qualidade, não pode sofrer efeitos de uma pretensa manifestação de vontade por omissão, quando nenhum dispositivo obrigava o país a manifestar interesse neste ponto como condição da eficácia de seu direito.” (REsp nº 960.728-RJ, Terceira Turma, relatora Ministra Nancy Andrighi, DJe de 15/4/2009.) 2. Em consonância com a diretriz adotada pela Terceira Turma do STJ, a extensão de validade das patentes de quinze para vinte anos, regularmente constituídas sob a égide de lei interna nacional, não se revela como medida consentânea com a interpretação que requerem as normas concernentes ao sistema de proteção patentária do País, conjugado com os pressupostos norteadores do Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio (Acordo TRIPs ou ADPICs). 3. *Mesmo que vigente o TRIPs desde 1º de janeiro de 1995 em face de sua ratificação e promulgação, a regra prescrita no seu art. 65, 2 – “Um país em desenvolvimento Membro tem direito a postergar a data de aplicação das disposições do presente Acordo, estabelecida no parágrafo 1º, por um prazo de quatro anos, com*

*exceção dos Artigos 3, 4 e 5” – , por se constituir uma reserva concedida ao Brasil, sintetiza direito norteador de amparo ao reconhecimento de que a entrada em vigor no Acordo veio a ocorrer somente em 1º de janeiro de 2000, inibindo, portanto, sua plena incidência a partir da publicação oficial.* 4. Por não gerar o TRIPs obrigações relativas a atos ocorridos antes de sua data de aplicação para o respectivo Membro (art. 70, I), em harmonia com o direito de preferir os períodos de incidência do Acordo (art. 65), é manifesta a inexistência de imposição da sua observância no tocante a privilégios de invenção anteriormente concedidos, uma vez que não patenteado nenhum propósito de sua auto-aplicabilidade ou de sua aptidão para abarcar relações jurídicas afora aquelas que somente convergem para os seus Membros, tampouco qualquer comando preceptivo que permita a extensão do prazo de vigência da patente deferido com suporte na Lei nº 5.772/71. 5. Não há suporte legal nem obrigação do Brasil de garantir às patentes de invenção depositadas em data anterior a 1º de janeiro de 2000 a prorrogação por 5 (cinco) anos do prazo de validade – originalmente estabelecidos em 15 (quinze) anos –, de forma a vigorar por 20 (vinte) anos a proteção patentária em território nacional, mediante a aplicabilidade direta e sem reservas do Acordo TRIPs. 6. Recurso especial desprovido. (RESP 200400038267, JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, STJ - SEGUNDA SEÇÃO, DJE DATA: 02/08/2010)

Com efeito, não existe razão para este Juízo distanciar-se do entendimento firmado pelo E. STJ.

Não bastasse isso, a própria OMC, em interpretação autêntica, elenca o Brasil como membro que apenas precisa aplicar o TRIPs em 1º de janeiro de 2000.<sup>2</sup>

Sendo assim, quando a demandante efetuou o pedido internacional PCT/SE95/00818 em 03.07.1995, o acordo TRIPs ainda não vigia no Brasil, pelo que suas disposições não tem o condão de lhe socorrer.

Impõe-se, portanto, o estudo da *legislação nacional* a respeito do tema.

A postulante, por entender que sua invenção preenchia as condições explicitadas na lei, quando do depósito de seu pedido internacional PCT/SE95/00818 de 03.07.1995, designou o Brasil para a proteção do *processo* inventado, cuja fase nacional teve início em 15.01.1997, originando o pedido de patente PI 9508292-1.

Reputo importante ressaltar que, para os efeitos legais, a data a ser considerada é 03.07.1995, quando o pedido em questão foi depositado via PCT (Tratado em Matéria de Co- operação de Patente).

É o que doutrina Gustavo Binenbojm:

Em essência, o PCT facilita o trâmite internacional dos pedidos de patentes, possibilitando a busca simultânea da proteção patentária (rectius: reivindicação de prioridade) no território de seus Estados-membros. (...) Conforme o tratado, pedido internacional equipara-se ao depósito nacional, realizado perante a autoridade do Estado designado. Os países-membros do PCT obrigam-se a manter essa equiparação entre o pedido internacional e o depósito nacional, salvo quando ocorrerem determinadas situações, como as previstas no art. 24.1 do tratado. Segundo o inciso III deste artigo, o pedido PCT perderá eficácia quando o depositante não promover, no Estado designado, os atos relativos à fase nacional do pedido, na forma e prazo previstos pelo tratado. (*Temas de Direito Administrativo e Constitucional*; Artigos e Pareceres, Renovar, 2008, pág. 559)

2 [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/trips\\_e/tripfq\\_e.htm#Transition](http://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/tripfq_e.htm#Transition) – acessado em 07/06/2013.

Fixada a anterioridade da data do depósito para fins de análise do pedido patentário (03.07.1995), revelou-se, conforme adiante se verá, que a pretensão da requerente encontrou óbice no disposto pelo art. 229-A da Lei nº 9.279/96, incluído pela Lei nº 10.196 de 14 de fevereiro de 2001.

Art. 229-A. Consideram-se indeferidos os pedidos de patentes de processo apresentados entre 1o de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alínea “c”, da Lei nº 5.772, de 21 de dezembro de 1971, não conferia proteção, devendo o INPI publicar a comunicação dos aludidos indeferimentos. (Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)

Uma análise açada do citado preceito normativo poderia levar à conclusão – equivocada – de que o artigo, somente incluído em 2001, prejudicou os autores de inventos que fizeram o depósito do pedido de patente de processo, e, posteriormente, foram surpreendidos com o seu indeferimento. Alega a autora que está sendo prejudicada por uma lei posterior que criou exigência que não existia quando do depósito do seu pedido de patente no INPI.

Entretanto, não é esta a realidade.

Explico.

A Lei nº 9.279/96, atual Lei de Propriedade Industrial, foi publicada no Diário Oficial da União somente em 15 de maio de 1996.

Logo, quando do depósito do pedido internacional PCT/SE95/00818 em 03.07.1995, data considerada como o depósito também no Brasil, ainda estava em vigência o Código de Propriedade Industrial (Lei nº 5.772/71), o qual, como se sabe, não admitia a patenteabilidade de processo ora vindicada.

Art. 9º Não são privilegiáveis:

(...)

c) as substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos, de qualquer espécie, bem como os respectivos processos de obtenção ou modificação;

Independentemente da inclusão do art. 229-A na atual LPI, o pleito autoral não possuía condições de subsistir, uma vez o CPI excluía o objeto requerido da proteção patentária.

Tenho a firme convicção de que a Lei nº 10.196/2001 (fruto da conversão da Medida Provisória nº 2.105-15 de 2001) foi editada com o objetivo de tornar clara uma situação que já se fazia presente.

A leitura da Exposição de Motivos da Medida Provisória nº 2006/1999, que após sucessivas reedições foi convertida na Lei nº 10.196/2001, corrobora o acima exposto. *In verbis*:

No artigo segundo da Medida Provisória a proposta é a de indeferir os pedidos de patente apresentados entre primeiro de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997 – mesmo período citado no parágrafo anterior -, isto porque as “patentes de processo”, ao contrário das “patentes de produto” não eram matéria patentária de acordo com a Lei nº 5.772, que esteve em vigor até a entrada em vigor da Lei nº 9.279, em 14 de maio de 1997. A patente de processo, no referido período, não é, do mesmo modo, matéria sujeita às normas estabelecidas pelo Acordo sobre Aspectos dos Direitos de Propriedade Intelectual relacionados ao Comércio.<sup>3</sup>

3 [http://imagem.camara.gov.br/dc\\_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=28/01/2000&txpagina=3195&altura=700&largura=800](http://imagem.camara.gov.br/dc_20.asp?selCodColecaoCsv=J&DataIn=28/01/2000&txpagina=3195&altura=700&largura=800) – acessado em 07.06.2013.

*Ad argumentandum*, imperioso esclarecer que, de fato, a obtenção da patente ora vindicada só seria possível via *pipeline*.

Explico.

A Lei nº 9.279/96 foi publicada no Diário Oficial da União em *15 de maio de 1996*, prevenindo, para a maioria de seus artigos, uma *vacatio legis* de 01 (um ano) para a entrada em vigor. Somente os artigos 230, 231, 232 e 239 da norma passaram a vigor na data de sua publicação.

Art. 243. Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação quanto às matérias disciplinadas nos arts. 230, 231, 232 e 239, e 1 (um) ano após sua publicação quanto aos demais artigos.

O C. Superior Tribunal de Justiça decidiu, nos autos do Recurso Especial nº 1.038.032-RJ que “O art. 243 da Lei de Propriedade Industrial – LPI – possui uma peculiaridade, consistente no fato de dispor que parte dos seus dispositivos teve vigência imediata e parte ficou sujeita a um prazo de vacância. Assim, os arts. 230, 231, 232 e 239 da LPI entraram em vigor no dia *15.05.1996* e os prazos de depósito de patente *pipeline*, previstos nos arts. 230 e 231 encerraram-se no dia *15.05.1997*. O restante da Lei nº 9.279/96 entrou em vigor no dia *16.05.1997*”.

Pode-se afirmar, assim, que a LPI, em sua quase totalidade, passou a vigor tão somente em *16.05.1997*.

Com efeito, quando o pedido internacional PCT/SE95/00818 de *03.07.1995* entrou na fase nacional em *15.01.1997*, originando o presente pedido de patente, somente os arts. 230, 231, 232 e 239 da LPI estavam em vigor.

No que interessa ao deslinde do feito, anoto que os arts. 230 e 231 cuidam do instituto da *patente de revalidação* ou *pipeline*.

Gabriel Di Blasi, no livro *A Legislação Brasileira de Patentes e Tratados*, discorreu sobre o instituto nos seguintes termos:

O *pipeline* é a denominação dada a um dispositivo legal transitório que permite o reconhecimento de patente para produtos e processos, desde que estes – mesmo que já pesquisados – não tenham sido colocados em nenhum mercado do mundo. Isto ocorre no período de transição, entre a revogação de uma antiga lei e o início de vigência de outra, nova, que preveja o reconhecimento de patentes em áreas que a antiga não previa.

O termo *pipeline* – cuja tradução para o português seria tubulação – refere-se, no sentido figurado, aos produtos em fase de desenvolvimento e, portanto, ainda na tubulação que liga a bancada de pesquisa ao comércio. Ou seja, tais produtos e processos não chegaram ao mercado consumidor e, por isso, ainda não poderão ser protegidos. O *pipeline* também pode ser chamado de patente de revalidação.

Esse dispositivo tem como finalidade proporcionar aos inventores nacionais de criação já divulgada – mas anteriormente não patenteável –, aos requerentes de pedido de patente nacionais e estrangeiros, e aos titulares de patente estrangeira, a proteção acima citada. (...) (pág. 281/282)

Nos termos do art. 230, § 3º da LPI, comprovada a concessão da patente no país onde foi depositado o primeiro pedido, é concedida a patente no Brasil, tal como concedida no país de origem. Há, para estes casos, uma relativização do requisito da novidade. Além disso, o prazo de vigência da patente *pipeline* expira junto com o prazo de vigência da patente no país de origem (art. 230, § 4º, LPI), o que, de certa forma, representa um prejuízo para a requerente na medida em que o prazo de exclusividade da invenção será reduzido.

A única opção para a autora era formular um pedido de patente do tipo *pipeline* (os arts. 230 e 231 já estavam em vigor) e, por razões que fogem ao objeto dessa ação, isso não foi feito. Não se tratava de uma faculdade da demandante a escolha pelo *pipeline*. Era a sua única opção para a obtenção da patente almejada.

É o que decidiu o E. Tribunal Regional Federal da 2ª Região ao apreciar matéria análoga a dos autos:

ADMINISTRATIVO – CONCESSÃO DE PATENTE – *PIPELINE* – ART. 229 DA LEI 9.279/96 – APLICABILIDADE – INOBSERVÂNCIA DAS CONDIÇÕES DOS ARTS. 230 E 231 DA MESMA LEI – INDEFERIMENTO DO PEDIDO DE PATENTE. I - *As invenções descritas no art. 230 da nova Lei de Propriedade Industrial não eram consideradas patenteáveis pela antiga legislação do Código de Propriedade Industrial e, para tais, foi prevista uma regra especial e transitória no mencionado dispositivo legal.* Portanto, o legislador também previu, com a nova redação dada ao art. 229 da Lei de Propriedade Industrial, para os pedidos em andamento e depositados até 31 de dezembro de 1994, que os pedidos seriam automaticamente indeferidos. II - A prescrição legal não afronta o texto constitucional e é plenamente aplicável ao caso concreto, representando, sim, medida de economia no julgamento dos pedidos de patente formulados. *Se havia proibição para o registro da patente, o pedido seria juridicamente impossível, sendo natural o seu indeferimento. O legislador ressaltou, apenas, que, se fosse o caso, caberia, sim, a possibilidade prevista no art. 230 da nova LPI, desde que, naturalmente, houvesse o preenchimento das condições.* III - A apelante não fez uso da prerrogativa que lhe era conferida pelos artigos 230 e 231, no sentido de reivindicar, dentro do prazo de 01 (um) ano e através de instrumento específico, a proteção a substâncias, matérias, ou produtos obtidos por meios ou processos químicos, sendo aplicável, portanto, em razão de expresso comando, a norma prevista no artigo 229, da nova LPI. IV – Recurso improvido. (AC 200551015193817, Desembargador Federal ALUISIO GONCALVES DE CASTRO MENDES, TRF2 - PRIMEIRA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data: 16/07/2010 - Página: 26)

Desse modo, ao formular seu pedido de patente de *processo* (reivindicações 1-25) sem se valer do instituto *pipeline*, a pretensão da autora não lograria êxito, uma vez que, repisa-se, em 03.07.1995 (data na qual foi efetuado o depósito internacional via PCT), ainda estava em vigor o antigo Código de Propriedade Industrial, o qual, em seu art. 9º, alínea “c”, vedava o privilégio de *processo* para obtenção ou modificação de substâncias, matérias, misturas ou produtos alimentícios, químico-farmacêuticos e medicamentos de qualquer espécie.

Lado outro, forçoso ressaltar que em decorrência do não acolhimento das reivindicações de *processo* 1-25, nos termos da fundamentação adrede expendida, o indeferimento das reivindicações de *produtos* 24-25, *dependentes* deste processo, é consequência indissociável.

Revela-se, pois, escorregada a decisão proferida pelo INPI.

## REIVINDICAÇÕES 26-29

Tratando-se de pedidos de proteção atinentes a *compostos*, a legislação nacional admite a patenteabilidade, nos termos do art. 229-B, que assim preceitua:

Art. 229-B. Os pedidos de patentes de produto apresentados entre 1o de janeiro de 1995 e 14 de maio de 1997, aos quais o art. 9º, alíneas “b” e “c”, da Lei nº 5.772, de 1971, não conferia

proteção e cujos depositantes não tenham exercido a faculdade prevista nos arts. 230 e 231, serão decididos até 31 de dezembro de 2004, em conformidade com esta Lei. *(Incluído pela Lei nº 10.196, de 2001)*

Como já dito, o INPI houve por bem indeferir as reivindicações 26-29 ao fundamento de que os *compostos* apresentados não atendiam ao requisito da *novidade*, conforme disposto no art. 8º da Lei nº 9.279/96. Além disso, os examinadores da autarquia aplicaram o art. 25 do mesmo diploma legal, que preconiza: “As reivindicações deverão ser fundamentadas no relatório descritivo, caracterizando as particularidades do pedido e definindo, de modo claro e preciso, a matéria objeto da proteção.”

A *novidade* nas reivindicações 26-29 foi contestada pelo INPI em virtude dos documentos do estado da técnica US5045552, US5035899, bem como os artigos intitulados “Syntheses and Antiulcer Activities of Novel 2-[(6,7,8,9-Tetrahydro-5H-Cyclohepta(b)Pyridin-9-yl)sulfinyl]-1-H-Benzimidazole nalogues” e “Ro 18-5365, a potent new inhibitor of the gastric (H+K)-ATPase”.

Nesse sentir, versando o objeto da controvérsia sobre matéria eminentemente *técnica*, muitas vezes carece o magistrado de determinadas noções adstritas à esfera de conhecimento de um *expert* no assunto, pelo que foi determinada a realização de prova pericial.

E, no que pertine aos *compostos* reivindicados, o laudo pericial, subscrito pelos *experts* Luiz Gonzaga Junqueira de Aquino Filho (perito com ênfase na Lei de Propriedade Industrial) e Sabina Nehmi de Oliveira (Bacharel em Química), *vai de encontro* ao que foi decidido pela autarquia federal ao examinar a matéria. É possível extrair das conclusões periciais que:

Nenhuma (*sic*) dos documentos citados, tratou de enantiômeros simples dos compostos reivindicados nas reivindicações de números 26, 27, 28 e 29. Trataram de racematos ou misturas racêmicas, não evidenciando processo de síntese seguida de resolução (revelação do enantiômero simples), ou seu emprego ou uso em testes como substâncias enantioméricas simples e não na forma de racematos. O rigor científico não admite o emprego ou síntese de enantiômeros simples, dextrógiro ou levógiro, sem sinal de distintividade. (fl. 1198)

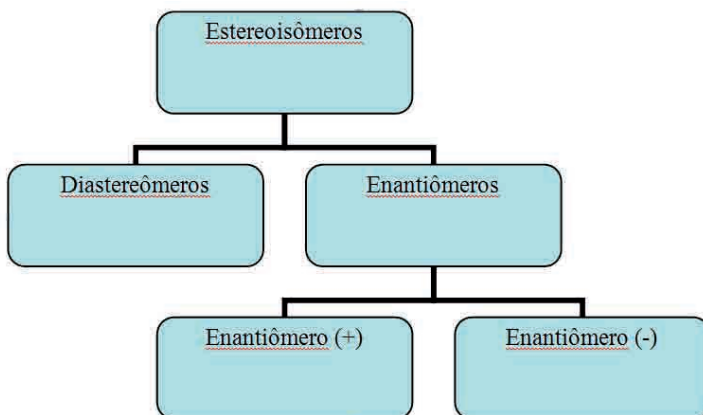
Em síntese, consignaram os auxiliares do Juízo que as *anterioridades* apontadas pelo INPI revelam os compostos em sua forma *racêmica*, sendo que o PI 9508292-1 apresenta *enantiômeros* (ou enantiômeros) *simples*.

Tecnicamente, esclareceram os peritos que:

Os estereoisômeros não são isômeros constitucionais (que possuem os mesmos números de átomos na moléculas (*sic*) mas com conectividade dos átomos em ordem diferentes, isto é, suas ordens de ligação são diferentes na molécula), mas sim diferenciam-se no arranjo de seus átomos no espaço (a ordem é a mesma mas existem diferenças espaciais, por vezes identificáveis em três dimensões e não em duas dimensões). Os estereoisômeros são subdivididos em enantiômeros e diastereômeros:

- os enantiômeros (expressão que no caso da PI 9508292-1 foi traduzida como “enantiômeros”) apresentam moléculas como se fossem imagens refletidas num espelho (imagens especulares) e não são superponíveis.
- diastereômeros possuem moléculas que não são especulares. (fl. 1197)

Esquemáticamente tem-se o seguinte quadro (fl. 1254):



Com efeito, por meio do *processo* que foi objeto do PI 9508292-1 (reivindicações 1-25) a autora obteve os enantiômeros simples (*composto*) que corresponderam às reivindicações *independentes* 26-29, os quais, no entender da perícia, são *novos* frente ao estado da técnica.

Em contrapartida, o INPI, assistido pela ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS, rebateu as conclusões do laudo pericial estabelecendo a controvérsia nos seguintes termos:

Os enantiômeros são estereoisômeros que são imagens espaciais do outro e apresentam a propriedade de rotação do plano da luz polarizada, seja direita ((+) ou (d) ou (R)) ou para a esquerda ((-) ou (l) ou (S)). Tais entidades químicas somente existem para compostos cujas moléculas apresentam ao menos um átomo quiral, ou seja, um átomo cujos grupamentos químicos a ele ligados são diferentes entre si. Além disso, ressalta-se que, ao se mencionar um composto químico quiral sem distintividade com relação aos seus estereoisômeros simples, está se mencionando necessariamente a mistura racêmica do composto, que é composta por proporções iguais de seus estereoisômeros.

(...)

Postos estes breves esclarecimentos, o ponto chave discutido em tela reside no entendimento daquilo que é revelado ao se considerar uma mistura racêmica. Assim, para o INPI, a partir de conhecimentos básicos, como os acima expostos, um técnico no assunto tem conhecimento de que sempre que uma molécula que apresenta pelo menos um átomo quiral é representada no estado da técnica sem os sinais distintivos de atividade ótica (+ ou -, d ou l, R ou S), esta tratará, necessariamente, da mistura racêmica do composto em questão, ou seja, esta revelará uma mistura equimolar dos dois enantiômeros simples. *Desta forma, é possível afirmar que sempre que a fórmula química de um composto com um átomo quiral é revelada, seus enantiômeros simples também estão revelados, ainda que não separadamente. Assim, para efeitos de análise de um pedido de patente, os enantiômeros simples posteriormente separados de uma mistura racêmica previamente revelada não são novos.* Este, é importante que se esclareça, é o ponto de divergência básica do INPI e do r. Perito em seu laudo pericial. (fls.1485/1486) (sem destaque no original)

Dessume-se, pois, que a divergência está na *interpretação* conferida pelos sujeitos processuais ao requisito da *novidade* em relação aos *enantiômeros simples* dos compostos reivindicados nas reivindicações 26-29: para a demandante e os auxiliares do Juízo a revelação dos enantiômeros simples confere novidade ao composto; ao passo que para o INPI e para a

assistente simples a existência dos enantiômeros simples em uma mistura racêmica é condição indissociável, de modo a infirmar novidade vindicada.

Pois bem.

Em que pese o elucidativo e didático parecer apresentado pelos peritos judiciais, reputo que do cotejo entre as duas teses que escoram a pretensão de ambas as partes, há de prevalecer a do INPI.

Explico.

Colhe-se do laudo pericial que, realmente, as anterioridades apontadas pelo INPI se apresentam na forma de *mistura racêmica/racemato* e não na forma de *enantiômeros simples*. Contudo, consoante consignado no parecer, “por mistura racêmica subentende-se a coexistência dos dois enantiômeros dextrógiro e levógiro em partes iguais.” (fl. 1261) Em consequência, assiste razão à ASSOCIAÇÃO PRÓ GENÉRICOS ao afirmar que “no caso específico do pedido de patente da Autora, não são protegíveis as reivindicações INDEPENDENTES 26 a 29, sobre enantiômeros de rabeprazol, leminoprazol e nepaprazol, pois a pré-existência de tais enantiômeros É FATO, uma vez que rabeprazol, leminoprazol e nepaprazol são misturas racêmicas, que por definição contêm os enantiômeros para os quais a Autora deseja ter exclusividade”. (fls. 1461/1462)

Por conseguinte, não me parece que a autora tenha inventado ou descoberto os enantiômeros simples dos compostos reivindicados (26-29), uma vez que estes, por definição teórica, sempre existiram nas misturas racêmicas indicadas como anterioridades pelo INPI. O que a demandante inventou foi um novo *processo* para isolá-los. Essa afirmação encontra respaldo, inclusive, no laudo pericial:

Enantiômeros são substâncias simples (de pureza elevada) ao passo que misturas racêmicas, ou racematos, como o nome já indica já indica são substâncias compostas, misturas de duas substâncias simples. *O processo de separação de enantiômeros simples de suas misturas racêmicas ou racematos, não é simples nem óbvio. Chama-se à este tipo de processo de “resolução de enantiômeros”.* (fl. 1197)

O *processo* de resolução de enantiômeros, não é simples nem óbvio. É complexo e individual para cada composto. Citação num documento que não trata de processos de resolução, síntese ou emprego de enantiômeros simples, não pode abalar a novidade dos enantiômeros simples e novos, segundo a PI 9508292-1. (fl. 1202) (sem destaques no original)

(..) O *processo* de resolução dos enantiômeros simples, não é óbvio para o homem da técnica. O documento não trata nem de processo de síntese, nem de processo de resolução, ou emprego dos enantiômeros simples. (fl. 1261) (destaquei)

Entretanto, não se pode olvidar que as reivindicações 26-29 cuidam de *compostos* e não de *processo*. Sendo compostos (e não processo), tenho que é indiferente para o deslinde da demanda ser complexo (e não óbvio) o processo de separação dos enantiômeros simples. Conforme registrou o INPI, com inteira razão, “O fato de um processo de resolução não ser simples nem óbvio não confere novidade ou atividade inventiva ao enantiômero em questão, se tal enantiômero já foi previamente revelado numa mistura racêmica no estado da técnica, como é o caso dos enantiômeros simples pleiteados no PI9508292-1.” (fl. 1487)

Com tais considerações, tenho que o pedido de patente em relação às reivindicações 26-29 não possui condições de prosperar, tendo em vista a ausência do requisito *novidade*, consoante disposto no art. 8º da Lei de Propriedade Industrial.

Em consequência, deixo de acolher as conclusões do laudo pericial, registrando, por

oportuno, o esmerado trabalho conduzido pelos *experts* nomeados, que, mediante a exposição didática de inúmeros conceitos técnicos, auxiliaram na formação do convencimento deste Juízo. Ademais, despidendo ressaltar que a jurisprudência pátria é forte no sentido de que “O juiz não está adstrito ao laudo pericial, podendo, inclusive, formar a sua convicção com outros elementos ou fatos provados nos autos, desde que dê a devida fundamentação, a teor do disposto no art. 436 do Código de Processo Civil.” (RESP 200502011550, DENISE ARRUDA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA: 19/10/2006 PG: 00253 DTPB)

Com tais considerações, tenho que a ação não deve prosperar, uma vez que a decisão do INPI mostra-se em consonância com o ordenamento jurídico.

DIANTE DO EXPOSTO, julgo IMPROCEDENTES os pedidos formulados, com resolução do mérito, nos termos da fundamentação acima apresentada e em conformidade com o disposto no do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

*Custas ex lege.*

Condeno a autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) dor valor atribuído à causa, devidamente atualizados nos termos da Resolução nº 134, de 21 de dezembro de 2010, ou outra que vier a substituí-la.

Fl. 1396: Em que pese o trabalho de fôlego levado a efeito pelos auxiliares do Juízo, mas considerando que não houve qualquer modificação fática no interregno entre a fixação dos honorários periciais (fls. 1169/1171) e a entrega do laudo pericial, indefiro o pedido para complementação da verba pericial, cujo valor considero adequado e suficiente para remuneração pela atividade desempenhada. Comunique-se o perito.

P.R.I.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

## **AÇÃO PENAL**

### **0010812-10.2008.4.03.6109**

**Autor:** MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

**Réus:** VINÍCIUS DE OSTI, ÉRICA LETÍCIA DE OLIVEIRA, LUCIA LAZARIN E CÍCERO APARECIDO DA SILVA

**Origem:** JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP

**Juiz Federal:** MIGUEL FLORESTANO NETO

**Disponibilização da Sentença:** DIÁRIO ELETRÔNICO 06/11/2013

Trata-se de denúncia ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de VINÍCIUS DE OSTI, ÉRICA LETÍCIA DE OLIVEIRA, LUCIA LAZARIN e CÍCERO APARECIDO DA SILVA em que o Autor da ação penal afirma que os Réus foram surpreendidos na posse de várias caixas de cigarros que se encontravam entre dois veículos: um GM Blazer e um Ford/Fiesta que estavam estacionados na zona rural de Santa Bárbara D'Oeste, no dia 04-09-08.

Foram encontrados documentos em nome de CÍCERO dentro do primeiro veículo, fato que atesta, na visão do MPF, que era ele o motorista da BLAZER.

Por sua vez, era VINÍCIUS quem dirigia o FORD (de acordo com o depoimento dos policiais) que estava acompanhado de uma senhora e de sua namorada (LUCIA LAZARIN e ÉRICA).

O MPF acrescenta que foram feitas várias ligações para o celular de CÍCERO que teriam sido atendidas pelos policiais e que tinham como objetivo cobrar a entrega da mercadoria.

Ademais, VINÍCIUS, ÉRICA e LUCIA teriam confessado que pretendiam negociar cigarros vindos do Paraguai com o motorista da BLAZER.

Observa o *Parquet* Federal que as mercadorias foram avaliadas em R\$ 38.500,00 e que há incidência de 500% de imposto, além do fato de a quantidade de mercadoria apreendida apontar para a finalidade comercial da conduta.

Diante de tais fatos, imputou aos Corréus VINÍCIUS, ÉRICA e LUCIA a prática da conduta descrita no art. 334, § 1º, alínea c, do CP, em sua forma tentada e ao Acusado CÍCERO a mesma conduta, desta feita em sua forma consumada.

A denúncia foi recebida à f. 243 em 12-11-10.

Dada vista dos autos ao d. representante ministerial, foi reconhecida a possibilidade de proposta de suspensão condicional do processo em face de VINÍCIUS e ÉRICA, mas não poderiam ser com ela contemplados os Acusados CÍCERO e LUCIA, pois não teriam sido preenchidos os requisitos subjetivos do benefício (fls. 304/306).

A Corré LUCIA ofereceu resposta escrita e arrolou, como testemunhas, VINÍCIUS e ÉRICA (fls. 370/372). O Réu CÍCERO também se defendeu e requereu a oitiva das testemunhas arroladas pela Acusação (fls. 376/379).

Tanto ÉRICA quanto VINÍCIUS aceitaram a proposta de suspensão condicional do processo (fls. 384-385-v).

Houve decisão afastando o pedido de absolvição sumária dos Acusados, bem como aquele que postulava a oitiva de VINÍCIUS e ÉRICA como testemunhas da Acusada LUCIA em razão da qualidade de Corréus. Foi determinado que o MPF e CÍCERO se manifestassem sobre a destinação do aparelho celular apreendido (fls. 399/400).

O Acusado CÍCERO requereu a devolução de seus documentos pessoais, com o que concordou o MPF (fls. 429/430). Com relação ao aparelho celular, o órgão acusador afirmou não haver prova nos autos acerca de sua propriedade.

LUCIA foi ouvida à f. 450 e foi determinada a devolução dos documentos pessoais do Acusado CÍCERO, mas o aparelho celular continuou sob constrição judicial (f. 458).

A testemunha ROSENEIDE foi ouvida às fls. 470/471 e CÍCERO foi interrogado à f. 497. À f. 514 foi feita a oitiva da testemunha GABRIEL.

O órgão acusador requereu a condenação de ambos os Acusados. Tanto CÍCERO (fls. 556/562) quanto LUCIA (fls. 576/584) ofereceram alegações finais em que pugnavam pela absolvição.

*Este o breve relato.*

*Decido.*

## 1. Do Acusado CÍCERO

### 1.1 Da prescrição

O Acusado CÍCERO alega a ocorrência da prescrição.

*Com as devidas vêniãs ao d. patrono do Acusado*, não merece prosperar o pleito ora analisado.

Com efeito, a prescrição objeto da arguição é da pretensão punitiva estatal, cujo montante a servir como base de cálculo é a pena em abstrato (prescrição da pretensão punitiva propriamente dita - Capez).

Ora, a conduta teoricamente praticada pelos Acusados enquadra-se no descritivo penal do art. 334, § 1º, c, do CP, cuja pena máxima cominada é de quatro anos.

Assim, a prescrição da pretensão punitiva propriamente dita é de oito anos (art. 109, IV, do CP).

Nota-se que, entre a data do fato 04-09-08 e a data do recebimento da denúncia (12-11-10 – f. 243), transcorreram pouco mais de dois anos, cálculo que comprova que não há se falar em prescrição com base na pena em abstrato.

Eventual ocorrência da prescrição com fundamento na pena em concreto somente poderá ser alegada após a prolação de sentença que a individualize.

Diante de tais ilações, rejeito a prejudicial levantada pela defesa.

### 1.2 Da materialidade delitiva

O auto de apreensão de fls. 06/07 demonstra que foram apreendidas 77 (setenta e sete) caixas de cigarro em 22-09-08, por volta das 20:56 horas.

O termo de apreensão e guarda fiscal dá conta de que o valor total das mercadorias apreendidas era de R\$ 38.500,00 (trinta e oito mil e quinhentos reais).

É fato que o objeto material do delito descrito no art. 334, § 1º, c, do Código Penal é a mercadoria propriamente dita, desde que introduzida clandestinamente no país.

Assim, demonstrou-se que os bens apreendidos tinham como origem outro país que não o Brasil (conclusão dos peritos à f. 162) e, portanto, servem de corpo de delito para a constatação de eventual conduta criminoso.

Por outro lado, caberia aos Acusados comprovarem a idoneidade da introdução de tais objetos por meio da documentação necessária à importação. Dessarte, é ônus dos Demandados demonstrarem a licitude do ingresso de tais mercadorias, mesmo porque a SRFB lavrou auto de apreensão e guarda fiscal ante a omissão da expedição de documentos legítimos à sua importação.

Desta forma, com relação à materialidade delitiva, há de se tê-la por comprovada, pois houve introdução clandestina de mercadoria no país para o fim da prática de atos comerciais.

### *1.3 Do princípio da insignificância*

Não há que ser aceito o pedido defensivo no sentido de aplicação do princípio da bagatela ao caso em análise.

Com bem sublinhado pelo d. representante do *Parquet* Federal em sua peça inicial, o valor das mercadorias, à época dos fatos, ultrapassava R\$ 38.500,00 e os tributos sobre elas incidentes ultrapassavam o montante de 500%, motivo pelo qual a sonegação praticada extrapola, em muito, qualquer razoabilidade de aplicação de tal primado.

Ademais, a tutela jurídica da norma penal não é somente o erário, mas também a saúde pública que também sofre lesão com a introdução de tais mercadorias em território nacional.

Neste sentido:

STJ. AgRg no REsp 1375659/PR. Relator(a) Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE (1150) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 24/09/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 02/10/2013 Ementa AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. 1. CRIME DE CONTRABANDO DE CIGARRO. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. 2. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. 1. Em se tratando de cigarros importados com elisão de impostos, não há apenas uma lesão ao erário e à atividade arrecadatória do Estado, mas a outros interesses públicos, configurando a conduta contrabando e não descaminho. No caso, muito embora também haja sonegação de tributos, trata-se de produto sobre o qual incide proibição relativa. 2. Agravo regimental a que se nega provimento.

### *1.4 Da Autoria*

A versão apresentada pelo d. representante do *Parquet* Federal é procedente no que tange à autoria imputada a CÍCERO.

Com efeito, o Acusado confessou (de modo parcial) os fatos que lhe são imputados, pois disse que já tinha banca de camelô em que vendia cigarros e que teria ido ao local da apreensão para comprar mercadoria.

Tirante o fato de que ele era, na verdade, o vendedor das mercadorias apreendidas no presente feito e não o comprador, como afirmou em seu interrogatório, o restante das alegações do Acusado é corroborado pelas demais provas dos autos.

Primeiramente porque já faz da venda ilícita de cigarros um hábito em sua vida (con-

forme ele mesmo admitiu) e foi reconhecido pela testemunha ROSENEIDE que constatou que “CÍCERO tinha uma banca de camelô (f. 470-v.) na qual vendia cigarro”.

Em segundo lugar, porque as caixas de cigarro foram apreendidas quando estavam no veículo dirigido por ele (BLAZER fls. 06-07).

O fato de ter afirmado que correria quando da chegada dos policiais porque “ficou assustado” também demonstra que estava a praticar ato ilícito. Se não fosse assim, não haveria motivo para surpresas indesejadas.

Ademais, a localidade em que foram apreendidas as mercadorias é um indício muito forte de que ambos os Acusados concorreram para a prática delituosa.

Com efeito, como afirmado pela testemunha GABRIEL, foi avistado um veículo entrando no pasto. Os policiais, então, desconfiados da situação, seguiram o carro e, às margens do rio, se depararam com alguns indivíduos com caixas perto do carro. A testemunha recorda-se que, no interior do veículo, não havia documento fiscal. Disse que alguém teria deixado a mercadoria lá para eles (Acusados) irem pegar. Aduziu que o local é um pasto aberto e que presenciou o momento em que a porteira foi aberta e foram até a margem do rio.

Acrescente-se a isso a afirmação de que foram feitas várias ligações para o seu celular (de CÍCERO) realizadas por pessoas que se diziam seus “clientes”. A razão das ligações era a insatisfação com a demora na entrega da mercadoria, conforme afirmado pelo policial GABRIEL.

Ora, de tudo o que foi narrado, não resta a menor dúvida de que CÍCERO detinha consigo as setenta e sete caixas de cigarro que foram apreendidas e que sua intenção era vendê-las. Tal conclusão apóia-se no modo de vida que vinha levando (camelô), pelas circunstâncias relatadas pela testemunha GABRIEL e nos demais indícios trazidos aos autos (cf. explanado acima).

Tudo leva à ilação inexorável de que CÍCERO atuou em conformidade com o descritivo penal do art. 334, § 1º, c, do CP, na modalidade de “manter em depósito” com a finalidade de vender a mercadoria de procedência estrangeira.

Diante de tais conclusões, não merece prosperar, *com as vênias devidas*, a alegação da d. defesa no sentido de que o MPF não teria se desincumbido do ônus de provar a autoria do delito tampouco sua materialidade.

Todos os elementos (objetivos e subjetivos) da norma penal incriminadora estão contidos nos autos, seja na narrativa formulada na denúncia, seja nas provas coligidas em Juízo.

Por outro lado, é fato que o Direito Processual Penal admite a comprovação de fatos de forma indiciária (art. 239, *caput*, do CPP. *Considera-se indício a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias*), *conquanto tal regra tenha sido exposta somente por amor à argumentação*, pois, do que se constata da argumentação supra, restaram devidamente comprovados os elementos subjetivos e objetivos da conduta penalmente relevante.

Neste diapasão, portanto, não há qualquer dúvida que beneficie o Réu. Pelo contrário: há certeza penalmente comprovada de que praticou a conduta delitiva.

## 2. Da Corrê LUCIA

### 2.1 Da capitulação do crime

*Com o devido respeito*, não merece prosperar o pleito defensivo no sentido de que a Ré

*LUCIA* teria incorrido nas penas do tipo descrito no art. 349, *caput*, do Código Penal.

Com efeito, a conduta imputada à Ré é especificamente descrita como sendo a de “negociar cigarros do Paraguai com o motorista da Blazer, pois possuíam uma loja de artigos importados” (f. 240).

Do que se infere do quadro descritivo traçado na peça inicial acusatória, a imputação diz com o ato de comércio e não com o possível transporte da mercadoria (favorecimento real).

É fora de dúvida que a conduta imputada à Demandada amolda-se perfeitamente ao descrito no art. 334, § 1º, alínea c, do CP na modalidade de utilização “em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira [...] que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem”.

De tal forma que, *com as vênias devidas à ilustrada defesa*, não vejo como ocorrer nova capitulação do delito. Da narrativa dos fatos da peça acusatória denota-se, com grande clareza, que a imputação deve ser aquela observada pelo d. MPF.

## *2.2 Das mercadorias importadas irregularmente*

Por outro lado, não há que se prolongar o debate acerca da procedência (ou não) estrangeira das mercadorias. Como retratado no item “da materialidade delitiva”, o laudo pericial comprovou que os bens são provenientes de outro país que não o Brasil.

## *2.3 Da Autoria*

*Com as vênias devidas à d. defesa*, há de se reconhecer a concretização da conduta pela Ré LUCIA.

Com efeito, como dito anteriormente neste mesmo julgado, todas as circunstâncias em que ocorreram os fatos levam à conclusão inabalável de que a Demandada agiu com o dolo e a consciência necessários à tipificação de sua ação.

Como foi afirmado pela testemunha GABRIEL, a apreensão ocorreu em lugar ermo (uma pastagem próxima ao Rio Piracicaba), no final da tarde (foi a própria Corrê quem afirmou o horário da apreensão em seu interrogatório).

Ademais, a forma com que LUCIA conhecera ERICA traz mais indícios de que tramavam a realização da conduta ilícita.

A rigor, não é razoável supormos que uma pessoa, *de médio conhecimento*, logo após manter contato com alguém na *internet* passe a fazer viagens, passeios e frequentar sua casa (de ERICA) sem qualquer desconfiança.

É por demais óbvio que a Ré LUCIA sabia que ambos iriam ao encontro de CÍCERO e que tinham (ERICA e VINICIUS) a finalidade de comprar produtos introduzidos no mercado nacional de forma ilícita.

O d. advogado da Acusada tem razão ao afirmar que a inexistência de petrechos para pesca não implica concluirmos que sua conduta há de ser tida como criminosa. A Demandada poderia pretender ir à chácara apenas para acompanhar ERICA e VINICIUS, sem qualquer objetivo de participar de eventual pescaria.

Mas, apesar do acerto da alegação, é fato que todas as demais provas do feito convergem para a autoria de LUCIA.

Por fim, a ser acrescentado ao acervo probatório, o fato de que VINICIUS conhecia CÍCERO, haja vista que a própria Acusada afirmou que o último chamou o primeiro.

Desta forma, reunidos os fatos amealhados durante a instrução probatória, não há dúvida de que a intenção da Corrê era a de adquirir os bens que foram apreendidos.

Afasta-se, por conseguinte, a alegação da defesa no sentido de que deveria incidir o princípio do “in dubio pro reo”, haja vista a existência de prova contundente que instrui o feito.

#### 2.4 Do *iter criminis*

De ser anotado que os atos preparatórios, como proclama a doutrina, não são passíveis de sanção penal, salvo as exceções especificamente previstas em nosso ordenamento jurídico (art. 31, *caput*, do CP).

Também é certo afirmarmos que somente pode ocorrer a tentativa após o início da execução do crime. Há nítida divisão entre atos preparatórios e execução.

Ora, a Corrê teve imputada contra si a conduta de “tentar adquirir, de forma oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial, mercadoria de procedência estrangeira” (f. 241) que sabia ser produto de introdução clandestina no país.

De toda a sorte, é fato que o MPF imputou a CÍCERO a modalidade de *vender* a mercadoria importada fraudulentamente e à LUCIA a conduta de *tentar utilizar*, em “proveito próprio” na forma “adquirir” as referidas mercadorias.

Por este motivo, não há se falar, como já dito anteriormente, em favorecimento real na exata medida em que restou demonstrada que a finalidade da conduta da agente estava voltada para a aquisição de tais bens e não para prestar auxílio ao Corréu CÍCERO.

No que toca ao tema central do presente item (*iter criminis*) é fato que, ao se dirigir a local ermo, realizar o encontro com CÍCERO (acompanhada de VINICIUS e ERICA) e estar diante da mercadoria que fora apreendida, é fora de dúvida que já tinha iniciado a execução do tipo penal.

Para que nele não incidisse, precisaria desistir da ação ilícita, fato que demonstra, à saciedade, o seu início.

Contudo, há de se ratificar o posicionamento do d. representante do MPF que requereu sua condenação à tentativa do delito e não ao crime consumado.

A rigor, não obteve êxito total em sua empreitada criminosa, motivo pelo qual há de se reconhecer que a aquisição da mercadoria não ocorreu em consequência da intervenção policial.

Ora, se circunstâncias alheias à vontade do agente impedem a consumação do delito, é fato inexorável que ocorreu tentativa.

Porém, como a tentativa é causa de diminuição de pena prevista na parte geral do CP (art. 14, II), somente será analisada quando da individualização da pena.

#### 3. *Dispositivo*

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na denúncia para:

**3.1 CONDENAR CÍCERO APARECIDO DA SILVA**, portador do RG n. 51.828.170-X e CPF n. 738.685.319-04, brasileiro, vendedor, nascido em 05-09-68, filho de Luiza Paulino da Silva e Julio Caetano da Silva, como incurso nas penas do art. 334, § 1º, alínea c, do CP, *em sua forma consumada*.

*Passo à individualização da pena.*

*3.1.1 Dos critérios do art. 59, caput, do CP*

O d. representante do Ministério Público Federal afirma que o Réu “*foi condenado em período anterior à denúncia desta ação pelo crime de contrabando*” (f. 553) com fundamento no documento de f. 284 dos autos.

*Com as vênias devidas ao d. Procurador da República*, é fato que o documento atesta que o Réu foi condenado, mas não há data de tal condenação. O indicativo de 08-07-03 diz respeito à distribuição do feito e não da condenação propriamente dita.

Em todo o caso, é fora de dúvida que o Réu foi condenado pela Justiça Federal da 4ª Região antes da prolação da presente sentença, haja vista que a certidão foi expedida em 2010 e esta decisão é lavrada no ano de 2013. Mas, daí a se chegar à conclusão de que foi condenado antes do oferecimento da denúncia vai uma grande distância.

O fato é que, apesar de não se saber ao certo quando foi efetivamente condenado (ônus que competia ao MPF provar), é inexorável que, conquanto não possa ser considerado reincidente (ante tal omissão), não menos certo é dizermos que a personalidade do ofensor é voltada para o crime.

Tal constatação implica reconhecimento de situação que majora a pena-base na medida em que o art. 59, *caput*, do Código Penal estabelece que a personalidade do agente deve ser levada em consideração na dosimetria da pena.

Assim, tendo em vista que a pena mínima cominada para a conduta imputada ao Demandado é de um ano de reclusão, a ela acrescento a fração de 1/6 (um sexto), *motivo pelo qual passa a ser de 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão*.

Diante do quadro acima traçado no que toca à personalidade do agente que é voltada para o crime, não há possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos enumeradas no art. 43 e seguintes do CP, haja vista que há impeditivo legal para a sua concessão (art. 44, III, do CP).

Desta forma, além de não ostentar direito ao cumprimento das chamadas penas alternativas, deverá iniciar a execução da pena em regime fechado, haja vista o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Ante o exposto, **FIXO A PENA DEFINITIVA em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão**. Tendo em vista que a personalidade do agente é voltada ao delito, determino o início de sua execução em regime fechado, pelo que fica afastada a possibilidade de aplicação de penas restritivas de direito.

**3.2 CONDENAR LUCIA LAZARIN**, portadora do RG n. 5.027.939-1 e CPF nº 600.302.329-53, brasileira, balconista, nascida em 07-11-66, filha de Cenira da Rocha Lazarin e Santo Lazarin, como incurso nas penas do art. 334, § 1º, alínea c, do CP, *em sua forma tentada*.

No que toca à pena-base não há qualquer circunstância judicial a incidir. Com efeito,

não há qualquer elemento, nesta fase da dosimetria da pena, que a faça ser majorada, motivo pelo qual fixo-a em 1 (um) ano de reclusão.

Por outro lado, há circunstância agravante genérica a incidir na fixação da pena definitiva, senão vejamos:

O d. representante do Ministério Público Federal afirma que a Ré “foi condenada pelo crime de contrabando no processo n. 2007.70.02.005806-4 no TRF da 4ª Região, com trânsito em julgado em janeiro de 2008 (f. 283), portanto a ré é reincidente, devendo tal condição ser considerada na dosimetria da pena” (f. 554).

Com efeito, o documento de f. 287 (e não o de f. 283, *com as vênias devidas ao d. representante do Parquet Federal*) aponta que a Ré foi condenada pela prática da conduta descrita no art. 334 do CP em 11-04-03 e que a referida sentença transitou em julgado em 15-02-08.

Ora, o fato imputado à Condenada ocorreu em 04-09-08, data posterior ao trânsito em julgado da sentença penal condenatória, elemento que determina a aplicação do disposto no art. 61, I, do CP.

Diante de tal fato, majoro a pena-base em 1/6 (um sexto), motivo pelo qual fixo a nova sanção em 1 (um) ano e 2 (dois) meses de reclusão.

Por fim, de incidir a causa de diminuição de pena prevista no art. 14, II, do CP (tentativa).

Ora, como o *iter criminis* se desenvolveu até *instantes* antes da efetiva consumação, a diminuição da pena deve se dar pelo seu mínimo.

É dizer: o crime estava na *iminência* de sua consumação e, portanto, seu *iter* já havia decorrido quase que totalmente.

Numa tal situação, a reprimenda deve ser fixada de forma mais áspera quando comparada àquela hipótese em que o agente tenha apenas iniciado a execução do delito, por exemplo.

Neste sentido nossa jurisprudência:

ACR 50064585620114047002 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL Relator(a) MÁRCIO ANTÔNIO ROCHA Sigla do órgão TRF4 Órgão julgador SÉTIMA TURMA Fonte D.E. 21/11/2012 Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Sétima Turma do Tribunal Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento ao apelo, nos termos do relatório, voto e notas taquigráficas que integram o presente julgado. Ementa PENAL E PROCESSUAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE ARMA DE FOGO. ART. 18 DA LEI 10.826/2003. TENTATIVA. REDUÇÃO. QUANTUM. O critério de diminuição da reprimenda, previsto no art. 14, parágrafo único, do CP, deve ser aferido levando em consideração o “*iter criminis*” percorrido pelo agente. Tendo em vista que, no caso, a conduta do réu percorreu quase todas as etapas de execução do delito, na medida em que se encontrava ultrapassando a zona alfandegária com arma de fogo, não tendo logrado êxito na consumação de seu intento única e exclusivamente pela atividade prudente das autoridades fazendárias, faz jus o acusado à redução no patamar mínimo, ou seja, 1/3 (um terço).  
(Data da Decisão 14/11/2012 Data da Publicação 21/11/2012 Relator Acórdão SALISE MONTEIRO SANCHOTENE)

Diante de tal fato, diminuo a pena privativa de liberdade em 1/3 (menor fator a ser aplicado pelo magistrado), de tal sorte que a PENA DEFINITIVA passa a ser de 9 (nove) meses e 10 (dez) dias.

Diante desse quadro, não há possibilidade de aplicação das penas restritivas de direitos enumeradas no art. 43 e seguintes do CP, haja vista que há impeditivo legal para a sua con-

cessão (art. 44, III, do CP), na medida em que a personalidade do agente não se coaduna com a sua substituição.

Desta forma, além de não ostentar direito ao cumprimento das chamadas penas alternativas, deverá iniciar a execução da pena em regime fechado, haja vista o disposto no art. 33, § 3º, do CP.

Após o trânsito em julgado da sentença condenatória: a) os nomes dos Réus serão lançados no rol dos culpados; b) oficiem-se os departamentos criminais competentes para fins de estatística e antecedentes criminais e c) officie-se o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do disposto no artigo 15, inciso III, da Constituição da República.

*Intime-se o MPF para que se manifeste acerca do destino dos valores depositados em Juízo às fls. 32/37 e acerca da certidão formalizada à f. 38 dos autos.*

Custas pelos Réus.

P.R.I.

Oportunamente, ao arquivo

Juiz Federal MIGUEL FLORESTANO NETO

## **AÇÃO PENAL**

### **0005246-24.2009.4.03.6181**

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: KHALED HUSSEIN ALI

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 4ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 12/12/2013

KHALED HUSSEIN ALI, qualificado nos autos, responde como incurso nas condutas tipificadas no artigo 20, parágrafo segundo, da Lei 7.716/89. Consta que ele teria postado, por meio da rede mundial de computadores, em fóruns citados na denúncia, *links* para baixar arquivos de material multimídia intitulado “CD para o povo da Faixa de Gaza”. Segundo consta, o material escrito por TERCEIRA pessoa condena as ações israelenses na faixa de Gaza e propõe “matar os assassinos do profeta de Deus” e a “não poupar esforços em golpear os pilares da aliança diabólica dos judeus e cristãos traidores”.

A denúncia foi recebida em 07/08/2012.

A instrução correu normalmente, não havendo nulidades a serem sanadas.

Em alegações finais pediu a acusação a procedência da ação e a condenação do réu nos termos da inicial. A defesa pediu a absolvição, à tese da ausência de elemento subjetivo doloso.

*Relatei o necessário.*

DECIDO.

A liberdade de expressão é um direito fundamental reconhecido na Declaração Universal de Direitos Humanos: “Todo ser humano tem direito à liberdade de opinião e expressão; este direito inclui a liberdade de, sem interferência, ter opiniões e de procurar, receber e transmitir informações e idéias por quaisquer meios e independentemente de fronteiras”<sup>1</sup>; na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>2</sup>; na Resolução 59(I) da Assembléia Geral das Nações Unidas; na Resolução 104 adotada pela Conferência Geral da Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO); no Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos - PIDCP, e em outros instrumentos internacionais.

No Brasil, assim reza a Constituição cidadã:

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

(...)

IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato;

(...)

Certo é, porém, que mesmo os valores constitucionais mais sensíveis comportam ponderação com valores da mesma espécie, fazendo prevalecer, em nosso sistema jurídico, a regra da “convivência das liberdades públicas”, cuja premissa maior é a de que não existem direitos

1 Artigo 19

2 Artigo 13

de natureza absoluta. Já deliberou a Excelsa Corte que as liberdades públicas não são incondicionais e que, por isso, devem ser exercidas de forma harmônica.

No direito internacional encontram-se positivadas a legalidade de eventual restrição de determinado direito em ponderação com outro de igual naipe. Por exemplo, o artigo 19 (3) do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos. O dispositivo prevê restrição à liberdade de expressão, desde que a restrição seja prevista em lei e necessária à defesa de outros direitos de igual estirpe. Logo, há necessidade de que a restrição esteja positivada e que seja necessária no caso concreto (objetive resguardar um interesse legítimo).

Em 1989 surte a Lei 7.716, cujo artigo 20 assim dispõe: “praticar, induzir ou incitar a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional”, com pena aumentada caso o delito seja cometido via utilização de veículo de comunicação social ou pública.

O Decreto 592, de 6 de julho de 1992, determinou que o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos será executado e cumprido tão inteiramente como nele se contém. O artigo 20 (2) do documento proíbe qualquer apologia do ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitamento à discriminação, à hostilidade ou a violência.

O discurso do ódio, caracterizado por qualquer atitude, conduta ou expressão que incite a violência ou discriminação contra um grupo de pessoas, perturba a sociedade atual, havendo quem defenda que a prática pode incitar crimes contra a humanidade.

A ONU, com base em conclusões tiradas a partir de encontros realizados em dezembro de 2008 e de fevereiro de 2009, sobre liberdade de expressão e igualdade, elaborou os princípios “Canden”, que representam uma interpretação progressiva dos padrões e normas internacionais, das práticas aceitas pelos Estados e dos princípios gerais do direito reconhecidos pela comunidade das nações.

O princípio 12 fornece uma proposta de texto legal para a interpretação e aplicação do artigo 20 (2) do PIDCP, no sentido de que todos os Estados devem adotar legislação que proíba qualquer promoção de ódio religioso, racial ou nacional que constitua uma incitação à discriminação, hostilidade ou violência (discurso do ódio).

Assim, segundo o princípio 12, os sistemas jurídicos nacionais devem deixar claro, seja de forma explícita ou por meio de interpretação impositiva, que: *i) os termos “ódio” e “hostilidade” se referem a emoções intensas e irracionais de opróbrio, animosidade e aversão ao grupo visado; ii) o termo “promoção” deve ser entendido como a existência de intenção de promover publicamente o ódio ao grupo visado; iii) o termo “incitação” se refere a declarações sobre grupos religiosos, raciais ou nacionais que criam risco iminente de discriminação, hostilidade ou violência a pessoas pertencentes a esses grupos; iv) a promoção, por parte de comunidades diferentes, de um sentido positivo de identidade de grupo não constitui discurso do ódio.*

A Suprema Corte dos Estados Unidos protege a liberdade de expressão de forma ampla, apenas restringindo-a nos casos de obscenidade, difamação, palavras de guerra, incitação à violência ou conspiração iminente. Segue, assim, o entendimento de que proibir o discurso odioso é ineficaz, já que leva à opressão de ideias.

O caso mais recente foi apreciado em 2011, quando a Corte julgou o caso *Snyder v. Phelps*. Ao longo dos últimos 20 anos, a congregação “Westboro igreja Batista” vinha realizando protestos em funerais militares. Phelps viajou a Maryland com outros associados para protestar durante o enterro de um militar, morto em ação no Iraque, exibindo cartazes com dizeres como: “obrigada, Senhor, pelos soldados mortos”, “padres estupram crianças”, dentre outros

semelhantes. O pai do militar ingressou com ação contra os manifestantes, todos condenados em primeira instância ao pagamento de indenização.

Antes do julgamento do recurso a mídia sinalizava que a Suprema Corte americana poderia inovar, restringindo pela primeira vez a liberdade de expressão, em juízo de ponderação com os demais direitos fundamentais. A Corte, porém, contrariando a suposta expectativa popular, entendeu não haver configuração de ofensa aos parentes do morto, mas tão-somente o intuito de atrair a atenção da sociedade para a mensagem de protesto contra a existência de homossexuais em quadros militares.

No Brasil, a tendência era diversa, como se depreende do julgamento do STF no caso Ellwanger<sup>3</sup>, em setembro de 2003. Por 8 votos a 3, houve a condenação pelo crime da prática de racismo. Ellwanger publicou livro considerado antissemita intitulado: “Holocausto - judeu ou alemão? Nos bastidores da mentira do século”.

Porém, o Supremo Tribunal Federal inovou no julgamento do caso que ficou conhecido como “marcha da maconha”.

A Procuradora Geral de República Deborah Duprat protocolou em 2009 um pedido de Arguição de Desrespeito à Preceito Fundamental (ADPF) com relação aos argumentos apresentados pelos tribunais que proibiram as manifestações públicas pela liberalização do uso da maconha. No que se refere diretamente à liberdade de expressão e transversalmente ao direito à comunicação, a procuradora esclareceu “porque o fato de uma ideia ser considerada errada, ou até mesmo perniciosa pelas autoridades públicas de plantão não é fundamento bastante para justificar que a sua veiculação seja proibida” (ADPF 187, STF, Deborah Macedo Duprat de Britto Pereira).

O Supremo Tribunal Federal, em decisão unânime, declarou que não se pode proibir a realização de protestos em prol da descriminalização do uso de drogas. Para os ministros, eventos que tais são o retrato da liberdade de expressão. Nesse sentido, trecho do voto do Ministro Celso de Mello: “Nada se revela mais nocivo e mais perigoso do que a pretensão do estado de reprimir a liberdade de expressão. O pensamento há de ser livre, sempre livre, permanentemente livre, essencialmente livre”.

## DO CASO CONCRETO POSTO EM JUÍZO

O dilema “liberdade de expressão” x “discurso de ódio”, no caso em tela, reflete disputa milenar por território. Em 1987 inicia-se em Gaza a Intifada, consistente em manifestações diárias da população civil palestina contra os soldados israelenses, que muitas vezes revidam com fogo. Trata-se, assim, de grupos antagônicos cuja discórdia e ódio recíproco é inerente a condição do indivíduo que nasce – ou tem família ou parte dela – lá ou cá.

Nesse contexto, tenho que a manifestação de pensamento exarada pelo réu em fórum da internet, apesar de consistir em indubitável “hate speech”, ou discurso de ódio, não traz risco aumentado de ofensa a bem jurídico inerente ao tipo penal a que ora responde.

É que a conduta do réu não é capaz, por si só, de criar ou de aumentar o risco da ocorrência de resultado juridicamente relevante, já que o conflito entre judeus, cristãos e muçulmanos transcende em muito a manifestação lançada. E cediço que a limitação da liberdade de expressão via tutela jurisdicional é a última *ratio*, somente cabendo em casos extremíssimos,

3 HC 82.424, Rel. p/ o ac. Min. Presidente Maurício Corrêa, julgamento em 17-9-2003, Plenário, DJ de 19-3-2004.

de quase ruptura do sistema.

Oportuno transcrever parte da lição de Luis Roberto Barroso:

Quando se faz referência à necessidade de se atender ao requisito do *interesse público* no exercício da liberdade de informação e de expressão, na verdade se está cuidando do *conteúdo* veiculado pelo agente. Isto é: procura-se fazer um juízo de valor sobre o interesse na divulgação de determinada informação ou de determinada opinião. Ocorre, porém, que há um interesse público da maior relevância no próprio instrumento em si, isto é, na própria liberdade, independentemente de qualquer conteúdo. Não custa lembrar que é sobre essa liberdade que repousa o conhecimento dos cidadãos acerca do que ocorre à sua volta; é sobre essa liberdade, ao menos em Estados plurais, que se deve construir a confiança nas instituições e na democracia. O Estado que censura o programa televisivo de má qualidade pode, com o mesmo instrumental, censurar matérias jornalísticas “inconvenientes”, sem que o público exerça qualquer controle sobre o filtro que lhe é imposto.

A conclusão a que se chega, portanto, é a de que o interesse público na divulgação de informações – reiterando-se a ressalva sobre o conceito já pressupor a satisfação do requisito da verdade subjetiva – é presumido. A superação dessa presunção, por algum outro interesse, público ou privado, somente poderá ocorrer, legitimamente, nas situações-limite, excepcionalíssimas, de quase ruptura do sistema. Como regra geral, não se admitirá a limitação de liberdade de expressão e de informação, tendo-se em conta a já mencionada *preferred position* de que essas garantias gozam<sup>4</sup>.

No caso concreto, o *link* de acesso ao opróbrio publicamente lançado contra judeus e cristãos em fórum da Internet é, de fato, reprovável do ponto de vista ético. Juridicamente, porém, não há falar-se em crime, dada a especificidade de os povos em tela terem toda a sua história permeada por atrocidades uns contra os outros.

E o ser humano contemporâneo, marcado pelas mazelas históricas e pelo conjunto de experiências nele inserido ao longo da existência, pode compreender como fundamental a contraposição de ideias e opiniões para que se configure uma sociedade baseada na igualdade e na justiça.

Trata-se de discurso de “minoría” (muçulmana) contra outra minoría (judaica). E o Estado tem o dever de zelar por *ambas as minorías*. No ponto, destaco a ausência de atitude de relevo por parte das Nações Unidas com escopo a solucionar pacificamente o litígio. Há assim, séria dúvida sobre a existência de eventual tipo penal a ser coibido.

Motivos pelos quais ABSOLVO KHALED HUSSEIN ALI nos termos do artigo 386, VI. P.R.I.C.

São Paulo, 18 de outubro de 2013.

Juíza Federal ADRIANA FREISLEBEN DE ZANETTI

4 [http://www.migalhas.com.br/arquivo\\_artigo/art\\_03-10-01.htm](http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/art_03-10-01.htm)

## **AÇÃO PENAL**

### **0001920-22.2010.4.03.6181**

**Autora: JUSTIÇA PÚBLICA**

**Réu: C. P. A.**

**Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP**

**Juiz Federal: TORU YAMAMOTO**

**Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 20/09/2013**

Vistos etc.

O Ministério Público Federal denunciou C. P. A., qualificado nos autos, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, c/c artigo 69 do Código Penal, pelos seguintes fatos apurados em Peças Informativas:

Consta dos autos que o ora denunciado, na qualidade de sócio cotista e responsável pela gerência e administração financeira da empresa GIANPETRO DISTRIBUIDORA DE PERÓLEO LTDA., CNPJ nº 01.530.931/0001-64, situada na Rua XV de Novembro, 200, 6º andar, sala A, Centro, São Paulo/SP, de forma consciente e voluntária, suprimiu e reduziu o pagamento do Imposto de Renda Pessoa Jurídica – IRPJ e Contribuição Social sobre o Lucro Líquido – CSLL, relativamente ao ano-calendário de 2002, mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias.

Em ação fiscal da Secretaria da Receita Federal, apurou-se que o acusado, na qualidade de representante legal da referida empresa praticou irregularidades pertinentes à legislação do Imposto de Renda, sendo que, ao apresentar a declaração de DIRPJ referente ao ano-calendário de 2002, procedeu à tributação com base no lucro presumido, razão pela qual foi intimado a apresentar os livros contábeis e fiscais da empresa.

Ante a não apresentação do livro-caixa, apesar de reiteradamente intimada, a empresa teve o lucro arbitrado de acordo com o disposto no artigo 530 do RIR/99.

Em razão dos fatos noticiados, foram lavrados os Autos de Infração (fls. 799/807) constantes do PAF nº 19515.004576/2008-30, constituindo os créditos tributários no importe de R\$ 1.403.009,55, a título de IRPJ; e R\$ 655.187,22, a título de CSLL, já acrescidos dos consectários elgais, perfazendo um crédito tributário total em favor da União, no valor de R\$ 2.058.196,77 (dois milhões, cinquenta e oito mil, cento e noventa e seis reais e setenta e sete centavos), atualizado até 27/08/2008.

Devidamente intimado, não procedeu o representante legal da empresa à quitação ou ao parcelamento do crédito tributário em questão, tendo sido o processo administrativo encaminhado à Procuradoria da Fazenda Nacional para cobrança executiva, encontrando-se os débitos já inscritos e na fase “ATIVA AJUIZADA”, sem qualquer notícia de pagamento ou parcelamento, conforme informa a Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região (fls. 818/822 – não numeradas)

Assim, o denunciado, na qualidade de responsável pela gerência e administração financeira da empresa GIANPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., agindo de forma livre e consciente, suprimiu e reduziu o pagamento de IRPJ e CSLL da empresa, mediante a omissão de informações e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias, relativamente ao ano-calendário de 2002.

Por fim, considerando-se que o tributo e a contribuição suprimidos e reduzidos possuem, cada qual, forma própria de recolhimento, resta clara a existência de desígnios autônomos no sentido da prática de mais de um delito pelo acusado.

A denúncia foi recebida em 07/07/2010 (fls. 849/850).

Inicialmente, o réu não foi localizado para citação pessoal (fls. 859, 915). Após pesquisas realizadas, logrou-se encontrar seu endereço atualizado, razão pela qual foi citado pessoalmente (fls. 929).

O réu constituiu defensor e apresentou resposta à acusação, ocasião em que arrolou três testemunhas (fls. 895/900).

Ausente qualquer das hipóteses previstas no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi determinado o prosseguimento do feito (fls. 904).

Instado a explicitar os motivos pelos quais requereu a realização de prova pericial, a defesa se manifestou a respeito e requereu a expedição de ofício à Delegacia da Receita Federal (fls. 938).

Durante a instrução, foram ouvidas uma testemunha comum e uma testemunha de defesa (fls. 967/968), sendo homologada a desistência da testemunha de defesa remanescente (fls. 964, item 1).

Ao final, o réu foi interrogado (fls. 966), ocasião em que alegou o seguinte, em livre transcrição:

Sobre o ano-calendário de 2002, eu não tinha nem ciência desse auto. Tanto que eu nem assinei esse auto. Não tenho nada a acrescentar sobre essa acusação. Eu tinha 1% na empresa, mas eu não administrava a empresa. A empresa tinha um pessoal que cuidava da parte administrativa, no caso, a Sandra Regina. Os documentos vinham vistados por ela e eu assinava. Eu tinha escritório no mesmo prédio, porque a gente prestava serviços, mas não tinha acesso constante à empresa. Sandra Regina não era sócia da empresa; era funcionária. Eu não sei de quem ela recebia a delegação, mas eu recebia os documentos por ela. Até a venda efetiva da empresa, o senhor Antonio continuava na empresa; ele também acompanhava a parte administrativa. Eu nem tive conhecimento de que os livros fiscais deveriam ser entregues à fiscalização. Só tomei conhecimento de tudo quando recebi a intimação. Não tinha nem idéia. Não tenho antecedente criminal. Trabalho como auxiliar de vendas. Sou registrado. Não tenho nada contra a testemunha, eu nem a conheci. Tenho um filho que faz 2 anos hoje e uma enteada. Eu não me lembro exatamente quais os poderes que estavam na procuração, mas sei que tinha poder para assinar pela empresa. Eu não tinha consciência do que estava assinando.

Encerrada a instrução, as partes nada requereram como diligências complementares (fls. 964, item 2)

Em alegações finais, o Ministério Público Federal, entendendo comprovadas a materialidade e a autoria, requereu a condenação do réu (fls. 972/975).

Em alegações finais, a defesa do réu requereu, preliminarmente, a conversão do julgamento em diligência, com o intuito de buscar a verdade real por meio da oitiva de duas testemunhas, alegando não haver, nos autos, demonstração específica de poder de gerenciamento e administração. No mérito, requereu a absolvição, aduzindo não ser o autor do crime, pois apenas assinou documento como figurante, sem conhecimento das razões de sua lavratura (fls. 978/982).

O Ministério Público Federal se manifestou acerca da preliminar ventilada pela defesa (fls. 984/985).

O réu não possui antecedentes criminais, mas se viu envolvido em mais um processo por crime contra o sistema financeiro nacional (fls. 6 do apenso) e por crime de lesão corporal

culposa, em que foi declarada extinta a punibilidade (fls. 8 e 11 do apenso).

É o relatório.

DECIDO.

PRELIMINAR

Desnecessária a conversão do julgamento em diligências, como pleiteada pela defesa, pelas razões a seguir expendidas sobre o mérito desta ação penal.

IMPUTAÇÃO

Imputa-se a C. P. A. o crime previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, em concurso material, porque, segundo a denúncia, no ano-calendário de 2002, na qualidade de responsável pela gerência e administração financeira da pessoa jurídica GIANPETRO DISTRIBUIDORA DE PETRÓLEO LTDA., estabelecida nesta Capital, na Rua XV de Novembro, nº 200, 6º andar, sala A, Centro, suprimiu e reduziu o pagamento de IRPJ e CSLL da empresa, mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias.

MATERIALIDADE

A teor da denúncia, a materialidade do crime imputado ao réu, o art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, consubstancia-se no Auto de Infração – Imposto de Renda da Pessoa Jurídica (fls. 809/812) e no Auto de Infração – Contribuição Social sobre Lucro Líquido (fls. 813/816).

Pelas razões a seguir expostas, entendo que, na espécie, tais Autos de Infração não comprovam a materialidade do crime atribuído ao réu.

De início, mister explicitar alguns equívocos constantes da denúncia, para melhor fundamentação do quanto segue.

Nesse passo, é de se consignar que o contribuinte *ou* suprime *ou* reduz tributo (ou contribuição social ou qualquer acessório). O contribuinte não suprime *e* reduz tributo. A *supressão* de tributo refere-se à sua *evasão total*, porquanto o agente, de modo geral, impede que o tributo ou obrigação acessória surja no mundo jurídico e, assim, elimina-o dele, enquanto a *redução* significa a sua diminuição, isto é, o agente o recolhe em *quantum* inferior ao devido.

A denúncia não explicita se a empresa GIANPETRO *suprimiu*, no ano-calendário de 2002, *todo* o IRPJ e *todo* o CSLL devidos à Fazenda Nacional ou *reduziu* parte deles, recolhendo um *quantum* menor que o devido. O fato de a Receita Federal ter *arbitrado* o lucro e constituído o crédito tributário nos montantes de R\$ 1.403.009,55, a título de IRPJ, e R\$ 655.187,22, a título de CSLL, *não significa* que a referida empresa tenha *suprimido* tais tributos, já que, consoante a denúncia, a empresa “procedeu à tributação com base no lucro presumido”, ou seja, a empresa *recolheu tais tributos* “com base no lucro presumido”; da mesma forma, *não significa* que tenha ela *reduzido* tais tributos nesses montantes, porquanto os valores supra-mencionados foram *arbitrados* pelo fisco *por não ter a empresa apresentado seus livros*

*contábeis e fiscais*. Por conseguinte, não há como *presumir* que houve *redução* do tributo devido em decorrência da conduta do réu.

Aliás, é de notar que, consoante Relatório de Encerramento de Ação Fiscal, a base de cálculo para o arbitramento do lucro foram *os valores informados* como faturamento ou receita bruta constante da DIPJ relativa ao ano-calendário de 2002, nas fichas 19 B e 20 B – Cálculo da Contribuição para PIS/PASEP e da COFINS respectivamente (fls. 803); logo, a empresa não *suprimiu* todo o tributo devido ao Fisco.

Um outro ponto constante da denúncia que, a meu ver, repercute no aspecto *objetivo* do crime tributário atribuído ao réu, refere-se à não especificação da ação nuclear do tipo praticada pelo réu, ou seja, ela não especifica se o réu cometeu o crime do art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, na forma omissiva imprópria ou comissiva por omissão “mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas” ou na forma comissiva “mediante a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias”, já que a peça acusatória menciona que o réu *suprimiu e reduziu*, no ano-calendário de 2002, IRPJ e CSLL (1º equívoco), mediante a omissão de informações quanto às receitas auferidas e a prestação de falsas declarações às autoridades fazendárias (2º equívoco).

Em outras palavras, o réu, segundo a denúncia, cometeu tanto o crime omissivo impróprio como o comissivo. Mas a denúncia, embora se refira à *omissão* na apresentação do livro-caixa pela empresa, nada descreve quanto às *falsas declarações* supostamente prestadas pelo réu perante o fisco, lembrando-se que *declaração falsa* é aquela que não corresponde à realidade, portanto, fictícia ou inverídica, *contida na declaração já prestada*.

Dessa forma, por não haver qualquer descrição do fato constitutivo do crime comissivo previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90, haja vista a ausência de qualquer descrição ou referência quanto à questão “em que consistiu a falsidade da declaração já prestada pela empresa”, atendo-me, na análise da materialidade, tão-só, ao *crime omissivo impróprio* supostamente cometido pelo réu, que implicou a suposta *redução* do tributo devido. Desconsidero, assim, por inépcia parcial da denúncia, as ações nucleares “*suprimir* tributo” e “*prestar* declaração falsa” mencionadas na denúncia, mas sem qualquer suporte fático.

Antes de prosseguir, entendo necessário tecer mais algumas considerações sobre a materialização do crime de sonegação fiscal.

Uma das premissas para se interpretar o tipo objetivo previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90 é a constatação de que o crime em tela é material ou de resultado, isto é, ele só se configura quando a ação ou omissão do agente efetivamente produz o resultado nele previsto. Assim, a materialização desse crime pressupõe a existência de um nexo causal entre cada uma das condutas elencadas nos incisos I a V e no parágrafo único do art. 1º e a supressão ou redução de tributo.

Por conseguinte, se não houve a supressão ou redução do tributo devido, as ações nucleares do tipo *em si* não caracterizam o crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90.

Na hipótese dos autos, como visto, não houve a supressão do IRPJ e do CSLL, já que a empresa recolheu tais tributos com base no lucro presumido. Da mesma forma, é de ver que o arbitramento desses tributos realizado pela Receita Federal deveu-se não à constatação de que os tributos recolhidos pela empresa eram inferiores aos devidos, mas sim, tão-somente, em função da não apresentação do livro-caixa.

Dessa forma, entendo que, na hipótese dos autos, os Autos de Infração lavrados pela Receita Federal não consubstanciam a materialidade do crime em tela, porquanto não com-

prova se houve ou não a redução do tributo devido e nem sequer quanto foi, efetivamente, o montante do tributo reduzido.

Releva, notar, outrossim, que “nem todo devedor do fisco é criminoso, nem toda infração da normativa tributária relacionada com o nascimento da obrigação tributária e seu lançamento é constitutiva de crime, mas somente nos casos em que representem uma *manobra fraudulenta* para enganar a Fazenda Pública, em detrimento do erário público.”<sup>1</sup>

Por conseguinte, é de se questionar se o fato de a empresa não ter apresentado o seu livro-caixa, quando reiteradamente intimada para tanto, é uma *manobra fraudulenta*?

Entendo que não.

É que, como prelecionam Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro: “a relevância típica da *omissão*, dependerá da idoneidade do comportamento omissivo para induzir a Administração em erro, ou seja, é necessário que a omissão seja capaz de enganar a Fazenda Pública, *assumindo o caráter de ocultação intencional* de fatos com relevância tributária (...).”<sup>2</sup>

Na espécie dos autos, o fato de a empresa GIANPETRO não ter apresentado o seu livro-caixa não induziu a Administração em erro, nem foi capaz de enganar a Fazenda Pública, pois não impediu o fisco de apurar o crédito tributário por meio de arbitramento. Portanto, é de se concluir que não foi uma manobra fraudulenta capaz de induzir a Fazenda Pública em erro, nem de enganá-la; logo, não se cuidou de uma *omissão criminosa* ou uma *omissão com relevância penal* por parte da empresa GIANPETRO, abstraídas, obviamente, suas conseqüências na esfera fiscal-administrativa.

Não há, por conseguinte, como se admitir, no aspecto objetivo, a ocorrência do crime omissivo ou comissivo por comissão previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

É certo que o parágrafo único do art. 1º da Lei nº 8.137/90, eventualmente aplicável ao caso, mediante um esforço interpretativo à evidência forçado, tipifica o desatendimento de exigência da autoridade fiscal como crime. Contudo, como o crime do art. 1º é crime material ou de resultado, o parágrafo único não está fora do contexto em que se insere, não se erigindo como crime autônomo. Assim, esse dispositivo não incrimina a mera conduta de desatender exigência da autoridade fiscal, mas tão-somente quando tal conduta implique supressão ou redução de tributo.

Nesse sentido, a lição de Cezar Roberto Bitencourt e Luciana de Oliveira Monteiro a seguir transcrita subsidia o quanto se afirmou acima:

(...), na medida em que o crime do art. 1º é de resultado, a simples realização das condutas descritas não é suficiente para a sua consumação, sendo necessário constatar a efetiva *supressão* ou *redução* de tributo. Nessa linha de entendimento, discordamos veementemente de setor da doutrina e da jurisprudência que considera a conduta descrita no parágrafo único como *crime autônomo*, de *mera conduta omissiva*, isto é, como crime omissivo próprio. Especialmente porque a *mera desobediência* do cidadão ao cumprimento de obrigações ditas pelo fisco não pode assumir as características de crime tributário, nem mesmo na forma tentada, a menos que nos distanciemos da concepção de Direito Penal da culpabilidade no marco de um Estado Democrático de Direito, que prima pela liberdade do indivíduo e pela *proteção subsidiária de bens jurídicos*; caso contrário, estará assumindo uma *concepção funcional normativista radical* de Direito Penal, na linha jakobsiana, em que prevaleça o

1 BITENCOURT, Cezar Roberto; MONTEIRO, Luciana de Oliveira. *Crimes contra a ordem tributária*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 113.

2 *Ibidem*, p. 121.

*simples dever de fidelidade às normas* independentemente de eventual ofensa a um bem jurídico determinado. Com efeito, não se pode continuar admitindo, no âmbito do Estado Democrático de Direito, que a *simples omissão ao cumprimento* de uma determinação da Administração seja considerada crime autônomo, como se a negativa de fazer o que a Fazenda Pública dita por meio de seus agentes fosse, por si só, um comportamento criminoso. Semelhante interpretação significa que se exige do cidadão um *dever de fidelidade absoluta* ao Estado e às normas, concepção que somente se encontra em regimes totalitários e ditatoriais, inconcebível sob a égide da Constituição Federal de 1988 (...).

Por fim, o próprio Relatório de Encerramento de Ação Fiscal da Delegacia da Receita Federal do Brasil de Fiscalização em São Paulo contém elementos que descaracterizam a tipificação objetiva do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90 em seu bojo.

É de se observar que o próprio AFRFB que o relatou, com endosso de seu AFRFB supervisor, afirmou o seguinte (fls. 804):

*Tratando-se de ação fiscal motivada por informações do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, fica dispensada a representação fiscal para fins penais (...), além de que essas irregularidades, por si só, não ensejam a representação.*

Ora, se as irregularidades atribuídas à empresa GIANPETRO não ensejam, por si sós, a representação fiscal para fins penais, a Receita Federal não vislumbrou a ocorrência de crime tributário.

Corroborando tal ponto de vista, nos Autos de Infração lavrados contra a empresa, aplicou-se multa de 75% (fls. 811/812, 815/816), o que indica que o seu subscritor entendeu não ter havido má-fé na conduta da referida contribuinte.

Do exposto, é de se absolver o réu, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal.

Ainda que assim não fosse, só para argumentar, há também provas documentais que isentam o réu da imputação como autor do delito a ele atribuído na denúncia. Vejamos.

## AUTORIA

Nesse passo, é de se observar que, no contrato social consolidado da GIANPETRO Distribuidora de Petróleo Ltda. (fls. 24/32) e suas alterações posteriores (fls. 33/60), C. P. A., embora nomeado procurador, no bojo do próprio contrato social, da sócia majoritária – RENKIS INTERNATIONAL S.A., detentora de 99% (noventa e nove por cento) do capital social, é sócio detentor de apenas 1% (um por cento) do capital social, ou seja, ainda que C. P. A. represente a sócia majoritária como procurador, todo o proveito econômico decorrente da sonegação fiscal que eventualmente beneficie a GIANPETRO seria usufruído, não por ele, mas sim quase que integralmente pela sócia majoritária – RENKIS INTERNATIONAL S.A., não havendo razão para responsabilizá-lo criminalmente pelo suposto crime de sonegação fiscal sem que haja prova contundente nos autos que o aponte como beneficiário *direto* ou *indireto* do tributo eventualmente sonegado, sob pena de lhe imputar responsabilidade criminal objetiva, vedado por nosso Direito nos crimes tributários.

Ademais, a prova oral produzida em Juízo também descaracteriza o crime sob exame no aspecto subjetivo.

Eis a conclusão a que chego ao examinar os depoimentos colhidos em Juízo, que, a seguir, transcrevo livremente:

Gilberto de Lima Garófalo (fls. 968):

Sou auditor fiscal da receita desde 1985. Estou na ativa. Não revi os autos e não me recordo dessa fiscalização. Confirmo o relatório (fls. 802/806). Os livros não foram colocados à disposição, pelo que foi feito o arbitramento do lucro. O arbitramento do lucro é uma forma de apuração do lucro quando não temos outra forma disponível. Foi feito o arbitramento com base na receita informada para imposto de renda. Não me recordo se intimei o representante da empresa. O procedimento normal, no caso de arbitramento, é que vamos duas vezes na empresa para apresentação dos livros. Na falta de apresentação dos livros, nós fazemos o arbitramento. É uma medida adotada quando não há outra forma de apuração. Eu não tive acesso aos livros fiscais e comerciais. A empresa efetivamente existia. Eu fui mais de uma vez à sede da empresa, no centro. Lá, fui atendido pelo senhor César, se não me engano. Não fui atendido por Cristiano. A empresa estava ocupando uma sala em um prédio no centro comercial de São Paulo. Eu não teria condições de vislumbrar a magnitude da empresa. Eu fui à sede da empresa, não posso afirmar se ela tinha algum bem, mesmo porque eu acho que já existia um arrolamento de bens e nesse caso não foi feito por já existir o arrolamento. Assim, não foi verificado se havia bens a arrolar. O arbitramento foi feito com base no imposto de renda do próprio ano. Arbitrei o lucro em função da receita informada. Nesse trabalho, não tenho como verificar se a receita informada tem fundamento. O trabalho foi feito posteriormente, porque os dados de acesso são as informações do fisco estadual e federal. No caso, fiz com base nas informações prestadas ao fisco federal.

Cesar Pinto Arruda (fls. 967):

Eu e o Cristiano tínhamos uma empresa de consultoria administrativa e, no ano de 2002, fomos contratado pela empresa Gianpetro para serviços administrativos, como treinamento de funcionários, porque eu tenho experiência anterior em gestão de empresas e implantação de software. Em 1996, eu comecei a prestar consultoria ao segmento de combustíveis. Esse mercado abriu em 1996. Até então, existiam oito distribuidores de combustíveis no país. A partir de 96, apareceram 250 distribuidoras, ou seja, pequenos postos começaram a ter distribuidora. Só que eles não tinham funcionários para administrarem essas empresas, pois os melhores funcionários estavam nas oito maiores distribuidoras. Eu comecei na Gianpetro. Em 2002, eu prestava esse tipo de serviço. Cristiano é meu irmão. Nosso pai abriu um escritório de contabilidade em 1963 e eu administrei o escritório de 90 a 96 e Cristiano administrava o escritório junto com meu irmão mais velho. Como o escritório era muito pequeno, eu o trouxe para trabalhar comigo na empresa de consultoria. Em 2002, ele estava aprendendo a trabalhar comigo. Eu não lembro dessa atuação de 2002. Nem sei quem era o responsável à época. Não conheço a assinatura de fls. 793/806. Nosso trabalho era de consultoria. Nós não tínhamos ingerência sobre o trabalho da empresa. A contabilidade era terceirizada. A gente não tinha acesso a esse trabalho. Cristiano me prestou um favor. Eu prestava serviço para a Gianpetro e os sócios dessa empresa me disseram que precisavam de um sócio para ter 1%. Eu indiquei o Cristiano. Toda a administração da empresa não era feita por nós. Eles tinham uma gerente, chamada Sandra Regina, que encaminhava alguns documentos para o Cristiano assinar, mas, antes, havia um visto dela. Foi simplesmente um favor que ele fez. Quem contratou essa moça foi o senhor Antonio e Daniel, ex-sócios da empresa. Eles venderam a empresa em 2002 e colocaram 99% em uma *off-shore*. Nós prestamos um favor a eles, pois tínhamos interesse em manter as negociações. Cristiano não tinha poder de decisão nenhum. Nosso escritório era próximo e nós prestávamos serviço. Na época, 1% equivalia a R\$ 10.000,00. Foi ingenuidade da nossa parte. A empresa *off-shore* tinha que ter um procurador e o Cristiano

acabou sendo. Cristiano permaneceu como procurador dessa empresa de 2002 a 2004. Houve um desentendimento e substituíram Cristiano por Cláudio Afonso. Isso em 2004 para 2005. Só que não revogaram os poderes dados ao Cristiano na época, mas houve até ruptura de nosso contrato. Além da sociedade de 1%, também havia uma procuração, feita no Uruguai, com poderes para ele assinar cheque, documentações da empresa. Não me lembro de todos os poderes, mas ele tinha alguns poderes sim. Os donos da empresa Gianpetro estão vivos. Que eu saiba, não foram arroladas como testemunhas de defesa. É Gianfratti. Eu acredito que a procuração tenha sido outorgada no final de 2002, quando a *off-shore* entrou no lugar do senhor Antônio. Como o senhor Antônio não recebeu os valores da venda da empresa, supostamente, ele administrava a empresa até recebê-los. Ele tinha o direito de ficar lá e colocou a Sandra Regina como administração. Sandra Regina era funcionária registrada. Eu os via na empresa várias vezes. Ele que tomava as decisões. Meu irmão não tinha capacidade para administrar, ele estava aprendendo a trabalhar comigo. Eu não conhecia os donos da *off-shore*. A procuração vinha pronta do Uruguai. Existe uma prática que hoje é bem conhecida. Muitas empresas montam empresas no Uruguai., empresas de fachada. O senhor Antônio recebeu apenas US\$ 30.000,00 de uma dívida de mais de um milhão. Existe uma ação correndo em paralelo aqui no fórum, inclusive envolvendo o Oliveira Neves, que intermediou o processo de compra e venda da Gianpetro. A *off-shore* tem um presidente, que fica no Uruguai, o qual passa a procuração, com tradução, registro no consulado. Mas não sei quem era o dono da empresa. A gerência de direito cabia ao meu irmão. A gerência de fato ainda pertencia ao senhor Antônio. Ele dizia que tinha interesse, pois ainda não tinha recebido os valores devidos pela venda da empresa. Cristiano tinha acesso à empresa, não diariamente. A gente ainda prestava serviços administrativos. Mas os documentos que ele assinava eram enviados pela Sandra, após ela dar visto, "SR", de Sandra Regina. Ela enviava contratos de financiamento, cheques.

A testemunha de acusação Gilberto de Lima Garófalo corrobora que o arbitramento do lucro foi feito com base na declaração de imposto de renda apresentada pela empresa, descaracterizando, assim, a acusação de supressão de tributo, o que também descarta a de redução de tributo. Nada soube informar sobre a autoria.

O depoimento de César Pinto Arruda, ainda que se leve em conta a sua condição de irmão do réu, contém relato verossímil sobre a ausência de dolo por parte de C. P. A. ao descrever a rotina da empresa GIANPETRO.

Portanto, também no aspecto subjetivo, não há como atribuir a C. P. A. responsabilidade criminal pelos fatos constantes da denúncia, sendo de rigor absolvê-lo com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.

Porém, por ser mais benéfico ao réu, opto em absolvê-lo com fundamento anteriormente mencionado.

## DISPOSITIVO

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia e ABSOLVO C. P. A., RG nº XX.XXX.XXX-X/SSP/SP e CPF nº XXX.XXX.XXX-XX, da imputação dela constante, com fundamento no artigo 386, III, do Código de Processo Penal.

Remetam-se os autos ao SEDI para a mudança da situação processual do réu.

Arquivem-se os autos oportunamente.

P.R.I.C.

São Paulo, 06 de setembro de 2013.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0002027-75.2011.4.03.6102**

Autor: CÉSAR AUGUSTO DE JESUS FALCÃO

Réu: INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE RIBEIRÃO PRETO - SP

Juiz Federal: DAVID DINIZ DANTAS

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/03/2013

Vistos.

CÉSAR AUGUSTO DE JESUS FALCÃO ajuizou a presente AÇÃO DE RITO ORDINÁRIO em face do INSTITUTO FEDERAL DE EDUCAÇÃO, CIÊNCIA E TECNOLOGIA DE SÃO PAULO, com pedido de antecipação de tutela, objetivando, em síntese, o reconhecimento do direito à progressão por titulação, na carreira de magistério de ensino básico, técnico e tecnológico, independentemente da observância de interstício, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 11.344/2006, cumulados com o art. 120, § 5º, da Lei nº 11.784/2008, com as alterações nos registros funcionais e pagamento da respectiva remuneração, e, a condenação ao pagamento das diferenças remuneratórias, desde a entrada em exercício, respeitando os critérios da titulação, até a efetiva implantação do novo padrão remuneratório, acrescidas de correção monetária pelo INPC e de juros moratórios no percentual de 0,5% ao mês, a partir da citação, além dos honorários advocatícios de 20% sobre o valor da causa.

Sustentou o autor que é professor do instituto requerido, tendo sido nomeado sob a égide da Medida Provisória nº 431, publicada em 14 de maio de 2008, e depois convertida na Lei nº 11.784/2008, que promoveu nova estruturação na carreira do magistério de ensino básico, técnico e tecnológico, tendo sua nomeação sido efetivada sob a égide dessa nova sistemática de organização do cargo. Todavia, alegou que, nessa nova estrutura, não está sendo concedida progressão por titulação em razão da ausência de regulamentação da Lei nº 11.784/2008. Asseverou que o novo diploma, na ausência de regulamentação, remete à disciplina vigente na Lei nº 11.344/2004, invocando, por simetria, os requisitos lá dispostos (fls. 02/32).

A antecipação de tutela foi indeferida (fls. 34).

Devidamente citado (fls. 77/78), o instituto requerido sustentou a improcedência do pedido, aduzindo que o autor já ingressou no serviço público com a situação funcional definida nos termos da Lei nº 11.784/2008; que, de acordo com a novel sistemática, a progressão se dá por titulação e desempenho acadêmico, e após cumprido o interstício legal (fls. 79/105).

Réplica (fls. 111/115).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

O feito comporta julgamento antecipado, posto que a questão versa acerca de matéria de direito e de fato, mas não se faz necessário produzir prova em audiência (art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil).

### **1. INTRODUÇÃO**

O cerne da questão posta em debate consiste na aplicabilidade do art. 120, *caput* e § 1º, da Lei nº 11.784/2008 (que prevê interstício de dezoito meses para o desenvolvimento na

carreira), contraposto com a norma de reenvio do § 5º desse dispositivo, que preconiza que até a publicação do regulamento previsto no *caput*, para fins de progressão, aplicam-se as regras estabelecidas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 11.344/2006 (autorizadoras da progressão funcional independentemente de interstício).

Vejamos, com mais detalhes, os dispositivos ora invocados.

## 2. PLANO NORMATIVO

### *Lei nº 11.784/2008:*

Art. 120. O desenvolvimento na Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico dos servidores que integram os Quadros de Pessoal das Instituições Federais de Ensino, subordinadas ou vinculadas ao Ministério da Educação, *ocorrerá mediante progressão funcional, exclusivamente, por titulação e desempenho acadêmico, nos termos do regulamento.*

§ 1º. *A progressão de que trata o caput deste artigo será feita após o cumprimento, pelo professor, do interstício de 18 (dezoito) meses de efetivo exercício no nível respectivo.*

§ 2º. O interstício para a progressão funcional a que se refere o § 1º deste artigo será:

I - computado em dias, descontados os afastamentos que não forem legalmente considerados de efetivo exercício; e

II - suspenso nos casos em que o servidor se afastar sem remuneração, sendo retomado o cômputo a partir do retorno à atividade.

§ 3º. Na contagem do interstício necessário à progressão, será aproveitado o tempo computado da última progressão até a data em que tiver sido feito o enquadramento na Carreira de que trata o *caput* deste artigo.

§ 4º. Os servidores integrantes da Carreira de Magistério de 1º e 2º Graus do Plano Único de Classificação e Retribuição de Cargos e Empregos, de que trata a Lei nº 7.596, de 10 de abril de 1987, pertencentes aos Quadros de Pessoal das Instituições Federais de Ensino subordinadas ou vinculadas ao Ministério da Educação *posicionados nas atuais classes C e D, que à época de assinatura do Termo de Opção pela Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico estiverem matriculados em programas de mestrado ou doutorado poderão progredir na Carreira mediante a obtenção dos respectivos títulos para a nova Classe D III, Nível 1.*

§ 5º. *Até que seja publicado o regulamento previsto no caput deste artigo, para fins de progressão funcional e desenvolvimento na Carreira de Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico, aplicam-se as regras estabelecidas nos arts. 13 e 14 da Lei nº 11.344, de 8 de setembro de 2006.*

### *Lei nº 11.344/06:*

Art. 13. A progressão na Carreira do Magistério de 1º e 2º Graus ocorrerá, exclusivamente, por titulação e desempenho acadêmico, nos termos de portaria expedida pelo Ministro de Estado da Educação:

I - de um nível para outro, imediatamente superior, dentro da mesma Classe; ou

II - de uma para outra Classe.

§ 1º A progressão de que trata o inciso I será feita após o cumprimento, pelo docente, do interstício de dois anos no respectivo nível, mediante avaliação de desempenho, ou interstício de quatro anos de atividade em órgão público.

§ 2º *A progressão prevista no inciso II far-se-á, independentemente do interstício, por titulação ou mediante avaliação de desempenho acadêmico do docente que não obtiver a titulação*

necessária, mas que esteja, no mínimo, há dois anos no nível 4 da respectiva Classe ou com interstício de quatro anos de atividade em órgão público, exceto para a Classe Especial.

§ 3º A progressão dos professores pertencentes à Carreira do Magistério de 1º e 2º Graus para a Classe Especial ocorrerá mediante avaliação de desempenho daqueles que estejam posicionados há pelo menos 2 (dois) anos no nível 4 da Classe E e que possuam o mínimo de: (Redação dada pela Lei nº 11.490, de 2007)

I - oito anos de efetivo exercício de Magistério em instituição de ensino federal ou dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, quando portadores de título de Mestre ou Doutor;

II - quinze anos de efetivo exercício de Magistério em instituição de ensino federal ou dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima, quando portadores de diploma de Especialização, Aperfeiçoamento ou Graduação.

Art. 14. A progressão funcional para a Classe Especial dos servidores que possuam titulação acadêmica inferior à de graduação e estejam posicionados no nível 4 da Classe E poderá ocorrer se:

I - tiverem ingressado na carreira de Magistério de 1º e 2º Graus até a data de publicação desta Medida Provisória; e

II - possuírem o mínimo de quinze anos de efetivo exercício de Magistério em instituição de ensino federal ou dos extintos Territórios Federais do Acre, Amapá, Rondônia e Roraima.

### 3. ANÁLISE DO CASO CONCRETO

*A pretensão do autor merece acolhimento para se admitir a progressão funcional por titulação, independentemente da observância de interstício, com fundamento nos requisitos da Lei nº 11.344/2006.*

Como visto no item 2. PLANO NORMATIVO supra desta sentença as disposições introduzidas pela Lei nº 11.784/2008 não contemplam o desenvolvimento na carreira apenas pela titulação, fixando o interstício mínimo de 18 (dezoito) meses de permanência no nível respectivo. Contudo, o legislador condicionou a eficácia da novel disciplina, inclusive quanto ao interstício, à edição do regulamento.

Ocorre que o citado dispositivo legal não havia sido regulamentado até então, não havendo falar em autoaplicabilidade do *caput* e § 1º do artigo 120 da Lei nº 11.784/2008, sob pena de tornar sem sentido algum o § 5º do referido preceito legal.

Ora, a legislação em comento condicionou expressamente a sua aplicabilidade à edição de um regulamento, criando regra de transição expressa e afastando a sua autoaplicabilidade até a edição do indigitado ato normativo infralegal.

No sistema brasileiro, as leis é que criam direitos, não os decretos. Os atos infralegais resultam do poder regulamentar, de natureza secundária, buscando seu fundamento de validade na norma hierarquicamente superior, a qual está atrelada. A regulamentação não inova no ordenamento jurídico, de modo que a Lei nº 11.784/08, em seu art. 120, § 5º, criou direito subjetivo para a progressão dos docentes, com base nos parâmetros previstos pelo regramento anterior, até o advento da regulamentação executiva. Portanto, a inexistência de regulamentação não pode ser invocada para barrar a progressão funcional dos servidores.

Nessa linha, cumpre observar que os artigos 13 e 14 da Lei nº 11.344/06 tratam da própria matéria prevista no art. 120 da Lei nº 11.784/08, afastando a tese de que a remissão se restringiria à aplicação de requisitos específicos para a progressão, diversos dos parâmetros controvertidos (titulação e observância de interstício).

Ressalto mais uma vez que o legislador condicionou a eficácia da novel disciplina, inclusive quanto ao interstício, à edição do regulamento. Em reforço a essa conclusão, o § 5º do art. 120, da Lei nº 11.784/2008, ao remeter à aplicação das regras previstas nos arts. 13 e 14 da lei anterior, nada ressaltou quanto à observância do interstício inserido no 1º do dispositivo remissivo.

Não procede a hermenêutica, segundo a qual, a partir do § 5º do art. 120 da Lei nº 11.784/2008, busquem-se na legislação anterior apenas as normas supletivas e não colidentes, para autorizar, com base nos parâmetros antigos, a progressão dos novos servidores, respeitado o interstício. Isso porque o contingenciamento temporal para progressão está inserido no arcabouço normativo a que a própria lei negou eficácia, enquanto pendente a edição do regulamento.

A jurisprudência acerca do tema vem se sedimentando para reconhecer o direito à progressão funcional, por titulação, independentemente do cumprimento de interstício, tal qual prevê a Lei nº 11.344/2006.

Colaciono, a este respeito, os seguintes arestos do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

**ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROFESSOR. PROGRESSÃO FUNCIONAL. TITULAÇÃO SEM INTERSTÍCIO. CURSO EM NÍVEL DE APERFEIÇOAMENTO. NÃO HÁ PREVISÃO LEGAL.**

- A progressão de classe por mera titulação, prevista no § 2º do art. 13 da Lei 11.344/06, e mantida provisoriamente pela Lei 11.748/08, observava os critérios estabelecidos no art. 12 do mesmo diploma legal. Assim, o professor que ingressava na carreira apenas com Licenciatura Plena ou habilitação equivalente era enquadrado na Classe C, tendo direito a progressão para Classe D em obtendo título de Especialista, e para Classe E, em obtendo título de Mestre ou Doutor.

- O impetrante não possui curso de especialização, havendo apenas concluído Curso de Extensão Universitária - Aperfeiçoamento, na Universidade do Oeste Paulista, com carga horária de 180 horas. A esse respeito registre-se que, conforme Resolução CNE/CES nº 1/2007, art. 5º, os cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização, têm duração mínima de 360 (trezentas e sessenta) horas, ao passo que a duração mínima do curso de aperfeiçoamento é de apenas 180 (cento e oitenta) horas.

- Assim, há clara distinção entre cursos de pós-graduação lato sensu, em nível de especialização e em nível de aperfeiçoamento, não prevendo a Lei 11.344/06 possibilidade de progressão funcional no último caso.

- Como o impetrante não possui título de mestrado, doutorado ou especialização, mas apenas título de aperfeiçoamento, não tem direito à progressão de classe.

(TRF - 4ª Região, 4ª Turma, AC nº 5001508-34.2012.404.7110/RS, Rel. Luis Alberto D'Azevedo Aurvalle, julgado em 13/11/2012, publicado no DE em 16/11/2012)

**ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROGRESSÃO FUNCIONAL POR TITULAÇÃO. INTERSTÍCIO. PRESCINDIBILIDADE.**

Enquanto pendente de regulamentação a reestruturação da Carreira do Magistério do Ensino Básico, Técnico e Tecnológico prevista na Lei nº 11.784/08, aplica-se o regime anterior previsto na Lei nº 11.344/06, pelo qual era autorizada a progressão funcional por titulação, independentemente de interstício. Precedentes da Corte.

(TRF 4ª Região, Apelação Cível 5001956-75.2010.404.7110, 4ª Turma, Relator Juiz Federal Jorge Antônio Maurique, publicado no DE em 15/07/2011)

Em suma, *cabe ao instituto requerido promover a progressão a que faz jus o autor, respondendo pelas diferenças remuneratórias.*

#### 4. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA

No que tange ao requerimento de concessão de tutela antecipada os dispositivos previstos no § 3º do art. 1º da Lei nº 8.437/92 c.c o art. 1º da Lei nº 9.494/97 evidenciam que o Poder Judiciário não pode conceder a medida pleiteada contra a Fazenda Pública nos seguintes hipóteses: a) *reclassificação funcional ou equiparação de servidores públicos*; b) concessão de aumento ou extensão de vantagens pecuniárias; c) outorga ou acréscimo de vencimentos; d) pagamento de vencimentos e vantagens pecuniárias a servidor público; ou e) esgotamento, total ou parcial, do objeto da ação, desde que esta diga respeito, exclusivamente, a qualquer das matérias referidas.

Nesse sentido decidiu o Supremo Tribunal Federal, no julgamento da Reclamação nº 1.015/RJ, de relatoria do Ministro Néri da Silveira, em 30 de maio de 2001 à unanimidade de votos, cuja ementa transcrevo a seguir:

Reclamação. A decisão na ADC-4 não se aplica em matéria de natureza previdenciária. O disposto nos arts. 5º, e seu parágrafo único, e 7º, da Lei nº 4348/1964, e no art. 1º e seu parágrafo 4º da Lei nº 5021, de 9.6.1996, não concernem a benefício previdenciário garantido a segurado, mas, apenas, a vencimentos e vantagens de servidores públicos. Relativamente aos arts. 1º, 3º e 4º da Lei nº 8437, de 30.6.1992, que o art. 1º da Lei nº 9494/1997 manda, também, aplicar à tutela antecipada, por igual, não incidem na espécie aforada no Juízo requerido. *A Lei nº 8437/1992 dispõe sobre a concessão de medidas cautelares contra atos do Poder Público. No art. 1º, interdita-se deferimento de liminar, “no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante, em virtude de vedação legal”. Ocorrência de evidente remissão às normas acima aludidas, no que respeita a vencimentos e vantagens de servidores públicos, que prosseguiram, assim, em vigor. A inteligência desse dispositivo completa-se com o que se contém, na mesma linha, no art. 3º da Lei nº 8437/1992. Não cabe emprestar ao § 3º do art. 1º do aludido diploma exegese estranha a esse sistema, conferindo-lhe, em decorrência, autonomia normativa a fazê-lo incidir sobre cautelar ou antecipação de tutela acerca de qualquer matéria. Reclamação julgada improcedente.*

Com esse panorama, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, consoante se pode extrair da ementa do REsp nº 716379, de relatoria do Ministro Franciulli Neto, julgado em 03.03.2005 e publicado no DJ em 22.08.2005, pág. 234:

RECURSO ESPECIAL - PROCESSO CIVIL - AUSÊNCIA DE VEDAÇÃO DE CONCESSÃO DE TUTELA ANTECIPADA CONTRA A FAZENDA PÚBLICA - PRETENDIDA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - POSSIBILIDADE - ALEGADA INCONSTITUCIONALIDADE DA TAXA DE SEGURANÇA - INCOMPETÊNCIA DESTE STJ PARA EXAMINAR A QUESTÃO.

Em estudo elaborado por este Relator, *ficou consignado que “foi firmado o princípio da admissibilidade da tutela antecipada contra a Fazenda Pública, exceto as exceções restritivas”* (cf. Domingos Franciulli Netto *in* “Notas sobre o precatório na execução contra a Fazenda Pública”, *in* Revista dos Tribunais, nº 768, outubro de 1999, p. 44). *A jurisprudência, por sua vez, orienta-se no mesmo sentido. Assim, nos termos do voto da lavra do insigne Ministro*

*Castro Meira, “é admissível a antecipação de tutela contra a Fazenda Pública desde que efetivamente demonstrados os requisitos que ensejam a sua concessão. A lei nº 9494/97 não constitui óbice aos provimentos antecipatórios contra entidades de direito público, senão nas hipóteses taxativamente previstas em lei” (REsp 513.842-MG, DJ 1/3/2004). A Lei Complementar nº 104/01 introduziu dois novos incisos ao artigo 151 do CTN, que contemplam outras hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito, entre elas a concessão de tutela antecipada. Não merece ser conhecido o recurso no que concerne à questão da constitucionalidade da Taxa de Segurança, instituída pela Lei Estadual nº 6.848, de 27.12.95. Com efeito, é comezinho que a competência do Superior Tribunal de Justiça refere-se à matéria infraconstitucional. Recurso especial conhecido em parte e improvido.*

Ora, considerando que o numerário pleiteado pelo autor tem a finalidade de salarial, *nítida se mostra a impossibilidade de concessão de tutela antecipada como requerido.*

## 5. DISPOSITIVO

Ante o exposto, *acolho os pedidos formulados na inicial*, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil para:

a) reconhecer o direito à progressão por titulação de CÉSAR AGUSTO DE JESUS FALCÃO, na carreira de magistério de ensino básico, técnico e tecnológico, independentemente da observância de interstício, nos termos dos artigos 13 e 14 da Lei nº 11.344/2006, cumulados com o art. 120, § 5º, da Lei nº 11.784/2008, com as alterações nos registros funcionais, observando-se inclusive as normas do novel Decreto nº 7.806/2012, e pagamento da respectiva remuneração; e

b) condenar o instituo requerido ao pagamento das diferenças remuneratórias, desde a entrada em exercício, respeitando os critérios da titulação, até a efetiva implantação do novo padrão remuneratório;

Os valores das parcelas em atraso deverão ser acrescidas de correção monetária e juros remuneratórios de acordo com o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº 11.960/2009, eis que o ajuizamento se deu após 30.06.2009.

Condeno o requerido ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios que fixo, moderadamente, em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC.

Sentença sujeita a reexame necessário, a teor do artigo 475, I, do CPC, consoante redação conferida pela Lei nº 10.352/2001.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Ribeirão Preto, 25 de fevereiro de 2013.

Juiz Federal DAVID DINIZ DANTAS

## **EXECUÇÃO FISCAL**

### **0050940-42.2011.4.03.6182**

Exequente: INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS - IBAMA

Executado: SEVERINO FRANCISCO DA SILVA

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: HIGINO CINACCHI JUNIOR

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 19/04/2013

Vistos.

Trata-se de execução fiscal movida pelo INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS – IBAMA contra SEVERINO FRANCISCO DA SILVA, cobrando crédito referente a multa.

O Executado, com assistência da Defensoria Pública da União, opôs Exceção de pré-executividade, sustentando prescrição e nulidade do título, esta em face de violação ao Princípio da Razoabilidade e ao Princípio da Legalidade (fls. 12/26). Juntou documentos (fls. 27/86).

A Exequente se manifestou pela rejeição (fls. 88/90).

É O RELATÓRIO.

DECIDO.

Defiro os benefícios da justiça gratuita.

O Processo Administrativo foi juntado por cópia integral, em 59 laudas, conforme fls. 27/86.

Há, de fato, nulidades no procedimento, que fulminam o título dele extraído.

Em 2002 ocorreu a autuação, quando se constatou que o executado tinha a posse de 15 pássaros da fauna silvestre brasileira: um papagaio, um galo da campina e outros treze passarinhos. Apreendidos, os pássaros foram soltos, com exceção do papagaio e do galo da campina, encaminhados a criadouro. A multa, em 2002, foi de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).

O executado justificou que não podia pagar e que não sabia da proibição. Afirmou, também, que não comercializava os pássaros (fls. 34).

O setor de fiscalização se manifestou, diante do relatório e sem qualquer outra fundamentação, pela manutenção da autuação (fls. 36). A Douta Procuradoria Federal opinou, fundamentadamente, pela aplicação de pena alternativa, com baixa para cancelamento do débito (fls. 37/38). Em outubro de 2002, o executado prestou compromisso de cumprir pena alternativa (fls. 41). Nenhuma outra ocorrência se verifica até setembro de 2004, quando se expediu nova notificação para pagamento da multa (fls. 44). Não tendo ocorrido pagamento, inscreveu-se o executado no CADIN (fls. 47), agora com o débito já no valor de R\$ 12.373,00 (fls. 48).

Aí já se constata nulidade, na medida em que se ignorou, sem qualquer fundamentação, a manifestação da Procuradoria pelo cumprimento de pena alternativa.

Porém, em 03 de novembro de 2004, o executado novamente requereu benefício de pena alternativa (fls. 49), inclusive comprovando que, no Juízo Criminal, em outubro/2004, homologou-se transação no valor de R\$ 150,00 (cento e cinquenta reais), com extinção da

punibilidade (fls. 54). Ignorou-se seu pedido, efetuando-se nova notificação para pagamento, em 27/setembro/2004 (fls. 56).

Nova causa de nulidade aí reside, na medida em que se ignorou, sem qualquer fundamentação, requerimento para cumprimento de pena alternativa.

De qualquer forma, o processo ficou paralisado até que, em 25/setembro/2006 (fls. 58), a Comissão Interna conheceu do requerimento e o acolheu.

Porém, em 09 de outubro de 2008 (fls. 59), o Senhor Chefe de Divisão remeteu os autos ao Gabinete da Superintendência, sugerindo parcelamento do débito. Consta dos fundamentos do encaminhamento, o seguinte:

Observamos que houve mudanças nos procedimentos de conversão com o advento do Decreto nº 6514/2008, onde a própria figura da comissão interna talvez não se justifique mais. Assim, considerando a necessidade de readequar os procedimentos, remetemos este processo para que seja definida sequência a ser dada ao mesmo.

O tempo de permanência do processo nesta Divisão tem relação com a dificuldade de estabelecimento de serviços diretos que pudessem ser realizados pelo autuado e pela quantidade de processos semelhantes que foram encaminhados pela referida Comissão. Resta-nos clara hoje a impossibilidade de prestação de serviço direto relacionado aos trabalhos desta Divisão, uma vez que esta é voltada especialmente à execução de trabalhos técnicos e de controle, cuja inserção temporária de terceiros sem qualificação específica para o tema pouco ajudaria e até mesmo poderia atrapalhar o seu desenvolvimento.

Assim, sugerimos que em casos semelhantes seja proposto ao autuado o custeio de projetos (art. 140, III, do Decreto 6514/2008) por aporte de recursos à Carteira Fauna Brasil. A Carteira Fauna Brasil foi lançada em novembro de 2006 (...).

Considerando que a situação financeira do autuado não lhe permite pagar de uma só vez o valor integral da autuação, sugerimos avaliar possibilidade de que o aporte de recursos à Carteira Fauna Brasil ocorrer em parcelas (...).

Nova paralisação do processo, até que, em 28 de abril de 2009, com algumas considerações, entre elas a de que o Conselho Gestor não aprovou Programas ou Projetos e que se fazia necessário precaver-se contra a prescrição, a Senhora Superintendente determinou a atualização do débito e a continuidade da cobrança (fls. 60).

E sobreveio a notificação de indeferimento (fls. 61), em 11/maio/2009, sendo repetido o ato (fls. 67), em 18/novembro/2011, embora já em 27/setembro/2011 tenha sido inscrito o crédito e extraída a CDA (fls. 03), sendo, então, o valor da execução R\$ 26.913,07.

A lei 9.605/98 prevê prazo:

Art. 71. O processo administrativo para apuração de infração ambiental deve observar os seguintes prazos máximos:

I - vinte dias para o infrator oferecer defesa ou impugnação contra o auto de infração, contados da data da ciência da autuação;

II - trinta dias para a autoridade competente julgar o auto de infração, contados da data da sua lavratura, apresentada ou não a defesa ou impugnação.

Como se observa, as paralisações processuais injustificadas, a ausência de fundamentação em deliberações no curso do trâmite, bem como o expresse reconhecimento de que a pena alternativa não poderia ser cumprida por deficiência do próprio Órgão, nulificam o processo administrativo, por si só, tornando nulo o título que dele se originou.

Todavia, ainda que assim não fosse, o caso extrapola em muito a razoabilidade, como sustentado.

Cumpre anotar que a Lei 9.605/98, tem dispositivos aplicáveis ao caso, como segue:

Art. 72. As infrações administrativas são punidas com as seguintes sanções, observado o disposto no art. 6º.

I - advertência;

II - multa simples;

III - multa diária;

IV - apreensão dos animais, produtos e subprodutos da fauna e flora, instrumentos, petrechos, equipamentos ou veículos de qualquer natureza utilizados na infração;

XI - restritiva de direitos.

§ 1º Se o infrator cometer, simultaneamente, duas ou mais infrações, ser-lhe-ão aplicadas, cumulativamente, as sanções a elas cominadas.

§ 2º A advertência será aplicada pela inobservância das disposições desta Lei e da legislação em vigor, ou de preceitos regulamentares, sem prejuízo das demais sanções previstas neste artigo.

§ 3º A multa simples será aplicada sempre que o agente, por negligência ou dolo:

I - advertido por irregularidades que tenham sido praticadas, deixar de saná-las, no prazo assinalado por órgão competente do SISNAMA ou pela Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha;

II - opuser embaraço à fiscalização dos órgãos do SISNAMA ou da Capitania dos Portos, do Ministério da Marinha.

§ 4º A multa simples pode ser convertida em serviços de preservação, melhoria e recuperação da qualidade do meio ambiente.

Art. 6º Para imposição e gradação da penalidade, a autoridade competente observará:

I - a gravidade do fato, tendo em vista os motivos da infração e suas conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente;

II - os antecedentes do infrator quanto ao cumprimento da legislação de interesse ambiental;

III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.

O executado que, segundo consta sem demonstração em contrário, era aposentado e percebia salário mínimo, sofreu multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) em 2002, o que já se mostrava exorbitante, quando era possível, com fundamento na lei, sofrer apenas advertência.

Colaborou com toda a investigação, respondendo às notificações e pedindo abrandamento (substituição) da penalidade.

Não se trata de comerciante criminoso de espécimes da fauna brasileira, mas de cidadão simplório, de avançada idade, que “criava” alguns pássaros.

Os pássaros foram restituídos à natureza, com exceção de dois, de forma que o prejuízo ao meio ambiente praticamente inexistiu.

Atualmente, onze anos depois, é devedor ao IBAMA de mais de R\$ 26.000,00 (vinte e seis mil reais).

Seu grau de instrução é ínfimo, bastando verificar a letra de sua assinatura (quando ainda podia fazê-lo – *vide* fls. 49).

Pernambucano, hoje com 75 anos (nasceu em 1937 - fls. 54), é de uma época em que apreender pássaros (ou até caçá-los) era típico da cultura interiorana, como até hoje é em algumas localidades, mesmo neste Estado de São Paulo, o mais desenvolvido da Federação. Na região nordeste, então, a prática sempre foi disseminada, havendo livros, filmes, novelas e

músicas que a ela se referem naturalmente, como sabido. Daí a evidência da falta de dolo na conduta, a impor, no caso, branda penalidade, ao invés da elevada multa.

O descompasso entre o fato e a penalidade, no caso, violou o Princípio da Razoabilidade, constitucionalmente previsto, nulificando o título executivo.

A União-Defensoria tem razão. A União-Ibama, não.

Pelo exposto, reconheço a nulidade do título executivo e JULGO EXTINTO o feito, nos termos do artigo 267, inciso IV, do Código de Processo Civil.

Sem condenação em custas, diante da isenção legal (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96), e em honorários, visto que nos dois pólos se encontra a própria União, no passivo representando o executado.

Após o trânsito em julgado, archive-se, com baixa na distribuição.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 12 de abril de 2013.

Juiz Federal HIGINO CINACCHI JUNIOR

**AÇÃO CIVIL PÚBLICA**  
**002693-21.2012.4.03.6109**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: ESTADO DE SÃO PAULO, CETESB - COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO E IBAMA - INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS

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

Juíza: DANIELA PAULOVICH DE LIMA

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/09/2013

Trata-se de ação civil pública, com pedido de tutela antecipada, ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face do ESTADO DE SÃO PAULO, da CETESB – COMPANHIA AMBIENTAL DO ESTADO DE SÃO PAULO, e do IBAMA – INSTITUTO BRASILEIRO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS NATURAIS RENOVÁVEIS objetivando, em síntese, a obtenção de tutela jurisdicional para que seja declarada a nulidade de todas as autorizações e licenças de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações sitas na área abrangida pela Subseção Judiciária de Piracicaba, expedidas pela CETESB e pelo Estado de São Paulo, abstendo-se ainda os réus de concederem novas autorizações de queima, sem a prévia elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, determinando-se ainda o cadastramento e fiscalização de todas as propriedades rurais ocupadas com cultura canvieira, bem como para que seja determinando ao IBAMA a obrigação de exercer sua competência fiscalizatória de forma direta e efetiva no tocante aos danos provados à fauna silvestre pela prática da queima controlada, adotando as providências necessárias a fim de evitar a destruição em massa de espécimes.

Aduz, após breve relato histórico sobre o ciclo da cana-de-açúcar no Brasil, que a prática da queimada controlada da palha de cana é atividade eminentemente degradadora, eis que consistente em utilização do fogo para limpeza do solo, preparo do plantio e colheita da cana-de-açúcar nas áreas que cultivam, acaba por lançar na atmosfera grandes quantidades de vários poluentes prejudiciais à saúde durante os meses com menores índices de umidade na região, potencializando seus efeitos deletérios para a saúde humana e para o meio ambiente, bem como que os produtos resultantes da queima controlada, tais como o ozônio, os hidrocarbonetos policíclicos aromáticos – HPA's, compostos de nitrogênio, ácido sulfúrico, monóxido de carbono e dióxido de carbono, representam sério risco para a saúde da população, podendo acarretar, respectivamente, danos ao aparelho respiratório, induzimento ao aparecimento do câncer, doenças inflamatórias no trato respiratório, decréscimo da função pulmonar, e efeito estufa em proporções regionais e nacionais.

Sustenta que os problemas de saúde decorrentes da poluição atmosférica produzida pela prática em questão agravam a situação do SUS – Sistema Único de Saúde, elevando desnecessariamente os gastos com internações decorrentes de problemas respiratórios, e comprometendo diretamente a saúde dos trabalhadores rurais envolvidos com a colheita da cana.

Assevera que as queimadas se traduzem em evidentes danos aos recursos hídricos, em especial ao rio Piracicaba, de domínio da União por banhar mais de um Estado da federação, assim como danos às matas ciliares e ao ciclo de vida da ictio-fauna da região, atingindo, inclusive, diversos espécimes silvestres e ameaçados de extinção, tanto com a desintegração de seu espaço natural, quanto com a produção de graves fermentos e mortes pela ação do fogo, pontuando que a temperatura das áreas submetidas à prática chega a ser superior os 800°C.

Menciona que a CETESB e o Estado de São Paulo negligenciam os impactos produzidos pelas queimadas na fauna local, desconhecendo ainda as espécies ameaçadas de extinção e que habitam a região.

Afirma ser da competência do IBAMA a fiscalização e regulamentação das hipóteses de e condições em que a destruição de espécimes da fauna silvestre será permitida, por força, em especial, dos artigos 1º, 8º, 10, “a” e “g”, e 25, da Lei nº 5.197/67, bem como dos artigos 53, *caput*, e 54 da Lei nº 9.985/00 e do artigo 7º, XVI, XX e XXI, da Lei Complementar nº 140/11, assim como em função dos compromissos internacionais assumidos pela República Federativa do Brasil, tal qual o Decreto Legislativo nº 54/1975, que internalizou a Convenção Internacional de Espécies de Flora e Fauna em Perigo de Extinção, e a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças do Clima, o que se constituiria em mais um elemento atrativo da competência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito.

Observa ainda que, em virtude dos vastos efeitos degradantes das queimadas controladas, a prática deveria ser precedida de rigoroso e minucioso procedimento de licenciamento ambiental, o que na prática não ocorre, conforme conclusões extraídas do inquérito civil público nº 1.34.008.100039/2010-01, em flagrante ofensa ao disposto no artigo 225 da Constituição da República.

Destaca que as normas estaduais que autorizam a queimada controlada, como a Lei nº 10.547/00 e a Lei nº 11.241/02, além de outros decretos e resoluções, não atendem aos ditames constitucionais, na medida em que dispensam prévio estudo de impacto ambiental, autorizações tácitas e tampouco se preocupam em evitar a destruição, por meio cruel, dos espécimes da fauna silvestre, alguns dos quais ameaçados de extinção.

Pugna pela concessão da antecipação dos efeitos da tutela e pelo reconhecimento da legitimidade do Ministério Público Federal e da competência da Justiça Federal para processamento e julgamento do feito, ainda que se entenda ter sido atribuída ao Estado de São Paulo a competência do licenciamento pela Lei Complementar nº 140/11, eis que a omissão e descaso nas providências mínimas exigidas pela Constituição para o licenciamento da prática em questão vem provocando inúmeras lesões de natureza federal.

Com a inicial vieram documentos (fls. 105/116).

Foi determinada a notificação dos réus, nos termos do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92 (fl. 53).

Regularmente citado e notificado, o IBAMA se manifestou no sentido de que o Estado de São Paulo, na qualidade de integrante do SISNAMA, possui plena competência para a tutela dos interesses ambientais envolvidos, sob pena de violação do pacto federativo, bem como ser prescindível a realização de prévio EIA/RIMA, traduzindo-se o acolhimento do pedido em dano de difícil reparação social e econômico, uma vez que grande quantidade de famílias depende das atividades que restarão prejudicadas (fls. 123/192).

Sobreveio petição contendo manifestação da Organização de Plantadores de Cana da Região Centro Sul do Brasil – ORPLANA, do Sindicato da Indústria da Fabricação do Alcool do Estado de São Paulo – SIFAESP, do Sindicato da Indústria do Açúcar no Estado de São Paulo – SIAESP, e da União da Agroindústria Canavieira do Estado de São Paulo – ÚNICA, com pedido preliminar de ingresso na lide, na condição de Assistentes Litisconsorciais do Estado de São Paulo, aduzindo, no mérito, que não há como aferir o impacto ambiental do fogo aplicado em um talhão de cultura de cana a ser colhida, na medida em que há lei tratando da prática e de sua eliminação gradativa, sob pena de danos econômicos, sociais e jurídicos dos dependentes da prática. Apresentou documentos (fls. 195/606).

Regularmente intimado, o Ministério Público Federal manifestou-se no sentido de que a Organização de Plantadores de Cana da Região Centro Sul do Brasil – ORPLANA poderia ser admitida na condição de assistente litisconsorcial, e os demais postulantes na condição de assistentes simples (fls. 609/611).

O Estado de São Paulo manifestou-se aduzindo que há legislação federal e estadual autorizando a prática em questão, que é competência estadual a autorização para a queima controlada da cana, sendo desnecessária a prévia elaboração de EIA/RIMA, estando ausente os requisitos para concessão da antecipação dos efeitos da tutela (fls. 613/649).

A CETESB manifestou-se inicialmente para afirmar que inexistente verossimilhança e prova inequívoca para a concessão da tutela, a regularidade da sistemática adotada no Estado de São Paulo, a potencialidade lesiva de eventual concessão da antecipação da tutela pleiteada (fls. 838/879). Após, sobreveio nova manifestação pontuando preliminarmente a carência de ação pela inadequação da via eleita. No mérito aduziu que a atuação da CETESB é regular e conforme o arcabouço normativo, que é competência do órgão estadual a expedição de autorização para a prática da queimada controlada, que é prescindível a prévia realização de EIA/RIMA, assim como a constitucionalidade das leis e da sistemática reguladoras da prática (fls. 882/921).

As instituições assistentes ORPLANA, SIFAESP, SIAESP, e ÚNICA apresentaram contestação conjunta para defender a inadequação da via eleita, a utilização da ação civil pública como sucedâneo de instrumento de controle concentrado de constitucionalidade, a impossibilidade técnica de fiscalização pelo IBAMA, a inutilidade do instrumento EIA/RIMA, e citou precedentes (fls. 923/986). Apresentaram documentos (fls. 987/1039).

O IBAMA apresentou contestação para arguir carência de ação, ilegitimidade passiva *ad causam* da autarquia federal ambiental, defendendo a impossibilidade de controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, a supressão de competência de ente federativo, a violação do princípio federativo, a discricionariedade técnica dos atos da administração ambiental, a prescindibilidade de EIA/RIMA para atividades de queima de cana-de-açúcar, a falta de obrigação legal para promoção de campanhas educativas, a falta de preenchimento dos requisitos para concessão de antecipação dos efeitos da tutela (fls. 1040/1055).

Foi proferida decisão que afastou as preliminares de carência de ação por inadequação da via eleita, de incompetência da Justiça Federal para processo e julgamento do feito, e de ilegitimidade passiva *ad causam* do IBAMA, e deferiu a antecipação dos efeitos da tutela para suspender todas as licenças e autorizações expedidas pela CETESB e pelo ESTADO DE SÃO PAULO, que tenham como objeto a autorização para queima controlada de cana-de-açúcar na área da circunscrição da 9ª Subseção da Justiça Federal de 1º Grau em São Paulo, bem como determinou aos réus que se abstenham de deferir novas licenças sem prévia realização de EIA/RIMA, tendo sido determinado ao IBAMA a adoção das providências cabíveis para efetiva fiscalização dos danos provocados à fauna e à realização de campanhas de educação ambiental (fls. 1057/1084).

Sobreveio Ofício expedido pela Polícia Militar do Estado de São Paulo informando a realização de campanha educativa nas sedes das Usinas da circunscrição jurisdicional (fls. 1113/1131).

O Estado de São Paulo apresentou contestação para afirmar que o risco de morte e acidentes dos cortadores de cana com a proibição da queima aumentou, a possibilidade de lesão grave à economia pública, a existência de autorização legal para o procedimento em âmbito federal e estadual, a competência estadual para autorização da queima controlada, a desnecessidade de EIA/RIMA, assim como os danos advindos por sua exigência. Citou precedentes

(fls. 1153/1189). Apresentou documentos (fls. 1190/1219).

Foi juntada aos autos decisão proferida pelo Exmo. Sr. Desembargador Federal Presidente em sede de Suspensão de Liminar ou Antecipação de Tutela, indeferindo o pleito de suspensão em face dos direitos fundamentais envolvidos, que se sobrepõem aos de índole material (fls. 1333/1340).

Houve réplica (fls. 1341/1344).

Sobreveio decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto pela CETESB (autos nº 0025063-85.2012.403.0000/SP) indeferindo o efeito suspensivo pleiteado (fls. 1391/1407).

O Ministério Público Federal requereu a juntada de documentos relacionados aos fatos narrados na exordial (fls. 1408/1413).

Sobreveio nova decisão proferida em sede de agravo de instrumento interposto pela OR-PLANA e OUTROS (autos nº 0022590-29.2012.403.0000/SP), pelo IBAMA (autos nº 0023984-71.2012.403.0000/SP), e pelo Estado de São Paulo (autos nº 0022573-90.2012.403.0000/SP) indeferindo o efeito suspensivo pleiteado (fls. 1415/1436, 1438/1455, e 1463/1469).

Foi juntada aos autos denúncia acerca de descumprimento da decisão liminar proferida (fls. 1459).

Regularmente intimado, o MPF requereu a procedência do feito (fls. 1462).

Instadas as partes a se manifestarem, não houve especificação de provas a produzir (fls. 1084, 1470).

Vieram os autos conclusos para sentença.

*É a síntese do necessário.*

*Fundamento e decido.*

As questões preliminares já foram decididas na decisão de fls. 1057/1084. Passo à apreciação do mérito.

Sobre a pretensão trazida aos autos, há que se considerar, inicialmente, que o artigo 225 da Constituição de 1988, estabeleceu a indissolubilidade do vínculo Estado - Sociedade Civil na defesa e proteção do meio ambiente ecologicamente equilibrando, erigindo, em termos de proteção ambiental, um sistema de responsabilidade solidária e ética, que abrange a proteção desse direito em favor das futuras gerações. Impõe a Constituição a necessidade de adoção de políticas ambientais que englobem um conteúdo negativo, expresso pelo dever jurídico-constitucional de abstenção do Estado e da coletividade em adotar comportamentos nocivos ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, limitando direitos subjetivos, neles incluído o direito de propriedade.

Quanto à ordem econômica, frequentemente contraposta, de forma equivocada, aos postulados da proteção e defesa do meio ambiente ecologicamente equilibrado, a Constituição de 1988 determina ser fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, tendo por objetivo assegurar a todos uma existência digna (art. 170, *caput*). Não por outro motivo a Constituição condiciona o direito de propriedade ao cumprimento de sua função social (art. 5º, XXIII, e art. 170, III), além de submeter a livre iniciativa, fundamento da ordem econômica, à observância de princípios como o da “defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação” (CF/88, art. 170, VI).

Assim, segundo Paulo Affonso Leme Machado, “A defesa do meio ambiente é uma dessas questões que obrigatoriamente devem constar da agenda econômica pública e privada. A

defesa do meio ambiente não é uma questão de gosto, de ideologia e de moda, mas um fator que a Carta Maior manda levar em conta.”<sup>1</sup>

Ainda nesse sentido, Eros Roberto Grau assevera que “O princípio da defesa do meio ambiente conforma a ordem econômica (mundo do ser), informando substancialmente os princípios da garantia do desenvolvimento e do pleno emprego. Além de objetivo, em si, é instrumento necessário – e indispensável – à realização do fim dessa ordem, o de assegurar a todos existência digna. Nutre também, ademais, os ditames da justiça social. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo – diz o art. 225, *caput*.”<sup>2</sup>

Nessa perspectiva, o “... direito econômico, como tradução do que há de expresso ou latente numa sociedade, não desenrola uma rota sem conflitos, pois, ao espelhar as diferenças e divergências sociais, ao mesmo tempo em que incorpora seu papel político de objetivar o bem-comum da sociedade, transita pelas mais distintas esferas de relacionamento social. Assim, justifica-se, e mais, torna-se imprescindível esta dupla dimensão do direito econômico: garantidor da iniciativa econômica privada e implementador do bem-estar social”<sup>3</sup>.

O direito ambiental, por sua vez, é um “... Direito sistematizador, que faz articulação da legislação, da doutrina e da jurisprudência em relação aos elementos que integram o ambiente”<sup>4</sup>, tendo por estudo, assim, as relações do homem com a natureza, relacionando-se com todos os sistemas jurídicos existentes com orientação ambientalista, fundado em vários princípios, entre os quais destacam-se: *princípio do desenvolvimento sustentável; do aproveitamento racional dos recursos; da salvaguarda da capacidade de renovação e estabilidade ecológica destes recursos; da solidariedade entre gerações*<sup>5</sup>.

Na busca pela compatibilidade entre esses dois ramos do Direito, pode-se dizer que tanto o direito econômico quanto o ambiental visam assegurar a continuidade do desenvolvimento econômico sem que a qualidade de vida, condição para a existência digna, seja afetada em seu conteúdo essencial. Trata-se de uma conceituação possível para a expressão “desenvolvimento sustentável”, a qual restou assentada em sede internacional no relatório Brundtland de 1987, que serviu como base à Conferência das Nações Unidas sobre o meio ambiente e desenvolvimento, no Rio de Janeiro em 1992, destacando-se por sua relevância histórica, sinalizando novas posturas de compatibilização de atividade econômica e preservação ambiental<sup>6</sup>.

Sob o prisma dialético, “... direito econômico e ambiental não só se interceptam, como comportam, essencialmente, as mesmas preocupações, quais sejam: buscar a melhoria do bem-estar das pessoas e a estabilidade do processo produtivo. O que se distingue é uma diferença de perspectiva adotada pela abordagem dos diferentes textos normativos”<sup>7</sup>. O direito econômico visa a dar cumprimento aos preceitos da ordem econômica constitucional. Ou seja, *a estrutura normativa construída soa a designação de direito econômico objetiva* “... assegurar a todos uma existência digna, perseguindo a realização da justiça social”<sup>8</sup> (CR/88, artigo 170, *caput*). E o *direito ambiental* “... tem como tronco o direito ao meio ambiente ecologicamente

1 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 178.

2 GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, pág. 265/266.

3 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 46.

4 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21 ed. São Paulo: Malheiros, 2013, pág. 62.

5 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional Ambiental Português*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO, José Rubens (org.). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. 3. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 22/23.

6 STEFANELLO, Alaim Giovanni Fortes. *O desenvolvimento econômico baseado na preservação ambiental como paradigma das instituições financeiras*. Revista de Direito ADVOCEF, ano II, nº 4, maio 07 p. 289-305, pág. 292.

7 DERANI, Cristiane. *Direito ambiental econômico*. 3. Ed. São Paulo: Saraiva, 2008, pág. 57-58.

8 Ob. cit., pág. 58.

equilibrado, passível de fruição por toda coletividade (bem de uso comum do povo)”<sup>9</sup> (CR/88, artigo 225, *caput*).

Ainda que com fundamentos diversos, direito econômico e direito ambiental almejam, então, nas precisas colocações de Derani, atender àquele conjunto de atividades e estados humanos substantivados na expressão “qualidade de vida”, a qual “... tem o condão de traduzir todo o necessário aparato interno e externo ao homem, dando-lhe condições de desenvolver suas potencialidades como indivíduo e como parte fundamental de uma sociedade”<sup>10</sup>. Trata-se de uma opção por aspectos qualitativos que favoreçam o pleno desenvolvimento humano, em detrimento de aspectos quantitativos, expressos comumente na acumulação de bens materiais. “O alargamento do sentido da expressão ‘qualidade de vida’, além de acrescentar esta necessária perspectiva de bem-estar relativo à saúde física e psíquica, referindo-se inclusive ao direito de o homem fruir de um ar puro e de uma bela paisagem, vinca o fato de que o meio ambiente não diz respeito à natureza isolada, estática, porém integrada à vida do homem social nos aspectos relacionados à produção, ao trabalho como também no concernente ao seu lazer”<sup>11</sup>, de forma que “... *qualidade de vida, proposta na finalidade do direito econômico, deve ser coincidente com a qualidade de vida almejada nas normas de direito ambiental*”<sup>12</sup>.

Assim, da supremacia da Constituição, a qual se assenta no vértice do sistema jurídico do país, orientando todas as situações jurídicas, decorre que todas as normas de grau inferior apenas terão validade se com a mesma forem compatíveis, atendendo aos seus comandos e orientações, não sendo razoável, neste sentido, deixar que práticas econômicas que hostilizam o meio ambiente permaneçam inalteradas e infensas às determinações constitucionais aplicáveis.

Trata-se de salvaguardar e conceber a proteção ao meio ambiente sob os influxos dos princípios da *prevenção*, que atua em face do perigo conhecido, de modo a reduzir ou eliminar as causas de ações suscetíveis de alterar sua qualidade, e da *precaução*, segundo o qual a ausência de certeza científica sobre a existência do perigo não é argumento suficiente para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental, prevalecendo-se a defesa do meio ambiente em caso de dúvida, nos termos do artigo 225, § 1º, I, II, IV e V, §§ 5º e 6º, da Constituição de 1988.

Sobre o tema, registre-se, por oportuno, os seguintes precedentes:

*Incumbe ao Poder Público o dever constitucional de proteger a flora e de adotar as necessárias medidas que visem a coibir práticas lesivas ao equilíbrio ambiental. Esse encargo, contudo, não exonera o Estado da obrigação de indenizar os proprietários cujos imóveis venham a ser afetados, em sua potencialidade econômica, pelas limitações impostas pela Administração Pública. - A proteção jurídica dispensada as coberturas vegetais que revestem as propriedades imobiliárias não impede que o dominus venha a promover, dentro dos limites autorizados pelo Código Florestal, o adequado e racional aproveitamento econômico das árvores nelas existentes. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e dos Tribunais em geral, tendo presente a garantia constitucional que protege o direito de propriedade, firmouse no sentido de proclamar a plena indenizabilidade das matas e revestimentos florestais que recobrem áreas dominiais privadas objeto de apossamento estatal ou sujeitas a restrições administrativas impostas pelo Poder Público. (...) A circunstancia de o Estado dispor de competência para criar reservas florestais não lhe confere, só por si - considerando-se os*

9 Ob. cit., pág. 58.

10 Ob. cit., pág. 58.

11 Ob. cit., pág. 58.

12 Ob. cit., pág. 59, destaquei.

princípios que tutelam, em nosso sistema normativo, o direito de propriedade -, a prerrogativa de subtrair-se ao pagamento de indenização compensatória ao particular, quando a atividade pública, decorrente do exercício de atribuições em tema de direito florestal, impedir ou afetar a válida exploração econômica do imóvel por seu proprietário. - *A norma inscrita no ART. 225, PAR. 4, da Constituição deve ser interpretada de modo harmonioso com o sistema jurídico consagrado pelo ordenamento fundamental, notadamente com a cláusula que, proclamada pelo art. 5, XXII, da Carta Política, garante e assegura o direito de propriedade em todas as suas projeções, inclusive aquela concernente a compensação financeira devida pelo Poder Público ao proprietário atingido por atos imputáveis a atividade estatal.* O preceito consubstanciado no ART. 225, PAR. 4, da Carta da Republica, além de não haver convertido em bens públicos os imóveis particulares abrangidos pelas florestas e pelas matas nele referidas (Mata Atlântica, Serra do Mar, Floresta Amazônica brasileira), também não impede a utilização, pelos próprios particulares, dos recursos naturais existentes naquelas áreas que estejam sujeitas ao domínio privado, desde que observadas as prescrições legais e respeitadas as condições necessárias a preservação ambiental. - A ordem constitucional dispensa tutela efetiva ao direito de propriedade (CF/88, art. 5, XXII). Essa proteção outorgada pela Lei Fundamental da Republica estende-se, na abrangência normativa de sua incidência tutelar, ao reconhecimento, em favor do *dominus*, da garantia de compensação financeira, sempre que o Estado, mediante atividade que lhe seja juridicamente imputável, atingir o direito de propriedade em seu conteúdo econômico, ainda que o imóvel particular afetado pela ação do Poder Público esteja localizado em qualquer das áreas referidas no art. 225, PAR. 4, da Constituição. - *Direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado: a consagração constitucional de um típico direito de terceira geração (CF, art. 225, caput).* (STF, RE 134297)

*Adequação da arguição pela correta indicação de preceitos fundamentais atingidos, a saber, o direito à saúde, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (arts. 196 e 225 da Constituição Brasileira) e a busca de desenvolvimento econômico sustentável: princípios constitucionais da livre iniciativa e da liberdade de comércio interpretados e aplicados em harmonia com o do desenvolvimento social saudável. (...) Princípios constitucionais (art. 225) a) do desenvolvimento sustentável e b) da equidade e responsabilidade intergeracional. Meio ambiente ecologicamente equilibrado: preservação para a geração atual e para as gerações futuras. Desenvolvimento sustentável: crescimento econômico com garantia paralela e superiormente respeitada da saúde da população, cujos direitos devem ser observados em face das necessidades atuais e daquelas previsíveis e a serem prevenidas para garantia e respeito às gerações futuras. Atendimento ao princípio da precaução, acolhido constitucionalmente, harmonizado com os demais princípios da ordem social e econômica. (...) Decisões judiciais com trânsito em julgado, cujo conteúdo já tenha sido executado e exaurido o seu objeto não são desfeitas: efeitos acabados. Efeitos cessados de decisões judiciais pretéritas, com indeterminação temporal quanto à autorização concedida para importação de pneus: proibição a partir deste julgamento por submissão ao que decidido nesta arguição.* (STF, ADPF 101)

Por séculos prevaleceu entre nós a concepção cultural distorcida que enxergava nos manguezais lato sensu (= manguezais stricto sensu e marismas) o modelo consumado do feio, do fétido e do insalubre, uma modalidade de patinho-feio dos ecossistemas ou antítese do Jardim do Éden. 3. Ecossistema-transição entre o ambiente marinho, fluvial e terrestre, os manguezais foram menosprezados, popular e juridicamente, e por isso mesmo considerados terra improdutivo e de ninguém, associados à procriação de mosquitos transmissores de doenças graves, como a malária e a febre amarela. Um ambiente desprezível, tanto que ocupado pela população mais humilde, na forma de palafitas, e sinônimo de pobreza, sujeira e párias

sociais (como zonas de prostituição e outras atividades ilícitas). 4. Dar cabo dos manguezais, sobretudo os urbanos em época de epidemias, era favor prestado pelos particulares e dever do Estado, percepção incorporada tanto no sentimento do povo como em leis sanitárias promulgadas nos vários níveis de governo. 5. Benfeitor-modernizador, o adversário do manguezal era incentivado pela Administração e contava com a leniência do Judiciário, pois ninguém haveria de obstaculizar a ação de quem era socialmente abraçado como exemplo do empreendedor a serviço da urbanização civilizadora e do saneamento purificador do corpo e do espírito. 6. Destruir manguezal impunha-se como recuperação e cura de uma anomalia da Natureza, convertendo a aberração natural – pela humanização, saneamento e expurgo de suas características ecológicas – no Jardim do Éden de que nunca fizera parte. 7. *No Brasil, ao contrário de outros países, o juiz não cria obrigações de proteção do meio ambiente. Elas jorram da lei, após terem passado pelo crivo do Poder Legislativo. Daí não precisarmos de juízes ativistas, pois o ativismo é da lei e do texto constitucional.* Felizmente nosso Judiciário não é assombrado por um oceano de lacunas ou um festival de meias-palavras legislativas. Se lacuna existe, não é por falta de lei, nem mesmo por defeito na lei; é por ausência ou deficiência de implementação administrativa e judicial dos inequívocos deveres ambientais estabelecidos pelo legislador. 8. A legislação brasileira atual reflete a transformação científica, ética, política e jurídica que reposicionou os manguezais, levando-os da condição de risco à saúde pública ao patamar de ecossistema criticamente ameaçado. Objetivando resguardar suas funções ecológicas, econômicas e sociais, o legislador atribuiu-lhes o regime jurídico de Área de Preservação Permanente. 9. É dever de todos, proprietários ou não, zelar pela preservação dos manguezais, necessidade cada vez maior, sobretudo em época de mudanças climáticas e aumento do nível do mar. *Destruí-los para uso econômico direto, sob o permanente incentivo do lucro fácil e de benefícios de curto prazo, drená-los ou aterrá-los para a especulação imobiliária ou exploração do solo, ou transformá-los em depósito de lixo caracterizam ofensa grave ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e ao bem-estar da coletividade, comportamento que deve ser pronta e energeticamente coibido e apenas pela Administração e pelo Judiciário.* 10. Na forma do art. 225, *caput*, da Constituição de 1988, o manguezal é bem de uso comum do povo, marcado pela imprescritibilidade e inalienabilidade. Logo, o resultado de aterramento, drenagem e degradação ilegais de manguezal não se equipara ao instituto do acrescido a terreno de marinha, previsto no art. 20, inciso VII, do texto constitucional. 11. É incompatível com o Direito brasileiro a chamada desafetação ou desclassificação jurídica tácita em razão do fato consumado. 12. *As obrigações ambientais derivadas do depósito ilegal de lixo ou resíduos no solo são de natureza propter rem, o que significa dizer que aderem ao título e se transferem ao futuro proprietário, prescindindo-se de debate sobre a boa ou má-fé do adquirente, pois não se está no âmbito da responsabilidade subjetiva, baseada em culpa.* 13. Para o fim de apuração do nexo de causalidade no dano ambiental, *equiparam-se quem faz, quem não faz quando deveria fazer, quem deixa fazer, quem não se importa que façam, quem financia para que façam, e quem se beneficia quando outros fazem.* 14. *Constatado o nexo causal entre a ação e a omissão das recorrentes com o dano ambiental em questão, surge, objetivamente, o dever de promover a recuperação da área afetada e indenizar eventuais danos remanescentes, na forma do art. 14, § 1º, da Lei 6.938/81.* 15. *Descabe ao STJ rever o entendimento do Tribunal de origem, lastreado na prova dos autos, de que a responsabilidade dos recorrentes ficou configurada, tanto na forma comissiva (aterro), quanto na omissiva (deixar de impedir depósito de lixo na área). Óbice da Súmula 7/STJ.* 16. *Recurso Especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.* (STJ, RESP 200302217860, 2009)

*Os estudos acadêmicos ilustram que a queima da palha da cana-de-açúcar causa grandes danos ambientais e que, considerando o desenvolvimento sustentado, há instrumentos e tecnologias modernos que podem substituir tal prática sem inviabilizar a atividade econômica.*

2. A exceção do parágrafo único do artigo 27 da Lei nº 4.771/65 deve ser interpretada com base nos postulados jurídicos e nos modernos instrumentos de lingüística, inclusive com observância – na valoração dos signos (semiótica) – da semântica, da sintaxe e da pragmática.

3. A exceção apresentada (peculiaridades locais ou regionais) tem como objetivo a compatibilização de dois valores protegidos na Constituição Federal/88: o meio ambiente e a cultura (modos de fazer). Assim, a sua interpretação não pode abranger atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ante a impossibilidade de prevalência do interesse econômico sobre a proteção ambiental quando há formas menos lesivas de exploração.

(STJ, ADRESP 200802154943, 2009)

A decisão vergastada fez-se ao pálio dos pressupostos ensejadores da liminar, eis que caracterizado o grave risco ao meio ambiente, consubstanciado na deterioração definitiva das águas do lençol termal. É de ser mantida a liminar uma vez atendidos seus pressupostos legais. II - *Questões relativas a interesse econômico cedem passo quando colidem com deterioração do meio ambiente, se irreversível.*

(STJ, AGP 199800052640)

*As restrições ambientais apenas condicionam o uso da propriedade, não impedem o aproveitamento dos recursos naturais das áreas sob domínio privado e, assim, não vedam o aproveitamento econômico do imóvel. IV - O fato dos proprietários estarem, por impositivo legal, obrigados a conservar vegetação de preservação permanente e terem seu pedido de corte de árvores isoladas indeferido não gera o direito ao ressarcimento pleiteado. Seja por manterem a posse e domínio do imóvel, seja por não estar demonstrada a inviabilização econômica deste.*

(TRF 3R, AC 00101897019994036105, 2005)

Por outro lado, penso que a hipótese dos autos traduz situação de *periculum in mora inverso*, uma vez que o deferimento do pedido de suspensão poderia trazer sérias consequências para a saúde pública, para a vida dos cidadãos, e para o meio ambiente. Diversas pesquisas têm apontado a queima da cana-de-açúcar como fonte emissora de diversos poluentes atmosféricos, entre os quais o material particulado, podendo, juntamente com outros fatores poluentes do ar, contribuir para o agravamento dos problemas de saúde da população, para o aumento do número de internações e, em elevadas concentrações, até para o acréscimo da mortalidade, segundo os dados divulgados pela Organização Mundial da Saúde (OMS) no documento “WHO Air quality guidelines for particulate matter, ozone, nitrogen dioxide and sulfur dioxide - Global update 2005”. Recordo que a poluição atmosférica, além de complicações respiratórias, também gera problemas cardiovasculares. A queima também traz riscos para os trabalhadores envolvidos no corte da cana, os quais exercem uma atividade física que exige alta frequência respiratória e que é extremamente desgastante, podendo a inalação da fuligem gerar aumento da respiração, da temperatura corporal, e dos batimentos cardíacos, elevando o risco de morte súbita destes empregados. Além disso, a queima da cana também emite hidrocarbonetos policíclicos aromáticos (HPA), substâncias de alto poder cancerígeno – também encontradas no cigarro - e que foram constatadas na urina de trabalhadores não fumantes em concentrações nove vezes maior, durante o período de safra, segundo pesquisa de Rosa Maria do Vale Bosso, (UNESP/Araraquara), citada no Relatório Final da CPI da “Queima da Palha da Cana”. (...) o procedimento de aplicação do fogo também traz o risco de acidentes, podendo o trabalhador vir a sofrer queimaduras graves, intoxicação pela fumaça ou até consequência fatal, havendo relatos de trabalhadores que morreram carbonizados durante a realização do processo de queima. O meio ambiente também sofre os graves efeitos decorrentes da queima, entre os quais: chuvas ácidas, capazes de se formar a centenas de quilômetros do local da queima, e que causam a contaminação de águas e a modificação

da biodiversidade de florestas; liberação de substâncias tóxicas e gases do efeito estufa, (...) queima acidental de Áreas de Preservação Permanente - não raro situadas nas proximidades dos canaviais – e de matas ciliares, causando processos de erosão e de alteração dos volumes dos rios, além da morte de animais, alguns deles ameaçados de extinção. *Diante destas circunstâncias, conclui-se que a suspensão da tutela antecipada implicaria a ofensa a direitos fundamentais, entre os quais o direito à vida, à saúde e a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, os quais se sobrepõem a direitos de caráter patrimonial ou a bens de natureza material. Evidentemente, não há como calcular se a saúde dos moradores e trabalhadores vale ou não o benefício econômico que poderia ser atingido, pois neste caso estaríamos colocando interesses econômicos à frente de valores que envolvem a pessoa humana.* Segundo a regra de Dürig, citada pelo E. Ministro Gilmar Mendes, “valores relativos às pessoas têm precedência sobre valores de índole material (Persongutwert geth vor Sachgutwert)” (MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; *Curso de Direito Constitucional*, 4. ed. rev. e atual., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 378, grifos meus). Sobre a questão, consignou o Ministério Público Federal em seu parecer: “*Se o argumento de ofensa à ordem econômica pudesse se sobrepor a estes importantes valores, o mundo ainda estaria estagnado nas péssimas condições da Revolução Industrial Inglesa do século XVIII, em que idosos, mulheres e crianças eram submetidos a rotinas de 18 horas de trabalho, em situações penosas e sob altas temperaturas - como talvez as que ora enfrentam os cortadores de cana - e as cidades eram totalmente cobertas pela fuligem originária das fábricas - como ainda se observa nas regiões canavieiras.*”

(TRF 3R, SUSPENSÃO DE LIMINAR 0022776-52.2012.403.0000/SP, 2012)

Neste contexto, relevante para o caso dos autos o disposto no artigo 225, § 1º, IV, da Constituição, o qual atribui taxativamente ao Poder Público a incumbência de exigir, na forma da lei, para instalação de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente, *estudo prévio de impacto ambiental*, a que se dará publicidade, com objetivo de avaliar a dimensão das possíveis alterações que determinado empreendimento poderá causar ao meio ambiente, o que o torna um dos principais instrumentos para se efetivar os princípios da precaução e da prevenção, a serviço da política de defesa da qualidade ambiental.

Note-se que o elenco das atividades sujeitas obrigatoriamente ao Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nos termos do artigo 2º da Resolução CONAMA 01/1986, é meramente exemplificativo, e de outra forma não poderia ser, sob pena de reduzir o alcance da norma constitucional acima citada. Nesse sentido, a precisa lição de Paulo Affonso Leme Machado<sup>13</sup>:

A Resolução 1/86-CONAMA merece apoio ao apontar diversas atividades para cujo licenciamento se fará necessária a elaboração do Estudo de Impacto Ambiental. E o elogio estende-se pelo fato de essas atividades serem mencionadas exemplificativamente, pois o art. 2º, *caput*, da resolução mencionada fala em “atividades modificadoras do meio ambiente, tais como ...”. *A expressão “tais como” merece ser logicamente entendida no sentido de que não só as atividades constantes da lista deverão obrigatoriamente ser analisadas pelo Estudo de Impacto Ambiental, mas outras poderão ser acrescentadas à lista.*

E conforme menciona Luiz Guilherme Marinoni<sup>14</sup>, o conceito de obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente “... supõe a existência de

13 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 275. destaquei.

14 MARINONI, Luiz Guilherme. *O Direito Ambiental e as Ações Inibitórias e de Remoção do Ilícito*. Disponível em: [http://www.mundojuridico.adv.br/sis\\_artigos/artigos.asp?codigo=498](http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=498)>. Acesso em: 05/08/2013.

uma zona de certeza positiva – na qual certamente se dá o conceito – e de uma zona de certeza negativa – na qual certamente não se dá o conceito. Nessas duas zonas de certeza não se pode pensar em existência de discricionariedade, pois caso se dê o conceito ‘obra ou atividade potencialmente causadora de significativa degradação do meio ambiente’, a administração terá o dever de exigir o estudo de impacto ambiental, enquanto que na outra hipótese esse dever inexistirá. Será apenas naquela zona intermédia entre as duas zonas de certeza, o chamado halo do conceito ou zona de penumbra, que existirá discricionariedade.”

Desta feita, havendo exercício de atividade econômica suscetível de causar significativo impacto ambiental e conseqüente degradação, assim entendida a alteração adversa das características do meio ambiente (artigo 3º, II, da Lei nº 6.938/81), a apresentação do EIA/RIMA é obrigatória, não tendo o Poder Público, autorização constitucional para dispensá-lo. Deste teor, o seguinte julgado do Supremo Tribunal Federal:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ARTIGO 182, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE SANTA CATARINA. ESTUDO DE IMPACTO AMBIENTAL. CONTRARIEDADE AO ARTIGO 225, § 1º, IV, DA CARTA DA REPÚBLICA A norma impugnada, ao dispensar a elaboração de estudo prévio de impacto ambiental no caso de áreas de florestamento ou reflorestamento para fins empresariais, cria exceção incompatível com o disposto no mencionado inciso IV do § 1º do artigo 225 da Constituição Federal. Ação julgada procedente, para declarar a inconstitucionalidade do dispositivo constitucional catarinense sob enfoque. (STF, Seção I, ADIN nº 1.086-7/SC, Rel Min. Ilmar Galvão, DJ: 01.10.2001)

Inferese das informações prestadas na inicial e do amplo conjunto probatório carreado aos autos que a prática reiterada da queima da palha de cana-de-açúcar na circunscrição afeta e esta Subseção tem provocado impactos ambientais graves e de proporções extremamente elevadas e de caráter transfronteiriço consistentes em danos ao Rio Piracicaba (bem da União, por força do artigo 20, III, da Constituição de 1988) e a sua bacia hidrográfica, com reflexos contundentes sobre a qualidade dos recursos hídricos indispensável a um número elevado de pessoas e indeterminando de espécimes da fauna e da flora; sobrecarga e o desequilíbrio causado ao SUS, em razão do aumento de doenças associadas à poluição atmosférica e decréscimo da qualidade do ar; violação das normas protetivas da qualidade do ambiente de trabalho dos cortadores de cana, cuja fiscalização é atribuída a órgãos federais; de danos à fauna e à flora, eis que o uso do fogo chega a provocar nas áreas submetidas à prática das queimadas temperaturas superiores de até 800°C, expondo de maneira direta e incontrolável espécimes da fauna silvestre ou não, ameaçados de extinção ou não, que habitam os canaviais e áreas adjacentes à morte cruel por carbonização ou asfixia, bem como a graves ferimentos por queimaduras e atropelamentos decorrentes de fuga das áreas atingidas para as vias rodoviárias próximas, o que, inevitavelmente prejudica e coloca em risco a visibilidade e o tráfego de pessoas e veículos na região.

As informações prestadas e veiculadas pelo IBAMA, pelo Estado de São Paulo e pela CETESB em suas respectivas manifestações nos autos, por sua vez, corroboram as informações colhidas pelo Ministério Público Federal durante o trâmite do inquérito civil público nº 1.34.008.100039/2010-01, eis que alocam a definição do que seria significativa degradação ambiental numa perspectiva exclusivamente discricionária, dispensando a autorização para realização da prática em questão da elaboração de qualquer prévio estudo de impacto ambiental, permitindo-se deduzir que todos os efeitos ambientais deletérios narrados na exordial e assentados no competente inquérito civil verificam-se à margem do conhecimento e das ações

fiscalizatórias constitucional e legalmente atribuídas aos réus.

Com efeito, os réus ofereceram respostas que não evidenciaram discursiva ou tecnicamente as razões pelas quais a denominada queima controlada de cana-de-açúcar deveria prosseguir sendo executada sem observância dos procedimentos, requisitos e critérios constitucional e ordinariamente aplicáveis às atividades industriais.

Observe-se que o Estudo Prévio de Impacto Ambiental, nos termos do artigo 5º da Resolução CONAMA 01/1986, tem como objetivo, dentre outros, contemplar todas as alternativas tecnológicas e de localização de projeto, confrontando-as com a hipótese de não execução do projeto (inciso I). E, conforme está disposto em seu artigo 6º, o Estudo de Impacto Ambiental contemplará a:

(...)

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.

III - Definição das medidas mitigadoras dos impactos negativos, entre elas os equipamentos de controle e sistemas de tratamento de despejos, avaliando a eficiência de cada uma delas.

IV - Elaboração do programa de acompanhamento e monitoramento dos impactos positivos e negativos, indicando os fatores e parâmetros a serem considerados.

Todos os pontos acima destacados, desde a perquirição da existência de alternativas tecnológicas à queima da palha da cana-de-açúcar, a hipótese de não realização da queima, o grau e a extensão do impacto ambiental causado por essa atividade altamente poluidora, a definição de medidas mitigadoras, o monitoramento dos impactos da atividade etc., não estão sendo observados de forma minimamente satisfatória pelo órgão ambiental licenciador.

Por outro lado, os graves prejuízos à fauna, flora e à saúde da população de Piracicaba e região, por conta das queimadas irrefletidamente autorizadas pelo Poder Público Estadual, são patentes, conforme bem demonstrado pelo Ministério Público Federal em sua petição inicial, e corroborado pelo rol de denúncias recebidas no curso do feito, fato que demonstra a urgente necessidade de exigência do Estudo Prévio de Impacto Ambiental durante o processo de licenciamento da queima da palha de cana-de-açúcar. No mesmo sentido, Paulo Affonso Leme Machado assim discorre:

Há muitos anos, as populações das regiões canavieiras de todo o Brasil vêm sendo afetadas pelos efeitos maléficos das queimadas da palha de cana-de-açúcar. Somente com o advento da ação civil pública é que o Poder Judiciário começou a responder com a prestação jurisdicional necessária. É de ser salientado que os organismos ambientais públicos têm ficado inertes diante dessa agressão poluidora, o que, contudo, não inibe o Poder Judiciário, desde que devidamente provocado, a cumprir o seu papel de assegurar o direito constitucional à sadia qualidade de vida (art. 225 da CF)<sup>15</sup>.

Destaque-se que a ineficiência das ações de controle e fiscalização no trato do tema afirmada pelo Ministério Público Federal parece se refletir também na posição veiculada pela Organização representativa dos plantadores e pelos Sindicatos das indústrias do setor, que

15 MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 627.

busca minimizar os efeitos das queimadas, deslocando a prática de seu indissociável contexto ecológico, abarcando-a sob o signo de “fenômeno universal”, nos seguintes termos:

Isso porque o processo de queima da palha de cana-de-açúcar e seus efeitos são os mesmos em qualquer rincão desse vasto e imenso planeta. Quer no Brasil (no nordeste, ou sudoeste ou oeste), quer na Austrália, quer na Tailândia, na Índia ou nos inúmeros países do mundo, onde ainda é utilizada a queima da palha, o processo e efeitos são os mesmos.

O fenômeno é universal. Não há nada que distinga um fogo do outro, um canavial de outro, seja no Brasil ou em qualquer outro local. O tratamento é o mesmo, há séculos, logicamente com os recursos da tecnologia atual de controle que permite a segurança do trabalhador em campo, auxiliando o corte manual.

Há uma técnica na colocação do fogo, no seu controle, e na sua extinção. Este é posto uma única vez no ano naquele talhão com duração de alguns minutos. Nada mais. (...)

Pergunta-se pois: em quê o EIA/RIMA pode ajudar?

Se o impacto é sempre igual?

Em nada! Absolutamente, NADA!

A contestação oferecida pelo Estado de São Paulo, por sua vez, afirma ser mais adequada ao meio ambiente natural e do trabalho a liberação da queima controlada à possibilidade de eventual incêndio acidental, invertendo-se a prioridade e foco do que se deveria esperar em termos de atuação estatal, demonstrando-se tendência à prorrogação indiscriminada e total ausência de discussão na seara da Administração Pública dos riscos e efeitos deletérios resultantes da prática combatida em questão (fls. 1158/1159):

(...) As palhas secas da cana de açúcar são altamente inflamáveis, sendo possível dar início do fogo com *um simples toco de cigarro mal apagado pelos trabalhadores displicentes* e, em pleno dia de alta temperatura, o fogo se espalha como um rastilho de pólvora, gerando o fogo incontrolado, de dimensões colossais e trágicas. É muito difícil coibir os milhares de fumantes inveterados existentes dentre os cortadores de cana da região de Marília.

Já a *colheita da cana após a queima controlada não apresenta esse perigo acidental ou perigo de fato de terceiro*. Logo, prefere-se a queimada controlada do canavial, nos termos previstos nas leis, nos regulamentos e nas normas técnicas, ao fogo acidental incontrolado.

(...)

Percebe-se que a proteção da vida dos cortadores de cana e ao próprio meio ambiente sem risco de acidente de fogo controlado *é mais urgente que o incômodo do carvãozinho e eventual fumaça da queimada*. (grifos nossos)

Realmente a queimada da cana é um recurso utilizado há séculos, no Brasil e em países pobres, pois os denominados países ricos não a utilizam como ela é utilizada aqui há muito tempo. Aliás, a cultura da queimada na lavoura e em especial na lavoura de cana vem desde a época do período colonial e evidencia não só o desrespeito com o meio ambiente, como também o desejo de baixar os custos da produção. Demonstra também o descaso com o meio ambiente e o fato de persistir até hoje é motivo de vergonha e não de resignação.

Sobre este assunto, há importantes trechos no livro *Raízes do Brasil*, de Sergio Buarque de Holanda, 26ª edição, Editora Cia das Letras, os quais transcrevo abaixo:

Mostra-se neste trabalho como o recurso às queimadas deve parecer aos colonos estabelecidos em mata virgem de uma tão patente necessidade que não lhes ocorre, sequer, a lembrança de outros métodos de desbravamento. Parece-lhes que a produtividade do solo desbravado

e destacado sem auxílio do fogo não é tão grande que compense o trabalho gasto em seu arroteio, tanto mais quanto são quase sempre mínimas as perspectivas de mercado próximo para a madeira cortada. (pág. 67)

... Aos índios tomaram ainda instrumentos de caça e pesca, embarcações de casca ou tronco escavado, que singravam os rios e as águas do litoral, o modo de cultivar a terra ateando primeiramente aos matos. (pág. 47)

O contraste entre as condições normais da lavoura brasileira, ainda na segunda metade dos século passado, e as que pela mesma época prevaleciam nos Estados Unidos é bem mais apreciável do que as semelhanças, tão complacentemente assinaladas e exageradas por alguns historiadores. Os fazendeiros oriundos dos estados confederados que por volta de 1866 emigraram para o Brasil, e a cuja influência tem se atribuído, com ou sem razão, o desenvolvimento do emprego de arados, cultivadores, rodos e grades rurais nas propriedades paulistas, estiveram bem longe de partilhar da mesma opinião. Certos depoimentos da época refletem, ao contrário, o pasmo causado entre muitos deles pelos processos alarmantemente primitivos que encontraram em uso. Os escravos brasileiros, diz um desses depoimentos, plantam algodão exatamente como os índios norte americanos plantam o milho.

O princípio que, desde os tempos mais remotos da colonização, norteava a criação de riqueza no país não cessou de valer um só momento para a produção agrária. Todos queriam extrair do solo excessivos benefícios sem grandes sacrifícios. Ou, como dizia o mais antigo dos nossos historiadores, queriam servir-se da terra, não como senhores, mas como usufrutuários, “só para desfrutarem e a deixarem destruída”. (pág. 52)

Uma vez efetuado o desbravamento inicial, nada impediria o emprego do arado, que os colonos deviam conhecer de seus países de origem. Tal não se deu, entretanto, salvo em casos excepcionais. E o único desses casos excepcionais que se pode registrar Wilhelmy é dos menonitas canadenses e russos de ascendência alemã, que entre 1927 e 1930 se estabeleceram nas campinas do chaco paraguaio. Estes não só vieram com firme deliberação de praticar a lavoura de arado sobre grandes extensões, como ainda, por motivos de fundo religioso, se mostraram adversos aos sistema de queimadas. A ponto de se terem recusado a admitir a possibilidade, quando esta surgiu mais tarde, de uma transferência para áreas florestais brasileiras no estado de Santa Catarina. (pág. 68)

Ainda que o legislador brasileiro tenha excepcionado a vedação do uso do fogo no processo produtivo agrícola na forma do inciso I, do artigo 38 da Lei nº 12.651/12, que reproduziu em parte a norma anteriormente inscrita na revogada Lei nº 4.771/65, para compatibilizar o meio ambiente e a cultura ou modo de fazer, *não há autorização constitucional que permita conduzir ao entendimento de que sob o signo de “fenômeno universal” ou “manifestação cultural” estão abrangidas pela exceção normativa as queimadas implementadas pelas atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas empresarialmente, assim como a realização da referida prática por pequenos produtores, sem a observância dos princípios da prevenção e da precaução na forma do instrumento constitucional do prévio estudo de impacto ambiental.*

Em outros termos, não é possível a perpetuação de prática (queimada) que causa significativo dano ao meio ambiente ecologicamente equilibrado sem a observância do mandamento constitucional imperativo e inescapável que exige, em tal caso, a realização de Estudo de Impacto Ambiental antecedente ao eventual licenciamento dessa atividade poluidora.

Ora, as normas estaduais que autorizam a queimada controlada, como a Lei nº 10.547/2000 e a Lei nº 11.241/2002, além de outros decretos e resoluções, ao tempo em que

reconhecem implicitamente a necessidade da eliminação completa da prática da queima da palha da cana-de-açúcar, estabelecem um cronograma a se estender até o ano de 2031 (!), quando somente então a prática seria por completo proibida, olvidando-se completamente da necessidade de realização de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para o deferimento de licença para essa atividade.

Até lá, a Lei Estadual nº 11.241/2002 autoriza, como se possível autorizar fosse sem clara ofensa à Constituição Federal, a perpetuação dos danos ambientais causados por essa atividade, sem qualquer estudo ou avaliação prévios, além de, fato mais grave, submetendo as populações diretamente afetadas a suportar, com o preço de sua saúde, o lucro dos que exploram essa atividade de forma incompatível com o direito constitucionalmente assegurado ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à sadia qualidade de vida.

Assim, sob esta perspectiva, a Lei Estadual nº 11.241/2002, bem como o Decreto Estadual regulamentador nº 47.700/2003, desbordaram dos limites e condições da competência legislativa em matéria ambiental outorgada pela Constituição da República, pois permitem o prosseguimento da atividade em questão sob níveis de controle e proteção inferiores aos estatuídos na Carta da República e na Legislação Federal de regência, sem observância do procedimento específico para seu deferimento administrativo, conferindo longa sobrevida a essa prática mediante cronograma de metas de redução das queimadas.

Destarte, a exposição ou prolongada sujeição de ecossistemas frágeis e sensíveis, além de espécimes ameaçadas de extinção à riscos e ameaças irreparáveis ofende o patamar protetivo constitucionalmente garantido. Neste sentido, o recente julgado do Colendo Superior Tribunal de Justiça tratando do novo Código Florestal:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. NOVO CÓDIGO FLORESTAL (LEI 12.651/2012). REQUERIMENTO. PEDIDO DE RECONSIDERAÇÃO CONTRA ACÓRDÃO. INVIABILIDADE. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE. RECEBIMENTO COMO EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO APONTADA. AUTO DE INFRAÇÃO. IRRETROATIVIDADE DA LEI NOVA. ATO JURÍDICO PERFEITO. DIREITO ADQUIRIDO. ART. 6º, *CAPUT*, DA LEI DE INTRODUÇÃO ÀS NORMAS DO DIREITO BRASILEIRO. AMBIENTAL. *Inexiste direito ilimitado ou absoluto de utilização das potencialidades econômicas de imóvel*, pois antes até “da promulgação da Constituição vigente, o legislador já cuidava de impor algumas restrições ao uso da propriedade com o escopo de preservar o meio ambiente” (REsp 628.588/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Primeira Seção, DJe 9.2.2009), tarefa essa que, no regime constitucional de 1988, fundamenta-se na função ecológica do domínio e posse. Pressupostos internos do direito de propriedade no Brasil, as Áreas de Preservação Permanente e a Reserva Legal *visam a assegurar o mínimo ecológico do imóvel*, sob o manto da inafastável garantia constitucional dos “processos ecológicos essenciais” e da “diversidade biológica”. Componentes genéticos e inafastáveis, por se fundirem com o texto da Constituição, exteriorizam-se na forma de limitação administrativa, técnica jurídica de intervenção estatal, em favor do interesse público, nas atividades humanas, na propriedade e na ordem econômica, com o intuito de discipliná-las, organizá-las, circunscrevê-las, adequá-las, condicioná-las, controlá-las e fiscalizá-las. Sem configurar desapossamento ou desapropriação indireta, a limitação administrativa opera por meio da imposição de obrigações de não fazer (*non facere*), de fazer (*facere*) e de suportar (*pati*), e caracteriza-se, normalmente, pela generalidade da previsão primária, interesse público, imperatividade, unilateralidade e gratuidade. Precedentes do STJ. (...)

O esquema é bem simples: o novo Código Florestal não pode retroagir para atingir o ato jurídico perfeito, direitos ambientais adquiridos e a coisa julgada, *tampouco para reduzir de tal modo e sem as necessárias compensações ambientais o patamar de proteção de ecossistemas*

*frágeis ou espécies ameaçadas de extinção, a ponto de transgredir o limite constitucional intocável e intransponível da “incumbência” do Estado de garantir a preservação e restauração dos processos ecológicos essenciais (art. 225, § 1º, I).*

(STJ, 2ª Turma, RESP 1240122, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ: 19.12.2012)

Frise-se, nestes termos, que o direito fundamental ao meio ambiente não admite *retrocesso ecológico*, que inserido como norma e garantia fundamental de todos, tem aplicabilidade imediata, consoante o artigo 5º, §§ 1º e 2º, da Constituição, devendo ser considerado cláusula pétrea devido a sua relevância para o sistema constitucional brasileiro, como direito social fundamental da coletividade, não se devendo admitir recuos para níveis de proteção inferiores aos anteriormente consagrados.

Ademais, a pretensão de se identificar práticas como as queimadas, sob o signo de “fenômeno universal”, “manifestação cultural” ou fenômeno afeto às “peculiaridades locais ou regionais”, assim como a constante invocação de riscos socioeconômicos de eventual restrição, não permite concluir pela possibilidade de permanência dos diversos pequenos produtores agropastoris na “noite do atavismo cultural”, dispensando-os do alcance e submissão dos deveres jurídicos coletivos proclamados em matéria ambiental, e assim da igualdade no sentido de oportunidade de ação em torno dos bens e valores consagrados na Carta da República, eis que a existência desses brasileiros depende, como de resto de todas as pessoas, da preservação maior que nos intima o ambiente e a ecologia planetária, sendo de ordem supracomunitária os bens ambientais e ecológicos, e como tais não comportam exceções.

Ressalte-se, nos termos carreados aos autos, que os gastos advindos dos danos causados pela prática das queimadas se elevam para além daqueles supostamente advindos pelo prolongamento do processo de colheita da cana-de-açúcar, não parecendo razoável preferir-se direitos fundamentais difusos em detrimento de interesses econômicos calcados em lucro.

Ainda quanto à linha de argumentação que emerge de determinadas manifestações contrapostas ao pedido inicial, quanto à faceta cultural ou tradicional das queimadas, de se lembrar a pertinente observação de Patryck de Araújo Ayala, o qual lembra que, perante a ordem constitucional brasileira, “... a proteção da fauna a partir da proibição de comportamentos cruéis coloca uma obrigação que se dirige, de forma simétrica que e com igual eficácia, aos agentes públicos e a toda sociedade, não distinguindo espécies particulares ou modalidades classificatórias da fauna específicas”, alcançando-se todos os animais componham ou não a fauna silvestre, e prescindindo a censura constitucional da associação entre crueldade e sofrimento, no que se reconhece que a vedação constitucional funda-se também em “... situação de risco não comprovada cientificamente, e que poderá ser objeto de reprovação a partir da reunião de outra importante qualidade valorativa de informação, a saber, a cultural”<sup>16</sup>.

Essa observação se deu em face de paradigmático julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal, do qual se extrai a seguinte manifestação do Ministro Francisco Rezek, por ocasião do julgamento do RE nº 153.531-8/SC (Relator Min. Marco Aurélio, DJ: 13.03.1998), que envolvia avaliar se determinada manifestação (*farra-do-boi*) poderia ser situada sob o alcance de proteção do patrimônio cultural brasileiro:

As duas tentações que podem rondar o julgador e que devem ser repelidas para um correto exame da controvérsia são, primeiro, a consideração metajurídica das prioridades: por que, num país de dramas sociais tão pungentes, há pessoas preocupando-se com a integridade

16 AYALA, Patrick de Araújo. *O Novo Paradigma Constitucional e a Jurisprudência Ambiental do Brasil*. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MORATO, José Rubens (org.). *Direito Constitucional ambiental brasileiro*. 3. Ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2010, pág. 427/428.

física ou com a sensibilidade dos animais?

(...) com a negligência no que se refere à sensibilidade dos animais, anda-se meio caminho até a indiferença e quanto se faça a seres humanos. Essas duas formas de desídia são irmãs e quase sempre se reúnem, escalonadamente. Não nos é dado o direito de tentar ridicularizar o pedido, de amesquinhá-lo com esse gênero de argumento.

(...) *Não posso ver como juridicamente correta a idéia de que em prática dessa natureza a Constituição não é alvejada. Não há aqui uma manifestação cultural com abusos avultos; há uma prática abertamente violenta e cruel para com os animais, e a Constituição não deseja isso.*

Ao final, ainda quanto à necessidade de Estudo Prévio de Impacto Ambiental para a realização de queimadas, registrem-se, por oportuno, os seguintes precedentes do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

DIREITO AMBIENTAL. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. CANA-DE-AÇÚCAR. QUEIMADAS. ART. 21, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI Nº 4771/65. DANO AO MEIO AMBIENTE. PRINCÍPIO DA PRECAUÇÃO. QUEIMA DA PALHA DE CANA. EXISTÊNCIA DE REGRA EXPRESSA PROIBITIVA. EXCEÇÃO EXISTENTE SOMENTE PARA PRESERVAR PECULIARIDADES LOCAIS OU REGIONAIS RELACIONADAS À IDENTIDADE CULTURAL. INAPLICABILIDADE ÀS ATIVIDADES AGRÍCOLAS INDUSTRIAIS.

1. O princípio da precaução, consagrado formalmente pela Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e o Desenvolvimento - Rio 92 (ratificada pelo Brasil), a ausência de certezas científicas não pode ser argumento utilizado para postergar a adoção de medidas eficazes para a proteção ambiental. Na dúvida, prevalece a defesa do meio ambiente.

2. A situação de tensão entre princípios deve ser resolvida pela ponderação, fundamentada e racional, entre os valores conflitantes. Em face dos princípios democráticos e da Separação dos Poderes, é o Poder Legislativo quem possui a primazia no processo de ponderação, de modo que o Judiciário deve intervir apenas no caso de ausência ou desproporcionalidade da opção adotada pelo legislador.

3. O legislador brasileiro, atento a essa questão, disciplinou o uso do fogo no processo produtivo agrícola, quando prescreveu no art. 27, parágrafo único da Lei nº 4.771/65 que o Poder Público poderia autorizá-lo em práticas agropastoris ou florestais desde que em razão de peculiaridades locais ou regionais.

4. Buscou-se, com isso, compatibilizar dois valores protegidos na Constituição Federal de 1988, quais sejam, o meio ambiente e a cultura ou o modo de fazer, este quando necessário à sobrevivência dos pequenos produtores que retiram seu sustento da atividade agrícola e que não dispõem de outros métodos para o exercício desta, que não o uso do fogo.

5. A interpretação do art. 27, parágrafo único do Código Florestal não pode conduzir ao entendimento de que estão por ele abrangidas as atividades agroindustriais ou agrícolas organizadas, ou seja, exercidas empresarialmente, pois dispõe de condições financeiras para implantar outros métodos menos ofensivos ao meio ambiente. Precedente: (AgRg nos EDcl no Resp 1094873/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009).

6. Ademais, ainda que se entenda que é possível à administração pública autorizar a queima da palha da cana de açúcar em atividades agrícolas industriais, *a permissão deve ser específica, precedida de estudo de impacto ambiental e licenciamento*, com a implementação de medidas que viabilizem amenizar os danos e a recuperar o ambiente, Tudo isso em respeito ao art. 10 da Lei nº 6.938/81. Precedente: (EREsp 418.565/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 29/09/2010, DJe 13/10/2010).

Recurso especial provido.

(STJ, 2ª Turma, Resp nº 1.285.463 – SP, Rel. Min. Humberto Martins, DJ: 28.02.2012)

**AMBIENTAL. AGRAVO REGIMENTAL. QUEIMA DE PALHA DE CANA-DE-AÇÚCAR. PRÁTICA QUE CAUSA DANOS AO MEIO AMBIENTE. NECESSIDADE DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO DOS ÓRGÃOS PÚBLICOS COMPETENTES.**

1. Discute-se nos autos se a queimada de palha de cana-de-açúcar é medida que, em tese, pode causar danos ao meio ambiente e se se trata de prática possível a luz do ordenamento jurídico vigente.

2. Em decisão monocrática, foi dado provimento ao recurso especial do Ministério Público, interposto com fundamento nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, tendo sido (i) fixado que a queimada de palhas de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente e, por isso, só pode ser realizada com a chancela do Poder Público e (ii) determinada a remessa dos autos à origem para que lá seja apreciada a causa com base nos elementos fixados na jurisprudência do STJ, vale dizer, levando-se em consideração a existência ou não de autorização do Poder Público, na forma do art. 27, p. ún., do Código Florestal.

3. No regimental, sustenta a agravante (i) a impossibilidade de julgamento da lide pelo art. 557 do Código de Processo Civil - CPC, (ii) a inexistência de prequestionamento dos dispositivos legais apontados no especial e a ausência de demonstração do dissídio jurisprudencial, (iii) a incidência da Súmula nº 7 desta Corte Superior, (iv) o não-cabimento de recurso especial, uma vez que a origem validou lei local em face da Constituição da República vigente (cabimento de recurso extraordinário), (v) a existência de lei local autorizando a prática da queimada.

4. Não assiste razão à parte agravante, sob qualquer perspectiva.

5. Em primeiro lugar, no âmbito da Segunda Turma desta Corte Superior, pacificou-se o entendimento segundo o qual a queimada de palha de cana-de-açúcar causa danos ao meio ambiente, motivo pelo qual sua realização fica na pendência de autorização dos órgãos ambientais competentes, sendo perfeitamente possível, portanto, o julgamento da lide com base no art. 557 do CPC. A título de exemplo, v. REsp 439.456/SP, Rel. Min. João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJU 26.3.2007. Não fosse isso bastante, a apreciação do agravo regimental pela Turma convalida eventual vício.

6. Em segundo lugar, a instância ordinária enfrentou a questão da queima de palha de cana-de-açúcar e suas conseqüências ambientais, motivo pelo qual não cabe falar em ausência de prequestionamento do art. 27 do Código Florestal - que trata justamente dessa temática no âmbito da legislação infraconstitucional federal. O enfrentamento da tese basta para o cumprimento do requisito constitucional.

7. Em terceiro lugar, não encontra óbice na Súmula nº 7 do Superior Tribunal de Justiça o provimento que assevera, em tese, quais são o entendimento da Corte Superior a respeito do tema e qual a norma aplicável à espécie, remetendo os autos à origem para que lá sejam reanalisados os fatos e as provas dos autos em cotejo com a jurisprudência do STJ. Inclusive, quando do julgamento monocrático, ficou asseverado que “não há menção, no acórdão recorrido, acerca da (in)existência de autorização ambiental própria no caso em comento, sendo vedado a esta Corte Superior a análise do conjunto fático-probatório (incidência da Súmula nº 7)”. Por isso, foi determinada a remessa dos autos à origem para que lá venha a ser apreciada a causa levando-se em consideração a existência ou não de autorização do Poder Público, na forma do art. 27, p. ún., do Código Florestal.

8. Em quarto lugar, a origem, em momento algum, enfrentou a controvérsia dos autos confrontando a validade de lei local com a Constituição da República. Ao contrário, discutindo dispositivos de leis estaduais, chegou à conclusão de que a queima de palha de cana-de-açúcar era viável e não causava danos ao meio ambiente. Não há que se falar, portanto, em cabimento de recurso extraordinário, no lugar de recurso especial.

9. Em quinto e último lugar, a existência de lei estadual que prevê, genericamente, o uso do fogo como método despalhador desde que atendidos certos requisitos não é suficiente para afastar a exigência prevista em legislação federal, que é a existência específica de autorização dos órgãos competentes. Não custa lembrar que a licença ambiental está inserida na esfera

de competência do Executivo, e não do Legislativo (sob pena de violação ao princípio da separação de Poderes).

10. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1038813/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/08/2009, DJe 10/09/2009)

De todo o aqui exposto, deve ser dado provimento ao pedido principal formulado pelo Ministério Público Federal, fincado na necessidade constitucionalmente estabelecida que a queima da palha da cana-de-açúcar somente pode ser administrativamente autorizada quando precedida de Estudo Prévio de Impacto Ambiental. Assim, todas as autorizações ou licenças dessa atividade, concedidas em desconformidade com a Constituição Federal, são nulas, sobressaindo-se o dever das autoridades estaduais competentes, para o futuro, obedecerem ao comando constitucional em análise.

Em relação ao pedido formulado na inicial em face do IBAMA, no sentido de que seja compelido a exercer, de forma direta e efetiva, fiscalização quanto aos danos provocados pelas queimadas à fauna silvestre, também deve ser dado provimento, seja pelas razões anteriormente já expostas, atinentes à competência do IBAMA para o exercício dessa atividade fiscalizatória, seja por força da ineficácia das ações dos órgãos fiscalizatórios estaduais no exercício desse mister.

Nesse sentido, repita-se que, à luz do regramento constitucional e infralegal, não se admite interpretação no sentido de que o ente federado estadual possua competência exclusiva para regular e fiscalizar atividade oriunda de seu território e que degrade o ambiente além desse âmbito territorial. A poluição e os malefícios provocados pelas queimadas, como exaustivamente demonstrado pelas provas carreadas aos autos na inicial, se espraiam para muito além de seu território, por meio de correntes de ar, das chuvas e dos rios, desconhecendo as fronteiras traçadas pelos homens, além de causar impacto que têm sobre as espécies ameaçadas e migratórias, cuja proteção cabe à União.

Aplica-se também, como razão de decidir, o princípio da proibição da insuficiência. Conforme Sarlet e Fensterseifer, "... tem sido generalizadamente aceita a noção de que ao Estado, também (e, de modo especial, em virtude da relevância da questão ambiental) no que tange aos seus deveres de proteção ambiental, incumbe medidas positivas no sentido de assegurar a tutela do ambiente, de tal sorte que a ação estatal acaba por se situar, no âmbito do que se convencionou designar de uma dupla face (ou dupla dimensão) do princípio da proporcionalidade, entre a proibição de excesso de intervenção, por um lado, e a proibição de insuficiência de proteção, por outro."<sup>17</sup>

Quanto às queimadas, e aos danos por ela causadas à fauna, constata-se claramente nos autos a existência de um "defeito de proteção", em face do qual "... o estado deve adotar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma proteção adequada e eficaz dos direitos fundamentais"<sup>18</sup>.

Assim, diante do princípio da proibição da insuficiência, e do constatado defeito de proteção à fauna silvestre, também merece abrigo o pedido do Ministério Público Federal, de forma a se determinar ao IBAMA que exerça sua função fiscalizatória em face dos danos a esse im-

17 SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito constitucional ambiental: estudos sobre a constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, pág. 188.

18 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, pág. 273.

portantíssimo bem jurídico, eventualmente causados pela queima da palha da cana-de-açúcar.

Por fim, cumpre salientar que, neste momento processual, reconheço estarem presentes não apenas o requisito da urgência, necessário para a confirmação da concessão da antecipação da tutela, como também para a procedência do pedido deduzido. Restou demonstrado nos autos que a continuação da queima controlada da palha da cana é causa eficiente de danos irreparáveis a toda a população da região abrangida pela subseção de Piracicaba, que está há anos continuamente sob a ação dos resíduos dessa fonte de poluição, que está sendo exercida e autorizada de maneira ofensiva ao paradigma de proteção estabelecido na Constituição da República de 1988, sem prévio estudo ou análise de impacto ambiental. Além disso, a continuidade das queimadas onera o SUS – Sistema Único de Saúde, que fica sobrecarregado com o atendimento da população doente em decorrência dos resíduos da queima da palha da cana, bem como é causa de dano irreparável à fauna e flora, como demonstrado a toda evidência, v.g., no sofrimento animal constante na peça inicial e documentos que a acompanharam.

Posto isso, *confirmo* a antecipação dos efeitos da tutela deferida, *declaro incidentalmente* a inconstitucionalidade da Lei nº 11.241, de 19.09.2002 do Estado de São Paulo e *julgo procedente o pedido*, com resolução do mérito, com fulcro no artigo 269, inciso I, do Código de Processo Civil, para determinar a  *nulidade* de todas as autorizações e licenças de queima controlada da palha de cana-de-açúcar nas plantações sitas na área abrangida pela Subseção Judiciária de Piracicaba, expedidas pela CETESB e pelo *Estado de São Paulo*, bem como para *determinar* que a CETESB e o *Estado de São Paulo* se abstenham de conceder novas autorizações de queima, sem a prévia elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e de Relatório de Impacto Ambiental – EIA/RIMA, nos termos do artigo 225 da Constituição da República de 1988, da Lei nº 6.938/81 e dos atos normativos correlatos, em especial as Resoluções CONAMA nº 237/97 e nº 001/86, de forma abrangente e contextualizada com todos os reflexos ecológicos da atividade em questão, observando-se quanto à proteção da fauna, o disposto na Instrução Normativa nº 146/2007 do IBAMA, especialmente no que tange aos procedimentos de levantamento, monitoramento, salvamento, resgate e destinação dos espécimes, e que *promovam* o cadastramento e fiscalização de todas as propriedades rurais ocupadas com cultura canavieira. *Determino* ainda que o IBAMA adote as providências cabíveis e necessárias a fim de exercer de forma direta e efetiva a *fiscalização* no tocante aos *danos provocados à fauna* pela prática da queima na área da circunscrição desta Subseção da Justiça Federal, observando-se especialmente o disposto na Lei nº 5.197/67 e na Instrução Normativa nº 146/2007, evitando-se a destruição em massa de espécimes, sem prejuízo da competência administrativa comum estatuída no § 3º, do artigo 17, da Lei Complementar nº 140/11.

Determino ainda com fulcro na Lei nº 9.795/99, e a fim de conferir efetividade à decisão judicial aqui proferida, que o IBAMA e o ESTADO DE SÃO PAULO, por meio da *Polícia Ambiental*, mantenham e comprovem nos presentes autos a realização de *ampla campanha de educação ambiental* não formal para divulgação e conscientização dos proprietários rurais da região – inclusive usinas -, das novas normas afetas às condições para licenciamento da queima de palha de cana-de-açúcar na área compreendida na circunscrição desta Subseção da Justiça Federal.

Ficam confirmados os efeitos da antecipação dos efeitos da tutela deferida.

Em caso de descumprimento desta decisão em qualquer de suas circunstâncias, fixo multa diária no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais). A razão da acolhida de multa diária tão elevada reside não somente nos graves danos ambientais provocados pela atividade da queima da palha da cana-de-açúcar, mormente quando não precedida sua autorização de pré-

vio estudo de impacto ambiental, como em razão do descumprimento reiterado dessa decisão, como noticiado à fl. 1459, tratando-se, aliás, de fato notório nesta Subseção. Por tais motivos, faz-se necessário o estabelecimento de cominação assaz severa para o descumprimento da presente ordem, de forma a reafirmar a seriedade da questão e a necessária observância das ordens judiciais, preservando a integridade do Poder Judiciário.

Oficie-se ao *Corpo de Bombeiros*, à *Polícia Federal*, bem como à *Polícia Ambiental* estadual da área de abrangência desta Subseção, comunicando-os do teor desta decisão, bem como requisitando a imediata comunicação deste Juízo em caso de notícia de realização de queimada vedada.

Decisão sujeita ao reexame necessário, devendo, oportunamente, ser remetida ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Comunique-se ao Exmo. Sr. Desembargador Federal Relator dos Agravos de Instrumento nº 0022573-90.2012.4.03.0000, 0022590-29.2012.4.03.0000, 0022776-52.2012.4.03.0000, 0023984-71.2012.4.03.0000, 0025063-85.2012.4.03.0000.

Publique-se. Registre-se. Intime-se. Cumpra-se.

Piracicaba - SP, 07 de agosto de 2013.

Juíza Federal DANIELA PAULOVIK DE LIMA

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0004065-08.2012.4.03.6108**

Autor: JOSÉ SEITI TOSHIOKA  
Ré: UNIÃO FEDERAL  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP  
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

Vistos etc

Trata-se de ação ordinária, fls. 02/09, ajuizada por José Seiti Toshioka, qualificação a fls. 02 e 11, em face da União, por meio da qual aduz que, em 22 de outubro de 2002, ingressou com pedido de aposentadoria junto ao Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, cujo pedido somente foi deferido em 15 de abril de 2008, quando, então, o requerente obteve o direito de receber o benefício pleiteado, à época correspondente a R\$ 1.456,36.

Assim, houve o pagamento das parcelas retroativamente, com incidência de juros, tendo o requerente recebido o montante de R\$ 140.537,02, dos quais 96.119,76 referem-se ao principal e R\$ 44.417,26 aos juros de mora.

Quando do recebimento, a Receita Federal reteve na fonte a importância de R\$ 33.559,62, correspondente à alíquota de 27,5%.

Deste modo, sustenta a ilegalidade da incidência do imposto sobre o valor pago a título de juros de mora, bem como que, se os valores tivessem sido pagos à época própria, a incidência do Imposto de Renda seria com alíquota menor.

Juntou documentos, fls. 12/14.

Citada, fls. 22, a União apresentou contestação, fls. 23/36, alegando, em síntese, que, nos anos de 2006, 2007 e 2008, o autor logrou renda superior à alíquota máxima prevista, se somados os rendimentos declarados com a decomposição do acumulado para os meses das épocas próprias, pois o autor se aposentou e continuou a trabalhar.

Ademais, sustenta a legalidade da incidência do imposto sobre a integralidade do valor recebido, devendo ser observado o regime de caixa, com fundamento no art. 12 da Lei nº 7.713/88. Os juros de mora se consubstanciam em aquisição de renda, independentemente da natureza do valor principal e não podem ser associados à reposição de uma renda patrimonial. A autora apresentou réplica a fls. 48/54.

O Ministério Público Federal opinou pelo normal trâmite processual (fls. 58).

Não houve requerimento de produção de provas, fls. 80.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

Efetivamente, incumbindo a quem alega o ônus da demonstração a respeito de sua tese, como na espécie, inciso I do art. 333 do CPC, tanto quanto ao Judiciário entregue a tarefa de prestar a jurisdicional tutela, motivadamente e à luz dos autos, arts. 131 e 130, CPC, de fato sem razão a parte demandante, aos limites do quanto ao feito conduzido.

Como decorre de toda a tramitação desta via cognitiva, não supera a parte postulante as suas alegações, isso mesmo, em sua ação, por desejar “restituição” de Imposto de Renda que

teria sido cobrado a maior ao regime de caixa ou de competência, de recolhimento ou não, ao débito em questão.

Ou seja, fundamental ao âmago agitado demonstre a parte autora como foi sua realidade vencimental global/total a cada mês de ano/base em prisma, de onde retira a afirmação de excesso pagador, exatamente para que se apure demasia ou não, não logra a tanto demonstrar a parte pretendente, o que capital em sua empreitada e seu inalienável ônus, em jogo.

Em outras palavras, para que o Judiciário estabeleça tenha ou não recolhido a maior a parte autora o tributo em pauta, mínima e elementarmente incumbe à parte contribuinte apontar quanto ganhou em suas rendas totais naquele período em questão, incluída mensalmente a parcela que lhe foi tempos depois paga em única monta, aritmética esta vital exatamente a que então se apure, dentro dessa mesma linha cognitiva, em que faixa de incidência de IR tenha recaído o pólo contribuinte.

Ilustração fundamental assim se põe ao tema: vênias todas, de nada adianta o inconsistente brado privado por este ou aquele suposto indébito, ao não se aclarar de certeza sobre o genuíno ganho que teria experimentado o trabalhador com o acréscimo, da parcela ao depois paga em única monta, ao quanto este na época antes recebera, afinal esta apuração ensejaria a traduzir, dentro da progressividade do imposto em foco, em qual faixa de incidência de alíquota recairia o seu caso em concreto a cada mês implicado, assim então se permitindo identificar-se quanto deveria ter recolhido, em cotejo com o quanto ao final retido em única vez de todos os atrasados, como verificado.

Assim, supostos alíquota zero, de 15% e de 25%, não é porque o RRA (Rendimento Recebido Acumuladamente) tenha alcançado a maior incidência e que os valores mensais, lá atrás, não tenham superado a faixa de isenção ou a menor alíquota, que tal já configure indébito, por si, pois caberá ao titular da riqueza revelar a pulverização/decomposição do “atrasado” o prosseguiria a mantê-lo em faixa de incidência menor do que aquela pela qual tributado “de uma vez”, na retenção aqui digladiada.

É dizer, a decomposição do acumulado, para os meses das épocas próprias, não se realizou (nem por mínimo, capital, repise-se) à altura da cognição deflagrada.

Como se observa, esta a inerente questão ao tributo em causa, direto e pessoal, cuja condição de renda/vencimento inerente a cada trabalhador, a cada ganho em seu todo percebido em presente ou futuro (aqui os tais atrasados), a cada mês de cada ano-base invocado como palco de indesejado indébito.

Dessa forma, muito além da mera alegação a respeito, deveria a parte autora, com clareza, ao feito o conduzir/demonstrar, sem o quê qualquer veredicto favorável, ainda que em parte, a traduzir autorização insólita, “cheque em branco” a quem nem mesmo revelado “credor do tributo”, ora pois, nos termos dos autos (“quod non est in actis non est in mundo”, art. 131, CPC).

Em resumo, presta-se a presente demanda a palco revelador da objetiva ausência de provas ao quanto alegado em preambular, logo com sua própria tese a sepultar de insucesso a seu pleito a parte requerente.

Portanto, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido.

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, com fulcro no artigo 269, I, CPC, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, estes no importe de 10% sobre o valor dado à causa, com monetária atualização até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC, condicionada a execução desta

**rubrica para quando o quadro de fortuna da parte vencida vier de mudar a melhor, nos termos e no tempo fixados pela Lei 1.060/50, fl. 16.**

**P.R.I.**

**Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO**

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **0004423-85.2012.4.03.6103**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Ré: UNIÃO FEDERAL

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/05/2013

Vistos em liminar.

Trata-se de ação civil pública, devidamente precedida de inquérito civil público, movida pelo Ministério Público Federal em face da União visando a condenação da ré nas seguintes obrigações de fazer:

a-) identificar, cadastrar, demarcar todos os terrenos de marinha e seus acrescidos nos municípios de Caraguatatuba, Ilhabela e São Sebastião, homologando a linha preamar-média de 1831;

b-) registrar a linha demarcatória e os referidos terrenos de marinha nos cartórios de registro de imóveis competentes;

Pleiteia também o Ministério Público Federal a fixação de prazo de 90 (noventa) dias para início dos trabalhos e de 3 (três) anos para o seu término, sob pena de fixação de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) a ser revertida em favor do fundo para defesa dos interesses coletivos e difusos (art. 13 da Lei nº 7.347/85).

A pretensão deduzida pelo Ministério Público Federal busca fundamentação na obrigação legal da Secretaria de Patrimônio da União – SPU para fixar a posição da linha preamar média de 1831, prevista no art. 9º do Decreto-lei nº 9.760/46, assim como sua competência para identificar, demarcar, cadastrar, registrar e fiscalizar os bens imóveis da União, em especial os terrenos de marinha.

Ressalta ainda que a própria Secretaria de Patrimônio da União – SPU expediu a Instrução Normativa nº 2, de 12 de março de 2.001, e a Orientação Normativa *Geade*-nº 002, de 12 de março de 2.001, disciplinando o procedimento de demarcação dos terrenos de marinha.

Apesar de todo aparato legal em vigor fixando a obrigação de fazer da ré, através da Secretaria de Patrimônio da União – SPU, informa o autor que, de acordo com as informações da própria SPU, apenas 5 (cinco) quilômetros da linha preamar média nos três municípios estão demarcados e homologados de um total de 261 (duzentos e sessenta e um) quilômetros. No estado de São Paulo, estão alocados apenas dois funcionários, sem dedicação exclusiva, no cumprimento da obrigação legal.

Em pedido de antecipação de tutela, pretende que a União seja obrigada a dar início à demarcação e homologação, de forma definitiva, da linha preamar-média de 1831 nos municípios de São Sebastião, Caraguatatuba e Ilhabela, fixando-se prazo de 90 (noventa) dias para apresentação de cronograma de trabalho e da demarcação, com a indicação do número de servidores necessários para a tarefa e de eventual necessidade de procedimento licitatório para contratação de empresa para realização do trabalho e término no prazo de 03 (três) anos, com fixação de multa em caso de descumprimento.

Os autos foram distribuídos originariamente perante a 1ª Vara Federal de São José dos Campos.

Foi determinada a notificação da União Federal para se pronunciar no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos termos do artigo 2º, da Lei nº 8.437/92 (fl. 24).

A União apresentou manifestação prévia (fls. 29/70) alegando, preliminarmente, a falta de interesse de agir do Ministério Público Federal e a impossibilidade jurídica do pedido. Asseverou não ter ocorrido resistência à pretensão no âmbito administrativo e que há impossibilidade de se cumprir o requerido de uma vez só em razão da limitação de recursos e pessoal. A seu ver, a presente ação civil pública configura indevida ingerência no âmbito da discricionariedade administrativa da Superintendência do Patrimônio da União, não cabendo ao Poder Judiciário substituir o Poder Executivo em suas atividades típicas, afetas ao critério de oportunidade e conveniência.

No mérito, fez considerações históricas sobre os terrenos de marinha e acrescidos, alegou que a titularidade e o domínio independe de demarcação. Arguiu a inexistência de obrigatoriedade do registro público de tais imóveis e acrescidos, visto se tratar de uma faculdade da Administração Pública. Fez, ainda, considerações sobre a dificuldade de proceder tais registros em razão das limitações materiais. Finalizou reiterando que não há omissão no cumprimento de suas atribuições, que estão sendo realizadas nos termos do artigo 1º da Lei nº 9.636/98 e de acordo com a disponibilidade material e financeira.

Em sua contestação (fls. 49), a União repisa as preliminares já expostas em sua manifestação prévia, assim como sua impugnação ao mérito da pretensão.

Os autos foram encaminhados à conclusão ao d. Juízo da 1ª Vara Federal de São José dos Campos, que proferiu decisão determinando a remessa dos autos a esta Vara Federal de Caraguatatuba.

Recebidos os autos em redistribuição, vieram à conclusão.

*É a síntese do necessário. Passo a apreciar o pedido de antecipação da tutela.*

As preliminares suscitadas pela União em sua manifestação prévia e contestação confundem-se com o mérito, ainda que em cognição compatível com a apreciação do pedido de antecipação de tutela.

A propriedade da União sobre os terrenos de marinha e seus acrescidos tem como fundamento de validade a própria Constituição Federal, em sua redação original, no seu artigo 20, VII, assim redigido:

Art. 20. São bens da União:

(...)

VII - os terrenos de marinha e seus acrescidos;

A delimitação do conceito de terreno de marinha coube ao legislador ordinário. O Decreto-Lei nº 9.760/46, devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988, deu a definição legal de terrenos de marinha e seus acrescidos, em seu art. 2º e 3º, respectivamente:

Art. 2º São terrenos de marinha, em uma profundidade de 33 (trinta e três) metros, medidos horizontalmente, para a parte da terra, da posição da linha do preamar-médio de 1831:

a) os situados no continente, na costa marítima e nas margens dos rios e lagoas, até onde se faça sentir a influência das marés;

b) os que contornam as ilhas situadas em zona onde se faça sentir a influência das marés.

Parágrafo único. Para os efeitos deste artigo a influência das marés é caracterizada pela oscilação periódica de 5 (cinco) centímetros pelo menos, do nível das águas, que ocorra em qualquer época do ano.

Art. 3º São terrenos acrescidos de marinha os que se tiverem formado, natural ou artificialmente, para o lado do mar ou dos rios e lagoas, em seguimento aos terrenos de marinha.

O domínio da União sobre os terrenos de marinha e acrescidos é decorrência do próprio texto constitucional e não requer registro no cartório de registro de imóveis, conforme jurisprudência consolidada. No entanto, o exercício pleno do direito de propriedade pressupõe a delimitação ou demarcação da coisa objeto da relação de direito real. Em relação aos bens imóveis, o exercício pleno do direito de propriedade requer a sua demarcação, inclusive para que tenha seus limites respeitados por terceiros.

Em relação aos terrenos de marinha e seus acrescidos, a identificação passa pela demarcação da linha do preamar médio de 1831, ponto de partida para a medição horizontalmente dos trinta e três metros, conforme definição legal.

O próprio Decreto-Lei nº 9.760/46 prevê a obrigação do União, através do então Serviço do Patrimônio da União, atual Secretaria de Patrimônio da União – SPU, de delimitar a posição das linhas do preamar média de 1831 e, por consequência, os próprios terrenos de marinha. Os seus artigos 9º e 10 não deixam margem à dúvida:

Art. 9º É da competência do Serviço do Patrimônio da União (S.P.U.) a determinação da posição das linhas do preamar médio do ano de 1831 e da média das enchentes ordinárias.

Art. 10. A determinação será feita à vista de documentos e plantas de autenticidade irrecusável, relativos àquele ano, ou, quando não obtidos, a época que do mesmo se aproxime.

A competência da atual Secretaria do Patrimônio da União – SPU para demarcar não só os terrenos de marinha e seus acrescidos, mas todos os bens imóveis da União, foi ratificada pela Lei nº 9.636/98, em seu art. 1º e 2º, nos seguintes termos:

Art. 1º É o Poder Executivo autorizado, por intermédio da Secretaria do Patrimônio da União do Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, a executar ações de identificação, demarcação, cadastramento, registro e fiscalização dos bens imóveis da União, bem como a regularização das ocupações nesses imóveis, inclusive de assentamentos informais de baixa renda, podendo, para tanto, firmar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios em cujos territórios se localizem e, observados os procedimentos licitatórios previstos em lei, celebrar contratos com a iniciativa privada. (*redação dada pela Lei nº 11.481, de 2007*)

Art. 2º Concluído, na forma da legislação vigente, o processo de identificação e demarcação das terras de domínio da União, a SPU lavrará, em livro próprio, com força de escritura pública, o termo competente, incorporando a área ao patrimônio da União.

Parágrafo único. O termo a que se refere este artigo, mediante certidão de inteiro teor, acompanhado de plantas e outros documentos técnicos que permitam a correta caracterização do imóvel, será registrado no Cartório de Registro de Imóveis competente.

O pedido formulado pelo Ministério Público Federal pode ser entendido, de forma simplória: determinar que a União simplesmente cumpra a lei em relação aos terrenos de marinha e seus acrescidos, demarcando-os.

Em sua manifestação e contestação, a União afirma que a pretensão não sofre resistência, mas sua atuação está condicionada à existência de recursos orçamentários e humanos. Sustenta também que a pretensão implica invasão da discricionariedade ou mérito do ato administrativo, entendido como juízo de oportunidade e conveniência reservada ao administrador e não sujeita ao controle judicial.

No entanto, é preciso, ainda que de forma bem sintética, ressaltar as peculiaridades da postura da União em relação à obrigação legal de demarcar os terrenos de marinha e seus acrescidos.

Conforme relatório da Superintendência do Patrimônio da União em São Paulo (fls. 326 do ICP), dos 261 km de costa dos municípios de Caraguatatuba, São Sebastião e Ilhabela, apenas 5 kms da linha do preamar médio (LPM) foram demarcados e homologados. No mesmo relatório, é informado que apenas dois funcionários, sem dedicação exclusiva para a tarefa, estão alocados para a demarcação da LPM nos referidos municípios.

No relatório de fls. 22 do ICP, a mesma autoridade informa que o corpo técnico envolvido na demarcação apresenta subsídios à Advocacia Geral da União em cerca de 9000 processos de usucapião por ano.

No exercício da jurisdição federal no litoral norte, não posso fechar os olhos à precária estrutura fundiária da região. A ocupação de imóvel ser lastreada em título de propriedade devidamente registrado no cartório de registro de imóveis é fato raro na região, onde reina a posse como forma de ocupação.

A tentativa de regularização da ocupação dos terrenos próximos às praias dar-se através de ações de usucapião. São inúmeras ações que excedem em muito o tempo razoável de duração do processo em tramitação na Justiça Federal, pois a União detém o domínio do terreno de marinha confrontante, mas que não está devidamente demarcado e registrado. O nó górdio a ser desatado em tais processo é justamente a demarcação exata do terreno de marinha ou mais especificamente a real localização da linha do preamar médio de 1831.

Muitas vezes, em terrenos na mesma praia, a linha do preamar médio de 1831 difere de imóvel para imóvel, a depender do resultado da ação judicial, o que gera tratamento desigual entre particulares na mesma circunstância fática.

Conforme informes da própria SPU, os recursos humanos e matérias são tão escassos que não se pode falar em ação, pois estamos diante de uma autêntica omissão da União no cumprimento de uma obrigação legal. Na prática, a Administração não está disponibilizando recursos para o cumprimento de sua obrigação, o que tem gerado danos para todos os envolvidos, inclusive a União.

No caso presente, a Administração tem a obrigação de fazer, consistente em demarcar os terrenos de marinha e acrescidos. Seu espaço de discricionariedade é escolher como fazer, sendo-lhe vedado o não fazer, ou simplesmente, se omitir ou fingir que faz.

Assim, no caso presente, caberá à União decidir de que maneira irá demarcar os terrenos de marinha e seus acrescidos. Irá, mediante procedimento licitatório prévio, contratar uma empresa para a execução da tarefa? Irá firmar convênios com os respectivos municípios? Utilizará os próprios servidores da SPU? As três hipóteses estão previstas no art. 1º da Lei nº 9.636/98 acima transcrito, além de outras previstas no ordenamento jurídico. Compete à Administração Federal decidir qual será adotada, em um juízo de oportunidade e conveniência.

No caso presente, a omissão da Administração não obrigada no espaço da discricionariedade, onde prevalece a conveniência e oportunidade do agente público. Não é lícito o não fazer ou fingir que faz. Configurada a omissão é lícito o controle jurisdicional.

A omissão administrativa configura também, na prática, resistência à pretensão, porque tem efeitos jurídicos equivalentes à recusa expressa. Além de prejudicar terceiros, especialmente os proprietários e posseiros dos imóveis adjacentes que não têm definidos os limites de seu direito de propriedade. Ademais, o próprio desenvolvimento econômico da região fica

comprometido pela deficiente estrutura fundiária.

A omissão da União represente também renúncia de receita não tributária consistente nas taxas de ocupação que não são arrecadadas, sem contar os gastos com as inúmeras demandas judiciais que podem ser evitadas com a demarcação definitiva na esfera administrativa da linha do preamar médio.

Verifico, portanto, a existência dos pressupostos para a concessão do pedido de antecipação de tutela formulado. A obrigação de fazer da União é cristalina e a prova de sua omissão está configurada pelas informações prestadas por seus prepostos responsáveis pelo cumprimento da obrigação. O prolongamento da omissão administrativa aumentará o dano para a própria União e a comunidade dos municípios em foco.

Os contornos do pedido de antecipação da tutela formulado pelo Ministério Público Federal estão revestidos da devida razoabilidade.

Diante do exposto, *concedo a antecipação da tutela*, para determinar que a União cumpra a sua obrigação legal de identificar, cadastrar e demarcar todas as áreas de terrenos de marinha e seus acrescidos nos municípios de Caraguatatuba, Ilhabela e São Sebastião, todos no Estado de São Paulo, com a homologação definitiva da respectiva linha do preamar médio de 1831. Fixo o prazo de 90 (noventa) dias para apresentação de cronograma do trabalho, que deverá ter seu término no prazo de 03 (três) anos, a contar da apresentação do cronograma. Fica estabelecida, desde já, multa diária de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em caso de atraso na apresentação do cronograma de trabalho no prazo ora fixado.

Oficie-se à Gerência Regional da Secretaria do Patrimônio da União, dando ciência da presente decisão.

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

Caraguatatuba, 09 de maio de 2013.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

## **EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL** **0035206-17.2012.4.03.6182**

Embargante: BANCO J. P. MORGAN S.A.  
Embargado: FAZENDA NACIONAL  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS - SP  
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 15/10/2013

Vistos.

Trata-se de embargos opostos à execução nº 0001433-59.2004.403.6182, que é movida contra o embargante pela Fazenda Nacional em decorrência de cobrança de débitos previdenciários.

Na inicial, o embargante alega, em síntese, ilegitimidade para figurar no polo passivo da execução fiscal, prescrição intercorrente, nulidade da C.D.A. e inaplicabilidade da multa em face da sucessão tributária. Insurge-se, ainda, contra a cobrança da taxa SELIC e do encargo do Decreto-Lei nº 1.025/69. Juntou documentos a fls. 55/425.

A Fazenda Nacional, impugnando os embargos, rebate as alegações da embargante e afirma a legalidade da cobrança (fls. 445/480). Juntou documentos a fls. 481/553.

Réplica a fls. 558/588.

Nestes termos, vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório.

*Decido.*

Conheço diretamente do pedido, ante a desnecessidade de produção de qualquer prova em audiência, a teor do parágrafo único do artigo 17 da Lei nº 6.830/80.

### *I – Da ilegitimidade passiva*

A execução fiscal nº 0001433-59.2004.403.6182 foi ajuizada em 26/01/2004 contra Frigorífico Gejota Ltda., Epag Empreendimentos e Participações Ltda., Imagem Imóveis Administração Moreira Ltda. e Jose Homero Moreira.

O Frigorífico Gejota Ltda. foi citado por carta com aviso de recebimento (fls. 45 dos autos principais) em 06 de fevereiro de 2004, mas não fora localizado no mesmo endereço para a penhora de bens em 22 de março de 2004 (fls. 51). Imagem Imóveis Administração Moreira Ltda. e José Homero Moreira não foram localizados (fls. 53-58 dos autos principais). Epag Empreendimentos e Participações Ltda. foi citado (fls. 60 dos autos principais), mas também não foram localizados bens a serem penhorados (fls. 65 dos autos principais).

Em 11 de março de 2009, a Fazenda Nacional requereu a inclusão da embargante no polo passivo sob o argumento de que ela é sucessora de Chase Latin America, empresa que detém 40% das ações da empresa JCV Participações e Negócios S.A. Esta, por sua vez, adquiriu o Grupo Gentil Moreira, incluindo-se o Frigorífico Gejota Ltda., o devedor originário (cópias a fls. 187 e s.).

A empresa J.P. Morgan Partners (BHCA), L. P. garantiu a execução fiscal depositando R\$ 32.928.236,56 (fls. 110-112).

A embargante (Banco J.P. Morgan S.A.) sustenta que é pessoa jurídica distinta da indicada como Chase Latin America e que não houve a incorporação de tais empresas conforme fora noticiado pela Embargada. Vejamos.

Conforme documentado nos autos, a embargante (Banco J.P. Morgan S.A.) é sociedade estabelecida no Brasil, nos termos das leis nacionais (fls. 59-80). Anoto que o acionista controlador é J.P. Morgan International Finance Limited, aparentemente uma empresa estrangeira e localizada fora do território nacional, sendo uma acionista Chase Manhattan Holdings Ltda., aparentemente uma empresa localizada no Brasil (fls. 61).

A empresa JCV Participações e Negócios S.A. teve como sócios, além de outras pessoas, João Carlos de Paiva Veríssimo, Chase Latin America Equity Associates LP. e Chase Participações e Negócios Ltda., como comprovam diversos documentos, dentre os quais destaco as fls. 373-374, 404-405 e 428 dos autos principais e as fls. 284-340 destes embargos. Tais documentos indicam que, além de sócios, algumas das partes referidas atuaram em associação (fls. 284-299) e firmaram acordo de acionistas (fls. 300-315).

Para a Fazenda Nacional, Chase Latin America “não mais existe”, tendo sido sucedida por JP Morgan (embargante) (fls. 586 dos autos principais, 209-v destes embargos). Essa informação é rebatida pela embargante, que comprovou que Chase Latin American Equity Associates, L.P. foi incorporada por CCP Overseas Equity Partners I, L.P., por sua vez incorporada Chase Equity Associates, L.P. (fls. 212-224) e, posteriormente, incorporada por J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. (fls. 238-275).

Assim, do ponto de vista formal, temos a identificação de duas pessoas jurídicas distintas: (i) Banco J.P. Morgan S.A. (embargante, sociedade constituída pelas leis brasileiras) e (ii) J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. (sociedade norteamericana). Esta última sucessora de empresa sócia da JCV e prestadora da garantia (depósito judicial de fls. 110-112).

À luz do que restou provado, a embargante não é sucessora de Chase Latin American Equity Associates, L.P. e não deveria ter sido incluída na lide. Entretanto, resta também evidente que as duas empresas descritas anteriormente (Banco J.P. Morgan S.A. e J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P.) fazem parte do mesmo grupo econômico em escala global. Não fosse por outro motivo, dificilmente uma empresa aceitaria depositar em juízo, em qualquer parte do mundo, a quantia de R\$ 33 milhões para permitir que a outra se defendesse perante o Poder Judiciário. A correspondência entre ambas as empresas (fls. 227-231) indica, também, a proximidade entre elas. Portanto, há que ser verificado se a legislação brasileira alcança a embargante e a garantidora da presente execução fiscal.

### *I.1 – A responsabilização tributária de grupo econômico*

A responsabilização tributária de grupo econômico está positivada no art. 30 da Lei nº 8.212/1991 (Lei de Custeio da Seguridade Social), que possui a seguinte redação:

Art. 30. A arrecadação e o recolhimento das contribuições ou de outras importâncias devidas à Seguridade Social obedecem às seguintes normas: (redação dada pela Lei nº 8.620/1193)  
[...]

IX – as empresas que integram grupo econômico de qualquer natureza respondem entre si, solidariamente, pelas obrigações decorrentes desta Lei.

Pela redação dada, o primeiro aspecto a ser considerado é se a dívida fiscal aqui cobrada

está fundada na Lei de Custeio da Seguridade Social. Pela cópia de fls. 117, extrai-se da Certidão de Dívida Ativa que o contribuinte fora autuado por não haver exibido “qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições para a seguridade social”, nos termos do § 2º do art. 33 da Lei nº 8.212/1991. Portanto, o art. 30 da citada lei aplica-se, em tese, à exação cobrada nos autos principais. A verificação é imprescindível, já que o legislador restringiu o texto legal a apenas alguns dos diversos tributos de nosso ordenamento jurídico.

Reconhecida a pertinência da referência legal, o próximo aspecto a ser considerado é a dimensão do comando inserido no inciso IX do art. 30, citado. Em que dimensão as empresas que integram um determinado grupo econômico responderão, solidariamente, pelas obrigações tributárias para com a Seguridade Social? Bastará que se identifique (i) a existência do tributo não pago e (ii) a participação em grupo econômico para que a subsunção esteja presente? Em outros termos, dado que há contribuição previdenciária não recolhida e exista mais de uma empresa a caracterizar grupo econômico para que o Estado cobre de qualquer dessas empresas? Se a resposta for positiva, teremos que o legislador brasileiro passou a desconsiderar, para fins de cobrança previdenciária, a personalidade jurídica que caracteriza cada uma das sociedades que compõem um grupo econômico.

Parte da dogmática de referência indica que caberá à doutrina e à jurisprudência fixar os limites de aplicação do texto legal. Assim, é o entendimento Wladimir Novaes Martinez (*Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7 ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

Trata-se de dispositivo de grande alcance e justifica descrição mais pormenorizada da intenção do legislador (realizar a receita previdenciária), incluindo a concepção de grupo econômico, a natureza do vínculo fiscal, o benefício da ordem e as condições deflagradoras.

Em seu art. 45, o RCPS preferiu reeditar o texto legal, sem maiores esclarecimentos quanto à aplicação da norma. Abriu, com isso, espaço à jurisprudência e, em particular, à doutrina, obrigadas a examinar o assunto como direito excepcional.

Assim, resta evidente a necessidade de procedermos à ampla interpretação do texto legal, que não admite simples subsunção, sob pena de descaracterizar, para fins de cobrança de tributos destinados à Seguridade Social, a personalidade jurídica das empresas pertencentes a grupo econômico. Por sinal, são úteis as palavras do autor para a caracterização empresarial analisada (Wladimir Novaes Martinez, *Comentários à lei básica da previdência social*, tomo I, 7. ed. São Paulo, LTr, 2010, p. 446):

Grupo econômico pressupõe a existência de duas ou mais pessoas jurídicas de direito privado, pertencentes às mesmas pessoas, não necessariamente em partes iguais ou coincidindo os proprietários, compondo um conjunto de interesses econômicos subordinados ao controle do capital. [...] O importante, na caracterização da reunião dessas empresas, é o comando único, a posse de ações ou quotas capazes de controlar a administração, a convergência de políticas mercantis, a padronização de procedimentos e, se for o caso, mas sem ser exigência, o objetivo comum.

Ilustra bem o aspecto no controle unificado de decisões Marcus Orione Gonçalves Correia (*Legislação previdenciária comentada*, 2. ed. rev. e at. São Paulo: 2009, DPJ, p. 181), aduzindo:

Controle é a possibilidade conferida à empresa dirigente de reger os rumos das empresas dirigidas, inclusive a partir da disposição de seus meios de produção (capital, bens e trabalho) para o melhor sucesso das finalidades a serem alcançadas pelo grupo econômico. A maneira mais imediata de se verificar o controle é a preponderância acionária. Todavia, não é a única,

sendo que esta deve ser extraída de todos os indícios possíveis de ingerência na destinação dos fatores de produção, tais como a identidade de sócios entre as empresas componentes do grupo; diversas empresas instaladas no mesmo local e com uma mesma finalidade etc. Direção confunde-se com a efetivação ou materialização do controle (poder diretivo em sentido estrito, poder fiscalizatório e poder disciplinar). Administração é a complexidade de órgãos que compõem a empresa e seus encargos administrativos; assim, dizer que uma empresa é administrada por outra significa reconhecer que é subordinada aos órgãos dessa outra.

A origem do dispositivo legal parece ser o Direito do Trabalho. Na Consolidação das Leis Trabalhistas, art. 2º, § 2º, consta que:

Sempre que uma ou mais empresas, tendo, embora, cada uma delas, personalidade jurídica própria, estiverem sob a direção, controle ou administração de outra, constituindo grupo industrial, comercial ou de qualquer outra atividade econômica, serão, para os efeitos da relação de emprego, solidariamente responsáveis a empresa principal e cada uma das subordinadas.

A fonte legal primeira para o grupo econômico é indicada Marcus Orione Gonçalves Correia (*Legislação previdenciária comentada*, 2. ed. rev. e at. São Paulo: 2009, DPJ, p. 180-181), que comenta:

Do conceito legal extraem-se alguns requisitos essenciais à caracterização da idéia de grupo econômico: a) existência de vários participantes; b) personalidade jurídica própria de cada participante; c) existência de relação de dominação entre as empresas; d) natureza econômica da atividade.

A respeito dos dois primeiros requisitos apontados, vale dizer que, apesar de se verificar que cada membro do grupo econômico contrata seu pessoal, sendo o sujeito aparente da relação de emprego, em verdade o empregador real é o próprio grupo econômico – teoria da desconsideração da personalidade jurídica dos membros do grupo econômico para fins de satisfação dos direitos trabalhistas, sendo de se destacar que a *disregard doctrine* encontra-se, hoje, positivada no art. 50 do Código Civil vigente.

A origem trabalhista da caracterização de grupo econômico parece vir somar a outras medidas de cobrança do crédito fiscal, sendo a maior delas o BACENJUD. Tais eventos indicam que o credor tributário se equipara ao credor trabalhador, vendo-se como *hipossuficiente* na relação tributária. Mais importante que nossa visão pessoal de tais fenômenos, ressalta em importância a presença da desconsideração da personalidade jurídica, positivada no art. 50 do Código Civil, como um dos elementos legais a serem considerados pelo intérprete/aplicador do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. No Código Civil consta:

Art. 50. Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica.

Além disso, acreditamos que a passagem da desconsideração da personalidade jurídica das empresas que componham um grupo econômico, em se tratando da cobrança de créditos de natureza tributária, como é o caso das contribuições para a Seguridade Social, passam

pelos dispositivos do Código Tributário Nacional, nos termos como disposto na Constituição Federal (art. 146, III, *a*). Segundo nosso ponto de vista, desgarrados que estamos da simples interpretação gramatical, quando o constituinte referiu-se a *contribuinte* no texto indicado, devemos considerar o *sujeito passivo*.

Nesse sentido, lançando-nos no Código Tributário Nacional, desde logo vem à lembrança o art. 121, cujo parágrafo único distingue as duas classes de sujeitos passivos expressamente referidos pelo legislador (uma terceira classe, a dos substitutos tributários, é incluída como *responsáveis* nos textos legais). Confira-se:

Art. 121. Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

I - contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua o respectivo fato gerador;

II - responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição expressa de lei.

Assim, temos a distinção, no nível da legislação complementar, de contribuinte e responsável. O primeiro realiza o fato imponible (fato gerador concreto), enquanto o segundo é indicado pela lei sem que tenha realizado o acontecimento no mundo físico ou no mundo jurídico que fez nascer a obrigação tributária.

Nesse ambiente normativo, destaca-se em importância um comando geral de responsabilização tributária: o interesse comum no fato tributário. Colhemos no Código Tributário Nacional que:

Art. 124. São solidariamente obrigadas:

I – as pessoas que tenham interesse comum na situação que constitua o fato gerador da obrigação principal;

II – as pessoas expressamente designadas por lei.

Parágrafo único. A solidariedade referida neste artigo não comporta benefício de ordem.

No caso de grupo econômico, *salvo melhor juízo*, não está presente o interesse comum indicado no inciso I. A visão que temos da existência de mais de uma pessoa jurídica, sujeita a um mesmo comando, mas que possam ter sócios distintos, nos termos como aceito atualmente em nosso ordenamento jurídico, não permite que vislumbremos, sempre e em tese, o interesse comum em todas as atividades de um grupo econômico. Lembramo-nos de algumas grandes concentrações de empresas em ramos industriais, notadamente de cervejas e chocolates, autorizadas pelo CADE posto que partícipes do mercado global, que permanecem como pessoas jurídicas distintas dentro do território nacional, ainda que componentes do mesmo grupo econômico. Assim, tratando do assunto *em tese*, temos dúvida se dois produtores que localmente *concorrem entre si*, ainda que partícipes do mesmo grupo econômico, possam o “interesse comum” indicado pelo legislador complementar. Se assim o for, os tributos devidos por uma empresa poderão ser exigidos de outra, sendo que, como vimos, não se exige da administração tributária verificar a composição societária de cada uma das empresas que componham o referido *grupo econômico*. Se assim o for, salta aos olhos a evidente *injustiça* na cobrança dos tributos, ao arrepio do Texto Constitucional (art. 170, IV, por exemplo).

A desconsideração da personalidade jurídica, simplesmente por comodidade do fisco, de pessoas jurídicas distintas, mas partícipes do mesmo grupo econômico, viola a própria per-

sonificação das sociedades, estabelecida e autorizada pelo legislador civil. Há que se recordar que quando o legislador excepcional, no art. 50 do Código Civil, a despersonalização, ele – por imperativo lógico – está garantindo a referida personalização. Em outras palavras, só pode haver um incidente de despersonalização em um ordenamento jurídico em que a personalização seja a regra. Com isso, temos que rememorar outro comando inserto no CTN:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Nesses termos, a regra é a distinção entre pessoas jurídicas, ainda que componentes de grupo econômico, afastando-se a incidência do art. 124, I, do CTN.

Entretanto, nesse texto legal há outra possibilidade abrangente. Seu inciso II autoriza a solidariedade às “pessoas expressamente designadas por lei”. Parece ser o caso do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991.

Nesse terreno, imperioso considerar a submissão da Lei de Custeio da Seguridade Social com os comandos do Código Tributário Nacional, conforme já estipulado pelo egrégio Supremo Tribunal Federal. De fato, no Recurso Extraordinário nº 562.276-PR, Pleno, rel. Min. Ellen Gracie, unânime, j. 3.11.2010, DJe nº 27, publ. 10.02.2011, restou pacificado que:

2. O Código Tributário Nacional estabelece algumas regras matrizes de responsabilidade tributária, como a do art. 135, III, bem como diretrizes para que o legislador de cada ente político estabeleça outras regras específicas de responsabilidade tributária relativamente aos tributos da sua competência, conforme seu art. 128.

3. O preceito do art. 124, II, no sentido de que são solidariamente obrigadas “as pessoas expressamente designadas por lei”, não autoriza o legislador a criar novos casos de responsabilidade tributária sem a observância dos requisitos exigidos pelo art. 128 do CTN, tampouco a desconsiderar as regras matrizes de responsabilidade de terceiros estabelecidas em caráter geral pelos arts. 134 e 135 do mesmo diploma. A previsão legal de solidariedade entre devedores – de modo que o pagamento efetuado por um aproveite aos demais, que a interrupção da prescrição, em favor ou contra um dos obrigados, também lhes tenha efeitos comuns e que a isenção ou remissão de crédito exonere a todos os obrigados quando não seja pessoal (art. 125 do CTN) – pressupõe que a própria condição de devedor tenha sido estabelecida validamente.

A propósito, há que se registrar o teor da Súmula Vinculante nº 8, da jurisprudência do egrégio Supremo Tribunal Federal, exarada nos seguintes termos:

São inconstitucionais o parágrafo único do art. 5º do Decreto-lei nº 1.569/1977 e os arts. 45 e 46 da Lei nº 8.212/1991, que tratam de prescrição e decadência de crédito tributário.

A inconstitucionalidade dos referidos artigos da Lei de Custeio da Seguridade Social advém de suas incompatibilidades com o Código Tributário Nacional que, conforme assentado, tem força de lei complementar (CF, art. 146, III).

Nesses termos, devemos submeter o art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 ao artigo 128 do CTN, que estabelece:

Art. 128. Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a

responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Devemos destacar, como núcleo do comando, a expressão [pessoa] “vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação”. Assim, na hipótese das cervejarias com diversas pessoas jurídicas dentro do mesmo grupo econômico, somente aquelas vinculadas ao fato impositivo que gerou a obrigação tributária poderão ser levadas a recolher o tributo.

O caminho aqui trilhado parece estar em consonância com o decidido pelo egrégio Superior Tribunal de Justiça (Agravo Regimental no Agravo em Recurso Especial nº 21.073 – RS, rel. Min. Humberto Martins, 2. T., u., j. 18/10/2011), *in verbis*:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS. LEGITIMIDADE PASSIVA. GRUPO ECONÔMICO. SOLIDARIEDADE. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A jurisprudência do STJ entende que existe responsabilidade tributária solidária entre empresas de um mesmo grupo econômico, apenas quando ambas realizem conjuntamente a situação configuradora do fato gerador, não bastando o mero interesse econômico na consecução de referida situação.

2. A pretensão da recorrente em ver reconhecido o interesse comum entre o Banco Bradesco S/A e a empresa de *leasing* na ocorrência do fato gerador do crédito tributário encontra óbice na Súmula 7 desta Corte.

Agravo regimental improvido.

Assim, parece ser imprescindível, em nosso sistema tributário, que, para a aplicação do art. 30, IX, da Lei de Custeio da Seguridade Social, as empresas envolvidas do mesmo grupo econômico tenham atuado conjuntamente, de alguma forma, para permitir que o fato gerador em concreto tenha sido realizado.

Pelo que se depreende das considerações acima apresentadas, não nos parece ser o caso, desde logo, de consideração da inconstitucionalidade do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991. Basta que o dispositivo legal receba a interpretação sistemática que o compatibilize com o ordenamento jurídico brasileiro.

Voltando para o caso concreto *sub judice*, para que as pessoas jurídicas Chase Latin America Equity Associates L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda. (e, por consequência, seus sucessores) venham a responder pelos débitos do Frigorífico Gejota Ltda., deve restar provado que participaram dos fatos impositivos (não exibição de “qualquer documento ou livro relacionados com as contribuições para a seguridade social”).

Considerando que aplicação do art. 30, IX, da Lei nº 8.212/1991 partiu da exequente, ela deveria ter provado que as empresas Chase atuaram para que os livros fiscais do devedor não fossem apresentados à fiscalização. Pela análise dos autos, a Fazenda Nacional não se desincumbiu desse ônus.

Além da vinculação entre o comando legal autorizador da responsabilidade do grupo econômico e o artigo 128 do CTN, há que se considerar, no caso concreto, que a responsabilização das pessoas jurídicas sucessoras, notadamente do prestador da garantia (J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P.) deve ser uma *sucessão* dos deveres do responsável originário. Em outras palavras, para tratarmos da responsabilidade de J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. ou, ainda que em tese, do Banco J.P. Morgan S.A., deveríamos considerar indubitável a responsabilidade de Chase Latin America Equity Associates, L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda. para

a ocorrência do fato imponible.

Pelo que extraímos dos autos, esse aspecto já restou decidido pelo Poder Judiciário. Senão vejamos.

## *II – Da falência da JCV e a negativa de desconsideração de personalidade jurídica decidida na Justiça Estadual*

Conforme abordado no item precedente, a Fazenda Nacional requereu a inclusão do Banco J.P. Morgan S.A. como sucessor de Chase Latin America, detentor de 40% das ações de JCV Participações e Negócios S.A. Esta empresa adquiriu o Grupo Gentil Moreira, incluindo-se o Frigorífico Gejota Ltda., o devedor originário (cópias a fls. 187 e s.).

JCV Participações e Negócios S.A., portanto, era empresa *holding*, dona da empresa executada, contra a qual as certidões de dívida ativa foram expedidas.

Conforme se extrai dos autos (fls. 352-374), a JCV Participações e Negócios S.A. faliu. A data da decretação da falência parece ter sido em 28/03/2001 (fls. 363, *in fine*). Relembrando, a execução fiscal foi ajuizada em 26 de janeiro de 2004.

Com o processo falimentar, resta evidenciado que a cobrança da dívida fiscal deve ser realizada naquele feito ou, ao menos, sua efetivação. Os atos próprios do juízo da execução fiscal, notadamente a penhora de bens e sua expropriação forçada, não se desenvolvem em concomitância com o processo falimentar. Aquele feito é o juízo universal, responsável por arrecadar todo o patrimônio do devedor, transformá-lo em dinheiro e distribuí-lo entre os credores, inclusive os credores fiscais. Não é por outro motivo que o juízo da execução fiscal perde o domínio sobre eventuais bens penhorados em que sucede a falência. Também é do juízo falimentar a competência para apurar as infrações e ilícitos praticados pelos sócios. Tanto é assim que, no caso de falência, o juízo falimentar pode decretar a *desconsideração da personalidade jurídica*, talvez a maior punição que um sócio possa sofrer.

No caso dos autos, diante da falência decretada, a exequente ora embargada deveria ter requerido a este juízo a penhora no rosto dos autos do processo falimentar dos créditos que possui, já que o fisco não necessita de habilitação naquele feito. Ou, então, deveria ter provado que a falência indicada não alcançou o executado, o que não restou evidenciado.

A falência, em termos jurídicos, põe fim à personalidade jurídica do devedor, equiparando-se ao término da vida do ente despersonalizado. Assim, a pessoa jurídica tem seu fim basicamente em duas circunstâncias distintas: quando os sócios decidem pelo encerramento de sua existência, oportunidade em que pagam todos os credores e dão baixa em todos os registros; quando há sentença falimentar, que decreta a “morte” da pessoa ideal. Como é cediço, na falência os credores irão habilitar-se (exceto o fisco), o juiz irá distribuir o que for arrecadado e sua sentença encerrará os negócios e a pessoa jurídica.

Assim sendo, à evidência, os deveres dos sócios das pessoas jurídicas falidas, inclusive seus ônus financeiros, cessam com o término do processo falimentar. Nesses termos, a falência da JCV Participações e Negócios S.A. fez cessar as responsabilidades de seus sócios, inclusive de Chase Latin America e, por sucessão, de J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P.

A responsabilidade patrimonial dos sócios somente prosseguirá se houver sua *desconsideração da personalidade jurídica*. Em tais casos, o Poder Judiciário identifica que a sociedade falida foi usada irregularmente para acobertar as atividades comerciais de seus sócios, que abusaram do ente despersonalizado. Nesse contexto, os credores poderão buscar a satisfação

de seus créditos diretamente no patrimônio dos sócios, passando por cima, *desconsiderando* a pessoa jurídica devedora.

É a hipótese a nós trazida, em que a execução fiscal contra Frigorífico Gejota Ltda. faz com que J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P., como sucessora de Chase Latin America Equity Associates LP., depositasse o valor da dívida em juízo e discutisse sua responsabilidade.

Contudo, conforme documentado nos autos, a desconsideração da personalidade jurídica do Chase (Chase Latin America Equity Associates L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda.), frente à falência de JCV, foi requerida por Sérgio Tames Administração de Bens Próprios S/C Ltda. (fls. 352-369) e negada pelo Poder Judiciário do Estado de São Paulo em 07 de julho de 2004, em bem fundamentada decisão, mantida pelo egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (fls. 370-374, cópias parciais da referida decisão, mas suficientes para comprovar a manutenção da decisão de 1º Grau).

Observo que a análise feita pela Justiça Estadual exauriu os argumentos de mérito aqui trazidos pela Fazenda Nacional, notadamente a responsabilidade das empresas Chase diante da JCV. Caso abordássemos todos esses aspectos, estaríamos indiretamente funcionando como órgão revisor do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, o que seria evidente absurdo. Diante dos documentos referidos neste item, teria a Fazenda Nacional que comprovar que o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, por outro órgão que não sua Nona Câmara de Direito Privado, ou o não menos egrégio Superior Tribunal de Justiça teriam reformado as indicadas decisões. Isso não ocorreu.

Assim, à evidência, a responsabilidade de Chase Latin America Equity Associates LP. e Chase Participações e Negócios Ltda., por conseguinte do Banco J.P. Morgan S.A. e J.P. Morgan Partners (BHCA), L.P. frente a JCV Participações e Negócios S.A. está julgada e não pode ser aberta por esta Justiça Federal.

Entretanto, apenas a título de ilustração, observo que as empresas Chase buscaram a própria falência da JCV, ainda que não tenham sido bem sucedidas. É o que extraímos de trecho da decisão da Justiça Estadual, a fls. 357:

2.6. Ante a resistência do Chase em investir mais valores, o que não foi mais autorizado pela direção do grupo (cf. inúmeras correspondências de fls. 659/725); tendo tal acionista sugerido fosse postulada a decretação da auto-falência (cf. fls. 3.613 e fls. 5.951 – nº 210.688/00-2). Ante o acordo de acionistas, que convencionava a deliberação somente com 85% do capital social (cf. fls. 407 – item 4.1), restou o impasse; sendo a falência decretada em processo movido por um dos credores.

Fazemos o destaque para ilustrar a aparente lisura de Chase Latin America Equity Associates L.P. e Chase Participações e Negócios Ltda. na atuação da JCV Participações e Negócios S.A., o que já foi *julgado* no foro próprio.

Ressaltamos, portanto, que a decretação da falência transfere as discussões que aqui se pretendeu reproduzir para o juízo falimentar, notadamente porque a falência é uma forma de encerramento regular de pessoa jurídica. Há diversos precedentes jurisprudenciais nesse sentido. Confira-se:

[...] Com o trânsito em julgado da sentença que decretou o encerramento da falência e diante da inexistência de motivos que ensejassem o redirecionamento da execução fiscal, não restava outra alternativa senão decretar-se a extinção do processo, sem exame de mérito, com fulcro no art. 267, IV, do CPC. Não se aplica ao caso a regra do art. 40 da LEF.

(RESP 758363/RS, 2ª TURMA, MIN. CASTRO MEIRA, DJ de 12/09/2005)

1. Nesta Corte o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN.

2. *A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade*, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos.

3. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, *só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.*

(Origem: STJ - Classe: RESP - 697115 Processo: 200401409187 UF: MG Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 02/06/2005 Relator(a) -ELIANA CALMON) – grifo nosso

1. Esta Corte fixou o entendimento que o simples inadimplemento da obrigação tributária não caracteriza infração legal capaz de ensejar a responsabilidade prevista no art. 135, III, do Código Tributário Nacional. Ficou positivado ainda que os sócios (diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica) são responsáveis, por substituição, pelos créditos correspondentes às obrigações tributárias quando há dissolução irregular da sociedade.

2. A quebra da sociedade de quotas de responsabilidade limitada não importa em responsabilização automática dos sócios.

3. Em tal situação, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, *só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.*

(Origem: STJ Classe: RESP 652858 Processo: 200400557670 UF: PR Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Data da decisão: 28/09/2004 Relator(a) -CASTRO MEIRA)

(...) 3. Nesta Corte o entendimento é de que o simples inadimplemento da obrigação tributária não enseja a responsabilidade solidária do sócio-gerente, nos termos do art. 135, III, do CTN. 4. *A falência não configura modo irregular de dissolução da sociedade*, pois além de estar prevista legalmente, consiste numa faculdade estabelecida em favor do comerciante impossibilitado de honrar os compromissos assumidos. 5. Em qualquer espécie de sociedade comercial, é o patrimônio social que responde sempre e integralmente pelas dívidas sociais. Com a quebra, a massa falida responde pelas obrigações a cargo da pessoa jurídica até o encerramento da falência, *só estando autorizado o redirecionamento da execução fiscal caso fique demonstrada a prática pelo sócio de ato ou fato eivado de excesso de poderes ou de infração de lei, contrato social ou estatutos.*

(STJ RESP 601851/RS Órgão Julgador: SEGUNDA TURMA Rel. Min. Eliana Calmon, publicado no DJ DATA: 15/08/2005 p; 249)

(...) 4. Também nos casos de quebra da sociedade, não há a inclusão automática dos sócios. A massa falida responde pelas obrigações da empresa executada até o encerramento da falência, sendo autorizado o redirecionamento da execução fiscal aos administradores somente em caso de comprovação da sua responsabilidade subjetiva, incumbindo ao Fisco a prova de gestão praticada com dolo ou culpa. (...)

(Origem: TRF3 Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 220981, Processo: 200403000604747 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA, Data da decisão: 22/06/2005 Documento: TRF300093618 Fonte - DJU DATA: 06/07/2005 PÁGINA: 126 Relator(a) - JUIZ MÁRCIO MORAES)

(...) 5. Para que se autorizasse o redirecionamento da execução em face dos sócios co-responsáveis, cumpriria à exeqüente comprovar a ocorrência de crime falimentar ou a existência de indícios de falência irregular ou fraudulenta. A simples quebra não pode ser motivo de inclusão dos sócios no pólo passivo da execução fiscal, porquanto não há demonstração de prática de atos com excesso de poderes, infração à lei ou ao contrato social.

(Origem: TRF3, Classe: AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 332631, Processo: 200803000142253 UF: SP Órgão Julgador: SEXTA TURMA, Data da decisão: 23/10/2008 Relator(a) - JUIZ LAZARANO NETO)

(...) 4. A falência não constitui espécie de dissolução irregular, não ensejando, por si só, o redirecionamento do processo executivo fiscal.

5. Não comprovou a exeqüente que os sócios da executada agiram com excesso de poderes ou infração da lei, o que gera a extinção da execução, sem exame do mérito, conforme a r. sentença (...).

(Origem: TRF3 Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1353447 Processo: 200361820489660 UF: SP Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA Data da decisão: 23/10/2008 Relator(a) - JUIZ NERY JUNIOR)

(...) 4. A empresa executada teve sua falência decretada, o que evidencia que suas atividades não se encerraram irregularmente, pouco importando que ela já se encontrasse inativa antes. A responsabilidade pessoal do falido exige a comprovação de crime falimentar ou de falência irregular, o que não restou demonstrado nos autos (...).

(Origem: TRF3 Classe: AC - APELAÇÃO CÍVEL – 57808 Processo: 91030336930 UF: SP Órgão Julgador: TURMA SUPLEMENTAR DA PRIMEIRA SEÇÃO Data da decisão: 21/06/2007 Relator(a) - JUIZ CARLOS DELGADO)

(...) 6. A ocorrência da falência da executada não configura hipótese de dissolução irregular da sociedade, capaz de ensejar o redirecionamento da execução, ao contrário, prevista em lei, reputa-se dissolução regular (...)

(Origem: TRF - PRIMEIRA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 200401000401953, Processo: 200401000401953 UF: MG Órgão Julgador: OITAVA TURMA, Data da decisão: 17/06/2008 Relator(a) - DESEMBARGADORA FEDERAL MARIA DO CARMO CARDOSO)

1. O processo falimentar é uma forma regular de dissolução da sociedade e, por si só, não autoriza o redirecionamento da execução contra os sócios da executada. 2. Não ocorrendo nenhuma hipótese prevista nos arts. 134 e 135, do CTN, não há como se redirecionar a execução contra os sócios (...)

(Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 160569, Processo: 200702010152248 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA ESPECIALIZADA, Data da decisão: 10/06/2008 Relator(a) - Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES)

(...) 3 - Entende-se configurada a responsabilidade dos administradores da sociedade nas hipóteses em que esta é dissolvida de forma irregular. No caso dos autos, porém, a dissolução ocorreu em virtude de falência, o que não acarreta, de forma automática, a suposição de que houve irregularidade na dissolução.

(Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO - 135906 Processo: 200502010026982 UF: RJ Órgão Julgador: QUARTA TURMA ESPECIALIZADA Data da decisão: 28/08/2007. Relator(a) - Desembargador Federal LUIZ ANTONIO SOARES)

(...) A extinção da sociedade pela falência é forma regular de dissolução, inexistindo, outrossim, comprovação de que houve crime falimentar.

(Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO Classe: AG - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 114395 Processo: 200302010063957 UF: RJ Órgão Julgador: TERCEIRA TURMA ESPECIALIZADA Data da decisão: 13/02/2007 Relator(a) - Desembargador Federal JOSE NEIVA/ no afast. Relator)

Considerando que a falência da controladora do devedor foi decretada e que a responsabilidade dos sócios foi discutida naqueles autos, não há mais o que ser decidido no presente feito.

### *Decisão*

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do disposto no art. 269, I, do Código de Processo Civil brasileiro. Declaro insubsistente a penhora e extinto este processo. Condeno a embargada a arcar com as custas processuais e verba honorária, que fixo em 1% (um por cento) do débito cobrado, corrigido na forma da lei.

Determino o traslado de cópia desta sentença para os autos da execução fiscal, bem como os documentos de folhas 348-374.

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

São Paulo, 11 de outubro de 2013.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0000114-24.2013.4.03.6317**

Autor: ALEX CRESCÊNCIO DE MIRANDA  
Ré: UNIVERSIDADE FEDERAL DO ABC - UFABC  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE SANTO ANDRÉ - SP  
Juiz Federal: PAULO BUENO DE AZEVEDO  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 02/09/2013

#### *1. Relatório*

Cuida-se de ação oriunda do JEF ajuizada por Alex Crescêncio de Miranda contra a Universidade Federal do ABC (UFABC).

Aduz que a Universidade Federal do ABC (UFABC) recusa-se a assinar termo de estágio não obrigatório com a empresa Mercedes-Benz, em razão de o seu coeficiente acadêmico não ser maior ou igual a 2, nos termos da Resolução ConsEPE, nº 112. Aduz o autor que está aprovado na maioria das disciplinas e que não pode ser impedido de frequentar o estágio, uma vez que se encontra regularmente matriculado e frequenta a universidade.

Juntou documentos.

A MM. Juíza Federal do JEF declinou de sua competência.

A tutela antecipada foi deferida por este Juízo (fls. 26/27).

Citada e intimada, a UFABC interpôs agravo de instrumento e apresentou contestação.

A fls. 52/53, consta a v. decisão monocrática do Excelentíssimo Desembargador Relator do agravo que indeferiu a antecipação da tutela recursal.

Réplica a fls. 55/57.

É o relatório.

#### *2. Fundamentação*

Cabível o julgamento antecipado do presente feito, já que envolve apenas matéria de direito.

Torno a ver os autos após a liminar concedida, podendo apreciar os argumentos dos doutos advogados das partes, bem como a lúcida fundamentação do Excelentíssimo Desembargador Federal Relator do agravo interposto.

Já conhecedor dos argumentos da UFABC, mantenho o meu entendimento anterior.

O argumento da autonomia universitária não pode servir como uma espécie de “carta coringa” a fim de que a Universidade teça as regras que bem entender, em desrespeito às normas e, em especial, aos princípios relativos ao estágio e à educação.

Relembro os exatos termos da Resolução *sub judice*:

Art. 5º O aluno do BC&T e do BC&H da UFABC somente poderá realizar o estágio não-obrigatório se satisfizer as seguintes condições na data em que o estágio for solicitado na Divisão de Estágios e Monitorias:

- I. ter aprovação de um conjunto de disciplinas que perfazem no mínimo 50 (cinquenta) créditos em disciplinas obrigatórias para os cursos BC&T ou BC&H; e
- II. ter Coeficiente de Aproveitamento (C.A) maior ou igual a 2,0 (dois).

A exigência de um determinado coeficiente de aproveitamento determinado pela resolução provoca o seguinte questionamento: quem precisa mais do estágio? Apenas os alunos com as melhores notas? E os alunos com notas não tão boas, considerando o tal coeficiente de aproveitamento, não precisariam do estágio? Precisariam menos?

Nos termos da Lei 11.788/2008, o estágio é considerado um ato educativo (art. 1º).

Assim, impedir o autor de estagiar é um ato anti-educativo. Respondendo às questões acima, parece que os alunos com notas não tão altas precisam tanto ou até mais do estágio do que outros alunos.

Acresço, ainda, à minha fundamentação anterior o art. 2º, § 2º, da Lei 11.788/2008:

Art. 2º O estágio poderá ser obrigatório ou não-obrigatório, conforme determinação das diretrizes curriculares da etapa, modalidade e área de ensino e do projeto pedagógico do curso.  
§ 1º Estágio obrigatório é aquele definido como tal no projeto do curso, cuja carga horária é requisito para aprovação e obtenção de diploma.  
§ 2º Estágio não-obrigatório é aquele desenvolvido como atividade opcional, acrescida à carga horária regular e obrigatória.

É importante tal dispositivo porque contém a definição do *estágio não obrigatório*, que consiste justamente no estágio pretendido pelo autor que encontra óbice na aludida resolução.

Pois bem, aprofundando a definição acima, quando a lei define o estágio não obrigatório como *atividade opcional* está se referindo à opção de quem? Obviamente, não se refere à opção da universidade, pois o estágio, por opção da universidade, é justamente o estágio obrigatório para o aluno. *Portanto, conclui-se que o estágio não obrigatório se dá por opção do aluno e não da universidade!*

Daí a grande questão: a autonomia universitária lhe dá o direito de interferir na *opção do aluno por um determinado estágio*? *Pior ainda: a autonomia universitária lhe dá o direito de interferir na opção do aluno por determinado estágio em razão de suposta deficiência acadêmica? As respostas são, à toda evidencia, negativas.*

A autonomia universitária não dá direito à UFABC de restringir a *opção* do aluno por determinado estágio não obrigatório. Assim, a resolução em comento viola a própria definição de estágio não obrigatório (art. 2º, § 2º, da Lei 11.788/2008), sendo, por tal razão, ilegal.

A resolução em comento da UFABC viola também o princípio constitucional da legalidade (CF, art. 5º, inc. II), pois ninguém pode ser obrigado a fazer ou a *deixar de fazer alguma coisa* senão em virtude de lei.

*Em suma, a autonomia universitária não propicia o direito de a universidade interferir ou restringir a escolha do aluno por determinado estágio não obrigatório. Portanto, a resolução sub judice viola o art. 5º, inc. II, da Constituição.*

Não bastasse tudo isso, a citada resolução da UFABC também viola o bom senso, e ao contrário do aduzido pelo nobre Procurador Federal (fl. 42 verso, último parágrafo), ofende flagrantemente a razoabilidade e a proporcionalidade. Não é razoável impedir um aluno de estagiar por conta de notas supostamente baixas. De novo, insiste-se na pergunta: não seria

o aluno com notas mais baixas quem mais poderia se beneficiar do estágio?

A propósito, peço vênha para citar um trecho da v. decisão do Excelentíssimo Desembargador Johonsom di Salvo que indeferiu a tutela antecipada recursal:

A burocracia da Universidade não pode prestar um desserviço ao aluno só porque lhe faltaram 0,13 para atingir certo limite que – no entender exclusivo da Instituição – o habilitaria a estagiar.

Ora, trata-se de estágio voluntário e é um *absurdo* que a Universidade se oponha a isso – *para prejudicar seu aluno* – fincada em números frios, olvidando, em favor da tecnocracia docente, realidades maiores da vida.

O autor é um moço de origem modesta que conseguiu a grande oportunidade de estagiar em empresa de prestígio, que celebrará em favor dele um programa de até 2 anos de estágio bem remunerado e com auxílio-transporte. É de clareza solar que esse evento ilustrará o currículo do aluno e o ajudará no futuro. (trecho da decisão monocrática liminar proferida no Agravo 0002640-97.2013.4.03.0000/SP – destaques em itálico e em negrito nossos)

Mais não é preciso dizer.

### 3. *Dispositivo*

Ante o exposto, *julgo procedente o pedido*, com resolução de mérito (CPC, art. 269, I) para *condenar* a UFABC a assinar o contrato de estágio não obrigatório do autor.

Mantida a tutela antecipada anteriormente concedida.

*Condeno* a UFABC em honorários advocatícios que fixo, consoante apreciação equitativa, em R\$ 500,00 (quinhentos reais).

A UFABC é isenta da custas.

Sentença não sujeita a reexame necessário, nos termos do art. 475, § 2º, do Código de Processo Civil.

*Comunique-se a prolação desta sentença ao Excelentíssimo Desembargador Federal Relator do Agravo 0002640-97.2013.4.03.0000/SP.*

Publique-se. Registre-se. Intime-se.

Santo André, 02 de agosto de 2013.

Juiz Federal Substituto PAULO BUENO DE AZEVEDO

## **AÇÃO PENAL**

### **0000779-79.2013.4.03.6110**

**Autora: JUSTIÇA PÚBLICA**

**Réus: ANDERSON BARROS DE PAULA E ROBERTO PAREDES ACEVEDO**

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

**Juíza Federal: SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO**

**Disponibilização da Sentença: Intimação 30/08/2013**

### **RELATÓRIO**

Vistos e examinados os autos.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de ANDERSON BARROS DE PAULA, brasileiro, amasiado, armador, filho de André de Paula e Maria Aparecida Barros de Paula, portador da cédula de identidade sob RG nº 36.192.333 SSP/SP e CPF nº 348.672.118-69, domiciliado na Rua Pedro de Mesquita, 225, Vila Barão, Sorocaba/SP, atualmente preso e recolhido na Penitenciária II, de Itirapina/SP e ROBERTO PAREDES ACEVEDO, paraguaio, solteiro, piloto de avião, filho de Adolfo Damião Paredes González e Elena Gertudi Paredes, domiciliado na Avenida Marisca Lopes, 1342, Fernando de La Mora, Assunção/PY, atualmente preso e recolhidos na Penitenciária III, de Pinheiros, São Paulo/SP, dando-os como incurso nos artigos 33, “caput” e 35, “caput”, combinados com o artigo 40, inciso I, todos da Lei nº 11.343/2006, sob o fundamento de que os acusados, associados em comunhão de desígnios, foram presos em flagrante delito, pois, importaram, adquiriram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram a quantidade de 409,60 Kg (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas) de cocaína, substância entorpecente que determina dependência física e/ou psíquica, sem autorização legal ou regulamentar, oriundas da Bolívia, de forma que a procedência do produto apreendido (cocaína) e circunstâncias do fato evidenciam a transnacionalidade do delito.

Segundo consta da denúncia, às fls. 218/219:

(...) 1. no dia 06 de fevereiro de 2013, por volta das 17:30 hs, na estrada que liga os municípios de Porto Feliz, SP, e Rafard, SP, ANDERSON BARROS DE PAULA e ROBERTO PAREDES importaram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram drogas em desacordo com determinação legal, sendo que a procedência do produto apreendido e circunstâncias do fato evidenciaram a transnacionalidade do delito, tendo se associado para tal fim.

2. Na ocasião, policiais federais que estavam a bordo da viatura Nissan Frontier, placas DKB 2023, avistaram a camionete Toyota Hilux - placas DUS 1551, (doravante simplesmente denominada Hilux), que seguia em conjunto e era seguida pelo automóvel Fiat Palio, placas FAL 0306 (doravante simplesmente designado “Palio”), vindo na direção contrária à viatura, e determinaram que ambos os veículos Hilux e Palio parassem.

3. O condutor do Palio imediatamente retrocedeu, fez uma manobra e fugiu do local em alta velocidade, sendo em momento posterior localizado abandonado em um matagal nas proximidades do local dos fatos. ROBERTO PAREDES era um dos ocupantes do automóvel Palio que conseguiu fugir naquele momento.

4. O condutor da Hilux, por sua vez, avançou com o veículo na direção da viatura que era ocupada pelos policiais federais, vindo a colidir frontalmente com ela, danificando-a e fazendo com que as bolsas de proteção “air bags” fossem acionadas.

5. Ato contínuo, todos os ocupantes da Hilux saíram do veículo e correram em direção à mata

na margem da estrada, ao tempo em que efetuaram disparos de arma de fogo na direção dos policiais federais. Houve troca de tiros entre os policiais e os furtivos.

6. A Hilux foi abandonada no local dos fatos, em seu interior foram encontrados 409,60 Kg de cocaína.

7. Um dos ocupantes da Hilux era ANDERSON BARROS DE PAULA, que foi preso em flagrante pelos policiais federais no local dos fatos, uma vez que acabou sendo atingido na troca de tiros e não conseguiu fugir.

8. Os demais ocupantes da Hilux fugiram.

9. Ainda no local, seguindo orientações fornecidas por ANDERSON BARROS DE PAULA, os policiais federais percorreram cerca de cinco quilômetros à frente do local da abordagem e localizaram uma aeronave - prefixo PR-JHM, avariada às margens da estrada que liga os municípios de Porto Feliz/SP e Rafard/SP.

10. O paraguaio ROBERTO PAREDES, por sua vez, foi localizado por guardas civis metropolitanos no dia 07 de fevereiro de 2013, por volta das 20:00 hs, distante cerca de três quilômetros do local dos fatos, em uma estrada vicinal situada na outra margem do rio que corta aquela região.

11. A aeronave de prefixo PR-JHM foi pilotada por ROBERTO PAREDES a partir da cidade de Vera Cruz, SP, até a Bolívia, onde ROBERTO PAREDES teve carregada a aeronave - prefixo PR-JHM com a cocaína apreendida na ocasião dos fatos, transportando em seguida a droga até o local em que a aeronave foi localizada pelos policiais federais, sendo que receberia pelo serviço US\$ 30.000,00.

12. Ainda, no interior da Hilux os policiais federais encontraram os documentos relativos à aeronave de prefixo PR-JHM.

13. ANDERSON BARROS DE PAULA foi o responsável, quando menos, por transferir a cocaína que estava na aeronave para a caminhonete Hilux, e por prestar auxílio aos demais ao ceder seu veículo Palio para ser utilizado durante o crime.

14. A associação entre todos os envolvidos era prévia e organizada para a prática do tráfico internacional de entorpecente, e a enorme quantidade trazida do exterior revela a organização estável e especializada que havia (...).

Além disso, em face do acusado ANDERSON BARROS DE PAULA, o *Parquet* Federal ofereceu denúncia por infração aos artigos 329, *caput*, do Código Penal, ao argumento de que Anderson opôs-se à execução de ato legal, mediante violência a funcionário competente para executá-lo.

Ainda, consta denúncia de que ANDERSON BARROS DE PAULA deteriorou patrimônio da União Federal, com violência à pessoa, infringindo o artigo 163, § único, incisos I e II, do Código Penal.

O Auto de prisão em flagrante encontra-se acostado às fls. 02/10 dos autos.

O Auto de Apreensão, o Laudo Preliminar de Constatação e o Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) encontram-se acostados em fls. 11/12, 15/20 e 69/72 dos autos, respectivamente.

Às fls. 97 encontra-se o comprovante de depósito a ordem deste Juízo da importância de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), encontrada em poder de Anderson Barros de Paula, por ocasião de sua prisão.

O pedido de prisão temporária do acusado Roberto Paredes foi deferido às fls. 59/63 do Auto de Prisão em Flagrante e a prisão em flagrante do acusado Anderson Barros de Paula foi convertida em prisão preventiva, consoante decisão de fls. 67/70, dos mesmos autos.

Os Laudos de Perícia Criminal Federal (veículos) encontram-se juntados às fls. 134/139, referente ao Fiat Palio - placas FAL 0306, fls. 139/144, referente à Toyota Hilux - placas DUS

1551, e fls. 174/181, referente à Nissan Frontier.

Por decisão de fls. 103/105 foi deferido o pedido de realização de perícia da memória não volátil, sendo certo que o Laudo de Perícia Criminal Federal (Informática) encontra-se acostado às fls. 182/187 dos autos.

A aeronave - prefixo PR-JHM avariada foi apreendida e depositada nas mãos do Presidente do Aeroclube de Itu/SP (fls. 167/8).

Em seu relatório de fls. 201/208, a autoridade policial solicita autorização para utilização dos dois veículos apreendidos nos autos, no combate ao tráfico de entorpecente, bem como representa pela quebra do sigilo cadastral dos titulares das linhas telefônicas que constam do Laudo Pericial realizado nos aparelhos de telefone celulares apreendidos na data dos fatos.

Por decisão de fls. 224/226, foi autorizada a quebra do sigilo cadastral dos titulares das linhas telefônicas, que constam do Laudo Pericial, realizado nos aparelhos de telefone celulares, apreendidos na data dos fatos, bem como foi determinada a expedição de ofício ao SENAD a fim de que fosse informado se indicaria a DPF de Sorocaba, para custódia e uso dos veículos apreendidos, sendo certo que, posteriormente, ante a sinalização positiva da SENAD, o pedido de cessão dos veículos apreendidos à DPF de Sorocaba foi deferido (fls. 283).

Na mesma decisão, de fls. 224/226, determinou-se a notificação pessoal dos acusados para o oferecimento de defesa prévia, nos termos do artigo 55, da Lei 11.343/2006.

Intimado, o acusado Anderson, através da Defensoria Pública da União, apresentou defesa prévia às fls. 319/322, postulando pelo não recebimento da denúncia e pelo relaxamento da prisão preventiva, sob alegação de excesso de prazo da prisão, tendo sido este último pedido indeferido às fls. 323.

O Auto de Inutilização de substância entorpecente encontra-se acostado às fls. 330/331 dos autos.

A defesa constituída do acusado Anderson apresentou defesa prévia às fls. 332/334, tendo indicado testemunhas e solicitado a realização de exame de dependência toxicológica no acusado, o que foi indeferido às fls. 342. Na mesma decisão, a DPU foi destituída do exercício da defesa do acusado Anderson e nomeada para defender o acusado Roberto.

A defesa prévia do acusado Roberto encontra-se acostada às fls. 347/349 dos autos.

Por decisão de fls. 351/352, ao argumento de que não se vislumbrava, nas defesas apresentadas pelos acusados, a ocorrência de nenhuma das hipóteses de rejeição previstas no artigo 43 da Lei 11.343/2006, a denúncia foi *recebida* no que tange ao delito de tráfico internacional de entorpecente, previsto no artigo 33, *caput* e 40, I, do mesmo diploma legal e *rejeitada* no que tange à prática do delito capitulado pelo artigo 35, da Lei 11.343/2006, pelos réus Roberto e Anderson, bem como, em relação aos artigos 329, *caput* e 163, § único, I e III, ambos do Código Penal, em relação ao réu Anderson.

O Laudo de Perícia Criminal Federal (Aeronave - prefixo PR-JHM) encontra-se às fls. 378/386 dos autos.

Inconformado, o Ministério Público Federal interpôs recurso em sentido estrito, às fls. 394, em face da decisão que rejeitou a denúncia pela suposta prática do delito previsto no artigo 35, da Lei 11.343/2006, por parte dos réus Roberto e Anderson, bem como rejeitou a denúncia pela suposta prática dos artigos 329, *caput* e 163, § único, I e III, ambos do Código Penal, com relação ao réu Anderson, recurso esse distribuído perante a 2ª Colenda Turma do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, sob nº 0003645-60.2013.403.6110.

As testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa do acusado Roberto, ou seja,

Fernando Antonio Bonhsack, Marco Aurélio Maciel, Robson de Oliveira Costa, Moacir José de Souza e Moacir de Moura Filho, bem como as testemunhas arroladas pela defesa do acusado Anderson, a saber, Silvia Regina Pinheiro e Maria Pereira da Silva foram ouvidas às fls. 438/444, sendo certo que a defesa de Anderson desistiu da oitiva das testemunhas Bruna Suelen Rosário, Cláudio Gilmar Moraes Mata e Hebert Henrique, o que foi deferido na própria audiência (fls. 434).

Os réus Anderson Barros de Paula e Roberto Paredes Acevedo foram interrogados às fls. 436/437.

Todos os depoimentos, tanto dos acusados, quanto das testemunhas, foram colhidos por sistema de gravação áudio-visual, conforme preconiza o artigo 405 e §§ do Código de Processo Penal, encontrando-se a mídia eletrônica anexada às fls. 445 dos autos.

Em Alegações Finais de fls. 461/465 o Ministério Público Federal propugnou pela condenação dos acusados pelo delito de tráfico de internacional entorpecente, capitulado pelo artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40, I, ambos da Lei 11.343/2006.

A defesa do acusado Roberto Paredes Acevedo, em Alegações Finais de fls. 467/478, requer seja reconhecida a atenuante da confissão na fixação da pena, a qual deverá ser a mínima, haja vista as circunstâncias do delito, além do afastamento da Súmula 231, do STJ que veda a fixação da pena abaixo do mínimo legal.

Às fls. 508/510 a defesa de Roberto requer a sua transferência para estabelecimento prisional próximo à fronteira com a República do Paraguai, juntando documentos médicos às fls. 545/561, cuja análise restou postergada por ocasião da prolação desta decisão, nos termos da decisão de fls. 540 dos autos.

A defesa do acusado Anderson, por sua vez, em Alegações Finais de fls. 538/542, propugna pela sua absolvição, sustentando a mera coincidência de ele estar presente no dia dos fatos, uma vez que foi convidado por uma pessoa de prenome Luiz para descarregar um caminhão de eletrônicos.

Por decisão de fls. 563, o julgamento do feito foi convertido em diligência, a fim de que acusação e defesa se manifestassem acerca dos documentos juntados às fls. 511/532, sendo certo que as partes manifestaram-se nos autos ratificando, inclusive, as Alegações Finais já apresentadas (fls. 566-v, 584 e 586).

As certidões de antecedentes e distribuições criminais dos acusados estão carreadas em apenso aos autos.

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

## MOTIVAÇÃO

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

### 1) ANÁLISE DO TIPO PENAL:

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

a) *Conduta dolosa*

Os acusados ANDERSON BARROS DE PAULA e ROBERTO PAREDES ACEVEDO importaram, transportaram, trouxeram consigo e guardaram 409,60 Kg (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas) de cocaína, oriundas da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

A conduta dolosa dos réus vem descrita na peça acusatória, segundo a qual, policiais federais de várias descentralizadas, engajadas na prevenção ao tráfico de drogas na região de Porto Feliz, surpreenderam, no final de tarde de 06/02/2013, numa estrada vicinal, em meio a canaviais, entre as cidades de Porto Feliz/SP e Rafard/SP, dois veículos que vinham em sentido contrário de sua mão de direção, tendo sido dada ordem de parada aos referidos veículos.

Narra a denúncia que o veículo que seguia à frente, ou seja, uma Toyota Hilux - placas DUS 1551 não obedeceu à ordem e investiu contra o carro dos Policiais Federais, ocasionando uma colisão frontal. O veículo que vinha logo atrás, um Fiat Palio - placas FAL 0306, logrou êxito em empreender fuga.

Consta que, após a colisão, houve intensa troca de tiros entre os criminosos e os Policiais Federais, sendo que um dos ocupantes da Toyota Hilux - placas DUS 1551 foi baleado e preso, tendo os demais indivíduos, conseguido fugir.

O indivíduo baleado naquela ocasião, sem gravidade, é o acusado Anderson Barros de Paula, que contou aos policiais federais, ainda no local, que a Toyota Hilux - placas DUS 1551 estava carregada de entorpecente, entorpecente este que teria sido trazido por uma aeronave - prefixo PR-JHM que se encontrava um pouco à frente do local da colisão, avariada. Em buscas pelo local, Policiais Federais, com o auxílio de Policiais Militares, localizaram tanto a aeronave - prefixo PR-JHM, indicada por Anderson, quando o veículo Fiat Palio - placas FAL 0306, também abandonado, após o confronto policial, veículo este de propriedade do referido acusado.

O paraguaio Roberto Paredes, piloto da aeronave - prefixo PR-JHM, foi localizado por guardas civis metropolitanos no dia 07 de fevereiro de 2013, por volta das 20:00 hs, distante cerca de três quilômetros do local dos fatos, em uma estrada vicinal situada na outra margem do rio que corta aquela região, já que havia fugido no veículo Fiat Palio - placas FAL 0306, juntamente com outro indivíduo, o qual logrou êxito em fugir, tendo ambos abandonado o veículo com a finalidade de fugir da Polícia Federal.

b) *Resultado*

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

c) *Nexo de Causalidade*

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

d) *Tipicidade*

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

1.1) EXAME DAS CAUSAS EXCLUDENTES DE TIPICIDADE:

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

1.2) DA MATERIALIDADE DELITIVA:

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

Efetivamente, a materialidade do delito está consubstanciada no Auto de Apreensão, o Laudo Preliminar de Constatação e o Laudo de Perícia Criminal Federal (Química Forense) que se encontram acostados em fls. 11/12, 15/20 e 69/72 dos autos, respectivamente, que atestam que o produto apreendido, correspondente a uma massa bruta de 409,60 Kg (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas), trata-se da droga cocaína, que é capaz de causar dependência física ou psíquica.

O laudo de exame de substância (cocaína) realizado pelos peritos criminais federais, às fls. 69/72 dos autos, conclui, às fls. 71, que:

(...) os exames realizados forneceram resultado positivo para a substância cocaína (...) A cocaína encontra-se na Lista F1 (LISTA DE SUBSTÂNCIAS ENTORPECENTES E DE USO PROSCRITO NO BRASIL), como substância que pode causar dependência física ou psíquica. Dessa forma, a cocaína é definida como “droga” de acordo com o § único do artigo 1º, da Lei 11.434/2006 de 23/08/2006 e pode implicar nas tipificações previstas nos artigos 28 e 33 da referida Lei.

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

1.3) DA AUTORIA DELITIVA:

Da análise do conjunto probatório que instrui o presente feito, notadamente o Auto de Prisão em Flagrante, constata-se que resta comprovada a autoria dos acusados pela prática

dos crimes definidos nos artigos 33, “caput”, e 40, incisos I, da Lei nº 11.343/06, como passa a ser exposto.

Verifica-se dos autos que o acusado Anderson foi abordado, no dia 06 de fevereiro de 2013, quando integrava um comboio que trazia, após descarregamento de aeronave - prefixo PR-JHM que pousou em um canal no município de Porto Feliz/SP, 409,60 (quatrocentos e nove quilogramas e sessenta gramas) da substância entorpecente cocaína, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar.

Ao perceber a aproximação dos Policiais Federais, o motorista do veículo que seguia na frente, e estava carregado com o entorpecente, ou seja, a Toyota Hilux - placas DUS 1551, fez um movimento brusco tendo a intenção de empreender fuga, vindo a colidir com o veículo dos Policiais Federais. Após o choque, seguiu-se um tiroteio, sendo que os ocupantes do veículo fugiram, com exceção de Anderson, que foi alvejado nas nádegas, e foi preso em flagrante.

Passa-se, então a individualizar a prática da conduta delitiva descrita na peça acusatória, por parte do corréu Anderson.

Conquanto o corréu Anderson negue a prática dos fatos descritos na peça acusatória, e tenha exercido o direito constitucional de permanecer em silêncio, por ocasião de seu interrogatório perante Polícia Federal, o conjunto probatório dos autos atesta a subsunção de sua conduta ao disposto pelo artigo 33, da Lei 11.343/06.

Com efeito, Anderson foi preso em flagrante, no local dos fatos, e não negou que sabia que a camionete em que se encontrava estava carregada de entorpecente, dando, inclusive, informações acerca da localização do avião que, efetivamente, trouxe a droga da Bolívia.

Por sua vez, do exame de seu interrogatório (fls. 436), prestado em Juízo, extrai-se que:

(...) Que sempre morou em Sorocaba e ia muito na Feira da Barganha, que lá conheceu Luis, sendo que Luís é um dos que fugiu no dia dos fatos; que na terceira ou quarta vez que o encontrou foi convidado por Luis para descarregar um caminhão de eletroeletrônicos num sítio perto de Porto Feliz, e receberia R\$ 3.000,00 pelo trabalho; que foi no seu carro, junto com “Luís”, e ficaram no meio de um canal; que estranhou a demora, mas que “Luís” pediu que ele ficasse para ajudar; que começou a chover muito e “Luís” mexia numa espécie de rádio ou celular; que por volta de quatro horas da tarde, “Luis” disse que o avião tinha caído e que eles iam até lá; que chegaram no local, cerca de quatro quilômetros de onde estavam e que a camionete já estava carregada com a droga; que ficou assustado; que na seqüência três dos rapazes que lá estavam entraram em seu veículo, um palio, e fugiram; que o veículo Palio era seu, e que era financiado; que ficou no local dos fatos com mais um rapaz e então resolveu pegar a camionete para ir embora; que andaram uns sete quilômetros e deram de frente com a camionete da polícia, que os dois rapazes que estavam na frente fugiram, que quando tentou sair da camionete foi atingido; que “Luis” falou que era apenas para descarregar o caminhão e colocar na camionete, que os produtos iam para SP, e que receberia R\$ 10.000,00; que recebeu um pacote de dinheiro, sendo que depois o bombeiro disse que era apenas R\$ 2.000,00; que não achou estranho receber R\$ 10.000,00 para descarregar um caminhão; que foi o último a sair da camionete, e então foi alvejado; que a camionete estava carregada com a cocaína; que quando chegou no avião a cocaína já tinham sido colocada na camionete e que estavam fazendo a cobertura da mercadoria na camionete com a lona; que não trabalha na feira da barganha, apenas ia passear por lá; que trabalhava como autônomo, como armador; que trabalhou numa obra atrás do McDonalds do Campolim, até a véspera dos fatos; que já foi processado por tráfico; que “Luis” falou que a mercadoria ia para São Paulo, que não sabia nada sobre a droga; que sobre a deterioração do patrimônio da União, disse que um rapaz pilotava a camionete em alta velocidade pelo canal, que tinha muito

barro; que não se lembra se o piloto do avião fugiu no Palio ou na camionete; que o rapaz que dirigia a Hillux tentou “tirar” e as camionetes bateram de frente; que das pessoas que estavam no local da queda do avião só conhecia “Luis”; que na Hillux estava ao lado do motorista; que não sabe o nome do rapaz que dirigia a Hillux; que caiu próximo a porta da camionete; que eu estava na Hillux na frente e o Palio estava atrás; quando as camionetes bateram, o palio, que estava atrás, deu ré e fugiu; que quando foi socorrido, os policiais disseram que deu sorte, porque os bandidos poderiam matá-lo e deixar no meio do canal; que já teve envolvimento com venda de droga; que Roberto Acevedo estava próximo a aeronave - prefixo PR-JHM quando cheguei; que não se lembra se Roberto saiu no palio ou na camionete, mas lembra que Roberto estava próximo ao avião.

No que tange especificamente à versão apresentada por Anderson, registre-se que o referido acusado disse que, ao chegar próximo ao avião com seu veículo Fiat Palio - placas FAL 0306, o veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551 já se encontrava carregado com o entorpecente, sendo que, na sequência, três dos homens que lá estavam fugiram com seu veículo, o Fiat Palio - placas FAL 0306. Que, então, para não ficar sozinho “no meio do mato”, saiu do local no veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551. No entanto, por ocasião da abordagem policial, o Fiat Palio - placas FAL 0306 encontrava-se atrás da camionete Toyota Hilux - placas DUS 1551.

Outra contradição, na versão apresentada por Anderson, diz respeito ao *quantum* que ele receberia para descarregar o caminhão de eletrônicos: inicialmente, ele fala que seriam R\$ 3.000,00; logo depois, fala em R\$ 10.000,00; por fim, em seu bolso foi localizada a quantia de R\$ 2.000,00, que ele diz ter recebido de quem o contratou.

Todavia, no mesmo depoimento, Anderson havia dito que, quando chegou próximo à aeronave - prefixo PR-JHM, nada fez, já que a aeronave - prefixo PR-JHM já tinha sido descarregada, já se encontrando o entorpecente acondicionado na caçamba da Toyota Hilux - placas DUS 1551. Confirmou, contudo, que recebeu um “pacote” de dinheiro onde havia a quantia de R\$ 2.000,00.

A autoria do acusado Anderson é indubitável e resta comprovada através do auto de prisão em flagrante, nas circunstâncias que mediaram a sua prisão, o qual somente chegou a ser preso, pois foi alvejado com projétil de arma de fogo, em suas nádegas, quando do confronto policial, oportunidade em que tentou fugir do veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551, o qual trazia, no interior de seu porta-malas, os fardos embalados em sacos de ráfia preto com faixas brancas, que continham as embalagens com tabletes da substância entorpecente cocaína (fls. 16 e 17 dos autos).

Em sendo assim, o conjunto probatório produzido nos autos afasta a alegação do acusado Anderson, em seu interrogatório, no sentido de que não sabia que iria auxiliar o descarregamento de substância entorpecente, pensando tratar-se de meros produtos eletrônicos.

Conclui-se, portanto, que, com relação ao acusado Anderson, constata-se que sua conduta delitiva se subsume ao núcleo do tipo descrito pelo artigo 33, da Lei 11.343/06, na modalidade transportar, trazer consigo e guardar, na medida em que esperava a substância entorpecente, que foi conduzida pelo réu Roberto no avião periciado às fls. 378/386 dos autos, auxiliando no descarregamento em Porto Feliz e acompanhando o transporte da droga até o destino, cuja identificação não se constatou nos autos.

No que tange a acusado Roberto Paredes Acevedo, sabe-se que ele vinha no carro que estava atrás da Toyota Hilux - placas DUS 1551, ou seja, o Fiat Palio - placas FAL 0306 e que empreendeu fuga, juntamente com outros dois ocupantes do referido veículo, vindo a ser capturado no dia seguinte, oportunidade em que confirmou ser o piloto da aeronave - prefixo

PR-JHM e que, da Bolívia, trouxe a droga, objeto da presente ação penal, ao Brasil.

O acusado Roberto, ratifica seu depoimento prestado junto à Polícia Federal, carreado às fls. 45/9 dos autos, e diz, em seu interrogatório judicial (fls. 437), que:

(...) que já falou na Polícia Federal e está disposto a falar a verdade; que trouxe a cocaína da Bolívia; que não conhece quem o contratou, que foi tratado por telefone; que pegou o avião em São Paulo, da cidade de Vera Cruz; que chegou no aeródromo, provou o avião com o mecânico e foi para a Bolívia; que o contato inicial foi feito no Paraguai; que de Ciudad D Est foi para Pedro Juan Caballero e lá recebeu as instruções; que receberia trinta mil dólares pelo trabalho; que uma pessoa lhe trouxe de Foz do Iguaçu até Vera Cruz, onde pegou o avião e foi para a Bolívia; que da Bolívia, pegou a mercadoria e foi para Porto Feliz, onde o avião quebrou, pois teve um problema no trem de pouso; que subiu no carro para ir embora; que na abordagem pela polícia, abriu a porta para descer, que o motorista deu ré e não conseguiu descer; que pararam o carro Palio no meio do canavial e foram embora; que ficou no meio do mato por dois dias; que não se recorda do acusado Anderson, mas acha que ele estava esperando a mercadoria, porque foi tudo muito rápido e chovia muito; que não sabe o nome da pessoa que lhe entregou o avião; que nunca respondeu processo na Justiça Brasileira; que quando foi contratado, a pessoa no telefone disse se chamar Polaco; que confirma o depoimento ofertado na Polícia Federal; que não sabe para onde seria levar a carga; que na viagem de Vera Cruz para a Bolívia foi acompanhado por outro Brasileiro, mas não sabe dizer se era o dono da droga; que não reconhece a pessoa que está na foto de fls. 62 e 63 dos autos, sabendo não ser a pessoa que o acompanhou no avião; que tem ocupação lícita no Paraguai; que foi a primeira vez que fez esse tipo de serviço; que não tinha o nome de outras pessoas envolvidas, nem a cidade em que estariam localizados; que tinha a coordenada para o pouso e é exatamente no local onde o avião desceu – cidade de Porto Feliz; que nem sabia que era para pousar em um canavial; que não ajudou a carregar o avião; é apenas um piloto e tinha ciência de que iria trazer droga para o Brasil; que o trem de pouso quebrou na hora do pouso; que na Bolívia não teve contato com ninguém, mas sabia que iria trazer droga para o Brasil, que os trinta mil reais receberia depois, que não recebeu nada, pois depois iriam ligar; estava no veículo Palio, que as outras pessoas que estavam no Palio fugiram no mato, que não conhecia Anderson.

Do exame dos depoimentos prestados por Anderson e Roberto, verifica-se que a versão de Anderson destoa da versão apresentada por Roberto, a qual vai de encontro ao depoimento dos policiais que participaram da operação, extraíndo-se, assim, que a conduta de Roberto se subsume aos núcleos do tipo constantes do artigo 33, da Lei nº 11.343/06, nas modalidades “importar”, “guardar”, “trazer consigo” e “transportar” (levar, conduzir) a quantidade de 409,60 Kg de cocaína.

Com efeito, o acusado Roberto, paraguaio, afirma que foi contratado, no Paraguai, para fazer o transporte e a internação da substância entorpecente apreendida nos autos (cocaína), tendo saído da cidade de Vera Cruz, na região de Marília/SP, com destino à Bolívia e posterior retorno para a cidade de Porto Feliz, na região de Sorocaba.

A autoria do acusado Roberto Paredes Acevedo também é indubitável e resta comprovada, através do auto de prisão em flagrante, nas circunstâncias que mediaram a sua prisão, bem como em face do conjunto probatório carreado aos autos, na medida em que o réu Roberto chegou a ser preso, em local próximo ao embate policial, tendo, de pronto, afirmado ser o piloto da aeronave - prefixo PR-JHM caída no canavial, em Porto Feliz, e ter transportado a substância entorpecente (cocaína), em desacordo com determinação legal, tendo sido contratado por Polaco, no Paraguai, para transportar a droga.

O réu Roberto revela ter saído do Aeroclube da cidade de Vera Cruz (região de Marília), com destino a uma fazenda, na Bolívia, onde o avião foi carregado com a substância entorpecente, tendo retornado ao Brasil, com destino à cidade de Porto Feliz, região de Sorocaba, local aonde aterrissou a aeronave - prefixo PR-JHM, a qual apresentou problemas com o trem de pouso, inclusive.

Em sendo assim, o conjunto probatório produzido nos autos confirma a alegação do acusado Roberto, em seu interrogatório, no sentido de que foi o responsável pela internação e transporte da substância entorpecente (cocaína), em desacordo com determinação legal, ao Brasil, trazendo-a consigo e guardando-a, na forma preconizada pelo artigo 33, da Lei nº 11343/2006.

Os depoimentos prestados pelas testemunhas de acusação e defesa elucidam os fatos descritos na denúncia e permitem extrair a materialidade delitiva e autoria dos acusados na suposta prática dos crimes previstos pelo artigo 33, “caput” e 40, I, ambos da Lei nº 11.343/06.

A testemunha Fernando Antonio Bonhsack, Delegado de Polícia Federal que participou da operação, e que foi arrolado como testemunha, tanto pela acusação como pela defesa do corréu Roberto, às fls. 438, elucida o caso, ao dizer que:

(...) atuou no caso de apreensão de 409,60 quilos de cocaína em Porto Feliz; que na véspera recebeu um pedido informal de colegas de Ribeirão Preto a fim de disponibilizar uma equipe para auxiliar outras equipes que estariam na região diante da notícia de que haveria alguma movimentação de droga por aqueles dias; que deslocou duas equipes para apoiar, sendo que compunha uma delas; que não havia informações sobre aeronave; que o único nome que foi informado foi “Anderson”; que não se sabia se Anderson era ou não de Sorocaba; que abordaram vários veículos na zona rural da região de Porto Feliz, notadamente em estradas vicinais da região; que na parte da tarde encontraram com a equipe 1 de Ribeirão Preto, do agente Moacir, sendo que Moacir contou de um incidente quando, estando próximo de algumas casas da região, dele se aproximaram dois veículos, uma Hilux e um palio; que sendo tais veículos suspeitos, já que havia a notícia de que um palio poderia estar envolvido no esquema, Moacir achou melhor deixar sua viatura guardada em Porto Feliz; que Moacir passou a integrar a equipe do depoente, assumindo a direção da viatura; que num determinado momento a viatura cruzou com os veículos que já tinham sido vistos durante o dia; que houve sinal para os veículos pararem e eles não pararam, que houve uma colisão entre as camionetes; que houve troca de tiros, sendo que uma dos indivíduos que estava na camionete foi alvejado; que esse indivíduo se identificou com Anderson dizendo que estava ali para descarregar a droga do avião; que até então nada sabiam sobre avião; que seguiram as indicações de Anderson e localizaram a aeronave avariada alguns quilômetros à frente, no meio do canal; que a Hilux estava carregada de droga; que o veículo Palio que vinha atrás fez uma manobra e fugiu; que no final da noite esse veículo foi encontrado bem perto da margem do Rio Tiête; que havia telefones dentro do veículo; que o piloto foi encontrado no dia seguinte pela guarda municipal de Porto Feliz; que o piloto, de nacionalidade Paraguaio, confessou tudo espontaneamente; que Anderson, quando foi preso, já estava fora da Hilux, no mato; que Anderson nada falou no momento do interrogatório, apenas disse no momento da apreensão que sabia que a camionete estava carregada de droga; que não viu de qual dos veículos desembarcou o acusado Roberto; que Roberto foi preso pela GM de Porto Feliz, que o encontrou próximo ao local dos fatos, que a primeira história contada por Roberto era de que tinha sido assaltado e por isso estava sem as roupas, apenas de cueca; que na Polícia Federal Roberto confessou tudo; que a informação acerca do avião foi passada por Anderson; que a aeronave estava a aproximadamente cinco quilômetros do local da colisão dos veículos; que nenhuma arma foi apreendida com Anderson, que Anderson não soube dizer se os outros, que fugiram, estavam armados.

Dos Agentes de Polícia Federal que participaram da operação, que culminou na prisão em flagrante de Anderson, foram arrolados como testemunhas de acusação e da defesa do acusado Roberto Paredes Acevedo, Moacir José de Souza, Moacir de Moura Filho, além do escrivão Marco Aurélio Maciel, sendo que todos apresentaram versões muito coerentes, narrando sob ótica cronológica precisa o desenvolvimento da operação e dos fatos. Vejamos:

A testemunha Marco Aurélio Maciel, Escrivão de Polícia Federal, às fls. 439, relata:

(...) que é escrivão de Polícia Federal, lotado na inteligência, em Sorocaba; que estava na parte de trás da viatura que bateu na hillux que trazia a droga; que foi convocado para apoiar outras equipes que diligenciariam na região de Porto Feliz e dentro dos canaviais a procura de drogas, que vários veículos e transeuntes foram abordados; que no fim da tarde cruzaram com a camionete hilux, que não obedeceu o sinal de parada, vindo os veículos a colidirem; que os policiais demoraram para conseguir sair do veículo por que os air bag's estouraram, que foi o primeiro a sair; que quando saiu da viatura já viu o pessoal que estava na Hilux correndo e atirando para trás, que começou uma troca de tiros; que ao correr atrás dos fugitivos, verificou que um deles estava baleado, mas consciente, no chão; que os outros conseguiram fugir; que Anderson já disse imediatamente que havia cocaína no veículo; que o outro veículo que vinha atrás da hilux conseguiu empreender fuga, dando marcha ré, que não sabe se as pessoas que estavam no palio efetuaram disparos; que depois de um tempo, composta a equipe, Anderson contou que a uns cinco quilômetros dali estava o avião que tinha trazido a droga; que chegaram na aeronave avariada no final da tarde; que não havia droga no avião, apenas na hillux, que a chave do porta malas da hillux não estava na camionete, tendo sido rasgada a lona para verificar a carga; que não teve contato com Roberto Paredes; que ratifica o depoimento prestado por ocasião dos autos de prisão em flagrante.

Já a testemunha Moacir José de Souza, Agente de Polícia Federal, às fls. 440, diz:

(...) que é APF, lotado em Sorocaba; que participou da diligência narrada na denúncia e estava no mesmo veículo do Delegado Bonhsack; que foi convocado a dar apoio à equipe de Brasília; que foram para a região de Porto Feliz e abordaram diversos veículos e motos a procura de drogas; que a única informação passada era o nome de Anderson, em um palio; que no momento dos fatos se depararam com uma camionete hillux, deram ordem de parada e eles não pararam, fazendo uma manobra para tentar passar pela viatura, quando houve a colisão; que teve tiroteio, e os ocupantes da hilux empreenderam fuga, que o Palio que vinha atrás fugiu, tendo sido localizado depois, na margem do rio; que não sabe quantas pessoas estavam no veículo palio, mas acredita que tinha ao menos duas pessoas, já que a princípio o passageiro fez um movimento de abrir a porta; que Anderson contou que a camionete foi carregada de droga trazida em um avião; que não participou da prisão de Roberto Paredes; que ratificou o depoimento prestado por ocasião do flagrante, apenas acrescentando que a informação que receberam no *briffting*, antes de começarem a diligência, era que haveria um palio cinza ou prata e um rapaz chamado Anderson envolvido no caso de drogas na região.

Também a testemunha Moacir de Moura Filho, Agente de Polícia Federal, às fls. 441 conta que:

(...) se encontra lotado na unidade de Ribeirão Preto, num grupo dedicado à investigação de tráfico de drogas; que participou da diligência narrada na denúncia; que no momento da prisão estava conduzindo o veículo onde estava o Delegado Bonhsack; que foi criada uma força tarefa, no sentido de aumentar o combate ao PCC e tráfico de drogas no estado de São

Paulo; que tem feito um trabalho com diversas equipes do país todo, várias descentralizadas; que no caso dos autos, receberam informações da fronteira no sentido de que várias aeronaves estavam sendo enviadas para a região de Sorocaba, havendo a informação de que o PCC estava trazendo o entorpecente para um depósito nesta região; que estavam fazendo buscas para localizar o depósito; que dentre as informações passadas, havia o nome de uma pessoa de prenome Anderson e de um veículo palio, cuja placa nos foi passada, mas não lembra o nome; que estava em patrulhamento naquela região com a agente Vanessa e avistou uma hilux e um veículo palio; que as que estavam nesses veículos abordaram o veículo em que estava, juntamente com a agente Vanessa, perguntando o que eles faziam ali; que dentre as pessoas que efetuou a abordagem, se recorda do acusado Anderson, preso posteriormente; que, tendo continuado as investigações, hoje já identificaram mais uma pessoa, de nome Marcos Vinicius Ioshio Inada, vulgo Japa, como integrante de quadrilha, sendo que hoje se lembra que Japa, naquela ocasião em que foi abordado, dirigia a camionete hillux; que disse a eles que procurava um Haras na região, seno orientado por eles a seguir em direção a Porto Feliz; que Anderson dirigia o Palio, e estava acompanhado de uma outra pessoa, com tatuagens no braço; que na hilux tinha outras duas pessoas; que notificou as outras equipes e entrou numa fazenda para despistar, tendo em vista que era seguido de longe pelos veículos; que conseguiu despistá-los; que encontrou com as outras equipes, escondeu a viatura que utilizava e passou a integrar a equipe do Delegado Bonhsack; que na estrada cruzaram com os mesmos dois veículos, que mesmo com a ordem de parada, a hillux não parou, vindo para o lado da viatura policial, que a hillux era dirigida por Japa, tendo Anderson por carona; que houve tiroteio, e todos correram para o mato, sendo que Anderson foi baleado; que estava no meio do mato quando escutou o barulho do palio dando marcha a ré, para empreender fuga; que Anderson contou sobre a droga na camionete e sobre o avião avariado; que tinha cheiro de droga na embalagem, embora não tenha visto qualquer embalagem no avião; que a aeronave não tinha todos os bancos; que não viu Roberto Paredes, tendo sido informado que ele foi encontrado posteriormente; que PCC é uma facção criminosa que domina os presídios e comanda as atividades criminosas, notadamente no Estado de São Paulo; segundo informações que temos, todo o tráfico de drogas é coordenado pelo PCC.

A testemunha Robson de Oliveira Costa, Guarda Civil Municipal de Porto Feliz, que estava na guarnição que se deparou com o acusado Roberto, no dia seguinte aos fatos narrados na denúncia, arrolado como testemunha de acusação e da defesa de Roberto, deu o seguinte depoimento:

(...) que é Guarda Civil Municipal em Porto Feliz; que participou da prisão de Roberto, sendo que ele estava em trajes íntimos; que Roberto estava num sítio, e o caseiro avisou a GCM que havia alguém por lá que falava uma língua estranha; que Roberto, a princípio, disse que tinha sido assaltado por uma prostituta; que conduzido à Delegacia, ele confirmou que era piloto do avião que tinha caído; que Roberto contou que por conta do mau tempo não conseguiu decolar a aeronave, que ficou avariada. Que ratifica o depoimento prestado na Polícia Federal.

Desse modo, feita a transcrição dos depoimentos acima, bem como em face do conjunto probatório produzido nos autos, conclui-se pela subsunção das condutas de Anderson Barros de Paula e de Roberto Paredes Acevedo ao delito constante do artigo 33, “caput” da Lei nº 11.343/06.

Ressalte-se, por fim, que os depoimentos prestados pelas testemunhas de defesa de Anderson não têm o condão de afastar a imputação da prática delitiva trazida à baila, já que nada sabiam acerca dos fatos descritos na peça acusatória.

#### 1.4) DO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO:

O dolo dos acusados encontra-se fartamente comprovado nos autos, cabendo destacar que os réus foram detidos, em canavial, em local próximo à aeronave - prefixo PR-JHM, com laudo pericial acostado às fls.378/386 dos autos, quando faziam o transporte dos aproximados quatrocentos quilos de substância entorpecente (cocaína), que se encontravam acondicionadas em sacos de ráfia preto no interior do porta-malas do veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551 (fls. 16/17), dando cobertura o veículo Fiat Pálio, oportunidade na qual ocorreu a interpelação policial e conseqüente confronto policial, tudo a confirmar o dolo genérico de importar, transportar, trazer consigo e guardar a droga, com “animus” de traficar.

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

Ademais, por se tratar de crime de perigo abstrato e ação múltipla, não se admite a figura da tentativa, bastando o fato do agente trazer consigo o entorpecente para consumir-se o delito, sem exigência de qualquer resultado, como a venda, ou entrega efetiva ao consumo.

Por outro lado, a quantidade de droga apreendida, a forma de seu acondicionamento, os meios de transporte eleitos e a quantidade de pessoas envolvidas, descartam a possibilidade de porte para uso próprio e demonstram a finalidade mercantil.

Conclui-se, portanto, ser procedente o pedido formulado na peça acusatória, restando provada a autoria, a materialidade delitiva (laudo toxicológico) e o dolo dos réus.

Destaque-se que a negativa de participação dolosa no evento não tem o condão de prevalecer, na medida em que o dolo dos acusados está fartamente demonstrado nos autos, uma vez que o piloto Roberto afirma transportar e trazer consigo a substância entorpecente, ao passo que Anderson só foi detido porque foi alvejado, em suas nádegas, além de estar no veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551, cuja caçamba acondicionava a substância entorpecente apreendida, na quantia de 409 Kg, do que se extrai a finalidade comercial da droga.

Conclui-se, portanto, que a autoria, a materialidade delitiva e o dolo dos réus, tornam-se evidente pelos depoimentos prestados, e demais provas dos autos, indicando que os réus, participaram da importação, aquisição e transporte da substância entorpecente apreendida, restando devidamente comprovado, diante do conjunto probatório, a prática do crime previsto no artigo 33, “caput”, da Lei nº 11.343/06 pelos acusados.

Presente a tipicidade do fato descrito na denúncia, cumpre analisar se o fato típico é antijurídico, ou seja, se as condutas delitivas dos acusados provocaram lesão à bem jurídico, tanto do ponto de vista formal, quanto material.

Portanto, havendo fato típico, a sua ilicitude é presumida, podendo, contudo, ser afastada se presente alguma causa de exclusão, a saber, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal, estado de necessidade e exercício regular de direito.

#### 2) ANÁLISE DA ILICITUDE DO FATO:

##### a) Estado de Necessidade

Prescreve o artigo 24, “caput”, do Código Penal:

Art. 24 - Considera-se em estado de necessidade quem pratica o fato para salvar de perigo atual, que não provocou por sua vontade, nem podia de outro modo evitar, direito próprio ou alheio, cujo sacrifício, nas circunstâncias, não era razoável exigir-se.

No caso em tela, os fatos descritos na peça acusatória não se subsumem à hipótese legal de incidência prevista pelo artigo 24, do Código Penal.

Com efeito, eventual alegação de dificuldade na situação financeira dos acusados Anderson e Roberto não tem o condão de justificar a suposta prática delituosa sob exame, a qual expõe toda a saúde pública a perigo.

Registre-se, outrossim, que eventual crise financeira não tem o poder de legitimar, nem servir como causa para a legalização de crimes, principalmente no caso trazido à baila.

Nesse sentido:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. TRÁFICO DE DROGA. INTERROGATÓRIO. INOBSERVÂNCIA DO ART. 400 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. TRÁFICO. NULIDADE. INEXISTÊNCIA. MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. NULIDADE DO LAUDO. INOCORRÊNCIA. EXCLUDENTE DE ILICITUDE OU DE CULPABILIDADE. INADMISSIBILIDADE. DOSIMETRIA. TRANSNACIONALIDADE. CAUSA DE DIMINUIÇÃO DO § 4º DO ART. 33 DA LEI DE DROGA. REGIME INICIAL. CÓDIGO PENAL. APLICABILIDADE. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITO. DIREITO DE APELAR EM LIBERDADE. APELAÇÃO DA DEFESA DESPROVIDA. 1. A inobservância da ordem estabelecida pelo art. 400 do Código de Processo Penal para o interrogatório do acusado não configura nulidade na hipótese de processo relativo ao delito de tráfico de entorpecentes, pois o art. 57 da Lei nº 11.343/06 é lei especial, que, portanto, prevalece (STJ, HC nº 257073, Rel. Min. Marco Aurélio Bellizze, j. 21.03.13; HC nº 260795, Rel. Min. Laurita Vaz, j. 19.02.13; HC nº 166.728, Rel. Min. Jorge Mussi, j. 06.09.11). 2. A materialidade do delito de tráfico transnacional de drogas foi comprovada pelo auto de apresentação e apreensão, pelo laudo de exame preliminar e pelo laudo de perícia criminal federal, conclusivos de que se trata de cocaína a substância apreendida. 3. A realização do exame pericial em amostra regularmente recolhida a partir do material apreendido é suficiente para a análise da natureza da substância, não tendo a defesa demonstrado irregularidades ou prejuízo decorrentes da ausência de exame em todo o conteúdo do material. 4. A autoria foi provada pela prisão em flagrante do réu, pelas declarações do apelante e pela prova testemunhal. 5. Não prospera a alegação da defesa acerca da inexigibilidade de conduta diversa e aplicação do art. 24, § 2º, do Código Penal, à míngua de comprovação de que o réu agiu em estado de necessidade exculpante ou justificante, à míngua de comprovação cabal do preenchimento dos requisitos para o reconhecimento de excludente de ilicitude ou de culpabilidade. 6. A simples afirmação de dificuldades econômicas, desacompanhada da necessária comprovação, não se afigura suficiente para a configuração de estado de necessidade, que exigiria, na hipótese dos autos, prova cabal de profunda miserabilidade do apelante, que colocaria em risco sua própria subsistência ou a de sua família. 7. O relato do réu acerca de eventual ameaça não é suficiente a demonstrar a inexigibilidade de conduta diversa. De sua narrativa, extrai-se que o réu não foi ameaçado fisicamente e que seu passaporte foi devolvido em ocasião prévia à viagem. A barreira do idioma, por sua vez, não é suficientemente impeditiva a obstar a busca do auxílio das autoridades policiais brasileiras ou mesmo do Consulado Britânico. 8. Pena-base mantida acima do mínimo legal. Tal fração se ajusta à natureza e à quantidade da droga apreendida (1.705g de cocaína) e autoriza a majoração da pena, sem embargo de as demais circunstâncias serem favoráveis ao réu. 9. Mantida a redução da pena em 5 (cinco) anos de reclusão, tendo em vista o reconhecimento da circunstância atenuante da confissão espontânea (art. 65, III,

d, do Código Penal) e o teor da Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça. 10. A Súmula nº 231 do Superior Tribunal de Justiça não viola o princípio da individualização da pena, haja vista que o preceito secundário do tipo penal prevê os parâmetros para fixação da pena-base, havendo sido respeitadas as fases de fixação da pena. 11. A internacionalidade do tráfico restou configurada, considerando o percurso desenvolvido pelo réu para o cometimento do delito. Assim, deve ser mantida o aumento da pena em 1/6 (um sexto) em razão da transnacionalidade do crime, resultando 5 (cinco) anos e 10 (dez) meses de reclusão. 12. A jurisprudência considera não haver *bis in idem* entre o *caput* do art. 33 da Lei nº 11.343/06 e o inciso I do art. 40 da mesma Lei na hipótese de o agente “exportar” entorpecente, pois se trata de delito de ação múltipla (TRF da 3ª Região, ACR nº 00090947420104036119, Rel. Des. Fed. Cotrim Guimarães, j. 12.06.12; ACR nº 00113940920104036119, Rel. Des. Fed. Nelson dos Santos, j. 15.05.12; ACR nº 00054696620094036119, Rel. Juiz Fed. Conv. Alessandro Diaféria, j. 20.03.12). 13. Não é caso de aplicação de § 4º do art. 33 da Lei nº 11.346/03, de modo a reduzir a pena do réu. 14. As circunstâncias do crime e a quantidade de viagens empreendidas pelo réu à Índia e à diversos países da África, com curtos períodos de permanência e inclusive verificando-se entrada e saída no mesmo dia (cfr. passaporte do réu, juntado à fl. 80), evidenciam que pertence a uma organização criminosa voltada à prática do tráfico internacional. Saliente-se que o réu não comprovou minimamente sua alegação de que possui empresa e desenvolve negócios de compra e venda de automóveis em Gana. O volume de viagens, por sua vez, não seria compatível com a renda anual por ele declarada, no montante de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares). 15. A determinação do regime inicial nos delitos de tráfico de entorpecentes deve ser feita com base no art. 33, § 3º, c. c. o art. 59, *caput*, do Código Penal, pois o Supremo Tribunal Federal declarou a inconstitucionalidade do art. 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação dada pela Lei nº 11.464/07, segundo a qual seria obrigatório o regime inicial fechado. Mantido o regime inicial fechado de cumprimento de pena. 16. A fixação do regime de cumprimento de pena decorre logicamente da pena aplicada, bem como das circunstâncias do art. 59 do Código Penal, de modo que, no caso, a pena aplicada aconselha o início do cumprimento da pena em regime fechado, cabendo ao Juízo das Execuções Penais apreciar a progressão do regime de pena. 17. Não prospera o pleito da defesa para a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, à míngua do preenchimento dos requisitos legais (CP, art. 44, I). 18. O direito de apelar em liberdade para os delitos da Lei nº 11.343/06 é excepcional, desafiando fundamentação própria, não havendo ilegalidade em manter a prisão do réu que nessa condição respondeu a ação penal (STF, HC nº 92612, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, j. 11.03.08; HC nº 101817, Rel. Min. Dias Toffoli, j. 24.08.10; HC nº 98428, Rel. Min. Eros Grau, j. 18.08.09). 19. Preliminares rejeitadas. Apelação desprovida. (ACR 00058783720124036119, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/08/2013 FONTE\_REPUBLICACAO)

### 3) ANÁLISE DA CULPABILIDADE:

Verifica-se, agora, a possibilidade de aplicação de pena aos acusados, sendo certo que tal juízo é feito ante a análise da culpabilidade e seus elementos, ou seja, imputabilidade, potencial consciência da ilicitude e inexigibilidade de conduta diversa.

Com efeito, é nessa fase que é realizado o juízo valorativo incidente sobre o fato típico e antijurídico perpetrado pelos acusados, devendo analisar-se se o agente é imputável, se agiu com consciência potencial da ilicitude e se poderia direcionar seu comportamento conforme o direito.

#### a) da Imputabilidade:

A imputabilidade refere-se à possibilidade do agente entender o caráter ilícito de seu comportamento, determinando-se consoante esse entendimento. Em princípio, todos os agentes são imputáveis, todavia, a doença mental, o desenvolvimento mental incompleto, desenvolvimento mental retardado e a embriaguez completa, decorrente de caso fortuito ou força maior, poderiam afastar tal qualidade do agente, quando, então, se diria estar lidando com um agente inimputável.

Todavia, esse não é o caso dos autos, haja vista que os acusados são maiores de idade, tendo restado comprovado, durante a instrução processual, suas sanidades mentais.

#### b) da Potencial Consciência da Ilícitude

Consiste tal elemento da culpabilidade em averiguar se o agente, ao praticar o crime, tinha a possibilidade de saber estar agindo em desacordo com a Lei, em vista de seu meio social, tradições, costumes regionais, além de seu nível intelectual e formação cultural.

Sob esta ótica, e da análise dos documentos que instruem os autos, verifica-se que existia a possibilidade dos acusados conhecerem o caráter ilícito de suas condutas.

Assim, resta ausente qualquer causa excludente da potencial consciência da ilicitude.

#### c) da Exigibilidade de Conduta Diversa

Por fim, deve-se anotar que, para se considerar um agente culpado por um delito, é necessário que o crime tenha sido praticado sob condições normais, já que, em condições adversas, poderia se supor a possibilidade de não se poder exigir do agente conduta diversa daquela considerada criminosa.

Nesses termos, deve-se frisar que os acusados cometeram os delitos em condições normais, tendo por objetivo, senão principal, importante, ganhar dinheiro fácil com o tráfico de drogas.

#### 4) DO “ESTADO DE NECESSIDADE EXCULPANTE”

Para o exame de eventual alegação do estado de necessidade exculpante como causa supra legal de exclusão de culpabilidade, vale transcrever trecho do voto proferido pelo Excelentíssimo Desembargador Federal José Lunardelli, nos autos da Apelação Criminal nº 0004965-89.2011.403.6119/SP:

(...) Por sua vez, o “estado de necessidade exculpante”, defendido pela teoria diferenciadora e de divergente aceitação doutrinária e jurisprudencial, é fundamentado na inexigibilidade de conduta diversa, requisito sem o qual inexistente culpabilidade. Seus adeptos pregam que se for sacrificado um bem de valor maior ao preservado, deve ser analisado o perfil subjetivo do agente e perquirido se diante de seus atributos pessoais era possível ou não lhe exigir conduta diversa da perpetrada. Em caso negativo, exclui-se a culpabilidade com base no estado de necessidade exculpante. Se, no entanto, era de se lhe exigir outro comportamento, subsiste a punição do crime, podendo o magistrado reduzir a pena. Contudo, nosso ordenamento jurídico adotou a teoria unitária, e assim, ou se trata de causa excludente da ilicitude ou de causa de diminuição de pena. E ainda que assim não fosse, melhor sorte não restaria à defesa, tendo

em vista que a prática de tráfico internacional de entorpecentes não era a única alternativa de sobrevivência de (...), pessoa jovem (tinha 28 anos na data dos fatos), com perspectivas de melhora em sua vida. (ACR 26478, Proc. 2006.61.19.003619-1, rel. Des. Fed. Johansom Di Salvo, DJF3 CJI - 26.08.09, pág. 83)

Portanto, para a configuração do estado de necessidade exculpante ou justificante hão de se comprovar os requisitos previstos no art. 24, *caput* e § 2º, do CP.

Entretanto, ainda que eventualmente reste comprovado, o que não ocorre no caso sob exame, não justifica conduta criminosa, nem afasta a culpabilidade, pois há outras maneiras lícitas de se prover a subsistência, que não com a prática de crimes.

Inaplicável, por conseqüência, o estado de necessidade exculpante, para fins de diminuição da pena, ou mesmo aplicação de atenuante genérica.

Conclui-se, portanto, que os fatos praticados pelos acusados são típicos, ilícitos e culpáveis e que a denúncia oferecida merece guarida.

#### DA TRANSNACIONALIDADE

Por outro lado, anote-se que está configurada a causa de aumento prevista pelo artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/06, uma vez que, conforme se extrai do conjunto probatório dos autos, a droga veio do exterior, já que a cocaína em pasta básica ou em pó é produto inexistente no Brasil, tendo ingressado em Território Nacional, por via aérea, muito provavelmente pelo Estado do Mato Grosso do Sul, haja vista a notícia do próprio piloto, ora corréu Roberto, de que a aeronave - prefixo PR-JHM decolou de uma fazenda na Bolívia.

Anote-se que a grande quantidade de substância entorpecente (mais de 400 quilos de pasta base de cocaína), a forma de apresentação dos tijolos de cocaína (tijolos prensados), o local (uma pequena pista de pouso, em meio à densa vegetação e canaviais) e o modo do transporte da droga, realizado através de um avião pequeno de prefixo indicam a prática do delito de tráfico internacional de entorpecente, por parte dos réus.

Dessa forma, o contexto fático leva à conclusão de se tratar de tráfico internacional, sendo o réu Roberto o responsável direto pela internação da droga no Território Nacional, sem olvidar a participação do acusado Anderson, na importação e auxílio no descarregamento e transporte, por via terrestre, do entorpecente.

Nesse sentido, trago à colação os seguintes julgados:

PROCESSO PENAL - *HABEAS CORPUS* - ARTIGOS 33, *CAPUT*, E 35, C.C ARTIGO 40, I, DA LEI Nº 11.343/06, EM CONCURSO MATERIAL - TESES QUE DEMANDAM EXAME DE FATOS E PROVAS, INADMISSÍVEL NA VIA ELEITA - JUSTIFICATIVA IDÔNEA E SUFICIENTE PARA A CARACTERIZAÇÃO DA TRANSNACIONALIDADE DO TRÁFICO - OS FATOS IMPUTADOS AO PACIENTE FORAM SATISFATORIAMENTE DESCRITOS - ORDEM DENEGADA (...)

4. Vislumbra-se que há justificativa idônea e suficiente para a caracterização da transnacionalidade do delito, na medida em que a denúncia levou em consideração a quantidade de droga apreendida (quase 50 kg), a forma de transporte (em aeronave - prefixo PR-JHM), e o modo de acondicionamento da droga (em 45 tabletes envoltos em fita adesiva e distribuídos no interior de 02 sacos de nylon que tinham estampada a inscrição "Industria Paraguaya").

Ademais, a prisão em flagrante do paciente decorreu de informação recebida da Delegacia de Polícia Federal de Ponta Porã/MS, que noticiou que aeronave - prefixo PR-JHM vinda do Paraguai estaria carregada com grande carga de cocaína com destino a Itirapina/SP, o que foi confirmado pelas declarações prestadas pelo paciente, no momento da abordagem policial. 5. Ao perscrutar a denúncia, observa-se que os fatos criminosos imputados ao paciente foram satisfatoriamente descritos, contando com a delimitação temporal da ação, a individualização da conduta dos agentes e a descrição do vínculo associativo com o co-réu Luiz Alberto Azevedo Borges. 6. Ordem denegada.

(HC 00359503620094030000, DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM DI SALVO, TRF3 - PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 14/05/2010 PÁGINA: 90 FONTE\_REPUBLICACAO)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. TRÁFICO TRANSNACIONAL DE ENTORPECENTES. MATERIALIDADE, AUTORIA E DOLO COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. DOSIMETRIA DA PENA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS FAVORÁVEIS. PENA-BASE REDUZIDA AO MÍNIMO LEGAL. CIRCUNSTÂNCIA ATENUANTE DA CONFISSÃO ESPONTÂNEA. NÃO-INCIDÊNCIA. BENEFÍCIO PREVISTO NO § 4º DO ART. 33 DA LEI 11.343/06. NÃO-INCIDÊNCIA. CAUSA DE AUMENTO DO ART. 40, I, DA LEI 11.343/06. REDUÇÃO AO MÍNIMO LEGAL. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA.

[...] 5. A circunstância da transnacionalidade restou devidamente comprovada, pelas evidências do flagrante. Já no que concerne à quantidade do aumento, a transnacionalidade no aspecto da distância do destino da droga não se depara de maior censurabilidade, tudo dependendo de casuísmos, numa viagem mais curta, mas de riscos maiores, podendo o agente revelar maior capacidade para a traficância, pelo que o patamar de ¼ fixado na sentença deve ser reduzido para o mínimo previsto. 6. Apelação parcialmente provida.

(ACR 201061190006979 ACR - APELAÇÃO CRIMINAL - 41720 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO Sigla do órgão TRF3 Órgão julgador QUINTA TURMA Fonte DJF3 CJ1 DATA: 10/03/2011 PÁGINA: 351)

Conclui-se, portanto, que os acusados Anderson Barros de Paula e Roberto Paredes Acevedo, ao importarem, trazerem consigo, guardarem, adquirirem e transportarem com vontade livre e consciente, sem autorização, substância entorpecente (409,60 quilos de cocaína) que determina dependência física e psíquica, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, praticaram a conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, combinada com o artigo 40, inciso I, ambos da Lei 11.343/06, como acima descrito.

## DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia oferecida, para o fim de CONDENAR os acusados ANDERSON BARROS DE PAULA, brasileiro, amasiado, armador, filho de André de Paula e Maria Aparecida Barros de Paula, portador da cédula de identidade sob RG nº 36.192.333 SSP/SP e CPF nº 348.672.118-69, domiciliado na Rua Pedro de Mesquita, 225, Vila Barão, Sorocaba/SP, atualmente preso e recolhido na Penitenciária II, de Itirapina/SP e ROBERTO PAREDES ACEVEDO, paraguaio, solteiro, piloto de avião, filho de Adolfo Damião Paredes González e Elena Gertudi Paredes, domiciliado na Avenida Marisca Lopes, 1342, Fernando de La Mora, Assunção/PY, atualmente preso e recolhidos na Penitenciária III, de Pinheiros, São Paulo/SP, como incursos nas penas dos artigos 33, “*caput*” e 40, incisos I, da Lei 11.343/2006.

Resta, agora, efetuar a dosimetria da pena.

I) ANDERSON BARROS DE PAULA:

*a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal e artigo 42, da Lei 11.343/06:*

Registre-se, inicialmente, que na primeira fase de aplicação da pena, deve o magistrado, com base no disposto pelos artigos 59 e 68 do Código Penal, formar um juízo de censura sobre o autor do delito e o crime por ele cometido, tudo em consonância com o princípio da individualização da pena, insculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, além de atentar ao disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, segundo o qual o Juiz, na fixação da pena, deva observar, ainda que preponderância sobre o disposto no artigo 59, do Código Penal, a quantidade e o tipo de substância entorpecente apreendida, como passa a ser exposto:

1) Culpabilidade: A culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que o réu praticou crime de extrema gravidade, na medida em que viabilizou o transporte dos 409,60 Kg da droga cocaína, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, esperava pelo entorpecente e auxiliou no descarregamento da droga do avião para o veículo Toyota Hilux - placas DUS 1551, no qual se encontrava por ocasião de sua prisão em flagrante e que a substância entorpecente (cocaína) referida, causa dependência física ou psíquica.

2) Antecedentes: Considerando que o réu não é primário, haja vista a condenação com trânsito em julgado datada de 23/01/2002, nos autos do processo nº 523/01, da 4ª Vara Criminal de Sorocaba, e que, nos termos do artigo 42, da Lei nº 11343/06, na fixação da pena deve ser considerado, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga, bem como a personalidade e conduta do agente.

3) condição social: nada a considerar.

4) Personalidade: o acusado demonstrou ter personalidade voltada para o ilícito, notadamente para o tráfico ilícito de entorpecente, motivado com o escopo de angariar lucro.

5) As conseqüências do crime são gravíssimas, pois o réu descarregou da aeronave - prefixo PR-JHM, para o citado veículo 409,60 quilos da droga cocaína, podendo gerar danos a toda a sociedade.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base. - No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau*

máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, *in casu*, 96 (noventa e seis) papérolas de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.

(HC 203298/PB *HABEAS CORPUS* 2011/0080752-5 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013) - grifo nosso

No caso, a natureza da substância entorpecente (cocaína), a quantidade e os antecedentes do acusado autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois é inegável a maior reprovabilidade da conduta e o fato de que o réu estava disposto a chegar às últimas consequências para o sucesso de sua empreitada criminosa.

Assim, considerando que o acusado ANDERSON BARROS DE PAULA transportou, trouxe consigo e guardou substância entorpecente, vinda da Bolívia, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; fixo-lhe a pena-base acima no mínimo legal, ou seja, em 7 (sete) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 600 (seiscentos) dias-multa, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

b) *Circunstâncias agravantes – não há.*

c) *Circunstância atenuante – não há.*

d) *Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).*

O conjunto probatório carreado aos autos é forte o bastante para confirmar a transnacionalidade do delito.

Assim, apesar dos esforços do denunciado em afastar a prática do crime em si mesmo, tal não é a conclusão lógica alcançada quando examinado o conjunto probatório, diante da inquestionável materialidade do fato, e da consistente prova indiciária, somados aos seguros depoimentos das testemunhas presenciais.

Em sendo assim, conclui-se que se trata de tráfico internacional de entorpecentes, em face da grande quantidade da droga apreendida (409,60 kg de cocaína), aliado ao fato de que a cocaína não é produzida no Brasil e que o próprio piloto da aeronave - prefixo PR-JHM confirmou a origem do voo, de uma fazenda no interior da Bolívia.

Assim, resta caracterizada a transnacionalidade do delito, nos termos do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11343/06, razão pela qual elevo a pena provisória anteriormente fixada acima, qual seja, de 07 (sete) anos de reclusão, mais 600 (seiscentos) dias-multa, em 1/6 (sexta-parte), redundando, pois, na pena de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa, sendo a cada dia-multa aplicado o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40 da Lei nº 11.343/06.

## 6) CAUSA DE DIMINUIÇÃO DE PENA: NÃO HÁ

A causa de diminuição da pena, prevista pelo artigo 33 § 4º, da Lei nº 11343/2006 não se aplica ao caso em tela, porquanto o acusado Anderson teve atuação decisiva na empreitada criminosa, competindo-lhe as funções de transportar, trazer consigo e guardar a substância entorpecente (cocaína), vinda da Bolívia.

A quantidade de 409,60 kg de cocaína, a pureza da droga, como se verifica dos laudos de fls. 15/20 e 69/72, o transporte da droga de avião, com posterior internação, nos veículos indicados nos autos, são aspectos que provam que o réu presta serviços a uma organização estruturada financeiramente, permanente, estável e com atuação internacional, o que afasta a aplicação do disposto pelo artigo 33 § 4º, da Lei nº 11343/2006.

Nesse sentido, apreciando questão similar, vale citar o seguinte julgado: TRF – 3ª Região, ACR 00049658920114036119, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 50571 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2012.

Portanto, a pena definitiva de ANDERSON BARROS DE PAULA, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40 da Lei nº 11.343/06 fica fixada em *08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão, mais 700 (setecentos) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, deve ser fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente gravosos à sociedade, tal como o verificado no caso presente, tratando-se de apreensão de quantidade expressiva de cocaína, droga com potencial de causar consequências gravíssimas à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, devendo prevalecer o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação da Lei nº 11.464/2007.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de drogas, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

### I) ROBERTO PAREDES ACEVEDO:

*a) Circunstâncias judiciais – artigo 59 do Código Penal e artigo 42, da Lei 11.343/06:*

Registre-se, inicialmente, que na primeira fase de aplicação da pena, deve o magistrado, tendo por fulcro o disposto nos artigos 59 e 68 do Código Penal, formar um juízo de censura sobre o autor do delito e o crime por ele cometido, tudo em consonância com o princípio da

individualização da pena, insculpido no artigo 5º, XLVI, da Constituição Federal, além de atentar ao disposto no artigo 42, da Lei 11.343/06, segundo o qual o Juiz, na fixação da pena, deva observar, ainda que preponderância sobre o disposto no artigo 59, do Código Penal, a quantidade e o tipo de substância entorpecente apreendida, como passa a ser exposto:

1) **Culpabilidade:** a culpabilidade está evidenciada, apresentando dolo específico para a espécie de delito, já que o réu praticou crime de extrema gravidade e exerceu função importantíssima na empreitada criminosa, na medida em que viabilizou o transporte dos 409,60 Kg da droga cocaína, oriunda da Bolívia, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, tendo pilotado a aeronave - prefixo PR-JHM que partiu de uma fazenda, no interior da Bolívia, vindo a pousar numa pequena pista de pouso, em meio a vasta vegetação e canaviais, no município de Porto Feliz; considerando que a substância entorpecente (cocaína) referida, causa dependência física ou psíquica.

2) **Antecedentes:** o réu é paraguaio e é primário, não constando dos autos indicação de que ostente maus antecedentes; é certo, no entanto, que nos termos do artigo 42, da Lei nº 11343/06, na fixação da pena, deve ser considerado, com preponderância sobre as circunstâncias judiciais previstas no artigo 59 do CP, a natureza e quantidade da droga apreendida, além da conduta do agente.

3) **Condição Social:** nada a considerar.

4) **Personalidade:** o réu ostenta personalidade voltada para o ilícito, tanto que, com base em seu interrogatório, se extrai que a substância entorpecente foi adquirida em país estrangeiro e o réu Roberto participou ativamente na introdução da droga em território nacional, sendo o piloto que conduziu a aeronave do Brasil para Bolívia, retornando ao Brasil com a aeronave carregada com substância entorpecente (cocaína).

5) As conseqüências do crime são gravíssimas, pois o réu importou e transportou, na aeronave - prefixo PR-JHM, 409,60 quilos da droga cocaína, podendo gerar danos a toda a sociedade.

Nesse sentido, trago o seguinte precedente:

*HABEAS CORPUS SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. DESCABIMENTO. MODIFICAÇÃO DA ORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO STJ, EM CONSONÂNCIA COM O NOVO POSICIONAMENTO ADOTADO PELO PRETÓRIO EXCELSO. TRÁFICO DE DROGAS. DOSIMETRIA. PENA-BASE. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DESFAVORÁVEIS. FIXAÇÃO ACIMA DO MÍNIMO LEGAL. APLICAÇÃO DA CAUSA ESPECIAL DE DIMINUIÇÃO DE PENA PREVISTA NO ART. 33, § 4º, DA LEI Nº 11.343/2006 NO MÁXIMO LEGAL. REGIME INICIAL FECHADO. INVIABILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR RESTRITIVA DE DIREITOS. FUNDAMENTAÇÕES IDÔNEAS. ELEVADA QUANTIDADE DE DROGA. INEXISTÊNCIA DE ILEGALIDADE. HABEAS CORPUS NÃO CONHECIDO. [...] Demonstrado, pelas instâncias ordinárias, o alto grau de reprovabilidade da conduta, decorrente da expressiva quantidade da droga apreendida, imperiosa uma resposta penal mais efetiva, restando plenamente justificada a exasperação da pena-base. - No tocante à aplicação do redutor previsto no art. 33, § 4º, da Lei 11.343/2006 em seu grau máximo, a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a quantidade de droga apreendida, in casu, 96 (noventa e seis) papalotes de maconha, pesando um total de 376g (trezentos e setenta e seis gramas), é causa suficiente para afastar a aplicação do grau máximo da minorante prevista no art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006. Precedentes.*

(HC 203298/PB HABEAS CORPUS 2011/0080752-5 Relator(a) Ministra MARILZA MAYNARD (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/SE) (8300) Órgão Julgador T5 - QUINTA TURMA Data do Julgamento 12/03/2013 Data da Publicação/Fonte DJe 15/03/2013) - grifo

nosso

No caso, a natureza da substância entorpecente (cocaína), a quantidade e os antecedentes do acusado autorizam a fixação da pena-base acima do mínimo legal, pois é inegável a maior reprovabilidade da conduta e o fato de que o réu estava disposto a chegar às últimas consequências para o sucesso de sua empreitada criminosa, motivado por angariar lucro.

Assim, considerando que o acusado ROBERTO PAREDES ACEVEDO importou e transportou substância entorpecente, vinda da Bolívia ao Brasil, que determina dependência física e psíquica, com vontade livre e consciente, sem autorização legal ou regulamentar, incidindo na conduta típica descrita no artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06; fixo-lhe a pena-base acima do mínimo legal, ou seja, em *9 (nove) anos de reclusão, e ao pagamento de multa, equivalente 700 (setecentos) dias-multa*, pois assim restarão atendidos os fins repressivos e de prevenção geral e específica da sanção penal.

*b) Circunstâncias agravantes – não há.*

*c) Circunstância atenuante – considerando que o réu, em seu interrogatório, confessou a prática do delito previsto pelo artigo 33, da Lei nº 11.343/06, aplico-lhe a atenuante da confissão, conforme autoriza o disposto no artigo 65, inciso III, alínea “d” do Código Penal e reduzo-lhe a pena, em 1/6 (um sexto) para *7 (sete) anos e 6 (seis) meses de reclusão e 583 dias-multa*, observando-se o disposto pela Súmula nº 231 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, segundo a qual “a incidência de circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal”.*

*d) Causa de aumento – artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06 – elevação da pena em 1/6 (sexta-parte).*

O conjunto probatório carreado aos autos é forte e bastante para confirmar a transnacionalidade do delito.

Assim, apesar dos esforços do denunciado em afastar a prática do crime em si mesmo, tal não é a conclusão lógica alcançada quando examinado o conjunto probatório, diante da inquestionável materialidade do fato, e da consistente prova indiciária, somados aos seguros depoimentos das testemunhas presenciais.

Em sendo assim, conclui-se que se trata de tráfico internacional de entorpecentes, em face da grande quantidade da droga apreendida (409,60 kg de cocaína), aliado ao fato de que a cocaína não é produzida no Brasil e que o acusado Roberto foi contratado no Paraguai e era o próprio piloto da aeronave - prefixo PR-JHM, tendo confirmado a origem do voo do interior do Estado de São Paulo, cidade de Vera Cruz, para uma fazenda no interior da Bolívia, com retorno ao Brasil.

Assim, resta caracterizada a transnacionalidade do delito, nos termos do artigo 40, inciso I, da Lei nº 11343/06, razão pela qual elevo a pena provisória anteriormente fixada acima, qual seja, de *07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, mais 583 (quinhentos e oitenta e três) dias-multa, em 1/6 (sexta-parte)*, redundando, pois, na pena de *08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, sendo a cada dia-multa aplicado o valor

unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido, pela prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, c/c o artigo 40 da Lei nº 11.343/06.

*e) causa de diminuição de pena: não há*

A causa de diminuição da pena, prevista pelo artigo 33 § 4º, da Lei nº 11343/2006 não se aplica ao caso em tela, porquanto o acusado Roberto Acevedo Paredes teve atuação decisiva na empreitada criminosa, competindo-lhe as funções de importar, transportar, trazer consigo e guardar a substância entorpecente (cocaína), vinda da Bolívia ao Brasil.

O réu Roberto Paredes Acevedo, por ocasião de seu interrogatório judicial, esclarece ser o piloto da aeronave caída no canavial, em Porto Feliz, e ter transportado 409,60 kg da substância entorpecente (cocaína), em desacordo com determinação legal, tendo sido contratado por Polaco, no Paraguai, para transportar a droga.

O mesmo revela ter saído do Aeroclube da cidade de Vera Cruz (região de Marília), com destino a uma fazenda, na Bolívia, onde o avião foi carregado com a substância entorpecente, tendo retornado ao Brasil, com a quantidade de 409,60 kg de cocaína, com destino à cidade de Porto Feliz, região de Sorocaba, local aonde aterrisou a aeronave, a qual apresentou problemas com o trem de pouso, inclusive.

Dessa forma, o “*iter criminis*”, bem com a quantidade de 409,60 kg de cocaína, a pureza da droga, como se verifica dos laudos de fls. 15/20 e 69/72, o transporte da droga de avião, com posterior internação, nos veículos indicados nos autos, são aspectos que provam que o réu, que pilotou a aeronave, transportando a substância entorpecente (cocaína) ao Brasil, presta serviços a uma organização estruturada financeiramente, permanente, estável e com atuação internacional, o que afasta a aplicação do disposto pelo artigo 33 §4º, da Lei nº 11343/2006.

Nesse sentido, apreciando questão similar, vale citar o seguinte julgado: TRF – 3ª Região, ACR 00049658920114036119, ACR - APELAÇÃO CRIMINAL – 50571 Relator(a) DESEMBARGADOR FEDERAL JOSÉ LUNARDELLI Órgão julgador PRIMEIRA TURMA Fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA: 12/12/2012 .

Portanto, a pena definitiva de ROBERTO PAREDES ACEVEDO, pelos crimes descritos nos artigos 33, *caput* e 40 da Lei nº 11.343/06 fica fixada em *08 (oito) anos e 09 (nove) meses de reclusão, mais 680 (seiscentos e oitenta) dias-multa*, fixando, para cada dia-multa, o valor unitário de um trigésimo do salário mínimo legal vigente à época dos fatos, devidamente corrigido.

Com relação ao regime inicial de cumprimento de pena, deve ser fechado, único compatível com a prática de crimes extremamente graves à sociedade, tal como o verificado no caso presente, tratando-se de apreensão de quantidade expressiva de cocaína, droga com potencial de causar consequências gravíssimas à saúde e à vida de número indeterminado de pessoas, devendo prevalecer o artigo 2º, § 1º, da Lei nº 8.072/90, com a redação da Lei nº 11.464/2007.

No que se refere à substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos, ausentes estão os pressupostos objetivos à concessão, tendo em vista que fixada reprimenda privativa de liberdade superior a 04 (quatro) anos de reclusão.

Ainda que assim não fosse, ausentes também estão os pressupostos subjetivos previstos no artigo 44 do Código Penal, porquanto a grande quantidade e a natureza da droga teriam o condão de causar consequências gravíssimas a número relevante de pessoas, não sendo, assim, tal conduta compatível com os escopos da substituição.

Não há falar-se, igualmente, em direito a recorrer em liberdade, porquanto verifico presente pressuposto da prisão preventiva, uma vez que, além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado foi preso em flagrante na posse de expressiva quantidade de drogas, tendo permanecido em custódia durante todo o processo, razão pela qual deve ser recolhido à prisão, com vistas à garantia da ordem pública.

Outrossim, presentes os pressupostos da prisão preventiva, pois além de a autoria e a materialidade delitivas já terem sido exaustivamente demonstradas, é certo que o acusado é estrangeiro, não havendo qualquer garantia de que, posto em liberdade, se apresente espontaneamente após o trânsito em julgado para o cumprimento de sua pena, circunstância suficiente à manutenção da prisão cautelar, como forma de garantir a aplicação da Lei Penal.

Decreto o perdimento dos bens apreendidos nos autos, em favor da União (artigo 63, da Lei nº 11.343/06 e artigo 91, do Código Penal).

Condeno ainda os réus ao pagamento das custas processuais nos termos do artigo 804 do Código de Processo Penal e artigo 6º da Lei nº 9.289/96.

Intime-se o Ministério Público Federal.

Comunique-se, após o trânsito em julgado da demanda, à Justiça Eleitoral o teor desta sentença, para fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Comunique-se ao Instituto de Identificação para que este proceda aos ajustes das informações relativas ao réu, em relação à ação penal objeto desta sentença.

*Intime-se a União Federal acerca da prolação desta sentença, nos termos do § 2º do artigo 201 do Código de Processo Penal, com a nova redação dada pela Lei nº 11.690/08.*

Expeça-se o Mandado de Prisão Manutenção.

Oficie-se ao Ministério da Justiça para abertura de processo de expulsão do réu Roberto Paredes Acevedo, bem como oficie-se ao Consulado Geral do Paraguai, em São Paulo, com cópia desta sentença.

Lance-se o nome do réu no rol dos culpados, após o trânsito em julgado.

P.R.I.C.

Sorocaba, 29 de agosto de 2013.

Juíza Federal SYLVIA MARLENE DE CASTRO FIGUEIREDO