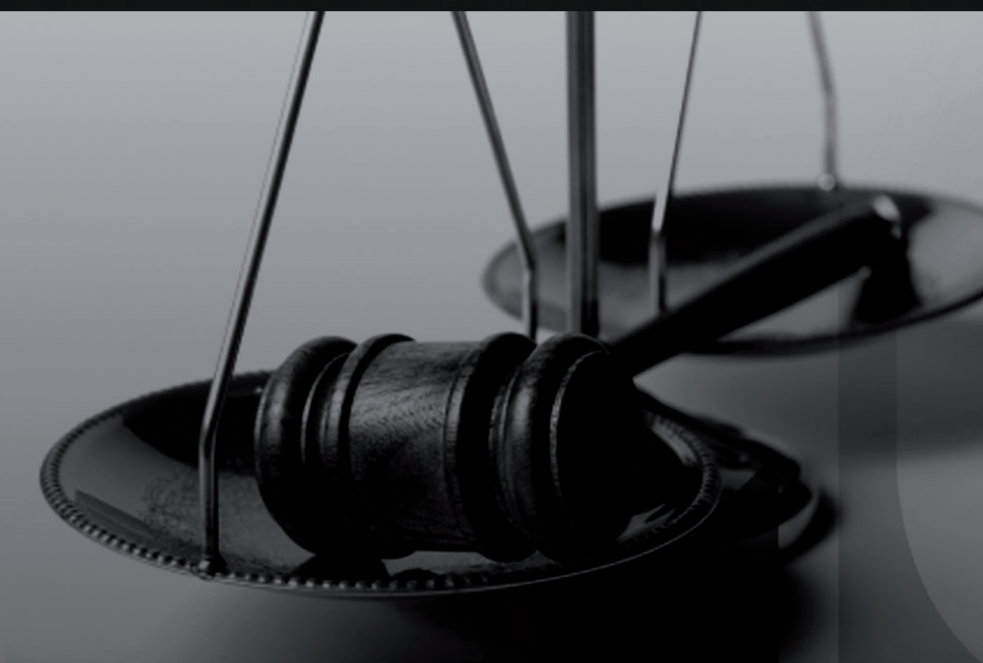


# Sentenças





## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0022121-02.2001.4.03.6100**

**Autores:** FRANCISCO FERNANDES E OUTROS

**Réus:** BANCO MARKA S/A; MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT E BANCO CENTRAL DO BRASIL

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

**Juiz Federal:** DJALMA MOREIRA GOMES

**Disponibilização da Sentença:** DIÁRIO ELETRÔNICO 10/01/2013

#### *Vistos em sentença.*

Trata-se de Ação Ordinária ajuizada por FRANCISCO FERNANDES, CLÁUDIO FERNANDES e EXPRESSO KIMAR LTDA. em face, inicialmente, de BANCO MARKA S/A, NIKKO SECURITIES CO INTERNATIONAL INC; MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT e BANCO CENTRAL DO BRASIL visando a condenação dos réus ao ressarcimento pelos prejuízos decorrentes da gestão temerária dos fundos de investimento por eles administrados, acrescidos de juros, correção monetária e lucros cessantes.

Aduzem os autores, em síntese, que eram titulares de fundos de aplicação financeira geridos pelo corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT.

Informam que, antes do vencimento das mencionadas aplicações, sem qualquer ordem, foram resgatados valores dos fundos LIVRE 60, LIVRE 30, DERIVATIVO, DERIVATIVO PLUS e CAMBIAL.

Esclarecem, ainda, que na mesma oportunidade em que procederam ao resgate das aplicações, os réus fizeram publicar na imprensa e remeteram correspondência informando sobre as perdas de patrimônio em razão da concentração dos recursos em dólares no mercado futuro, sendo que, em razão da cotação do dólar, os recursos disponíveis foram utilizados para honrar a “posição vendida” do fundo pelo valor de R\$ 1,56 por dólar.

Por outro lado, na mesma época foi publicada na mídia a concessão aos réus, pelo Banco Central do Brasil, de subsídios mediante a venda àquela instituição de moeda estrangeira pela cotação de R\$ 1,27 por dólar, isto para evitar a bancarrota da instituição, fazendo com que pudesse liquidar as posições “vendidas” com essa quotação. Embora tenham recebido tal subsídio do BACEN, os réus não o repassaram aos aplicadores.

Asseveram que não lhes foi fornecido qualquer documento sobre o funcionamento dos fundos ou das aplicações que seriam geridas pelos corréus. Todas as informações relacionadas às aplicações eram sempre providas pelo gerente responsável pela conta, que indicava quais as de melhor rentabilidade para o período, conduzindo as decisões sobre o direcionamento dos recursos e formação da carteira.

Sustentam que os rendimentos apresentados mostravam-se vantajosos em relação a outras modalidades de aplicações, mas não em cifras ou percentuais astronômicos de modo a denotar tratar-se de uma aplicação de grande risco de perda.

Aduzem que a responsabilidade dos administradores das instituições envolvidas pelo ressarcimento de todos os danos causados àqueles que com elas contrataram encontra amparo no art. 39 da Lei nº 6.024/74.

Lado outro, defendem que a responsabilidade do BACEN decorre da circunstância de lhe ser atribuído por lei o *munus* de fiscalizador da atividade de todas as instituições operantes no mercado financeiro para garantir a solidez, confiança e segurança das operações bancárias, especialmente em defesa do próprio sistema financeiro e dos direitos daqueles que com as instituições financeiras contratam.

Pleiteiam, assim, o ressarcimento pelos prejuízos suportados.

Com a inicial vieram os documentos de fls. 14/71.

À fl. 74 determinou-se à parte autora a adequação do valor atribuído à causa ao benefício econômico almejado, bem como a regularização da representação processual.

Em petição de fl. 76 o valor da causa foi retificado para R\$ 183.497,29 (cento e oitenta e três mil, quatrocentos e noventa e sete reais e vinte e nove centavos). Procuração e contrato social da sociedade empresária EXPRESSO KIMAR LTDA. foram acostados às fls. 82/87.

Redistribuição dos autos a este Juízo da 25ª Vara Cível (fl. 105).

Citado, o Banco Central do Brasil - BACEN ofertou contestação às fls. 113/118. Sustentou, preliminarmente, a sua ilegitimidade passiva, uma vez que os contratos referentes às aplicações financeiras em questão foram celebrados entre os autores e a instituição financeira, o Banco Marka. No mérito, asseverou que os autores sofreram prejuízos no jogo da especulação financeira, assumindo os riscos inerentes ao mercado e, conseqüentemente, devem assumir o ônus da própria imprudência.

Instada, a parte autora apresentou réplica às fls. 245/257.

Citado, o corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. apresentou sua peça de defesa às fls. 330/371. Preliminarmente, sustentou a sua ilegitimidade para figurar no polo passivo da ação, pois detinha, tão somente, a qualidade de gestor dos fundos de investimento, sendo que a administração cabia ao Banco Marka. No mérito pugnou pela improcedência do pedido, uma vez que os riscos inerentes ao mercado isentam os réus da responsabilidade de indenizar os autores, sendo que estavam plenamente cientes dos riscos e perfil de seus investimentos, não havendo que se falar em gestão temerária dos fundos. Acostou, ainda, os documentos de fls. 374/635.

À fl. 636 certificou-se o decurso de prazo para os corréus BANCO MARKA e NIKKO SECURITIES CO. INTERNACIONAL INC. apresentarem contestação.

Nova réplica apresentada às fls. 646/661.

Por meio da petição de fl. 663 o BACEN requereu a devolução do prazo para especificar provas.

O despacho de fl. 665 constatou que Salvatore Alberto Cacciola havia sido citado na qualidade de representante legal dos réus BANCO MARKA S.A., NIKKO SECURITIES CO. INTERNACIONAL e MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT, todavia, não fora possível aferir se o mesmo representava os interesses da segunda ré acima mencionada, pelo que determinou-se à parte autora a comprovação da referida relação.

O corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. especificou as provas que pretende produzir às fls. 668/670.

Em manifestação de fls. 674/675 a parte autora requereu a desistência da ação em face de NIKKO SECURITIES CO. INTERNATIONAL INC., por não possuir condições de comprovar que Salvatore Alberto Cacciola detém a qualidade de representante legal.

O despacho de fl. 676 deferiu o pedido de devolução de prazo pleiteado pelo BACEN.

Em sede de especificação de provas o BACEN requereu o julgamento antecipado da lide (fls. 682/692).

À fl. 711 determinou-se aos autores a regularização da representação processual das pessoas físicas que integram o polo ativo da ação, providência que restou cumprida às fls. 719/721.

Foi proferida decisão acolhendo o pedido de desistência da ação formulado em face de NIKKO SECURITIES CO. INTERNACIONAL INC. (fl. 722).

Opostos Embargos de Declaração (fl. 724), os mesmos foram rejeitados (fls. 726/727).

À fl. 732 foi proferida decisão saneadora, a qual indeferiu o pedido de produção de provas requerido pelo corréu MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT.

Interposto agravo de instrumento em face da decisão saneadora (fls. 734/752), o mesmo teve o seu seguimento negado pelo E. TRF da 3ª Região (fls. 755/761).

Petição do correquerido MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. (fls. 762/836).

Às fls. 838/849 o requerido MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. comprovou a interposição de agravo regimental em face da decisão que negou seguimento ao agravo de instrumento interposto.

O despacho de fl. 850 determinou o sobrestamento do feito até decisão final a ser proferida pelo E. TRF da 3ª Região, sendo posteriormente reconsiderada (fl. 863) em virtude de manifestação da parte autora (fl. 856).

O despacho de fl. 863 foi reconsiderado à fl. 864, uma vez que pendente de julgamento o agravo regimental interposto.

Em petição de fls. 865/866 os autores pugnaram pelo regular prosseguimento do feito, tendo em vista que não foi atribuído efeito suspensivo ao agravo de instrumento pelo relator.

O julgamento do feito foi convertido em diligência para que a parte demandante apresentasse manifestação quanto à regularidade do ato citatório, o que restou cumprido às fls. 877/883 e 943/946, oportunidade em que pugnou pelo prosseguimento do feito.

Vieram os autos conclusos.

*É o relatório.*

*Fundamento e DECIDO.*

Considerando que a pendência de julgamento do agravo regimental interposto em face de decisão proferida em sede de agravo de instrumento, ao qual não foi atribuído efeito suspensivo, não obsta o prosseguimento do feito, passo a sentenciá-lo.

### *PRELIMINARES*

No que concerne ao ato citatório, os documentos de fls.903/939 comprovam que o requerido BANCO MARKA S/A encontra-se ativo (fls. 904/907), tendo ocorrido, tão somente, a mudança de nome para MARKA S/A EMPREENDIMIENTOS E PARTICIPAÇÕES.

Ademais, nos termos do art. 45 do Código Civil, a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado tem início com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro, averbando-se no registro todas as alterações por que passar o ato constitutivo.

Já o correquerido MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA., devidamente citado, ofertou a sua contestação, oportunidade em que comprovou sua capacidade postulatória por meio de seus atos constitutivos (fls. 375/383) e outorga de procuração *ad judicium*.

Rejeito a preliminar de ilegitimidade passiva sustentada pelo BACEN.

Embora a questão da responsabilidade pelos danos causados a particular por instituição financeira, também particular, em razão de fiscalização deficiente por parte dos órgãos públicos competentes diga respeito ao mérito, não há como afastá-la aprioristicamente, eis que, embora dependente de demonstração no caso concreto, ela (responsabilidade) pode, em tese, ocorrer.

De igual modo, rejeito a preliminar aduzida pelo corréu MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA. de ilegitimidade para figurar no polo passivo.

Conquanto realmente não se confundam as figuras de administrador e gestor dos fundos de investimento financeiro, certo é que ao corréu MARKA NIKKO foram atribuídos poderes de administração da carteira dos respectivos fundos, podendo exercer todos os direitos inerentes aos ativos financeiros (fl. 16). Ainda que assim não fosse, ao demandado MARKA NIKKO, na qualidade de gestor, competia realizar investimentos com os recursos financeiros que compunham os fundos, o que o torna legítimo para figurar na ação visando à reparação de danos.

Lado outro, observo que, citado, o correquerido BANCO MARKA S/A deixou transcorrer *in albis* o prazo para apresentação de contestação. Como o réu não apresentou qualquer resposta, impor-se-ia ao caso a presunção de veracidade dos fatos alegados na inicial, nos termos do art. 319 do Código de Processo Civil.

No entanto, estabelece o art. 320, I, do Código de Processo Civil que a revelia não induz o efeito mencionado se, havendo pluralidade de réus, algum deles contestar a ação.

Antes de adentrar o mérito, observo que não há se cogitar da aplicação, na espécie, do Código de Defesa do Consumidor.

É que, promovida a ação em face do Banco Central do Brasil - BACEN, forçoso convir que entre a autarquia demandada e o autor *inexiste* qualquer relação de consumo a justificar a incidência das normas de direito consumerista. Tanto é assim que o fundamento invocado para a responsabilização do réu é a *suposta ausência de fiscalização*, ou *fiscalização deficiente* desse órgão sobre instituição financeira, cuja atividade fiscalizatória, por óbvio, não se qualifica como relação de consumo.

Assim, afasto a pretensão do postulante de aplicação do CDC.

Passo ao exame do *mérito*.

Com o ajuizamento da presente ação objetiva a parte autora a condenação dos réus ao ressarcimento de todos os prejuízos suportados em razão da prestação de serviços de gestão temerária dos fundos de investimento por eles administrados.

RESPONSABILIDADE DOS ADMINISTRADORES DOS FUNDOS DE INVESTIMENTO - BANCO MARKA S/A e MARKA NIKKO ASSET MANAGEMENT

Alegam os requerentes que aplicaram recursos financeiros em fundos de investimentos denominados LIVRE 60, LIVRE 30, DERIVATIVO, DERIVATIVO PLUS e CAMBIAL, administrados pelos requeridos BANCO MARKA S/A e MARKA NIKO ASSET MANAGEMENT S/C LTDA., sendo que sofreram grandes prejuízos em razão de uma equivocada administração, que

teria apostado na manutenção da política cambial, apesar da expectativa em sentido contrário do mercado financeiro.

O fundo de investimento, como se sabe, é uma comunhão de recursos, constituído sob a forma de *condomínio*, destinado à captação de recursos para a aplicação em carteiras diversificadas de artigos financeiros e demais modalidades operacionais disponíveis no âmbito do mercado financeiro, conforme estabelecido no artigo 2 da Instrução CVM nº 409/04. Ou seja, o fundo de investimento é um condomínio que reúne recursos provenientes de pessoas físicas, jurídicas, fundos de pensão, sendo esses recursos aplicados em carteira diversificada de artigos financeiros, visando a *valorização do patrimônio* dos investidores.

Por óbvio, a *composição da carteira* do fundo e a boa ou má *administração* conduzirão a um maior ou menor *resultado* para o patrimônio do fundo e, logicamente, para as cotas representativas de seu patrimônio, estas pertencentes aos diversos condôminos.

Os fundos de investimentos, a depender da respectiva carteira de aplicações, podem assumir um perfil *conservador* (aplicação em renda fixa, CDB, poupança, títulos públicos, etc); *moderado* (aplicação de um percentual em renda variável ou fundos multimercado com esse perfil) ou *agressivo* (aplicação de considerável parte do capital em ações, fundos de ações, multimercados e derivativos).

A escolha por um determinado perfil pressupõe uma análise entre os riscos X expectativas de lucros: regra geral, quanto maiores os riscos, maiores as possibilidades ganhos.

O *risco* deve ser entendido como a possibilidade de não se atingir o retorno esperado do investimento. E diversos fatores podem concorrer para isso, incluindo mudanças na política, na economia, nas regras de tributação, etc.<sup>1</sup>

E, sob esse aspecto, no que pertine aos autos, tenho que o deslinde do feito pressupõe uma pequena digressão sobre os fatos que gravitam a demanda.

Os documentos e reportagens que instruem a exordial, assim como textos consultados pela rede mundial de computadores, dão conta de que o início do ano de 1999 foi extremamente *turbulento* para a economia brasileira:

O ano, que começara com especulações sobre revisão do acordo com o FMI, por conta de substancial queda nas reservas cambiais nos meses precedentes, recebeu o reforço da declaração formal de moratória, por noventa dias, do governo do Estado de Minas Gerais, o que passou a pautar as matérias do jornalismo econômico e o humor de outros formadores de opinião e dos agentes do mercado. Na seqüência, vieram especulações sobre mudanças no Banco Central e no Ministério da Fazenda; quedas históricas do índice BOVESPA, com influência nas principais bolsas latino-americanas e mesmo européias; demanda por maior remuneração em leilões de títulos do Tesouro Nacional; queda de preço dos títulos soberanos do Brasil e outros países emergentes; e redução drástica da credibilidade do País.<sup>2</sup>

Em virtude da situação crítica, o BACEN, em 15 de janeiro de 1999 e após a troca de seu então presidente, o economista Gustavo Franco pelo economista Francisco Lopes, decidiu abandonar o sistema de *bandas cambiais*, anteriormente adotado, passando a operar sob regime de *livre flutuação* da taxa de câmbio. Por meio do Comunicado nº 6.565, de 18.01.1999,

1 <http://www.portaldoinvestidor.gov.br/Investidor/Ondeinvestir/Tipodeinvestimentos/tabid/86/Default.aspx?controleConteudo=viewRespConteudo&ItemID=150>

2 <http://www.bcb.gov.br/rex/MerCambio/Port/cambio991/1999-1Pol%C3%ADticaCambial.asp>

o BACEN informou que deixaria ao mercado a definição da taxa de câmbio, vindo a intervir, ocasionalmente, com o objetivo de conter eventuais movimentos desordenados.

Houve, com isso, uma forte *desvalorização* do real frente ao dólar.

Não é necessário deter profundo conhecimento em economia para concluir que mudanças desse jaez causam grande *impacto* no mercado financeiro.

No caso dos autos, verificou-se que os fundos de investimentos administrados pelo BANCO MARKA e MARKA NIKKO, principalmente aqueles de perfil mais agressivo, sofreram consideráveis perdas. Os requeridos haviam assumido dívidas em dólar no mercado futuro, não conseguindo honrar com seus compromissos diários na então BM&F por causa da forte elevação da taxa de câmbio.

É o que relata Salvatore Alberto Cacciola, um dos administradores das sociedades empresárias requeridas:

Naquele mês de janeiro, o Banco Marka - usando uma expressão do mercado - estava "vendido" em dólares, ou seja, tinha vendido uma grande quantidade de dólar no mercado futuro confiando exclusivamente numa única informação, oficial e pública: o Memorando Técnico de Entendimento assinado entre o governo brasileiro e o FMI, e que reafirmava a manutenção da política cambial que existia desde a implantação do plano Real.<sup>3</sup>

Segundo os autores, a *gestão temerária* dos fundos de investimento pelos réus, somado ao fato de que não foram previamente *informados* dos riscos inerentes ao tipo de investimento realizado, contribuíram para as perdas sofridas e, por isso, conduzem à conclusão de que devem ser ressarcidos pelos prejuízos advindos.

Sem razão, contudo.

No que concerne à alegação de gestão temerária, tal como tipificado na Lei nº 7.492/1986, por tratar-se de *crime* contra o sistema financeiro nacional, falece competência a este Juízo para apreciá-la.

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Ademais, é *sujeito ativo* do delito em questão o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores e gerentes. Entretanto, tais figuras *não* integram o polo passivo da ação, o qual é composto somente por pessoas jurídicas.

Em suma, a ocorrência ou não de gestão temerária na administração dos fundos geridos pelos requeridos *não* constitui objeto da presente demanda.

Analisada a questão sob a ótica do direito civil, evidencia-se, no caso concreto, a ausência de responsabilidade dos requeridos em indenizar os investidores, ora autores, pelas perdas sofridas.

Explico.

3 Eu Alberto Cacciola confesso: O escândalo do Banco Marka; Editora Record; 2001; pág. 36.

A Circular BACEN nº 2.616, de 18 de setembro de 1995, que à época dos fatos disciplinava a constituição e o funcionamento dos fundos de investimento financeiro e dos fundos de aplicação em quotas de fundos de investimento, estabelecia que:

Art. 4º O regulamento do fundo deve conter, no mínimo, as seguintes informações:

(..)

Parágrafo único. Na definição da política de investimento, devem ser prestadas informações acerca:

I - das características gerais da atuação do fundo, entre as quais os critérios de composição e de diversificação da carteira e os riscos operacionais envolvidos;

II - da possibilidade de realização de aplicações que coloquem em risco o patrimônio do fundo.

Ao apresentar sua peça de resistência, o requerido MARKA NIKKO acostou aos autos o regulamento dos fundos LIVRE 60, LIVRE 30, DERIVATIVO, DERIVATIVO PLUS e CAMBIAL (fls. 433/484), donde é possível constatar que, ao discorrer sobre a política de investimentos, constava, de *forma padronizada*, a seguinte informação:

As aplicações realizadas pelos Condôminos no MARKA NIKKO LIVRE 30 não contam com a garantia do ADMINISTRADOR, do GESTOR ou do Fundo Garantidor de Crédito - FGC, podendo ocorrer perda do capital investido, em decorrência da possibilidade de adoção de política de investimentos agressiva pelo ADMINISTRADOR e/ou GESTOR.

Havia, tão somente, a modificação da nomenclatura do fundo de investimento a se adequar a opção do investidor, mantendo-se incólume a previsão da possibilidade da ocorrência de perdas patrimoniais.

Por sua própria natureza, dessume-se que a existência do *risco* (em maior ou menor grau) é característica intrínseca dos fundos de investimento e aplicações de modo geral. Até mesmo a caderneta de poupança, reconhecida como um investimento mais conservador, teve suas regras recentemente alteradas pelo Poder Público no que concerne à forma de remuneração.

Como já dito, a composição da carteira do fundo e a boa ou má administração conduzirão a um maior ou menor resultado para o patrimônio do fundo e, logicamente, para as cotas representativas de seu patrimônio, estas pertencentes aos diversos condôminos.

Uma mudança *substancial* “nas regras do jogo” (alteração da política cambial) poderia influenciar de maneira significativa o desempenho dos fundos de investimento, tal como ocorreu.

Pelos documentos juntados aos autos, extrai-se que os requeridos apostaram na *manutenção da política cambial* ao aplicar os recursos que compunham o patrimônio do fundo, e, como visto, tal aposta não se concretizou, resultando nas perdas verificadas.

A ocorrência de perdas e ganhos pelos mais variados fatores (composição da carteira, opções do administrador/gestor, mudanças na política, na economia, nas regras de tributação, etc) faz parte da regra do jogo ao qual os demandantes anuíram ao optarem por aplicar os respectivos capitais em fundos de investimento.

O extrato de fl. 47, acostado pelos autores, demonstra tal afirmação com clareza. Ao discriminar a variação das quotas para o mês de janeiro de 1999 foi apresentado o seguinte quadro:

MARKA NIKKO DERIVATIVOS PLUS	- 95,2%
MARKA NIKKO DEIRVATIVOS	- 45,4%
MARKA NIKKO LIVRE 30	- 30,8%
MARKA NIKKO LIVRE 60	- 11,5%
MARKA NIKKO DI 60	+ 0,8%
MARKA NIKKO CAMBIAL	+ 31,9%

Enquanto a modificação da política cambial levada a efeito no mês de janeiro de 1999 foi danosa para a maioria dos fundos administrados pelos requeridos BANCO MARKA e MARKA NIKKO, percebe-se que o fundo denominado MARKA NIKKO CAMBIAL teve, naquele mês, uma variação positiva de aproximadamente 31,9%, o que pode ser comprovado, também, pelos documentos de fls. 39/40.

Assim, determinado tipo de aplicação, pelo próprio perfil adotado (moderado, conservador, agressivo, etc), esteve suscetível, de forma *positiva* ou *negativa*, à modificação do câmbio.

O extrato de fl. 39 comprova, por exemplo, que o demandante CLÁUDIO FERNANDES, no mês de janeiro de 1999, em razão do perfil de sua carteira de investimentos, teve rentabilidade positiva da ordem de 37,98% ...

Ajuizar a presente ação somente em relação às aplicações que sofreram desvalorização, desconsiderando aquelas que oscilaram positivamente, revela um comportamento um tanto quanto contraditório, e mais, confirma que os lucros e prejuízos fazem parte desse jogo.

Questões como uma eventual aplicação dos recursos em desconformidade com o previsto em regulamento; alavancagem do fundo além do permitido ou outras condutas dos administradores que colidiram com as normas regulamentares poderiam ter sido alegadas pelos autores na exordial (causa de pedir) e comprovadas quando da instrução probatória, o que, em tese, poderia conduzir a uma procedência da ação. Contudo, repito, tais questões não constituem objeto da presente demanda, que se limitou a uma alegação genérica de gestão temerária.

Noutro giro, não me parece crível a alegação dos requerentes no sentido de que não foram previamente informados dos riscos inerentes ao tipo de investimento realizado.

Ora, o BANCO MARKA S/A, como lembrado pelo requerido MARKA NIKKO em sua contestação, era um banco de investimento, “uma instituição financeira muito diferente de um banco de varejo. O Banco Marka não oferecia a seus clientes agências espalhadas pela cidade, nem talões de cheque, nem cartões de débito ou outras facilidades que os bancos de varejo oferecem. Isso porque o principal produto oferecido pelo Banco Marka aos seus clientes era a oportunidade de investir de variados fundos de investimentos. O cliente que procura um banco de investimentos chega ao banco atraído pela possibilidade de obter grande lucros com seus investimentos.” (fl. 336)

Com efeito, ao procurarem a instituição susomencionada os demandantes tinham, ao meu sentir, a plena consciência das possibilidades de ganhos, assim como de perdas. Como já dito, é característica intrínseca à aplicação, cuja ignorância não pode ser alegada porque implicaria contra-senso.

Nesse sentir, a jurisprudência, *mutatis mutandis*:

DIREITO CIVIL. DIREITO ECONÔMICO. FUNDOS DE INVESTIMENTO. DESVALORIZAÇÃO DE QUOTAS. RISCO DO NEGÓCIO. INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. RESPONSA-

**BILIDADE DE INDENIZAR. INOCORRÊNCIA. CÓDIGO DE DEFESA DO CONSUMIDOR. INAPLICABILIDADE. CONTRATO FINANCEIRO TÍPICO. 1.** *As aplicações em fundos de investimentos, se, de um lado, podem propiciar maiores ganhos, de outro, implica riscos de perdas, pois, não contam com a garantia nem do administrador e nem do Fundo Garantidor de Crédito - FGC. Portanto, quem investe em um fundo de investimento visa a obter o melhor resultado para a sua aplicação, contudo, deve ter consciência da possibilidade de perda, que é inerente ao risco do negócio.* 2. Aliás, quando ingressam em tais fundos, os investidores se declaram cientes que poderão, inclusive, responder, em alguma medida, se ocorrer patrimônio líquido negativo, sendo comum, para prevenir responsabilidade, que as instituições financeiras ofereçam ao aplicador, quando do ingresso, os regulamentos de tais fundos, que são documentos registrados em cartório e gozam de ampla publicidade. 3. No caso dos autos, releva anotar que nenhum prejuízo material foi apontado. Houve sim alegação de prejuízo, porém, demonstração objetiva das perdas materiais, isso não ocorreu, e, de fato, ou o investidor não resgatou as quotas, e aí não há falar em prejuízo, ou resgatou-as em momento inadequado, de iniciativa própria, em face de interesse particular de qualquer natureza, e, no caso, não pode pretender transferir para terceira pessoa perda decorrente de livre disposição de seu patrimônio. 4. Da mesma forma, quanto aos danos morais, não há nos autos, nenhuma indicação de sua ocorrência, não servindo para tal a alegada angústia, em razão da perda de valor das quotas do fundo, pois, em se tratando de investimento de risco, o investidor deve se precaver, para experimentar, eventualmente, tal sentimento, e, ademais, a sua ocorrência depende da presença do pressuposto da culpabilidade, o que não se verifica no caso concreto. 5. Não se aplica ao caso as disposições do Código de Defesa do Consumidor, pois, trata-se de contrato financeiro típico, próprio de investidor e não de consumidor de serviços financeiros. 6. *Em suma, as aplicações em fundos de investimentos caracterizam-se como contrato onde se faz implícita a idéia de bons resultados, porém, da mesma forma, a possibilidade de perda, em face de injunções do mercado e variáveis que se enquadram no contexto de risco do negócio, não nascendo para a instituição financeira o dever de indenizar perdas eventuais decorrentes da desvalorização de suas quotas, impondo-se, pois, a confirmação da sentença fustigada.* 7. *Apelação a que se nega provimento. (AC 200561120021261, JUIZ CONVOCADO VALDECI DOS SANTOS, TRF3 - TURMA SUPLEMENTAR DA SEGUNDA SEÇÃO, DJU DATA: 17/04/2008 PÁGINA: 613)*

**CIVIL E ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DA CEF. FUNDO DE INVESTIMENTO. ALEGADO PREJUÍZO. EFEITOS. 1.** *O investidor individual possui, tão-somente, as cotas do fundo e não o seu valor. O valor líquido é um número naturalmente fluido, por tratar-se de uma estimativa do patrimônio do fundo. Aliás, é com exatamente essa fluidez que conta o investidor para obtenção de seus ganhos. Contudo, também as perdas fazem parte dessa variabilidade e devem ser suportadas por quem almeja participar de eventuais ganhos. É neste sentido aponta a melhor doutrina pátria: (...) podemos dizer que a quota é um título representativo de uma fração ideal do patrimônio de um fundo de investimento, que é ofertada ao público e que confere ao seu titular, isto é, aquele que adquirir tal quota, o direito de participação nesse fundo, o direito de auferir os rendimentos que advierem da valorização dos ativos integrantes da Carteira do fundo e/ou da política de investimento adotada pelo administrador, o direito de efetuar resgates, novas aplicações, eventuais transferências das quotas nos termos regulamentares, e igualmente o ônus de arcar com eventuais prejuízos que, a contrário sensu, forem apurados pelo fundo. (grifei). (PERRICONE, Sheila. Fundos de investimento: a política de investimento e a responsabilidade dos administradores. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado do Capitais e da Arbitragem. nº 11. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. p. 86). - Por isso, um fundo de investimento deve ser compreendido como algo bastante diferente de uma conta corrente. Nesta, sim, pode-se dizer que o correntista é proprietário da importância depositada. Nos fundos, o correntista detém somente uma parte (cota) de um condomínio. - Isso introduz*

*outra questão crucial para averiguação de eventual responsabilidade da CEF: a previsão de riscos. Os fundos em que o autor efetuou sua aplicação prevêem expressamente que “os investimentos dos condôminos, por sua própria natureza, estarão sempre sujeitos a perdas de patrimônio em função de flutuações do mercado, risco de crédito ou na possibilidade de adoção de política de investimento agressiva”, conforme se constata da leitura do art. 4 de ambos os regulamentos. - Destarte, constata-se que o demandante não logrou demonstrar qualquer violação dos deveres oriundos da boa-fé objetiva por parte da CEF no presente caso. O regulamento dos fundos, juntados pela demandada, é bastante claro no que tange à existência de riscos para o aplicador, cumprindo os deveres de informação e de transparência que devem nortear os contratos bancários e financeiros. - Assim, a CEF não pode ser responsabilizada por eventual depreciação dos ativos da carteira. E nem poderia ser diferente, tendo em vista que sua atuação restringe-se à administração dos recursos do fundo. Não pode a demandada responder como se garantidora fosse, até por que tal hipótese está claramente excluída pelo disposto no art. 30 dos regulamentos. - Não há que se cogitar, por outro lado, da responsabilização da CEF pela aplicação das regras baixadas pelo BACEN ou pela CVM, já que se tratam de normas de observância obrigatória. Também não conseguiu o autor demonstrar a ocorrência de imperícia, imprudência ou negligência na administração dos fundos pela ré. Embora o terna da responsabilidade dos administradores dos fundos de investimento não esteja completamente pacificada em meio à doutrina, é expressiva a observação abaixo transcrita: Das regulamentações baixadas pela CVM e pelo Bacen não há qualquer menção à responsabilidade objetiva dos administradores dos fundos de investimento. Antes, pelo contrário, verifica-se que tais normas tendem a indicar como parâmetro de responsabilidade, o elemento culpa (negligência, imprudência ou imperícia) ou dolo. (...: Não estabelecendo a lei, nem as normas do Bacen ou da CVM expressamente a responsabilidade objetiva dos administradores dos fundos de investimento, antes, pelo contrário, dando claros parâmetros de indicação do elemento culpa, conforme acima exposto, entendemos que a mesma é subjetiva, incidindo somente mediante prova de culpa ou dolo do administrador, da existência de dano e do nexo de causalidade. (...: À evidência, não há que se falar em culpa no caso de depreciação dos ativos da Carteira de um fundo de investimento que resultar, eventualmente, em patrimônio líquido negativo, fato este decorrente das oscilações destes ativos no mercado financeiro e de capitais. Trata-se do risco de mercado que os investidores em fundos de investimento se declaram cientes ao ingressar em tais fundos, inclusive que poderão ser chamados a aportar recursos adicionais em ocorrendo patrimônio líquido negativo, aliás, conforme determinam as já mencionadas normas dos órgãos reguladores. (PERRICONE, Sheila. Fundos de investimento: a política de investimento e a responsabilidade dos administradores. In: Revista de Direito Bancário, do Mercado do Capitais e da Arbitragem. nº 11. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2001. pp. 91-96). - Ressalte-se, por oportuno, que não se pode falar, na espécie, de verdadeira depreciação dos ativos da Carteira, mas da aplicação de urna metodologia que estimou o patrimônio do fundo de urna outra maneira, diferente da que vinha sendo levada a efeito pela administradora. 2. Improvimento da apelação. (AC 200271000361708, CARLOS EDUARDO THOMPSON FLORES LENZ, TRF4 - TERCEIRA TURMA, DJ 07/12/2005 PÁGINA: 810)*

Quem investe em um fundo de investimento visa obter o melhor resultado para a sua aplicação, porém, deve ter consciência da possibilidade de perda, que é inerente ao risco do negócio, não comportando amparo o pleito indenizatório formulado em face do requeridos BANCO MARKA e MARKA NIKKO.

Passo, portanto, ao exame da pretensão formulada em face do BANCEN.

**RESPONSABILIDADE DO ESTADO PELA OMISSÃO DE FISCALIZAÇÃO OU FISCALIZAÇÃO DEFICIENTE**

Sustentam os autores que a responsabilidade do BACEN decorre da circunstância de lhe ser atribuído por lei o *munus* de fiscalizador da atividade de todas as instituições operantes no mercado financeiro para garantir a solidez, confiança e segurança das operações bancárias, especialmente em defesa do próprio sistema financeiro e dos direitos daqueles que com as instituições financeiras contratam.

A possibilidade de responsabilização das pessoas jurídicas de direito público pelos danos por elas causados a particulares vem de há muito contemplada pela Constituição da República. A Carta de 1.988 assim dispõe, no 6º do seu art. 37:

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

Vale dizer, a Carta Magna contempla a responsabilidade *objetiva* do Estado, quando “seus agentes, nessa qualidade”, causarem danos a alguém.

Trata-se, portanto, de responsabilidade por ato *comissivo* de agente público, hipótese em que, pela *teoria do risco administrativo* adotada por nosso ordenamento constitucional (pela qual o Estado só se exime ou abranda sua responsabilidade se demonstrar a culpa do lesado), para que se dê a indenização, basta a (a) comprovação do dano, (b) a demonstração da ação estatal e (c) o nexo causal entre o dano e a ação do agente público.

Todavia, essa *não* é a hipótese dos autos.

Aqui se busca a responsabilização do Estado por alegada *omissão*. Teria o Estado, representado pelo BACEN, *deixado de agir de acordo com as atribuições legais que lhe foram conferidas*, e essa falta de ação, ou deficiência dessa ação, teria acarretado o dano aos investidores dos fundos de investimento.

Portanto, na hipótese, não há que se pretender a aplicação da teoria do risco administrativo, que - em caso de conduta comissiva do agente estatal - *inexige* a demonstração de culpa do Estado. No caso em exame, porém, não basta apenas a demonstração dos elementos acima enunciados (ação do Estado, dano e nexo causal). É necessária, também, a demonstração da *culpa* do Estado.

Nesse sentido é a tranqüila orientação do E. STF, estampada na decisão assim ementada:

Tratando-se de *ato omissivo* do Poder Público, a responsabilidade civil por tal ato é *subjetiva*, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes: negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute du service* dos franceses. (STF, 2ª Turma, RE 179.147-1, Rel. Min. Carlos Velloso, j. 12.12.97, DJU 27.02.1998, p. 18)

A doutrina não discrepa desse entendimento quanto à extensão da responsabilidade do Estado, destacando, contudo, ser necessária, nos casos de omissão estatal, a demonstração da *culpa da Administração*. Hely Lopes Meirelles (*in Direito Administrativo Brasileiro*, Editora Malheiros, 31.ª edição, p. 651) doutrina que, em caso de omissão estatal, a indenização depende da demonstração (a) do nexo causal entre o dano e a omissão do Estado e (b) da culpa da Administração, por imprudência, negligência ou imperícia de seus agentes.

O que a Constituição distingue é o dano causado pelos agentes da Administração (servidores) dos danos ocasionados por atos de terceiros ou por fenômenos da Natureza. Observe-se que

o art. 37, 6º, só atribui responsabilidade objetiva à Administração pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causem a terceiros. Portanto, o legislador constituinte só cobriu o risco administrativo da atuação ou inação dos servidores públicos; não responsabilizou objetivamente a Administração por atos predatórios de terceiros, nem por fenômenos naturais que causem danos aos particulares. Para a indenização destes atos e fatos estranhos e não relacionados com a atividade administrativa observa-se o princípio geral da culpa civil, manifestada pela imprudência, negligência ou imperícia na realização do serviço público que causou ou ensejou o dano - culpa, essa, que pode ser genérica. Daí porque a jurisprudência, mui acertadamente, tem exigido a prova da culpa da Administração nos casos de depredação por multidões e de enchentes e vendavais que, superando os serviços públicos existentes, causam danos aos particulares. Nestas hipóteses, a indenização pela Fazenda Pública só é devida se se comprovar a culpa da Administração. E na exigência do elemento subjetivo culpa não há qualquer afronta ao princípio objetivo da responsabilidade sem culpa, estabelecido no art. 37, 6º da CF, porque o dispositivo constitucional só abrange a atuação funcional dos servidores públicos, e não os atos de terceiros e os fatos da natureza. Para situações diversas, fundamentos diversos. Impende notar que nesses casos a falta do nexo de causalidade também acaba por excluir a responsabilidade. A *faute du service* não dispensa a prova desse requisito, e na sua aferição a teoria adotada pela ordem jurídica é a do dano direto e imediato, ou teoria da interrupção do nexo causal, que só o admite quando o dano é o efeito necessário da causa (ação ou omissão). Assim, como ensina Agostinho Alvim, os danos, “em regra, não são indenizáveis, porque deixam de ser o efeito necessário pelo aparecimento de concausas. Suposto não existam estas, aqueles danos são indenizáveis.

Semelhante é a lição sempre autorizada de Celso Antonio Bandeira de Mello:

É mister acentuar que a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço (*faute du service*, seja qual for a tradução que se lhe dê) não é, de modo algum, modalidade de responsabilidade objetiva, ao contrário do que entre nós e alhures, às vezes, tem-se inadvertidamente suposto. É responsabilidade subjetiva porque baseada na culpa (ou dolo), como sempre advertiu o Prof. Oswaldo Aranha Bandeira de Mello. (*Curso de Direito Administrativo*, Malheiros Editores, 19ª edição, p. 933)

Em primeiro lugar, não se produziu prova de que os danos eventualmente suportados pelos aplicadores em fundos de investimentos administrados pelos demandados BANCO MARKA e MARKA NIKKO deveu-se à omissão do BACEN por deficiência da fiscalização por este exercida.

O BACEN, com propriedade, defende que a atividade fiscalizadora por ele exercida não tem por objetivo eliminar por completo o risco do mercado financeiro, retirando dos cidadãos a possibilidade de livre escolha/arbítrio. Dessarte, a fiscalização está atrelada à higidez/saúde do sistema como um todo, revelando-se desproporcional a hipótese de responsabilização da autarquia por todos os danos individuais auferidos com as aplicações mal sucedidas.

No caso em apreço, considerando os documentos acostados aos autos, não vislumbro a ocorrência de omissão do BACEN por falta de fiscalização. Em outros termos, não é possível afirmar que eventual liquidação extrajudicial dos requeridos evitaria os prejuízos vivenciados pelos postulantes.

Como se sabe, o mercado financeiro é, por sua natureza especulativa, informado pelo risco. Por isso é que sempre a expectativa de lucros expressivos - nunca compartilhados socialmente pelo aplicador quando os alcança - vem acompanhada de perto pela tormenta do risco do prejuízo avassalador.

E quando isso ocorre, calha recordar da lição do eminente Ministro Milton Luiz Pereira no julgamento do RESP 175644/RS, DJ 06.05.2002:

Não se deve flagelar a Administração Pública com reclamados danos patrimoniais sofridos por investidores atraídos ao mercado financeiro por altas taxas dos juros e expectativa de avultados lucros sobre o capital investido, por si, sinalização dos vigorosos riscos que rodeiam essas operações. Se reconhecido o direito à socialização dos prejuízos, seria judicialmente assegurar lucros ao capital, eliminando-se o risco nas aplicações especulativas.

Em suma, para que o Estado, representado por uma de suas autarquias (BACEN) pudesse ser responsabilizado, seria necessária a demonstração de que deixou de prestar um eficiente serviço de fiscalização e que essa omissão, esse serviço tido como deficiente, *teria sido a causa* do resultado danoso.

Mas essa prova não foi feita.

Em segundo lugar, e ainda que se admitisse - hipoteticamente - a omissão causadora do dano, necessária seria, também, a demonstração de *culpa* de agentes públicos.

Nem de longe se produziu qualquer prova nesse sentido, não cabendo fazer-se qualquer tipo de suposição de ocorrência de dolo ou culpa, vez que, como é cediço, dolo ou culpa exigem demonstração cabal, não se compatibilizando com presunções.

Pensar de modo diverso é atribuir ao BACEN a condição de *garantidor* das aplicações realizadas pelos investidores, o que não se coaduna com as prescrições que disciplinam a matéria.

Por tudo que se disse, a conclusão inarredável é que, no caso dos autos, a autarquia demandada *não* têm o dever de indenizar.

Por esses fundamentos, a ação não merece prosperar.

Diante do exposto, JULGO IMPROCEDENTE o pedido formulado, com resolução do mérito, nos termos do art. 269, I, do Código de Processo Civil.

Custas *ex lege*.

Condeno a parte autora ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, estes fixados em 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa, *pro rata*, em favor de cada réu contestante, nos termos do art. 20, 4º do Código de Processo Civil, a ser atualizado em conformidade com o com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, aprovado pela Resolução nº 134, de 21/12/2010, do Conselho da Justiça Federal, ou outra que vier a substituí-la.

Comunique-se o teor da presente sentença ao MM. Desembargador Federal relator do agravo de instrumento.

P.R.I.

São Paulo, 30 de novembro de 2012.

Juiz Federal DJALMA MOREIRA GOMES

**AÇÃO PENAL**  
**0000248-52.2005.4.03.6181**  
**(2005.61.81.000248-5)**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: J.B.B.L.F.

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

Juiz Federal: TORU YAMAMOTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 13/11/2012

Vistos, etc.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL denunciou J.B.B.L.F., qualificado nos autos, como incurso no artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90, em razão dos seguintes fatos apurados em inquérito policial:

Fiscalização realizada pela Delegacia da Receita Federal constatou que, no ano base 1999 - exercício de 2000, o denunciado - pessoa física - omitiu fraudulentamente rendimentos, com o objetivo de recolher, como de fato recolheu, menos tributos que os devidos.

Da análise da documentação acostada, corroborada pelo termo de verificação fiscal de fls. 169/171 e do exame dos extratos de contribuinte - fls. 54/89 e demonstrativo de variação patrimonial - fls. 157/168 atestando movimentação bancária e de CPMF, em confronto com dados de declarações de imposto de renda, constatou-se que os valores dos depósitos e créditos bancários superam, em muito, a renda declarada, configurando acréscimo patrimonial a descoberto, denotando-se a deliberada intenção do agente em se locupletar, fraudando o fisco. Regularmente intimado, o denunciado não compareceu, não logrando comprovar a origem da totalidade dos recursos recebidos, configurando-se omissão dos rendimentos, no valor abaixo de R\$ 107.685,92.

Em consequência, foi lavrado auto de infração referente à sonegação de imposto de renda - pessoa física, apurando-se crédito tributário no valor total de R\$ 76.453,50, incluídos juros de mora e multa proporcional (fls. 155).

Ressalte-se haver nos autos notícia de não ter sido quitado o débito - fls. 230.

Assim agindo, consciente e voluntariamente, o denunciado omitiu informação e prestou declaração falsa às autoridades fazendárias, para suprimir pagamento de tributo, estando, portanto, incurso nas sanções previstas no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90.

Representação da Ouvidoria Geral da Prefeitura do Município de São Paulo formulada contra J.B.B.L.F., datada de 26/06/2002, para apuração de enriquecimento ilícito (fls. 10/51).

Dossiê da Receita Federal acerca de J.B.B.L.F., com extrato de contribuinte (fls. 60/93).

Procedimento fiscal nº 008.1.90.00-2004-01194-4 instaurado em face do contribuinte J.B.B.L.F., contendo demonstrativo consolidado do crédito tributário do processo, no valor apurado de R\$ 76.453,50 (setenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e cinquenta centavos), demonstrativo de apuração e termo de verificação fiscal, referente ao ano de 1999 (fls. 114/117, 149/174).

Decretado o sigilo dos autos (fls. 177).

Termo de declarações de J.B.B.L.F. (fls. 180/181).

Termo de encerramento de fiscalização informando que o ano-calendário de 1999 foi encerrado em 10/03/2005, conforme processo nº 19515.000410/2005-00, com um crédito tributário de R\$ 76.453,50 (setenta e seis mil, quatrocentos e cinquenta e três reais e cinquenta centavos) (fls. 182, 220).

Impugnação de J.B.B.L.F. (fls. 183/187).

Relatório fiscal (fls. 195/208, 218/220, 224/226).

Informação da Receita Federal dando conta de que não houve pagamento do débito (fls. 233).

A Procuradoria Regional da Fazenda Nacional da 3ª Região - Divisão da Dívida Ativa - informou que o débito foi inscrito em dívida ativa em 18/05/2009, no valor consolidado de R\$ 128.634,49 (cento e vinte e oito mil, seiscentos e trinta e quatro reais e quarenta e nove centavos) (fls. 253/255).

A denúncia foi recebida em 06/11/2009 (fls. 262/263).

O réu foi citado pessoalmente (fl. 277).

Apresentou resposta à acusação, na qual alegou ser o caso de desclassificação para o delito previsto no artigo 2º, I da Lei nº 8.137/90 e que, assim, já decorreu o prazo prescricional, requerendo a extinção da punibilidade; a prescrição e decadência do procedimento fiscal e a extinção do processo pela prescrição intercorrente; e, subsidiariamente, o sobrestamento do feito, até término do proc. nº 2009.65.00.000884-0 em curso na 5ª Vara das Execuções Fiscais da Seção Judiciária do Estado de São Paulo. Arrolou a testemunha Mauricio Soares Pinto e juntou documentos (fls. 278/288, 289/305).

Manifestou-se o MPF contrariamente às teses defensivas, pois, o réu está incurso nas penas do artigo 1º da Lei 8.137/90, já que houve efetivamente a supressão ou diminuição de tributos, e não no artigo 2º da mesma lei, que somente ocorreria se tal supressão ou diminuição não tivesse ocorrido. Quanto à alegada prescrição e decadência do procedimento fiscal, a matéria deveria ter sido arguida naquela instância ou, em última análise, em processo cível (fls. 308/309).

Ausentes causas elencadas no artigo 397 do Código de Processo Penal, foi determinado o prosseguimento do feito, sendo designada audiência de instrução e julgamento para o dia 28/03/2011 (fls. 311/312).

Interrogado (fls. 332/vº), J.B.B.L.F. alegou, em síntese, o seguinte, em livre transcrição:

Eu sou médico. Infelizmente ... (TRECHO ININTELIGÍVEL) Tudo que me é solicitado, eu cumpro. Eu nunca tive medo de fazer nada. Sempre confiei, e continuo confiando nesse escritório de contabilidade que já me atende há quase vinte anos. Nunca tive nenhum problema com ele. Tudo que foi solicitado foi enviado, e dada entrada na auditoria da Receita. Não tenho o que declarar. Sinceramente, todo ano, nós sentamos, fazemos o imposto de renda. A única coisa que acontece é perguntarmos se podemos pagar em duas, seis vezes, o que prefere. Em outros anos foi feito isso, de pagar em seis vezes. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Não sei como isso aconteceu, não sei. Eu confio nesse escritório de contabilidade há vinte anos. Eu não me preocupo, ele sempre fez tudo direito. Eu guardava meu dinheiro em casa. Hoje eu não tenho mais dinheiro. Na época eu tinha um (TRECHO ININTELIGÍVEL) Deixei o dinheiro em casa por uma questão de hábito. Eu fiz isso durante quase cinco anos. Não guardo mais dinheiro em casa. Nessa época eu era casado. Guardava o dinheiro dentro de um cofre. Tinha cofre em casa. Desde que me divorciei, não tenho mais o cofre, ficou no apartamento. Sou médico,

exerço a função. Tenho consultório. Meu pai era médico, e deixou o escritório pra mim. Não tenho sócio. Tenho empresa e o consultório. A empresa é de prestação de serviços de assistência médica. O consultório é meu, atendo os meus clientes. A clínica tem quase 90 anos. Meu pai se formou em 1928. A empresa tem CNPJ, empregados. Tudo, incluindo o consultório, está em nome da pessoa jurídica. Faço sociedade com outro médico. Quem passa recibo é a pessoa jurídica. No recibo consta CNPJ e não CPF. É a Alpha Care, no mercado desde 1991. Tenho apenas um sócio, que é médico. Tenho uma secretária. Já houve um processo administrativo, (TRECHO ININTELIGÍVEL) eu trabalhava para a prefeitura, através de uma cooperativa. Era secretário adjunto da prefeitura, responsável por um PAS. Respondia por ser responsável sanitário. E essas cooperativas deveriam trabalhar exclusivamente para a prefeitura. Eu repassava valores para as cooperativas. Eram cerca de 15 cooperativas. Eu fazia parte de uma delas. Repassávamos dinheiro. Tínhamos que determinar uma coisa. Ou você fazia compra de remédios e pagava funcionários ou pagava terceiros. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Não tenho nada contra a testemunha de acusação. Eu acho que houve recurso administrativo contra a autuação da Receita Federal. Houve defesa. Acho que eu tinha advogado sim. Se não me engano, assinei uma procuração. Tomei medidas para que a autuação não fosse adiante. Eu não entendo termos corretos (TRECHO ININTELIGÍVEL). Não tenho filhos dependentes. São todos maiores. Eu tinha o dinheiro em casa, era de reserva. Comecei a guardar dinheiro em 92, 93, se não me engano ... Declarei esses valores. Não só declarei como paguei os impostos. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Me separei da minha esposa. Ela está morando naquele apartamento em que eu morava antes. Fica na Afonso Braz, número 100. É no décimo quarto andar. Minha ex-esposa se chama Marlene (...).

Durante a instrução, foram ouvidas uma testemunha de acusação e uma de defesa; bem como realizado o interrogatório do réu (fls. 331/332v).

Encerrada a instrução, na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal nada requereu (fl. 333, item 6). A defesa deixou transcorrer o prazo estipulado para a juntada dos documentos (fl. 333, item 7).

O Ministério Público Federal, em alegações finais, entendendo comprovadas materialidade e autoria, requereu a condenação do réu nos exatos termos da denúncia (fls. 349/351).

A defesa, alegando, em seus memoriais, que não houve dolo nem omissão por parte do réu, bem como a ausência de provas, requereu a absolvição (fls. 353/355).

O réu registra uma condenação pelo art. 168-A, I, c/c art. 71, do Código Penal, ora em grau recursal (fls. 08, 12, 13, 14, 16/17 e 26/27, do apenso).

É o relatório.

DECIDO

PRELIMINARMENTE

Rejeito o pedido de desclassificação do crime capitulado na denúncia para o art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, formulado na resposta à acusação, e, por conseguinte, deixo de reconhecer a alegada prescrição da pretensão punitiva estatal.

Nesse passo, assiste razão ao Ministério Público Federal, quando assim aduz:

A doutrina e jurisprudência são unânimes em afirmar que a grande diferença entre os delitos previstos nos artigos 1º e 2º da Lei 8.137/90 é a constatação ou não da supressão ou

redução do tributo. Assim, caso o acusado omitisse ou prestasse declaração falsa perante as autoridades fazendárias sem obter sucesso na supressão ou redução do tributo estaria cometendo apenas o delito previsto no art. 2º, uma vez que trata-se de crime formal, ou seja, não há necessidade de supressão ou redução, basta ter uma dessas finalidades. No entanto, com a redução ou supressão do tributo, como ocorreu no caso dos autos, houve a consumação do delito previsto no artigo 1º.

Não sendo o caso de desclassificação, não houve a requerida prescrição, a qual só teria ocorrido se o delito cometido fosse capitulado no artigo 2º, da Lei 8.137-90. (fls. 308)

Com efeito, como se verá adiante, na análise da materialidade, houve, em tese, a supressão ou redução do tributo devido no ano-calendário de 1999, exercício de 2000. Logo, por se tratar de crime material e não formal, não é caso de se desclassificar o crime capitulado na denúncia para o do art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90.

Em conseqüência disso, não se consumou, ainda, a pretendida prescrição da pretensão punitiva estatal, haja vista a não fluência de 12 (doze) anos entre nenhum dos marcos temporais interruptivos da prescrição, previstos no art. 117 do Código Penal.

Daí a rejeição dessa preliminar.

No que tange ao pedido de extinção da punibilidade com supedâneo na suposta decadência de a Receita Federal constituir o crédito tributário, é de se observar que tal alegação não foi acolhida pelo Fisco, em que pese o contribuinte tê-la alegado em sua impugnação à autuação (fls. 183/187), haja vista a inscrição do débito em dívida ativa (fls. 253/255).

Aliás, nos termos do art. 173, I, do Código Tributário Nacional, o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 anos, “contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, ou seja, contados do dia 01/01/2001, já que o lançamento poderia ter sido efetuado no decorrer do exercício de 2000.

Por conseguinte, considerando que o Termo de Início de Fiscalização e o Mandado de Procedimento Fiscal – Fiscalização nº 08.1.90.00-2004-01194-4 foram recebidos pelo contribuinte em 05/08/2004 (fls. 118), não há que se falar na decadência de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário relativo ao tributo não recolhido no exercício de 2000.

Superadas as preliminares, examino o mérito.

## MATERIALIDADE

A materialidade delitiva encontra-se devidamente comprovada.

O procedimento fiscal nº 008.1.90.00-2004-01194-4 instaurado em face do contribuinte J.B.B.L.F. (fls. 151/174) documenta, em tese, a existência de omissão de tributo federal, o IRPF, por parte do referido contribuinte, no ano-base de 1999, exercício de 2000, no valor de R\$ 29.613,63, conforme Auto de Infração – Imposto de Renda Pessoa Física (fls. 156/157).

A propósito, registro que o valor total do crédito tributário apurado no AI *não* deve ser considerado automaticamente como sendo o valor do tributo sonegado. É que tal valor inclui, além do principal, os acréscimos legais como as multas, juros e correção monetária, os quais não foram *sonegados*, mas *acrescidos* ao valor do tributo sonegado, para fins de inscrição em dívida ativa e cobrança judicial. Mas, para fins penais, só reputo relevante o “quantum” do tributo efetivamente sonegado, isto é, *reduzido* ou *suprimido*.

Sob tal ângulo, o réu deixou de recolher, a título de IRPF, um total de R\$ 29.613,63, ao não comprovar, perante a Receita Federal, o acréscimo patrimonial a descoberto no valor de R\$ 107.685,92, verificado em dezembro de 1999 (fls. 160/161).

Demonstrada está, portanto, a existência do crime previsto no art. 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/1990, porque certa, ao menos em tese, a ocorrência de redução e/ou supressão do IRPF devido pelo réu, no ano calendário de 1999, totalizando o valor retro mencionado.

Consigno que eventual nulidade do procedimento fiscal encontra-se superada pela constituição definitiva do crédito tributário.

Por fim, sobre a condenação penal baseada na presunção de omissão de renda que decorre da constituição definitiva do crédito tributário, a questão será melhor examinada à luz da autoria e culpabilidade a seguir.

### AUTORIA E CULPABILIDADE

A propósito da configuração subjetiva do crime previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/1990, consigno, de início, que a responsabilidade criminal não se confunde com a responsabilidade tributária. A responsabilidade criminal é sempre pessoal e punida, sempre, a título de dolo. Nesse passo, o art. 137, inciso I, do Código Tributário Nacional, que possibilita a responsabilização criminal daqueles que, no exercício regular de administração, mandato, função, cargo ou emprego, cometem infrações tributárias, não foi, nessa parte, recepcionado pela atual Constituição da República (art. 5º, XLV). Não há, pois, responsabilidade penal objetiva, mesmo em casos de crimes tributários.

No crime do inciso I do art. 1º da Lei nº 8.137/1990, assim como nas demais condutas delitivas constantes do mesmo artigo, o tipo subjetivo requisita o dolo, que consiste na vontade livre e consciente de praticar as condutas aí previstas.

A primeira conduta delitiva do inciso I é *omitir informações*. Portanto, é elementar que o agente disponha das informações exigidas pelo Fisco, sem o que não há falar na conduta omissiva de que trata esse inciso. A segunda conduta delitiva, *prestar declarações falsas*, exige que o agente *tenha conhecimento* de que as declarações prestadas são falsas, pois sem a consciência, por parte do agente, da *falsidade* dessas declarações, não há que se falar em dolo.

A denúncia atribui a J.B.B.L.F. o crime de supressão e redução do IRPF por ter omitido as informações relativas ao referido acréscimo patrimonial verificado em dezembro de 1999.

A defesa argumentou que houve falha no recebimento de declaração retificadora referente ao ano de 1998 no tocante à declaração de bens. Não comprovou, no entanto, a existência dessa retificadora. Em audiência, alegaram o réu e a testemunha arrolada pela defesa que a retificadora teria apenas a finalidade de se modificar a forma de pagamento, de parcela única para seis parcelas.

Ademais, explicou a defesa que a divergência entre a declaração de bens de fls. 298 (exercício 2000) e a de fls. 304 (exercício 1999) deveu-se a erro da Receita Federal. Tal alegação não encontra amparo nas provas apresentadas pela própria defesa, que poderia, se fosse o caso, apresentar cópias das vias impressas por ocasião da remessa da declaração fotocopiada às fls. 304, o que não fez.

Ademais, verifico que no Termo de Verificação Fiscal (fls. 200) consta a seguinte observação “Salientamos que o valor de R\$ 207.850,00 (...) lançado pelo contribuinte como disponível

em poder do declarante em 31/12/1998 na DIRPF ano-calendário 1999 não foi considerado, uma vez que na DIRPF ano-calendário de 1998 este valor não constava na coluna de 31/12/1998 (folhas nº 121 deste processo)”, o que evidencia que o réu não retificou a sua DIRPF relativa ao exercício de 1999, ano calendário de 1998.

Contudo, entendo que as declarações de bens relativas ao exercício de 1999, ano calendário de 1998, contêm, a olhos vistos, *erros grosseiros*, porquanto, conforme extrato de contribuinte (fls. 61), em 31/12/1997, o réu declarou possuir R\$ 108.802,58; em 31/12/1998, R\$ 232.956,03 (e não R\$ 20.688,06); em 31/12/1999, R\$ 401.388,56 (e não R\$ 36.472,66), conforme DIRPF do exercício de 2000, ano-calendário de 1999.

Portanto, as declarações de bens do exercício de 1999, ano-calendário de 1998, muito embora o réu não tenha apresentado prova documental que comprovasse ter efetuado a retificação da declaração original, parecem conter, de fato, erro material que não deva ser sumariamente ignorado, mesmo porque, conforme o relato da testemunha Mauricio Soares Pinto, abaixo transcrito, era o contador do réu, portanto, um profissional, que fazia as declarações de imposto de renda do réu, com dados por este fornecidos. Entendo que um contador profissional ou não cometeria o erro grosseiro de não transportar para a declaração do exercício de 2000, ano-calendário de 1999, o *mesmo* valor dos bens possuídos pelo réu em 31/12/1998 e declarados no exercício de 1999, ano-calendário de 1998, ou, se houve erro no processamento da Receita Federal após a transmissão ou não se percebeu tal erro a tempo, efetivamente teria feito a retificadora no prazo legal.

Antes de prosseguir, porém, transcrevo, livremente, os depoimentos testemunhais colhidos em Juízo para melhor subsidiar a análise subsequente.

Fabio Ribeiro de Carvalho (fls. 331):

Sou fiscal da Receita Federal. Não me lembro muito bem de ter feito essa fiscalização. Nos termos de autuação, infração e verificação fiscal, de fls. 151/174, a assinatura é minha. Pelo que vi, foi uma fiscalização de rotina, tendo CPMF como parâmetro. O procedimento é esse, ser intimado. Pelo que está falando aí ele lançou o valor de um ano que não tinha sido lançado no ano anterior. Não me lembro se à época dessa fiscalização havia retificação da declaração de imposto de renda. (TRECHO ININTELIGÍVEL). O ano fiscalizado deve ser 99. Não me lembro ...

Mauricio Soares Pinto (fls. 331/vº):

Sou contador do Sr. J.B.B.L.F. há uns 15 anos ... Sobre esse auto de infração, fui procurador dele, entreguei essa documentação referente ao procedimento fiscal. Foram fiscalizados 2000 e 1999. Todos os documentos que solicitaram, eu providenciei. Inclusive me coloquei à disposição para a entrega de documentos. Falaram que não havia mais nada. Depois me chamaram pra assinar o auto de infração de 99. (TRECHO ININTELIGÍVEL) Talvez o gasto maior que a receita, pelo fato de o dinheiro disponível que ele tinha na declaração do ano anterior, 98, que não era objeto da fiscalização, houve um problema na Receita Federal (TRECHO ININTELIGÍVEL) A declaração de bens de 98 estava vazia. Na declaração de 99, ano anterior e ano-base, tinha os 15 itens da declaração de bens dele. O fiscal não me solicitou a declaração do ano-base 98, porque não era objeto de fiscalização. Ele argumentou apenas que em 98 não tinha declaração de bens, então ele não poderia considerar um saldo de cento e poucos mil reais que era o dinheiro disponível em poder do declarante, que era o que justificava todo o gasto dele em 99. Visto que ele tinha na época uma obra, e precisava pagar pedreiro, eletricista, encanador ... Esse pessoal do interior queria receber em moeda. Então ele realmente

tinha esse dinheiro com ele. Que vinha de declarações anteriores, 97, 96, 95 ... dinheiro que ele ganhou trabalhando, pagou imposto. Não sei por que o fiscal não aceitou o item 15 da declaração de bens. Ele não aceitou o item 15 e aceitou os outros 14 ... era o que interessava pra comprovar que as contas não batiam em 99. Tinha uma diferença de R\$ 75.000,00. Ele passou R\$ 75.000,00 a mais do que ganhou em 99. O que justifica essa diferença é o saldo que ele tinha no ano anterior de disponível em poder do declarante, e que a Receita desconsiderou, por um problema de transmissão. Naquela época, não tinha banda larga, a gente tinha a Internet por telefone. A gente ficava de noite, uma hora da manhã, tentando transmitir a declaração. A gente via na tela “declaração transmitida com sucesso”. Se não chegava, não tinha como saber. Só que hoje posso retificar uma declaração de 2006, estamos em 2011. Só que não posso retificar declaração de 2005. Se ele tivesse pedido a declaração de 98, eu veria o problema de processamento da receita, então estaria dentro do prazo pra retificar. Não é má-fé. É um problema de processamento. Se a gente abrir o disquete, a gente vê os 15 itens lá. Eu fazia as declarações desde 97 ... Houve duas declarações retificadoras referentes ao ano de 98. Eu tenho (TRECHO ININTELIGÍVEL) porque eu pus para ele pagar em seis parcelas e ele disse que queria pagar em uma. Eu fiz uma retificação para ele pagar em uma que não tinha juros. Essa declaração retificadora foi feita muito antes da fiscalização, em 99. A fiscalização foi feita em 2005. Eu tenho disquete original. Esses valores, que tem declaração de bens, não aparecem na tela que é o recibo da entrega da declaração. O que está no miolo da declaração, não conseguimos enxergar o que a Receita processou. O que sei é que, em 99, ano que fiscalizou, na coluna ano anterior, os 15 bens estão lá. E na coluna ano base, que ficou em 31 de dezembro de 99. Então em 1 de janeiro de 99, e ele tinha X, e 31 de dezembro de 99, tinha Y. Ele foi buscar uma declaração de 98, que não era objeto de fiscalização. Agora, se tivesse problema na declaração de 98, a partir da data em que ele me intimou, eu traria lá, e mostraria que os bens estavam lá. Aqui no sistema da Receita não consta nada. Entregaria uma retificação. Se não é objeto de fiscalização, e tem um erro de processamento, não há má-fé, o contribuinte tem o direito de retificar a declaração. Não ia alterar o valor. A declaração do ano 98 foi retificada, 2 vezes, mas em 99. Não depois de ser notificado. A retificação foi pra diminuir o número de parcelas, havia colocado pra pagar em seis parcelas, diminuí pra uma. Não mexi na declaração de bens. Os bens são os mesmos, na original e nas retificadoras. O auditor fiscal não falou pra mim que havia problema de processamento. Quando se iniciou a fiscalização, ainda havia prazo pra retificar de novo a declaração e colocar os bens lá. Ele omitiu este dado. Terminou o ano de 2000, demorou, demorou, demorou. Quando foi julho de 2005, eu não podia mais entrar no site da Receita, não podia mais retificar. É como hoje, eu posso retificar 2006, mas não posso ver mais 2005. Eu fiz a declaração de imposto de renda de pessoa física de J.B.B.L.F. em 99, 98 e 97. O Dr. J. deve ter essas declarações. Talvez eu tenha um disquete, e talvez consiga reconstituir, pra aparecer no sistema lá. Hoje infelizmente, não tenho aqui. Tenho cópia da declaração de imposto de renda ano base 98, exercício 99. Pra mim consta, não sei pra Receita.

O depoimento de Mauricio Soares Pinto esclarece que os dados constantes da DIRPF do exercício de 1999, ano-calendário de 1998, relativamente à declaração de bens, foram, ao que tudo indica, fruto de erro no processamento dessa declaração pela Receita Federal, já que um profissional de contabilidade que fazia a declaração de imposto de renda do réu desde 1997 dificilmente deixaria de fazer constar da declaração do ano subsequente o valor dos bens e direitos *muito diferente* do que constou da declaração anterior, pois é uma questão de *importação* de dados já declarados no ano anterior e não propriamente de informar dados *novos* na declaração a ser apresentada.

Nesse passo, é de notar que na DIRPF do exercício de 1998, o réu declarou possuir R\$ 232.956,03 em 31/12/1997 (fls. 61) e não R\$ 20.688,06, como constou da DIRPF do exercício

de 1999 (fls. 304).

Analisando, agora, os dados de movimentação bancária constantes do dossiê (fls. 82/89), verifico que, em 1997, o réu movimentou um total de R\$ 359.855,13 e recolheu CPMF no valor de R\$ 717,95; em 1998, movimentou R\$ 590.198,22 e recolheu R\$ 1.272,85; em 1999, movimentou R\$ 173.190,31 e recolheu R\$ 647,77; em 2000, movimentou R\$ 380.404,60 e recolheu R\$ 1.229,64; e em 2001, movimentou R\$ 461.010,88 e recolheu R\$ 1.587,08.

Relativamente aos anos-calendário de 2000 e 2001, o mesmo fiscal que examinou o ano-calendário de 1999 informou que “Examinada a documentação apresentada pelo contribuinte e analisada a declaração do IRPF do período considerado, não foram encontrados quaisquer fatos que ensejassem a formalização de crédito tributário” (fls. 220), ou seja, a Receita Federal não entendeu haver indício de sonegação fiscal no ano-calendário de 2000, exercício de 2001, quando o réu movimentou R\$ 380.404,60, pagando CPMF de R\$ 1.229,64, valores esses bem superiores ao do ano-calendário de 1999, exercício de 2000: R\$ 173.190,31 e R\$ 647,77, respectivamente. Ademais, no ano-calendário de 1998, exercício de 1999, o réu movimentou um valor quase três vezes superior ao que movimentou no ano-calendário de 1999, exercício de 2000: R\$ 590.198,22 ante R\$ 173.190,31.

Tais dados, se não provam estreme de dúvidas a não ocorrência de sonegação fiscal, ao menos põem em dúvida que o suposto acréscimo patrimonial a descoberto verificado em dezembro de 1999, no valor de R\$ 107.685,92 (fls. 161), tem justificativa razoável no erro material constante da DIRPF do ano-calendário de 1998, exercício de 1999, como alegado pela defesa, relativamente às declarações de bens e direitos, em especial, quanto ao valor do dinheiro em espécie em poder do contribuinte, que teria constado no seu item 15, não considerado pelo fiscal que conduziu o procedimento.

Nesse passo, é de notar que a movimentação bancária do réu em 1999 é menos que 30% da de 1998; 45,5% da de 2000 e 37,5% da de 2001, o que sugere, efetivamente, que no ano-calendário de 1999, o réu pagou suas contas com dinheiro em espécie e não por meio de movimentação bancária, como alegou no interrogatório.

Tal alegação também constou da manifestação do seu contador, como visto acima.

Consigno que, neste feito, não se apura a origem dos recursos declarados, se decorrentes de atos de improbidade administrativa, mas sim, tão-somente, se houve ou não supressão ou redução dolosa do imposto de renda no exercício de 2000, ano-calendário de 1999.

Diante dessas considerações, opto em absolver o réu, com fulcro no princípio *in dubio pro reo*.

Isto posto, JULGO IMPROCEDENTE a denúncia e ABSOLVO J.B.B.L.F., RG nº x.xxx.xxx/SSP/SP e CPF nº xxx.xxx.xxx-xx, dela constante, com fulcro no art. 386, VII, 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, 27 de setembro de 2012.

Juiz Federal TORU YAMAMOTO

- Sobre o delito do artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90, veja também os seguintes julgados: ACr 2000.61.81.002908-0/SP, Relator Desembargador Federal Cotrim Guimarães, publicada na RTRF3R 92/330 e HC 0003038-49.2010.4.03.0000/SP, Relator Juiz Federal Convocado Silvio Gemaque, publicado na RTRF3R 103/685.

**AÇÃO PENAL**  
**0013163-36.2006.4.03.6105**  
**(2006.61.05.013163-4)**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Réus: HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES E OUTROS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA DE CAMPINAS – SP  
Juíza Federal: MÁRCIA SOUZA E SILVA DE OLIVEIRA  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/01/2013

Vistos, etc.

HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, EBERT DE SANTI, MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES, RONALDO LOMÔNACO JÚNIOR, SÉRGIO LÚCIO DE ANDRADE COUTO, CAIO MURILO CRUZ, ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, MARGARETE CALSOLARI ZANIRATO, PAULO ROBERTO STOCO PORTES E ARLINDO FERREIRA DE MATOS, já qualificados, foram denunciados pelo Ministério Público Federal como incurso nas sanções a seguir descritas:

José Carlos MARINHO e PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS incorreram no art. 299 do CP: PATRÍCIA por haver declarado durante o processo de importação ser sócia, sendo funcionária e José Carlos por omitir ser o proprietário da TRADING, omissão relevante por ser despachante aduaneiro. Praticaram tais condutas em três oportunidades.

José Carlos MARINHO, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, Joseph HANNA DOUMITH, ANDRÉ LUIZ MARTINS DI RISSIO BARBOSA e Fabio BASTOS e HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, os três primeiros, por falsidade ideológica e os dois últimos por falsidade ideológica, como partícipes (sabem da interposição fraudulenta, auxiliam nas importações e auferem lucros diretos com elas), em função da omissão em declarar o real proprietário das mercadorias: em três oportunidades.

José Carlos MARINHO, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, Joseph HANNA, Fabio BASTOS, ANDRÉ DI RISSIO e HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES incorreram no uso de documentos falsos perante a Receita Federal, em três oportunidades (faturas falsas).

José Carlos MARINHO, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, Joseph HANNA, Fabio BASTOS, ANDRÉ DI RISSIO, HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES e Wilson ORDONES: três tentativas de descaminho, com a agravante do parágrafo terceiro, por se tratar de transporte aéreo. Wilson ORDONES na qualidade de partícipe.

Joseph HANNA, Fabio BASTOS, Wilson ORDONES, ANDRÉ DI RISSIO e EDUARDO DINIZ prometeram vantagem indevida a EBERT DE SANTI, para que este omitisse a prática de ato de ofício. EDUARDO DINIZ concorreu para o crime na qualidade de partícipe, art. 333, *caput*, do CP.

EBERT DE SANTI, aceitando a promessa de vantagem para desembaraçar declaração de importação subfaturada, praticou, em concurso material, os crimes dos arts. 317, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90.

Joseph HANNA, Fabio BASTOS, José Carlos MARINHO, HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES prometeram vantagem indevida a CAIO MURILO CRUZ, para que este omitisse a prática de ato de ofício, art. 333, *caput*, do CP.

CAIO MURILO CRUZ, aceitando a promessa de vantagem para desembaraçar declaração de importação subfaturada, praticou, em concurso material, os crimes dos arts. 317, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90.

EDUARDO DINIZ, a pedido de Wilson ORDONES e valendo-se da proximidade e acesso liberado que cargo de Técnico da Receita permite, intercedeu perante MARIA DO Socorro para que a mesma, após assumir a função de Supervisora do SAPEA, liberasse carga de Joseph. Assim, incorreu no art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90. Wilson responde como partícipe (Conversas do dia 04/07/2005 19:17:33 07/07/2005).

MARIA DO Socorro insistiu, intermediou contatos e defendeu a liberação das cargas da TRADE WORKS e os interesses de José Carlos perante ELIZABETE FERRO e MARGARETE CALSOLARI, incorrendo, pois, nos art. 3º, III, da Lei nº 8.137/90.

MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES por se omitir na adoção de providências disciplinares em face da atuação de MARIA DO Socorro, incorreu em condescendência criminosa (art. 320 do CP).

Joseph HANNA, Fabio BASTOS e Wilson ORDONES prometeram vantagem indevida às auditoras MARIA DO Socorro NEVES CANUTO, ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, responsáveis pela conferência física da carga da DI registrada, para que estas omitissem a prática de ato de ofício (art. 333, *caput*, do CP).

MARIA DO Socorro NEVES CANUTO e ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, aceitando a promessa de vantagem para desembaraçar declaração de importação subfaturada, praticaram, em concurso material, os crimes dos arts. 317, *caput*, e do art. 3º, II, da Lei nº 8.137/90. Wilson ORDONES, ANDRÉ DI RISSIO, Fabio BASTOS, José Carlos MARINHO e HENRIQUE DE OLIVEIRA ofereceram vantagem indevida à fiscal MARIA DO Socorro para que não fizesse questionamentos referentes ao preço da mercadoria no bojo dos quesitos do laudo técnico realizado, para que esta omitisse a prática de ato de ofício (art. 333, *caput*, do CP).

MARIA DO SOCORRO NEVES CANUTO, aceitando a promessa de vantagem para não direcionar o laudo a questões sobre preço do produto, tentou facilitar a liberação da mercadoria, incorrendo, em concurso material, nos crimes dos arts. 317, *caput*, e 318, *caput*, do CP.

José Carlos MARINHO, ao oferecer vantagem indevida ao fiscal ARLINDO FERREIRA DE MATOS, em duas oportunidades, para que realizasse a habilitação e revisão de estimativa da TRADEWORKS, em desacordo com os regulamentos da Receita Federal, incorreu, em concurso material, no crime do art. 333, parágrafo único, do CP.

ARLINDO FERREIRA DE MATOS, ao aceitar promessa de vantagem de José Carlos MARINHO, praticando atos de ofício infringindo seus deveres funcionais, incorreu nas penas do art. 317, § º, do CP, em duas ocasiões, em concurso material.

MARIA ELIZABETE ANTONIETA ALVES FERRO (sic), ao avocar os processos de pedido de devolução de mercadorias para seu gabinete, mantendo-os lá, por receio de adotar as medidas legais em face de cargas de interesse de ANDRÉ DI RISSIO e determinando verbalmente ao substituto em suas férias que não desse andamento aos autos e aguardasse seu retorno, retardou a prática de ato de ofício para satisfação de sentimento pessoal, incorrendo na prática do crime do art. 319 do CP.

MARGARETE CALSOLARI tinha ciência de que a propriedade das cargas não era de PATRÍCIA REGINA, ainda assim, cumprindo determinação de RONALDO LOMÔNACO para que não prejudicasse Joseph HANNA DOUMITH a pedido de ANDRÉ DI RISSIO, e com a anuência de ELIZABETE FERRO, SÉRGIO LÚCIO, CAIO MURILO CRUZ, PAULO ROBERTO STOCCO, lavrou-se notificação fiscal para fins penais apenas em face de PATRÍCIA, incorrendo, pois, todos eles nos crimes do art. 348, *caput*, e 317, § 2º, do CP. (denúncia do Ministério Público Federal (fls. 253 e seguintes).

Os acusados André, Joseph, José Carlos Fabio, Wilson e Socorro já foram julgados pelos mesmos fatos nos autos nº 2006.61.05.012056-9. Esses e outros réus acusados neste processo já foram julgados nos processos de nºs 2006.61.05.009502-2 e 2006.61.05.009625-7, por outros fatos ocorridos no mesmo período mas referentes a outras cargas. (Joseph Hanna Doumith, André Luiz Martins di Rissio Barbosa, Wilson Roberto Ordonez, Fabio Bastos, José Carlos

Marinho, Henrique de Oliveira Gomes, Patrícia Regina Pereira dos Santos, Antônio Eduardo Vieira Diniz e Aracy Serra).

Em síntese apertada, os fatos são os seguintes:

Segundo a denúncia, no dia 16 de junho de 2005, Joseph adquiriu mercadorias diretamente da BELL MICROPRODUCTS LATIN AMERICA, localizada em Miami, através de sua empresa a VICO-TECH COMPUTADORES LTDA (JJ INTERNATIONAL). Registrou a invoice nº 263917. No mesmo dia realizou outra operação comercial com a mesma empresa consolidada na invoice nº 263918. No dia 21 de junho, Joseph realizou outra operação através da JJ COMPUTADORES INTERNACIONAL junto à BELL MICROPRODUCTS, consolidada na invoice nº 264179. No mesmo dia realizou uma quarta aquisição que recebeu a invoice nº 264180.

José Carlos Marinho e PATRÍCIA, despachante aduaneiro e sócia da TRADE WORKS, respectivamente confeccionaram invoices falsas, distribuindo-as em três partes, consolidadas nas faturas de nºs 100245, 100246 e 100247, declarando as mercadorias a preços muito inferiores aos reais, com a finalidade de iludir os impostos referentes à importação. As cópias das faturas falsas foram encontradas na empresa de Joseph, o sócio da VICO-TECH COMPUTADORES LTDA - EPP.

As falsas invoices foram encaminhadas à empresa WK Cargo Transportadora, tendo sido emitidos três conhecimentos de transportes (AWB) pela ARROW AIR INC. Como as empresas de Joseph, o real importador, não estavam habilitadas a importar mercadorias, nas faturas falsas a TRADE WORKS figurou como real adquirente.

As mercadorias chegaram em 27 de junho de 2005 no aeroporto de Viracopos. PATRÍCIA, sócia de direito da TRADE WORKS, ficaria a cargo do registro das Declarações de Importação com os valores subfaturados.

Em razão de mudanças administrativas na Inspeção da Receita Federal em Viracopos, Joseph, Jose Carlos e Fábio, decidem registrar apenas uma importação. Jose Carlos, PATRÍCIA e HENRIQUE, despachante aduaneiro, sócia da TRADE WORKS e ajudante de despachante aduaneiro respectivamente, realizam o registro da DI nº 05/0680825-9 relativa à fatura 100245 - AWM 404.1782-0084 em 30 de junho de 2005. Dessa fatura consta a mercadoria como "conjunto cabeça-disco de unid. de disco rígido montados", quando na realidade a mercadoria era composta de discos rígidos. Aquela mercadoria possui alíquota "0" de IPI.

A DI foi selecionada para conferência pelo ARFR EBERT DE SANTI. Por conta das referidas mudanças administrativas, parte das atribuições do SAPEA foi transferida para o Grupo de Recepção de Entrega de Documentos, da Equipe de Despacho Aduaneiro e Importação, para onde foi designada Maria do Socorro ARFR. EBERT não tinha mais poderes para vistoriar a mercadoria.

Wilson, Delegado de Polícia Civil que se envolve nas operações de comércio exterior e mantém contatos com vários empresários do setor (recebendo dinheiro para facilitar ou agilizar o desembaraço das mercadorias), toma ciência de tais fatos por EBERT (auditor fiscal) e avisa que vai conversar com a fiscal para liberar a carga que não estaria mais a cargo de EBERT.

Com as mudanças de atribuição de vários setores, a fiscalização das cargas que era de competência do SAPEA, cujo supervisor era EBERT, passa para o EQUIDEI. Em retaliação a essa medida EBERT despacha a mercadoria para o EQUIDEI.

Ainda, segundo a denúncia, Fabio Bastos combina com Wilson para levar o pagamento

de EBERT que havia acordado com ele a liberação da mercadoria. Joseph, o importador, ainda cobra de Fabio (intermediário sem funções definidas, uma espécie de “faz tudo” e amigo do Delegado de Polícia Civil André Di Rissio) o desembaraço, uma vez que a propina havia sido paga.

Wilson procura SERGIO LUCIO e o põe a par de toda a situação, solicitando que o mesmo interfira junto à inspetora ELIZABETE. A carga em questão foi entregue para conferência às fiscais Socorro e ÂNGELA. Wilson avisa Fabio que Socorro e ÂNGELA concordaram, mediante promessa de vantagem pecuniária, em liberar a carga.

Socorro faz a conferência física das mercadorias e constata a ausência de relação entre a descrição da mercadoria e a mesma, bem como seu o subfaturamento, informações que causam sobressalto em Fabio.

Fartas conversas são entabuladas entre Fabio, Jose Carlos, Wilson e HENRIQUE, na tentativa de resolver o problema da carga de Joseph. HENRIQUE é ajudante de despachante aduaneiro que trabalha com Jose Carlos Marinho, despachante Aduaneiro. Henrique mantém contatos freqüentes com o Delegado de Polícia Civil Wilson Ordones e com os fiscais da Aduana de Viracopos.

A mercadoria é mandada para a perícia. Após a elaboração do laudo, ANGELA e Socorro peticionam à chefia da EQUIDEI, observando que a sócia da TRADE WORKS, Fernanda, estava irregular em relação à entrega de declaração do IRPF, enquanto que a renda da sócia PATRÍCIA não era condizente com o capital da empresa. Acrescentam que a mercadoria estava classificada erroneamente, apresentando indícios de beneficiamento de alíquota de imposto de importação mais favorecida e que o preço das mercadorias está muito inferior em comparação aos produtos. Sugerem também enquadrar TRADE WORKS em procedimentos especiais.

Nesse interregno, uma reunião é realizada com a presença de Wilson sobre os negócios da TRADE WORKS, com a presença de EBERT, não sendo tocado no assunto principal que seria o do assalto a um fiscal de nome José Carlos.

Como a TRADE WORKS estava com problemas na sua estrutura societária, Jose Carlos (“sócio” e orientador dos negócios de PATRÍCIA na TRADE WORKS) e PATRÍCIA tentam regularizá-la para não perder outros negócios. O processo das mercadorias de Joseph, segundo a denúncia vai para a decisão de ELIZABETE (Inspetora da Receita Federal).

André, que estava acompanhando toda a operação e orientando os demais envolvidos, travando vários diálogos com Fabio, Joseph e Jose Carlos, resolve que é hora de se envolver diretamente e se encontra com RONALDO LOMONACO, Inspetor Aduaneiro Adjunto. Esse fala por telefone com ELIZABETE, na frente de André, para tratar do assunto da TRADE WORKS e da mercadoria. Posteriormente, LOMONACO liga para ELIZABETE, já sem a presença de André, dizendo ter exagerado nos pedidos. Diz também que a TRADE WORKS é uma empresa de fachada e que Wilson está insistindo por que André tem ascendência sobre ele.

André pergunta a Joseph qual o valor “de nossa carga”. Joseph, então, discrimina o valor real: cento e dois mil dólares. Observe-se que a soma do valor das quatro invoices originais, cujas mercadorias foram distribuídas entre as três faturas falsas, dá exatamente cento e dois mil dólares. De fato, somando-se os valores das invoices nº 263917 (US\$ 2,400.00), nº 263918 (US\$ 77,815.00), nº 264179 (US\$ 2,545.00) e nº 264180 (US\$ 19,470.00), tem-se o valor preciso de US\$ 102.230,00 (cento e dois mil, duzentos e trinta dólares). Assim, tanto Joseph quanto André sabiam os valores originais e subfaturados.

SEGIO LUCIO e ELIZABETE falam com Jose Carlos para retificar as declarações de renda das sócias da TRADE WORKS. LOMONACO diz que a TRADE WORKS não é a empresa do primo de André, Joseph, e, portanto, o que tiver de ser feito com a TRADE WORKS poderá ser feito sem problemas. Há dificuldades em resolver o problema da empresa de André, a real adquirente, pois ela não aparece no sistema.

Jose Carlos fala com André que teve uma reunião com SÉRGIO LÚCIO, CAIO e MARGARETE e vai apresentar os documentos da TRADE WORKS para que eles vejam o que pode ser feito com a carga. MARGARETE avisa sobre o perdimento da carga e Jose Carlos informa a André que solicitou a Socorro que intercedesse junto a MARGARETE para evitar o perdimento. José Carlos atende André da sala de Wilson Ordones, que quer saber mais informações a respeito de EBERT estar “magoado” com eles. Pergunta se “não cumpriram alguma coisa que prometeram”, e afirma que “tudo o que EBERT pediu eles atenderam”. André também afirma que SÉRGIO LÚCIO é muito amigo de EBERT.

Todos os processos, neste ponto, encontram-se em mãos da fiscal MARGARETE. Concomitantemente, José Carlos fala para Patrícia que teria sido aconselhado pela fiscal MARGARETE a impetrar mandado de segurança para liberação da carga.

José Carlos passa para Joseph os valores cobrados pela advogada. Joseph afirma que cobrará parte deste valor de André Di Rissio e de Fabio Bastos. José Carlos fala também com Fabio que foi idéia de MARGARETE impetrar mandado de segurança e se o juiz pedisse informações, ela teria dito que “... daria um OK para liberar”. MARGARETE, segundo Jose Carlos, prometeu prestar informações no mandado de segurança para facilitar a liberação das mercadorias.

Durante esse período, o AFRF Levi Meira de Souza requisitava informações à BELL MICROPRODUCTS DO BRASIL sobre as faturas apresentadas, recebendo como resposta da referida empresa, a informação de que pode “... de plano afirmar sem qualquer dúvida que tais documentos são totalmente fora dos padrões praticados por essa empresa”. Também obteve da empresa a lista de preços praticados, demonstrando o subfaturamento das declarações de importação. Os preços foram considerados “absurdos e incorretos”.

Vários dias depois, José Carlos é informado por HENRIQUE que, contrariamente ao que MARGARETE informou, em janeiro seria realizado auto de infração das mercadorias pelo fiscal Abraão. José Carlos fica indignado, pois, conforme sugestão de MARGARETE, impetrara mandado de segurança. José Carlos diz que “nesse país ninguém vai em cana, só trouxa”.

Fabio, e Jose Carlos, demonstrando preocupação com a possibilidade de que alguma advertência seja inserida no sistema, mobilizam HENRIQUE para falar com WILSON e este com Socorro, Supervisora do Gripo de Fiscalização de Importação (GFI). Nesse ponto, Fabio comenta que foi com não ter registrado as duas AWBs pois agora poderão tratar diretamente com Socorro sem intermediários. Esse fato é confirmado no SISCOMEX que mostra SOCORRO como a responsável pela conferência das mercadorias de 07.07/2005.

Narra, ainda, a inicial que ANGELA teria assegurado a José Carlos que, caso quisesse importar algo de forma irregular, poderia falar com ela.

MARGARETE e o AFRF José Marcos Francisco Abrahão lavram auto de infração referente à DI 05/0680825-9, pretendendo o perdimento de todas as mercadorias importadas pela TRADEWORKS.

A notificação fiscal para fins penais remetida ignora o real adquirente da mercadoria, na tentativa de minimizar os inconvenientes à empresa de Joseph, ainda que tenha sido apresentada pela própria TRADEWORKS declaração da BELL de que os produtos em questão foram vendidos à empresa J.J. COMPUTADORES, de Joseph.

Para incluir no Mandado de Segurança a ser impetrado, é falsificada uma carta que teria vindo dos EUA, da BELL. A redação é feita pela advogada, em conjunto com Jose Carlos. A carta é traduzida, consularizada e entregue a Joseph, contendo a declaração da BELL MICROPRODUCTS de que a carga foi vendida para a J.J. COMPUTADORES INTERNACIONAL, transportada pela WK CARGO INC e remetida ao BRASIL através da TRADEWORKS, mencionando os números de conhecimento aéreo.

A mercadoria, ao final, foi mandada para perdimento.

A denúncia foi recebida em 18 de outubro de 2006, conforme decisão de fls. 655/682, Defesas preliminares de EBERT, CAIO, RONALDO, SÉRGIO LÚCIO, ÂNGELA, MARGARETE, ARLINDO, MARIA ELIZABETE e HENRIQUE às fls. 729/791, 794/814, 815/962, 967/1052, 1054/1082, 1083/1141, 1145/1195, 1199/12837 e 1857, respectivamente. Os interrogatórios de HENRIQUE, PATRÍCIA, MARGARETE, RONALDO, MARIA ELIZABETE, ÂNGELA, CAIO, ARLINDO, EBERT e SERGIO LÚCIO constam das fls. 1867/1875, 1876/1878, 1881/1893, 1985/1909, 1912/1922, 1923/1934, 2186/2196, 2197/2205, 2226/2235, 2236/2250, respectivamente. Apresentaram defesas prévias PATRÍCIA, MARGARETE, RONALDO, MARIA ELIZABETE, ÂNGELA, HENRIQUE, ARLINDO, CAIO, EBERT e SERGIO LÚCIO às fls. 1942/1943, 1944/2013, 2015/2029, 2036/2049, 2050/2063, 2080/2081, 2213/2214, 2215/2225, 2256/2257, 2262/2281, respectivamente.

Este Juízo determinou a juntada das declarações de Fábio Bastos feitas ao Ministério Público Federal, na qualidade de réu colaborador no compromisso de delação premiada já homologado por este Juízo em 14.12.2006 e constante dos autos nº 2006.61.05.15049-5 (fls. 2087/2104), e procedeu ao interrogatório do réu colaborador Fábio (fls.2111/2137).

A testemunha arrolada pela acusação foi ouvida às fls. 2327/1337 (Pedro Rui Júnior). As testemunhas arroladas pela Defesa Rodney Loureiro dos Santos, Paulo marcelo Pizorusso dos Santos, Marcos Rodrigues de mello, Ronaldo Lázarp Medina, José Ivan Guimarães Lobato, Maria Cirstina Martins, Marco Anotnio Abdo, Vera Fonseca Schneck, Joelson Aparecido Cano, Rossano Wagner Torres de Andrade, Claudio Mitsuo Horikawa, Israel Geraldi, Levi Meira de Souza, Agnaldo Clozer Pinheiro, Marcia do Amaral Germano, Edmilson Roberto Gazzola, Eli Gomes Ferreira, Maria Goretti de Araújo, Antonio Andrade Leal, Paulo Francisco Guarnieri, Mauro Roberto Palermo, Flavio Roberto Elois, João Hiroshi Atoji, Ricardo Samuel Eid, Ivo Costa, Rosana Martins de Oliveira, Jose Eduardo de Souza, João de Figueiredo Cruz, Edmundo Rondinelli Spolizino, Sandra Ivete Rali Vitali, Vanderlei Lourenço, respectivamente às fls. 2403/2405, 2492/2497, 2509/2513, 2699 (mídia digital), 2599/2604, 2605/2606, 2607/2608, 2609/2610, 2611/2613, 2617/2618, 2641/2624, 2625/2626, 2627/2629, 2630/2631, 2635/2637, 2642/2648, 2649/2650, 2651/2652, 2653/2654, 2781/2783, 2784/2785, 2808/2809, 2810, 2811, 2811/2814, 2815/2817, 2828 (mídia digital), 2923 (mídia digital).

Tendo em vista a nova sistemática processual, este Juízo intimou as defesas acerca do interesse em novo interrogatório. Não houve interesse dos réus à exceção de PATRÍCIA que foneceu endereço nos Estados Unidos da América. Decisão de fls 2960 indeferiu o pedido tendo em vista a revelia da ré determinada às fls. 2338.

Na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal a defesa de EBERT requereu a realização de diligências e juntou laudo pericial fls. 2977/2984. As diligências deferidas e cumpridas.

Memoriais do Ministério Público Federal às fls. 3213/3289 e os das defesas às fls. 3295/3307 (ELIZABETE), 3309/3357 (PAULO STOCCO), 3366/3384 (SÉRGIO LUCIO), 3405/3410 (PATRÍCIA), 3429/3447 (CAIO), 3449/3458 (MARGARETE), 3460/3472 (ANGELA), 3484/3902 (EBERT), 3903/3990 (ARLINDO), 3990/4000 (HEMRIQUE), 4003/4390 (PATRÍCIA).

*É o relatório.*

*Fundamento e decido.*

De início acolho o requerimento das partes para DECRETAR A EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE PELA PRESCRIÇÃO NO TOCANTE AOS CRIMES IMPUTADOS A MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES, RONALDO LOMÔNACO JUNIOR, SÉRGIO LÚCIO DE ANDRADE COUTO, MARGARETE CALSOLARI ZANIRATO e PAULO ROBERTO STOCCO PORTES, tendo em vista a prescrição dos fatos, nos termos do artigo 107, IV do Código Penal.

Também acolho o pedido das partes para ABSOLVER ANGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA, com fulcro no artigo 386, IV do Código de Processo Penal. De fato, não há provas de que a acusada tenha recebido qualquer pagamento ilícito nos desembarços tratados nestes autos.

Em relação aos acusados HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES, PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, EBERT DE SANTI, CAIO MURILO CRUZ E ARLINDO FERREIRA DE MATOS, passo a analisar as preliminares apresentadas por suas defesas, algumas delas comuns aos réus, outras especificamente alegadas.

- ILICITUDE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS QUE DERAM LUGAR À DENÚNCIA; FALTA DE FUNDAMENTO DA DECISÃO QUE AUTORIZOU AS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS (INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO PRIMEIRA MEDIDA INVESTIGATIVA); VÍCIOS DAS PRORROGAÇÕES DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS; INDEFERIMENTO DO REQUERIMENTO DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS; INDEFERIMENTO DA ESPECTROGRAFIA DE VOZ DE ÁUDIOS ESPECIFICADOS PELA DEFESA DE ANDRÉ DI RISSIO; NULIDADE DA DECISÃO QUE DEFERIU O PEDIDO DE INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E AS SUCESSIVAS PRORROGAÇÕES AO LONGO DE MAIS DE UM ANO SEM QUALQUER FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA.

Rejeito as preliminares argüidas pelas defesas acerca do cerceamento de defesa pelo indeferimento do requerimento de transcrição integral das interceptações telefônicas. Como já decidido anteriormente, tal requerimento não encontra suporte legal. A integralidade dos diálogos foi entregue a todos os defensores em mídia digital (CDs). Todos os réus, tal como este Juízo, puderam ouvir detalhadamente todas as conversas travadas durante a escuta telefônica, mesmo as impertinentes ao presente processo.

Importante ressaltar que o sistema grava todos os diálogos, os sinais de ligação e as ligações são completadas sem qualquer censura. Por conveniência da autoridade policial, seus peritos resumem os diálogos, que segundo o entendimento dos mesmos, podem interessar às partes. Entretanto, a acusação, a defesa e muito menos este Juízo ficam adstritos a esses resumos. Devem, ao contrário, ouvir todos os diálogos para entender o contexto em que se travaram.

A degravação integral poderia ser feita pela própria defesa, utilizando-se de seus recursos. O avanço da tecnologia é um serviço destinado a melhorar a capacidade de apreensão e a velocidade da informação, permitindo que as escutas sejam acessíveis a todos os interessados por meio de simples leitura, pelo computador, dos signos que compõem as vozes.

No que tange ao 1º da Lei nº 9.296/96, este determina a transcrição das gravações, mas não exige a integral degravação das mesmas. Além disso, como qualquer prova, deve ser avaliada como tal, pelo julgador. Reitere-se que eventuais comentários dos peritos não possuem qualquer peso no julgamento, v.g. quando o perito judicial afirma que a cédula falsa pode enganar o homem médio.

Afirmar que sem a transcrição a prova não seria isenta equivale a duvidar da capacidade do Juiz de avaliar, por completo, todas as provas carreadas aos autos, ou seja, imaginar que este Juízo se limitou a ler apenas os resumos das interceptações, subestimando sua capacidade intelectual, inclusive em relação ao exame dos inúmeros documentos acostados ao processo. Estranha a este Juízo que se faça tamanha distinção entre dois sentidos importantes, inerentes à grande parte dos seres humanos, quais sejam, a visão e a audição, não se vislumbrando a importância de um em detrimento ao outro.

Bastava, tão-somente, a confecção pelas partes de cópias das mídias, que se encontram devidamente encartadas aos autos, para que ficasse assegurada a possibilidade de elucidação dos fatos, o que efetivamente foi requerido e prontamente deferido por este Juízo. Desnecessária, portanto, a produção da prova pretendida, pois os registros telefônicos em CD's são cópias fiéis dos diálogos, não havendo sentido em se acatar o pedido. Vale, nesta ordem de idéias, transcrever o seguinte precedente jurisprudencial do Colendo Supremo Tribunal Federal:

**EMENTA:**

**HABEAS CORPUS. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.**

1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, *caput*, da L. 9.296/96.
2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados.
3. *Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96).*
4. Na linha do art. 6º, *caput*, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas.
5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as

informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. *Habeas corpus* indeferido.

(HC nº 83.515/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004. DJ de 04-03-2005, p. 11). (grifo nosso)

Nesse mesmo sentido, veja-se o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

RESP 1134455/RS – MINISTRO GILSON DIPP – QUINTA TURMA - DJ 22.02.2011 - DJE 09.03.2001

EMENTA

RECURSO ESPECIAL. PENAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS. INTERNACIONALIDADE. COMPETÊNCIA. ABSOLVIÇÃO. NECESSIDADE DE REVOLVIMENTO DE MATÉRIA PROBATÓRIA. NÃO CONHECIMENTO INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS CONVERSAS. PERÍCIA PARA IDENTIFICAÇÃO DE VOZ POR PERITOS OFICIAIS. DESNECESSIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E DESPROVIDO.

...

*II – O ENTENDIMENTO FIRMADO NESSA CORTE É NO SENTIDO DA DESNECESSIDADE DE IDENTIFICAÇÃO DOS INTELOCUTORES ATRAVÉS DE PERÍCIA TÉCNICA OU DE DEGRAVAÇÃO DOS DIÁLOGOS EM SUA INTEGRALIDADE POR PERITOS OFICIAIS.*

Em acréscimo, trago à colação jurisprudência do TRF da 3ª Região.

Acórdão Origem: TRF TERCEIRA REGIÃO - HC - 27069 Processo: 200703000155875 UF: MS : SEGUNDA TURMA: Data da decisão: 10/06/2008 DJF3 DATA:03/07/2008 Relator JUIZ COTRIM GUIMARÃES Decisão Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas, ACORDAM os integrantes da Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por votação unânime, em denegar a ordem, tornando sem efeito a liminar que sobrestou o curso do processo originário, prejudicados os agravos regimentais, nos termos do voto do Senhor Desembargador Federal Relator, acompanhado pelo voto da Senhora Desembargadora Federal Cecília Mello, que ressaltou entendimento pessoal, e pelo voto do Senhor Desembargador Federal HENRIQUE Herkenhoff.

Ementa PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. POSTULAÇÃO DA DEFESA DE TRANSCRIÇÃO INTEGRAL DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS REALIZADAS NO INQUÉRITO. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL (ART. 5º, INC. LV, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA): INOCORRÊNCIA.

I - A questão central do presente *writ* prende-se ao fato de o Impetrante postular a transcrição integral das interceptações telefônicas levadas a cabo pela Polícia Federal, correspondente ao período contínuo de 10 meses de gravações, feitas por 08 agentes federais, o que gerou 89 CD's gravados pelo sistema MP3 e 16 DVD's.

II - Houve degravação parcial das escutas, a qual se encontra ao longo do relatório do Inquérito Policial, nesse relatório, há uma síntese dos diálogos que o Delegado julgou pertinente à causa e um resumo das operações realizadas, nos termos da Lei 9.296/96.

III - Verifico que, no caso em estudo, ainda que se possa deduzir o preceito constitucional posto a favor do réu, consubstanciado no direito ao devido processo legal, não se visualiza, *in*

*casu*, cerceamento deste em relação aos autos do Inquérito Policial, tampouco às diligências nele contidas. Se não houve degravação integral das escutas telefônicas por todo o período de interceptação efetivado é porque ou este ato se tornou dispensável no seu todo ou porque se tornou inviável do ponto de vista prático.

IV - Muito embora o texto da lei fale na transcrição das comunicações telefônicas interceptadas, é de deduzir-se que ela mesma não se refere ao seu integral teor.

V - Tenho para mim que o procedimento mais prudente do Magistrado é determinar a transcrição integral de toda a escuta telefônica efetivada, após a realização das diligências parciais, possibilitando o amplo conhecimento e o direito certo ao contraditório. Contudo, não há na Constituição Federal ou na Lei 9.296/96 qualquer comando exigindo tal providência, sob pena de nulidade. Ao contrário. A lei admite a interceptação sem degravação integral, mencionando que deverá haver um resumo das operações realizadas, conforme prescreve o § 2º, do artigo 6º, da lei em discussão.

VI - Com efeito, no presente caso, houve transcrição parcial das partes consideradas relevantes à ação penal, e colocadas à disposição do Impetrante. Ou seja, foram acostadas ao processo as transcrições que serviram de base à denúncia. Desta feita, assegurou-se ao paciente o conhecimento de todas as provas e imputações contra ele lançadas.

VII - Quanto às demais escutas realizadas e não-transcritas, o Magistrado *a quo* mencionou que “a Secretaria da Vara montou uma estrutura nas sala de audiência, capaz de possibilitar, com facilidade, acesso auditivo e visual a qualquer parte do teor de tudo o que foi gravado, pelo sistema de busca. Isto permaneceu, diariamente, à disposição do juiz e das partes, e ainda permanece”.

VIII - Não se pode olvidar o fato de que o material coletado é tão volumoso que, pelos cálculos do Delegado, com a atual estrutura da Polícia Federal, levaria-se, aproximadamente, 8 (oito) anos e 4 (quatro) meses para degravar todos os áudios interceptados no caso “Bola de Fogo”. Isto caso os analistas não realizassem outros trabalhos.

IX - E, assim, embora considere as preocupações apresentadas pela defesa, não posso me furtar à concluir que ordenar a realização da degravação integral, *in casu*, resultaria em procrastinar indefinidamente o andamento da ação penal, dando azo à ocorrência da prescrição.

X - Parece-me, destarte, que, embora o caso esteja permeado de uma real complexidade quanto à degravação, ao menos na sua inteireza, o direito da parte ao conteúdo integral das escutas telefônicas realizadas existe, como um fato concreto, ainda que sua viabilidade se torne dificultosa, como é crível.

XI - Considerando-se que o juiz disponibilizou parte da sua sala de audiências, preparada com infra-estrutura de informática suficiente para realização de áudio e vídeo concernentes às provas colhidas pela investigação policial, posto à disposição dos Advogados dos réus por tempo indeterminado, é possível concluir que não houve ofensa legal a ponto de comprometer os atos já realizados neste Processo.

XII - Se parte das degravações foram transcritas, tem-se um acervo considerável de provas já escritas à disposição tanto da defesa quanto da acusação. O conteúdo restante, não-transcrito, poderá vir a ser considerado como prova ou não, mas o fato é que este conteúdo restante encontra-se à disposição das partes, ainda que para simples audição. Este conteúdo dito “residual”, poderá ser tido como inútil, ou não, à conclusão da ação penal.

XIII - Embora não tenha havido transcrição “in totum” das interceptações realizadas, vejo que este procedimento acabou se tornando, na verdade, inviável, talvez pelo tempo excessivo de gravações levadas a efeito ou mesmo, quiçá, por falta de estrutura policial para tanto. Ainda assim, não visualizo prejuízo às partes, pelas razões acima expendidas.

XIV - Assim sendo, parece-me que, ao menos no momento em que o Processo se defronta, não se deduz efetivo prejuízo ao Paciente (art. 563). A questão da validade das provas poderá ser discutida no decorrer da instrução criminal, sobretudo por ocasião do artigo 499, do CPP e mesmo das alegações finais, oportunidade em que, nos termos do art. 571, II, do mesmo

Codex, poderão ser argüidas eventuais nulidades, restando, a ampla defesa, salvaguardada. XV - Ordem denegada. Data Publicação 03/07/2008

Acordão: TRIBUNAL QUARTA REGIÃO: HC - Processo: 200704000056619 UF: RS: SÉTIMA TURMA: 20/03/2007 D.E. 28/03/2007 Relator(a) MARIA DE FÁTIMA FREITAS LABARRÈRE Decisão A TURMA, POR UNANIMIDADE, DECIDIU DENEGAR A ORDEM. Ementa OPERAÇÃO PONTASUL. *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. DEGRAVAÇÃO INTEGRAL. PROVAS. IMPEDIMENTO E SUSPEIÇÃO. A análise de alegação concernente à decisão indeferitória de pedido de degravação integral das conversas interceptadas não é compatível com a estreita via do *habeas corpus*, pois eventuais vícios desta ordem não acarretam qualquer ameaça ao direito de locomoção do paciente. Da mesma forma, as assertivas referentes ao teor da prova e ao impedimento ou suspeição do juiz também são matérias incompatíveis com o célere rito do *writ*.

*Não há qualquer nulidade por não ter sido feita a completa degravação das conversas telefônicas interceptadas. É importante esclarecer que não se faz necessário tal procedimento, uma vez que a transcrição total das conversas, em muitos casos, acabaria por tornar inviável a investigação, bem como poderia prejudicar a sua celeridade. Desnecessária que a transcrição das gravações resultantes da interceptação telefônica seja feita por peritos oficiais: tarefa que não exige conhecimentos técnicos especializados, podendo ser realizada pelos próprios policiais que atuaram na investigação. Ordem denegada. (grifo nosso)*

No começo das investigações, mais precisamente em 14 de junho de 2005, André Di Rissio é flagrado num estranho diálogo telefônico com o delegado Wilson Ordones, tratando de assuntos sobre “turquinho”. Como se trata de conversa suspeita no contexto das ligações de Wilson, a autoridade policial representa pela quebra do sigilo telefônico da pessoa intitulada Dr. André.

É se de repetir à saciedade que o mecanismo de interceptação telefônica é exatamente isso: apenas um mecanismo, mais um meio de prova, que isoladamente não pode se prestar à condenação do réu. Esse mesmo raciocínio pode ser aplicado à confissão, ao inquérito policial e às demais provas produzidas.

Na mesma esteira, não acolho a arguição de nulidade em razão do excesso de prazo das interceptações. As investigações, no caso concreto, abrangeram mais de quinze pessoas, que se comunicaram por telefone ou outro meio de comunicação rastreável por escuta, num *continuum* que perdurou por mais de um ano. Desde a chegada das mercadorias, objeto deste processo, até o desenlace, ou seja, a conclusão das investigações, mais de um ano decorreu.

A necessidade das prorrogações é inegável, não havendo como dar continuidade às investigações sem as autorizações judiciais para isso. Nesse ponto é importante registrar que todas as prorrogações foram feitas por expressa ordem judicial, no prazo razoável e necessário.

Acerca dos temas acima colaciono a jurisprudência a seguir:

EMENTA: *HABEAS CORPUS*. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRAZO DE VALIDADE. ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OUTRO MEIO DE INVESTIGAÇÃO. FALTA DE TRANSCRIÇÃO DE CONVERSAS INTERCEPTADAS NOS RELATÓRIOS APRESENTADOS AO JUIZ. AUSÊNCIA DE CIÊNCIA DO MINISTÉRIO PÚBLICO ACERCA DOS PEDIDOS DE PRORROGAÇÃO. APURAÇÃO DE CRIME PUNIDO COM PENA DE DETENÇÃO.

*1. É possível a prorrogação do prazo de autorização para a interceptação telefônica, mesmo que sucessivas, especialmente quando o fato é complexo a exigir investigação diferenciada*

*e contínua. Não configuração de desrespeito ao art. 5º, caput, da L. 9.296/96. 2. A interceptação telefônica foi decretada após longa e minuciosa apuração dos fatos por CPI estadual, na qual houve coleta de documentos, oitiva de testemunhas e audiências, além do procedimento investigatório normal da polícia. Ademais, a interceptação telefônica é perfeitamente viável sempre que somente por meio dela se puder investigar determinados fatos ou circunstâncias que envolverem os denunciados. 3. Para fundamentar o pedido de interceptação, a lei apenas exige relatório circunstanciado da polícia com a explicação das conversas e da necessidade da continuação das investigações. Não é exigida a transcrição total dessas conversas o que, em alguns casos, poderia prejudicar a celeridade da investigação e a obtenção das provas necessárias (art. 6º, § 2º, da L. 9.296/96). 4. Na linha do art. 6º, caput, da L. 9.296/96, a obrigação de cientificar o Ministério Público das diligências efetuadas é prioritariamente da polícia. O argumento da falta de ciência do MP é superado pelo fato de que a denúncia não sugere surpresa, novidade ou desconhecimento do procurador, mas sim envolvimento próximo com as investigações e conhecimento pleno das providências tomadas. 5. Uma vez realizada a interceptação telefônica de forma fundamentada, legal e legítima, as informações e provas coletas dessa diligência podem subsidiar denúncia com base em crimes puníveis com pena de detenção, desde que conexos aos primeiros tipos penais que justificaram a interceptação. Do contrário, a interpretação do art. 2º, III, da L. 9.296/96 levaria ao absurdo de concluir pela impossibilidade de interceptação para investigar crimes apenados com reclusão quando forem estes conexos com crimes punidos com detenção. Habeas corpus indeferido. (HC nº 83.515/RS. Tribunal Pleno. Rel. Min. Nelson Jobim, j. 16.09.2004. DJ de 04-03-2005, p. 11). (grifo nosso)*

HC 200802308598 *HABEAS CORPUS* – 118803 *Relator(a)* JORGE MUSSI - STJ - QUINTA TURMA *Fonte* DJE DATA: 13/12/2010 *Decisão* Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem e indeferir o pedido de extensão. Os Srs. Ministros Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP), Gilson Dipp, Laurita Vaz e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

*Ementa*

...

*INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. DILIGÊNCIAS QUE ULTRAPASSAM O LIMITE DE 30 (TRINTA) DIAS PREVISTO NO ARTIGO 5º DA LEI 9.296/1996. POSSIBILIDADE DE VÁRIAS RENOVAÇÕES. EXISTÊNCIA DE DECISÕES FUNDAMENTADAS. ILICITUDE NÃO CARACTERIZADA. 1. Apesar de no artigo 5º da Lei 9.296/1996 se prever o prazo máximo de 15 (quinze) dias para a interceptação telefônica, renovável por mais 15 (quinze), não há qualquer restrição ao número de prorrogações possíveis, exigindo-se apenas que haja decisão fundamentando a dilatação do período. Doutrina. Precedentes. DEGRAVAÇÃO DAS CONVERSAS INTERCEPTADAS. ALEGADA EMISSÃO DE JUÍZO DE VALOR PELA AUTORIDADE POLICIAL. OBSERVÂNCIA AO ARTIGO 6º, § 1º, DA LEI 9.296/1996. EIVA NÃO EVIDENCIADA. 1. Como a interceptação, para valer como prova, deve estar gravada, e como a gravação deve ser disponibilizada às partes, tem-se entendido, tanto em sede doutrinária quanto nos Tribunais Superiores, que não é necessária a degravação integral das conversas captadas, pois tal trabalho, além de muitas vezes ser de impossível realização, por outras pode se mostrar totalmente infrutífero. 2. Pelo relatório de interceptação, único documento referente à quebra de sigilo das comunicações telefônicas do paciente constante dos autos, depreende-se que não houve a degravação integral dos diálogos que foram interceptados, tendo-se selecionado alguns trechos para a transcrição, sendo que, no que se refere a determinados telefonemas, há somente um resumo do objeto da conversa travada. 3. No entanto, tal procedimento não configura, por si só, qualquer*

*ilegalidade, uma vez que a supressão de alguns trechos de conversas, transcrevendo-se outros, que interessam às investigações, não significa a emissão de juízo de valor por parte da autoridade policial, a ponto de contaminar a prova colhida. 4. Da mesma forma, as notas explicativas elaboradas pelos agentes policiais não caracterizam parcialidade, pois representam somente comentários que teriam por objetivo facilitar a compreensão do teor dos diálogos, não alterando o conteúdo das conversas interceptadas. ... 2. Ordem denegada. Pedido de extensão indeferido.*

Ainda nesse sentido, veja-se também o julgamento no Supremo Tribunal Federal, no RHC 88371, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, proferido em 14.11.2006.

Também não acolho o argumento expendido no tocante à ilicitude das interceptações telefônicas. A denúncia não foi calcada unicamente nas interceptações telefônicas, mas em farto conjunto probatório, que revelou a materialidade e indícios veementes de autoria, nos termos do artigo 41 e 239 do Código de Processo Penal, vigente à época do recebimento da denúncia, o qual foi considerado no juízo de admissibilidade, próprio daquela fase processual, como apto à deflagração da ação penal.

A acusação, com suporte no contexto fático da fase pré-processual, atribuiu aos então acusados as condutas que entendeu relacionadas aos fatos típicos, consoante minuciosamente narrados na denúncia.

A Primeira Turma do Colendo Supremo Tribunal, ao decidir tema atinente à inépcia da denúncia, em recente decisão, assim se pronunciou:

... EMENTA: *HABEAS CORPUS*. RECEBIMENTO DE DENÚNCIA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL. ALEGAÇÃO DE FALTA DE PROVAS PARA O RECEBIMENTO DA DENÚNCIA, DE INÉPCIA DA INICIAL ACUSATÓRIA E DE ILICITUDE DAS PROVAS PRODUZIDAS. IMPROCEDÊNCIA. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. *HABEAS CORPUS* DENEGADO. Não se admite, na via acanhada do *habeas corpus*, a análise aprofundada de fatos e provas, a fim de se verificar a inocência do Paciente. Não é inepta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa do Paciente. A denúncia é uma proposta da demonstração de prática de um fato típico e antijurídico imputado a determinada pessoa, sujeita à efetiva comprovação e à contradita, e apenas deve ser repelida quando não houver indícios da existência de crime ou, de início, seja possível reconhecer, indubitavelmente, a inocência do acusado ou, ainda, quando não houver, pelo menos, indícios de sua participação. Precedentes. *É lícita a escuta telefônica autorizada pelo Juiz responsável pelo início das investigações, que, posteriormente, ensejaram a quebra do sigilo telefônico do Paciente pela autoridade ora Impetrada. Estando a decisão que recebeu a denúncia devidamente fundamentada, nos termos legalmente previstos e em consonância com o entendimento deste Supremo Tribunal sobre a matéria, deve a ação penal ter seu curso normal. Habeas Corpus denegado. (Habeas Corpus nº 90201/RO – Rondônia. Relatora Ministra Carmen Lúcia, v.u., julgado em 26.06.2007, DJ de 31-08-2007, p. 36)*

A Constituição Federal assegura, em seu artigo 5º, o sigilo das comunicações telefônicas e o direito à intimidade. Referidos direitos não são absolutos, podendo ser quebrados quando

necessários à solução de crimes. Não por isso o legislador constitucional restringiu as interceptações telefônicas às investigações criminais.

A lei nº 9.196/96 veio regular a exceção acima citada para exigir, nos termos do art. 2º, indícios razoáveis de autoria ou participação em infração penal e a impossibilidade de colher a prova por outros meios. Nos autos do procedimento de interceptação telefônica – nº 2005.61.05.003964-6 – consta o pedido de interceptação telefônica do Ministério Público Federal, fundado nos seguintes termos: havia sólidos indícios da existência de uma quadrilha destinada a praticar delitos de corrupção e extorsão mediante seqüestro. Os nomes que então apareciam eram o de Eduardo Caobianco e de Antonio Diniz.

A medida foi deferida, em decisão fundamentada, pelo prazo de 15 dias, às fls. 115. Novo pedido de prorrogação e de adição de novos telefones, formulado às fls. 155, restou deferido por se constatar que os investigados mantinham ligações suspeitas, com indícios de práticas de crimes. Às fls. 230 há nova decisão acerca da interceptação. Nessa fase das investigações já haviam indícios da participação de Antonio Costa Covizzi em atividades ilícitas. Tais fatos geraram denúncia contra aquele investigado, Antonio Vieira Diniz e Auditores Fiscais da Receita Federal. Referido processo encontra-se sentenciado.

Em continuação às investigações sobre a corrupção dos auditores fiscais e técnicos, chegou-se à figura de Wilson Ordones, como sendo comparsa de Antonio Diniz.

Wilson, Delegado de Polícia lotado no Aeroporto de Viracopos, acompanhava processos de despacho aduaneiro por intermédio de Diniz. Graças às escutas telefônicas foi possível descortinar um cenário geral das irregularidades que vinham ocorrendo no aeroporto de Viracopos, ou seja, delegado de polícia comunicando-se com funcionários da Aduana e pedindo favores para a liberação de cargas. Os diálogos até aquele momento apontavam claramente esses movimentos.

Observe-se que os agentes policiais encarregados do caso tomavam o cuidado necessário para não expandir as investigações além do determinado pela decisão judicial: “Considerando que o fato acima exposto foge da linha de investigação principal, autorizada pelo MM Juiz Federal de Campinas/SP, sugiro, s.m.j., que essas informações sejam repassadas ao setor de inteligência federal ...” (fls. 270). Registre-se, ainda, que possuíam autorização para acompanhar as interceptações apenas os agentes que subscreveram os relatórios, autorizados pelo Delegado de Polícia Federal Pedro Rui.

Cabe também ressaltar que a autorização judicial limitou-se a determinados terminais e seus respectivos EMEIS e aos agentes nomeados pelo Dr. Pedro Rui. Não há, pois, que se falar em exacerbação nas atividades policiais ou das determinações judiciais.

Às fls. 282 é concedido novo prazo para interceptação, à vista de relatório circunstanciado da autoridade policial. Já se sabia que Wilson ORDONES era o Delegado de Polícia Civil, lotado em Viracopos, que mantinha estreito contato com Diniz para liberação de cargas e acompanhamento aduaneiro, sendo, por esta razão, prorrogada a interceptação do investigado, chegando-se aos telefones de Paulo Leonor, réu em outro processo, além de Ebert, Fabio e André. Pela quebra do sigilo telefônico verifica-se que se trata de Ebert De Santi, Fabio Bastos e André Di Rissio.

Ressalte-se que a continuidade das investigações teve por objetivo desvendar os códigos utilizados nas conversas entre os investigados e chegar a outros envolvidos nas operações ilícitas. Com essa finalidade chegou-se à pessoa do réu André e aos demais diálogos que com-

prometem esse acusado.

É por esse motivo que a investigação acerca das atividades de todos os acusados se iniciou com a interceptação telefônica. Não há que se falar, portanto, em conhecimento fortuito de fato criminoso, estranho ao objeto das investigações, uma vez que elas se destinavam à apuração dos crimes de corrupção praticados por Auditores Fiscais e seus corruptores. Nesse ponto, o crime de corrupção tem por finalidade imediata o recebimento de vantagem indevida para praticar ato funcional, no caso, aqueles atinentes ao desembaraço aduaneiro.

Quanto aos corruptores, qualquer pessoa poderia figurar no pólo ativo do delito, motivo pelo qual se fazia necessário apurar quem estava corrompendo os funcionários públicos, no caso, Diniz, Wilson e Eduardo Caobianco. Não havia outro meio lícito de se investigar a conduta dos acusados senão o da interceptação.

Neste sentido, trago jurisprudência a respeito do tema e de outros já tratados:

Inq2424 Inq – INQUÉRITO *Relator* CEZAR PELUSO – STF EMENTAS: 1. COMPETÊNCIA. Criminal. Originária. Inquérito pendente no STF. Desmembramento. Não ocorrência. Mera remessa de cópia, a requerimento do MP, a juízo competente para apuração de fatos diversos, respeitantes a pessoas sem prerrogativa de foro especial. Inexistência de ações penais em curso e de conseqüente conexão. Questão de ordem resolvida nesse sentido. Preliminar repelida. Agravo regimental improvido. Voto vencido. Não se caracteriza desmembramento ilegal de ação penal, a mera remessa de cópia de inquérito, a requerimento do representante do Ministério Público, a outro juízo, competente para apurar fatos diversos, respeitantes a pessoas sujeitas a seu foro. 2. COMPETÊNCIA. Criminal. Ação penal. Magistrado de Tribunal Federal Regional. Condição de co-réu. Conexão da acusação com fatos imputados a Ministro do Superior Tribunal de Justiça. Pretensão de ser julgado perante este. Inadmissibilidade. Prerrogativa de foro. Irrenunciabilidade. Ofensa às garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal. Inexistência. Feito da competência do Supremo. Precedentes. Preliminar rejeitada. Aplicação da súmula 704. Não viola as garantias do juiz natural e da ampla defesa, elementares do devido processo legal, a atração, por conexão ou continência, do processo do co-réu ao foro por prerrogativa de função de um dos denunciados, a qual é irrenunciável. 3. COMPETÊNCIA. Criminal. Inquéritos. Reunião perante o Supremo Tribunal Federal. Avocação. Inadmissibilidade. Conexão inexistente. Medida, ademais, facultativa. Número excessivo de acusados. Ausência de prejuízo à defesa. Preliminar repelida. Precedentes. Inteligência dos arts. 69, 76, 77 e 80 do CPP. Não quadra avocar inquérito policial, quando não haja conexão entre os fatos, nem conveniência de reunião de procedimentos ante o número excessivo de suspeitos ou investigados. 4. PROVA. Criminal. *Interceptação telefônica. Necessidade demonstrada nas sucessivas decisões. Fundamentação bastante. Situação fática excepcional, insuscetível de apuração plena por outros meios. Subsidiariedade caracterizada. Preliminares rejeitadas. Aplicação dos arts. 5º, XII, e 93, IX, da CF, e arts. 2º, 4º, § 2º, e 5º, da Lei nº 9.296/96. Voto vencido. É lícita a interceptação telefônica, determinada em decisão judicial fundamentada, quando necessária, como único meio de prova, à apuração de fato delituoso.* 5. PROVA. Criminal. *Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º, caput, da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua.* 6. PROVA. Criminal. *Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas pelo Ministro Relator, também durante o recesso forense. Admissibilidade. Competência subsistente do Relator. Preliminar repelida. Voto vencido. O Ministro Relator*

*de inquérito policial, objeto de supervisão do Supremo Tribunal Federal, tem competência para determinar, durante as férias e recesso forenses, realização de diligências e provas que dependam de decisão judicial, inclusive interceptação de conversação telefônica. 7. PROVA. Criminal. Escuta ambiental. Captação e interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos. Meio probatório legalmente admitido. Fatos que configurariam crimes praticados por quadrilha ou bando ou organização criminosa. Autorização judicial circunstanciada. Previsão normativa expressa do procedimento. Preliminar repelida. Inteligência dos arts. 1º e 2º, IV, da Lei nº 9.034/95, com a redação da Lei nº 10.217/95. Para fins de persecução criminal de ilícitos praticados por quadrilha, bando, organização ou associação criminosa de qualquer tipo, são permitidos a captação e a interceptação de sinais eletromagnéticos, óticos e acústicos, bem como seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial. 8. PROVA. Criminal. Escuta ambiental e exploração de local. Captação de sinais óticos e acústicos. Escritório de advocacia. Ingresso da autoridade policial, no período noturno, para instalação de equipamento. Medidas autorizadas por decisão judicial. Invasão de domicílio. Não caracterização. Suspeita grave da prática de crime por advogado, no escritório, sob pretexto de exercício da profissão. Situação não acobertada pela inviolabilidade constitucional. Inteligência do art. 5º, X e XI, da CF, art. 150, § 4º, III, do CP, e art. 7º, II, da Lei nº 8.906/94. Preliminar rejeitada. Votos vencidos. Não opera a inviolabilidade do escritório de advocacia, quando o próprio advogado seja suspeito da prática de crime, sobretudo concebido e consumado no âmbito desse local de trabalho, sob pretexto de exercício da profissão. 9. PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Transcrição da totalidade das gravações. Desnecessidade. Gravações diárias e ininterruptas de diversos terminais durante período de 7 (sete) meses. Conteúdo sonoro armazenado em 2 (dois) DVDs e 1 (hum) HD, com mais de quinhentos mil arquivos. Impossibilidade material e inutilidade prática de reprodução gráfica. Suficiência da transcrição literal e integral das gravações em que se apoiou a denúncia. Acesso garantido às defesas também mediante meio magnético, com reabertura de prazo. Cerceamento de defesa não ocorrente. Preliminar repelida. Interpretação do art. 6º, § 1º, da Lei nº 9.296/96. Precedentes. Votos vencidos. O disposto no art. 6º, § 1º, da Lei federal nº 9.296, de 24 de julho de 1996, só comporta a interpretação sensata de que, salvo para fim ulterior, só é exigível, na formalização da prova de interceptação telefônica, a transcrição integral de tudo aquilo que seja relevante para esclarecer sobre os fatos da causa sub judice. ...*

HC 200802013987 - *HABEAS CORPUS* – 115401 *Relator(a)* LAURITA VAZ STJ QUINTA TURMA DJE DATA: 01/02/2011 *Decisão* Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer parcialmente do pedido e, nessa parte, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Jorge Mussi votaram com a Sra. Ministra Relatora. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp. *Ementa HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. OPERAÇÃO DA POLÍCIA FEDERAL DESTINADA A AVERIGUAR SUPOSTAS ATIVIDADES ILEGAIS NO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, RELACIONADAS A MÁQUINAS CAÇA-NÍQUEIS E BINGOS. LITISPENDÊNCIA: NÃO CONFIGURAÇÃO. CONEXÃO. REUNIÃO DOS PROCESSOS. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE DO JUÍZO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS: AUSÊNCIA DE ILEGALIDADE. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO OCORRÊNCIA. PRISÃO PREVENTIVA. PEDIDO DE SOLTURA: AUSÊNCIA SUPERVENIENTE DE INTERESSE PROCESSUAL IMPETRAÇÃO PARCIALMENTE PREJUDICADA E, NA PARTE CONHECIDA, DENEGADA. 1. Litispendência significa identidade da lide, ou seja, igualdade de partes, de pedido e de causa de pedir, o que não ocorre na hipótese. No processo-crime nº 2007.51.01802985-5, averigua-se prática do delito de contrabando por importação de máquinas de caça-níqueis, apreendidas na cidade de Niterói/RJ. Já na ação penal nº 2007.51.01812262-4, os delitos estariam relacionados aos mais de cinco mil aparelhos de máquina caça-níqueis apreendidos em anterior*

operação da Polícia Federal. Portanto, os fatos que ensejaram a ulterior deflagração de nova ação penal não são comuns - muito embora haja a participação do Paciente em ambos os fatos, e revelados no âmbito da mesma investigação - pois não há identidade na causa de pedir e de pedidos. 2. A conexão ocorre quando em dois ou mais delitos houver relação fático-subjetiva nos moldes dos incisos I, II e III, do art. 76, do Código de *Processo Penal*. O instituto visa a propiciar ao julgador perfeita visão do quadro probatório, permitindo-lhe entregar a melhor prestação jurisdicional. É de praxe a reunião dos processos configurada a conexão ou a contidência. 3. Entretanto, constitui faculdade do magistrado a separação dos processos, cabendo a ele avaliar a conveniência da separação nas hipóteses em que cabível a regra do art. 80 do Código de *Processo Penal* (“Será facultativa a separação dos processos quando as infrações tiverem sido praticadas em circunstâncias de tempo ou de lugar diferentes, ou, quando pelo excessivo número de acusados e para não lhes prolongar a prisão provisória, ou por outro motivo relevante, o juiz reputar conveniente a separação”). 4. *A interceptação telefônica, por óbvio, abrange a participação de quaisquer dos interlocutores. Ilógico e irracional seria admitir que a prova colhida contra o interlocutor que recebeu ou originou chamadas para a linha legalmente interceptada é ilegal.* 5. *“Ao se pensar em interceptação de comunicação telefônica é de sua essência que o seja em face de dois interlocutores. [...] A autorização de interceptação, portanto [...], abrange a participação de qualquer interlocutor no fato que está sendo apurado e não apenas aquela que justificou a providência.”* (GRECO FILHO, Vicente. *Interceptação telefônica: Considerações sobre a Lei 9.296 de 24 de julho de 1996* - São Paulo: Saraiva, 1996, pp. 20/21). 6. É entendimento pacífico dos Tribunais Pátrios o de que se admite a impetração de *habeas corpus* com a finalidade de se analisar se ocorre, ou não, a justa causa para a persecução penal. Não se descarta, entretanto, que o “reconhecimento da inocorrência de justa causa para a persecução penal, embora cabível em sede de ‘habeas corpus’, reveste-se de caráter excepcional. Para que tal se revele possível, impõe-se que inexistam qualquer situação de iliquidez ou de dúvida objetiva quanto aos fatos subjacentes à acusação penal” (STF - HC 94.592/SP, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 02/04/2009). 7. A persecução criminal carece de legitimidade, também, quando, ao cotejar-se o tipo ou os tipos penais incriminadores indicados na denúncia com a conduta ou condutas supostamente atribuíveis ao Paciente, a acusação não atende aos requisitos legais do art. 41 do Código de *Processo Penal*, de forma suficiente para a deflagração da ação penal, bem assim para o pleno exercício de sua defesa. 8. Na hipótese dos autos, porém, inexistente o alegado defeito da peça acusatória, na medida em que, conforme escoreta observação do acórdão impugnado, a denúncia descreve, com todos os elementos indispensáveis, a existência, em tese, da autoria e materialidade dos delitos, com indícios suficientes para a deflagração da persecução penal, possibilitando à acusada defender-se plenamente. Precedentes. 9. A concessão definitiva da ordem em *habeas corpus* impetrado originariamente perante o Supremo Tribunal Federal, em que se questiona a validade da mesma segregação cautelar impugnada perante esta Corte, enseja o reconhecimento da ausência superveniente de interesse processual com relação ao pedido de soltura. 10. Ordem parcialmente conhecida e, nessa extensão, denegada.

*Processo* HC 200902259100 - *HABEAS CORPUS* – 153994 *Relator(a)* NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO STJ QUINTA TURMA DJE DATA: 13/12/2010 *Decisão* Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da QUINTA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, denegar a ordem. Os Srs. Ministros Jorge Mussi, Honildo Amaral de Mello Castro (Desembargador convocado do TJ/AP) e Laurita Vaz votaram com o Sr. Ministro Relator. Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Gilson Dipp.

*Ementa* *HABEAS CORPUS* LIBERATÓRIO. ESTELIONATO CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL. FORMAÇÃO DE QUADRILHA. *INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS* E PRORROGAÇÕES AUTORIZADAS POR DECISÕES FUNDAMENTADAS. INDISPENSABILIDADE PARA

AS INVESTIGAÇÕES. QUADRILHA ESTÁVEL E ARTICULADA VOLTADA PARA A FRAUDE NA CONCESSÃO DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS. PRISÃO PREVENTIVA. INDÍCIOS DE AUTORIA E PROVA DA MATERIALIDADE DO DELITO. GARANTIA DA ORDEM PÚBLICA E DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. AMEAÇA ÀS TESTEMUNHAS. INTEGRIDADE DA PROVA. NECESSIDADE DE DESMANTELAMENTO DO GRUPO, QUE, MESMO APÓS A PRISÃO DE ALGUNS INVESTIGADOS, CONTINUAVA A DELINQUIR. PARECER DO MPF PELA DENEGAÇÃO DA ORDEM. ORDEM DENEGADA. 1. Ausente, in casu, irregularidade no deferimento das interceptações telefônicas pelo Juízo Federal, que justificou suficientemente a imprescindibilidade da medida para o sucesso das investigações, que cuidava de apurar a atuação de quadrilha estável e estruturada especializada em fraudes na obtenção/concessão de benefícios previdenciários. As decisões de prorrogações, de igual, encontram-se suficientemente fundamentadas, e objetivaram, principalmente, identificar todos os envolvidos na prática dos referidos delitos e revelar por inteiro o iter criminoso. 2. Reveste-se de razoabilidade o tempo de duração das interceptações (aproximadamente 1 ano), pois intrincadas as relações estabelecidas, além de expressivo o número de pessoas envolvidas. 3. A legislação infraconstitucional (Lei 9.296/96) não faz qualquer limitação quanto ao número de terminais que podem ser interceptados, ou ao prazo de renovação da medida; tudo irá depender do tipo de investigação a ser feita - quanto mais complexo o esquema criminoso, maior é a necessidade da quebra do sigilo telefônico, de mais pessoas e por mais tempo, com vistas à apuração da verdade que interessa ao processo penal. Precedentes. 4. A constrição cautelar dos pacientes encontra-se plenamente justificada na garantia da ordem pública e na conveniência da instrução criminal, tendo em vista a necessidade do desmantelamento de complexa organização criminosa instalada por vários anos na Agência do INSS, de modo a cessar a prática de tais delitos, que continuaram a ser praticados mesmo após a prisão de alguns dos investigados, a demonstrar a propensão delitiva. Apurados, ainda, fatos concretos de ameaças as testemunhas, destacando-se a possibilidade de sumiço ou alteração da prova, dado o poder de influência de diversos investigados, alguns membros da elite política local, o que torna imperiosa a segregação preventiva também por conveniência da instrução criminal. 5. Parecer do MPF pela denegação da ordem. 6. Ordem denegada.

Por todo o exposto, rejeito as alegações de ilicitude da prova consubstanciada nas interceptações telefônicas, posto que as mesmas observaram e respeitaram os princípios constitucionais e a lei ordinária vigente. A medida teve objetivo claro, destinando-se à investigação em processo penal, requerida formalmente pela autoridade policial e deferida com a devida fundamentação em relação ao acusado, antes da produção de qualquer outra prova por ser o único meio de chegar a bom termo das investigações. Também não ultrapassou o termo razoável de tempo, obtendo-se a identificação dos envolvidos no esquema criminoso, tendo servido como meio de prova para o oferecimento da denúncia, além de outras que compuseram o conjunto probatório.

- INDEFERIMENTO DO TRASLADO DO ACORDO DE “DELAÇÃO PREMIADA” CELEBRADO ENTRE O ÓRGÃO MINISTERIAL E O ACUSADO Fabio BASTOS E NULIDADE PATENTE DE TAL ACORDO.

Novamente não acolho as argumentações da nobre defesa acerca do pedido indeferido de traslado do acordo de delação premiada com o réu Fabio. O acordo firmado entre o Ministério Público Federal e o réu Fabio teve por fundamento a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas. A Lei nº 9.807/99, em seus artigos 13, 14 e 15, assim dispõe:

### DA PROTEÇÃO AOS RÉUS COLABORADORES

Art. 13. Poderá o juiz, de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial e a conseqüente extinção da punibilidade ao acusado que, sendo primário, tenha colaborado efetiva e voluntariamente com a investigação e o processo criminal, desde que dessa colaboração tenha resultado:

I - a identificação dos demais co-autores ou partícipes da ação criminosa;

II - a localização da vítima com a sua integridade física preservada;

III - a recuperação total ou parcial do produto do crime.

Parágrafo único. A concessão do perdão judicial levará em conta a personalidade do beneficiado e a natureza, circunstâncias, gravidade e repercussão social do fato criminoso.

Art. 14. O indiciado ou acusado que colaborar voluntariamente com a investigação policial e o processo criminal na identificação dos demais co-autores ou partícipes do crime, na localização da vítima com vida e na recuperação total ou parcial do produto do crime, no caso de condenação, terá pena reduzida de um a dois terços.

Art. 15. Serão aplicadas em benefício do colaborador, na prisão ou fora dela, medidas especiais de segurança e proteção a sua integridade física, considerando ameaça ou coação eventual ou efetiva.

Como afirma Damásio de Jesus (*Artigo publicado no site [www.mundojuridico.adv.br](http://www.mundojuridico.adv.br), em 31.10.2005*), embora a nomeação seja imprópria, o legislador conferiu às partes a faculdade de agirem em benefício do réu colaborador, ou seja, “de ofício ou a requerimento das partes, conceder o perdão judicial”. Os requisitos estão bem claros no artigo 13 da referida lei. A proteção ao réu colaborador se encontra no artigo 8º. No que concerne à efetiva colaboração de Fabio, esta será apreciada nesta sentença, nunca antes disso.

Para a segurança do réu colaborador, mas sem descuidar da aplicação dos princípios constitucionais atinentes à defesa, o acordo foi disponibilizado para leitura de todos os envolvidos, com a anuência da defesa de Fabio, inclusive.

Quanto ao texto do acordo firmado entre a acusação e o réu colaborador, trata-se de “standard”, utilizado pelos promotores e procuradores. A ausência de cópia do “acordo padrão”, como pode facilmente perceber a ilustre defesa, porque o analisou quando disponibilizado, nenhum prejuízo traz ao princípio da ampla defesa.

O mais relevante é que o interrogatório do réu colaborador foi submetido ao contraditório, facultadas às defesas formularem reperguntas. Como nenhum Princípio Constitucional foi maculado, improcedente a alegação expandida. A jurisprudência é no sentido de que o cabimento ou não do perdão judicial ou da redução da pena ocorre na condenação do acusado (RVC200303000751120-TRF3- REL. DES. CECÍLIA MELLO DJF3 25/08/2009, ACR 29950-REL DES CECÍLIA MELLO DJF3 27/11/2008, PAG. 219- HC 62618-STJ REL. MINISTRO GILSON DIPP – 5ª TURMA – DJ 13/11.2006PAG 283)

- EXISTÊNCIA DE DUAS DENÚNCIAS PARA APURAR MESMO FATO; OFENSA AO PRINCÍPIO DO *BIS IN IDEM*.

Acolho o argumento da i. defesa de PATRÍCIA e HENRIQUE. De fato, nas ações de nºs 2006.61.05.009502-2 e 2006.61.05.009625-7 há a condenação dos acusados pelos mesmos fatos:

CONDENAR ..., HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES E PATRICIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, NAS PENAS DO ARTIGO 334, § 3º DO CÓDIGO PENAL. (FLS. 165 e 166).

Considerando-se que os delitos de falso são absorvidos pelo de descaminho, os réus já foram julgados e condenados, não podendo se falar em novo julgamento pelos mesmos fatos. Ante o exposto, reconhecendo presentes os elementos que caracterizam a LISTISPENDÊNCIA, JULGO EXTINTA a presente ação penal movida contra PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS E HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES sem *julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, V, do Código de Processo Civil, por analogia.*

Restam prejudicadas as demais preliminares alegadas pelas defesas de PATRÍCIA e HENRIQUE.

Resta analisar a materialidade e a autoria delitivas em relação aos corréus CAIO, EBERT E ARLINDO.

Inicialmente há alguns pontos a se considerar sobre os fatos constantes deste processo. As investigações no aeroporto de Viracopos se iniciaram muito antes dos acontecimentos narrados nessa denúncia. Uma operação denominada “Muralha” foi abruptamente encerrada por falta de condições técnicas da Delegacia da Polícia Federal em Campinas. Reiniciadas as investigações, e após a coleta de documentos, diálogos entre fiscais, despachantes, importadores, técnicos do tesouro, funcionários do SERPRO, e outros intermediários sem qualificação específica, a operação denominada pela Polícia Federal de “operação 14 BIS” foi deflagrada, culminando nas várias denúncias contra os supostos envolvidos.

No momento das investigações, percebe-se pelo conteúdo das interceptações telefônicas que várias “transações” relativas à liberação de mercadorias ilícitas já haviam sido complementadas, com o suposto pagamento de vantagens indevidas.

Consta dos autos a documentação referente às importações relativas às AWB's 404.1782-0084, 404.1782-0095 e 404.1782-0106 e invoices 263917, 263918, 264179, 264180, lavradas em 16 e 21 de junho de 2005 (fls. 42, 43, 44 e do Apenso XII dos Autos do IPL 2005.61.05.004710-2), realizadas pelas empresas VICO-TECH COMPUTADORES – EPP (JJ INTERNACIONAL). As faturas 263917, 263918 e 264179 foram substituídas por outras faturas, nºs 100245, 100246 e 100247 distribuindo-se a carga em três partes, consoante se verifica nas respectivas invoices constantes das fls. 55/56, 75/76 e 94 do Vol. II do Apenso a estes autos.

Desses documentos, verifica-se facilmente as diferenças entre as faturas: logomarca da Bell Microproducts, o comprador, data de emissão, número da fatura, quantidades, preços individuais, preço total, dentre outros.

Às fls. 172/174 do apenso consta quadro comparativo entre as faturas verdadeiras e as falsas.

Consta da representação fiscal para fins penais que a BELL Microproducts teria atestado que as faturas utilizadas para o registro das DI “são definitivamente falsas, uma vez que vão além de não apresentarem o mesmo padrão e formato de faturas emitidas pela Bell Microproducts – Miami, apresentam preços absurdos e incorretos.” (fls. 05 vol. 2 apenso ao autos e correspondência integral às fls. 208/209 do apenso XXI do Inquérito Policial).

Outra correspondência da exportadora afirma que a Trade Works (constante como compradora na fatura falsa) nunca foi autorizada a efetuar qualquer tipo de transação em nome

da exportadora, tratando-se de simulação de importação de produtos, com emissão falsa de documentos.

No Termo de Inquirição de Testemunha (fls. 160 do apenso), o Sr. Louis Leonardo, Presidente da Bell Microproducts Latin América, respondeu que o comprador das mercadorias era o proprietário da JJ Computadores, “Mr. Joseph”, bem como o real adquirente. Disse que o pagamento foi feito por transferência bancária e, em complemento, informou que no verso das faturas havia carimbada a Expressão “Bell não é o exportador das mercadorias”. Alegou desconhecer a Trade Works ou seus sócios.

Em face disso, a Trade Works solicitou, por intermédio de procedimento administrativo, devolução das mercadorias, duas cargas ao exportador. O mesmo processo aconteceu em relação às cargas amparadas pelo AWB 404.1782.0095.

Consigne-se outra irregularidade na importação: a empresa Trade Works estava suspensa no RADAR e, portanto, não poderia registrar as mercadorias.

As cópias de todas as faturas falsas foram encontradas no escritório do acusado Joseph, denominado VIP INFO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO LTDA. Como a empresa de Joseph não possuía autorização para importar mercadorias, as faturas falsas foram emitidas em nome da Trade Works.

As mercadorias chegaram ao Brasil, no Aeroporto Internacional de Viracopos, em 27 de junho de 2005. Observa-se do registro no Siscomex, a seguir reproduzido, que há problemas com a carga, seguindo a mercadoria para conferência física, tendo sido selecionada para laudo técnico.

Nesse mesmo dia, Fabio fala com Joseph e ANDRÉ sobre a carga. Em 29 de junho, Jose Carlos, em conversa com Fabio, confirma a falsificação das faturas, cujos preços das mercadorias equivalem de 10% a 20% de seu valor real. De fato, como consta às fls. 37 do apenso II, o valor real de um Hard Drive, conforme a lista de preços encaminhada pela Bell, é de US\$ 45,80, enquanto a DI registrou o preço da mercadoria em US\$ 8,90, aproximadamente 20% do valor real. Esse fato foi confirmado pelo laudo técnico citado acima, no documento do SISCOMEX.

Conclui-se, pelos diálogos travados naquela ocasião que Joseph, Jose Carlos, Fabio e Patrícia tinham ciência da falsificação das faturas, no tocante aos preços das mercadorias e à declaração falsa do produto importado.

Nesse período houve uma mudança significativa na administração da aduana em Viracopos, assumindo a Inspetoria Elizabete Ferro. Por lógico, os réus ficaram apreensivos com a continuidade de seus esquemas fraudulentos de importação. Essa informação é objeto de conversa entre Fabio e André, quando este diz que não dá para pedir favor pequeno, devendo guardar a informação de que ELIZABETE seria amiga de um certo “Reinaldo”, o que seria uma boa notícia. Mesmo assim, por cautela, a fatura falsa 100245, relativa ao conhecimento de transporte 404.1782-084, é registrada. O Registro da DI é 05/0680825-9. Referida fatura engloba 700 peças de Hard Disk WD 40 GB 7200 RPM, ao preço unitário de US\$ 8,90, consignado à empresa TRADE WORKS, cuja sócia gerente é Patrícia.

Entretantes, com a mudança na Superintendência, há modificações no processamento da liberação das mercadorias. Conforme se verifica na conversa telefônica mantida entre Wilson e Henrique, respectivamente, delegado da polícia civil e ajudante aduaneiro, em 01.07.2005, a atribuição do “canal verde” foi mudada.

No mesmo dia Jose Carlos liga para Fabio e este liga para Wilson. Todos os diálogos giram em torno de liberação de mercadorias e pagamento de propinas a fiscais. O nome do AFTN EBERT DE SANTI é mencionado por todos como facilitador nas liberações das mercadorias. Entretanto, após a modificação administrativa, a DI 05/0680825-9, da Trade Works, já não estava mais nas mãos de Ebert.

Eduardo Diniz, Técnico do Tesouro Nacional, atende ordens do Delegado Wilson para localizar fiscais, no caso presente Ebert e posteriormente Maria do Socorro. Wilson descobre que a DI acima citada não está mais nas mãos de Ebert, pelo próprio fiscal.

Segundo diálogo travado entre Fabio e Joseph, os intermediários para liberação da mercadoria são o Delegado Wilson, o auxiliar aduaneiro HENRIQUE, Fabio e o despachante aduaneiro Jose Carlos. Em relação a pagamentos há a informação que Wilson já recebeu pelo “serviço”. Infere-se dos diálogos constantes das interceptações telefônicas que Joseph entregou dinheiro para o pagamento de propinas, R\$ 6.000,00. Segundo documento encontrado na casa de HENRIQUE, o AFTN Caio Murilo Cruz teria pedido R\$ 3.000,00 para solucionar alguma pendência dentro da Aduana, não se sabe ao certo se é a referente à DI da Trade Works. HENRIQUE anotou o seguinte “Caio pediu R\$ 3.000,00. Pedi p/ Jose Carlos R\$ 6.000,00”.

A AFTN Socorro requereu a elaboração de laudo técnico. Depois de esgotadas as tentativas de se cancelar o requerimento do laudo, Wilson liga para Fabio e diz que foi importado “disco rígido” e declararam só “cabeça”. Sobre a conclusão do Laudo, Wilson diz que o dinheiro está guardado e que marcou com Socorro para conversar fora do aeroporto. Posteriormente, Fabio diz para Joseph que não há pagamento de propina para Socorro, no que se refere ao laudo.

Em diálogo mantido entre Joseph e Wilson a respeito da carga, há uma série de comentários sobre o que poderia ter acontecido para não se liberar a carga, tendo sido concluído por Wilson que os fiscais estariam querendo “moralizar a coisa”. Infere-se ainda desse diálogo que o dinheiro que Joseph havia mandado para pagamento de propinas encontrava-se ainda com Wilson, que queria devolver.

O laudo técnico de 12.07.2005 consta das fls. 79/88 do apenso XXI ao IPL. Em 13.07.2005 as fiscais Socorro e Margareth encaminharam ao chefe do EQDEI correspondência protocolada em 22.07.2005 para a seguinte análise: 1) Patrícia, sócia da Trade Works, estaria irregular perante a Receita Federal porque não entregou as Declarações do IRPF, referentes aos exercícios de 2002, 2003 e 2004; 2) a renda por ela declarada seria incompatível com o capital da empresa e com as operações realizadas no comércio exterior; 3) a mercadoria estaria classificada erroneamente, apresentando indícios de beneficiamento de alíquota de Imposto de Importação; 4) o preço praticado estaria muito inferior aos preços de mercadorias idênticas, conforme pesquisas nos sites de empresas fabricantes.

Em função dessas discrepâncias, as fiscais propuseram o encaminhamento da DI para o SAPEA, a fim de aplicar os procedimentos previstos nos artigos 65 e 69, da IN/SRF 206/04, e inclusão da empresa em procedimentos especiais, nos termos da IN/SRF 228/2002.

Wilson é chamado para conversar com Sérgio Lucio. Essa reunião chega ao conhecimento de Ebert, que pede a Margareth para verificar o que foi tratado. O teor da reunião restou conhecido num diálogo travado entre Wilson e DINIZ e posteriormente em conversa pessoal entre Wilson e EBERT narrado por este a Margareth. Wilson diz que estavam presentes Sérgio Lúcio, Elizabete, Paulo e Caio, falando a todos que como sempre os atendeu, não sabia que iriam fazer uma devassa na firma do chefe lá em cima. Referida reunião é confirmada no

interrogatório de Jose Carlos, às fls. 789:

... e esclarece que a reunião foi para tratar dos assuntos da Trade Works que o interrogado representava, distinguindo-a da Matriex, que era representada pelo Dr. Wilson ...

Mesmo com todas as intercessões de Henrique, Wilson, Fabio e Jose Carlos, a fiscal Socorro avisa que vai mandar a carga para “228”, com encaminhamento ao SAPEA e aval da Inspetora Elizabete. Como se trata de superiora dos fiscais envolvidos, André se compromete a falar com ela e resolver o problema. Não surtindo o efeito desejado, André se encontra com Ronaldo Lomônaco, da Superintendência da Receita Federal em São Paulo. Após essa conversa, André imagina ter resolvido os problemas da carga, entretanto, nada acontece.

Jose Carlos vai falar com Margareth e recebe a informação de que a carga vai para perdimento. Jose Carlos, então, diz quem é o verdadeiro dono da mercadoria (não mencionado) e Margarete diz que vai conversar com Caio para falar com Elizabete.

Em face da ameaça de que a carga de Joseph poderia ir para perdimento, André diz que vai falar com o “Cara da Receita”. Antes, pergunta a Jose Carlos o porquê de todos esses problemas, sendo informado de que a culpa de tudo seria de EBERT, que ficou “queimado” com a carga de 2.000kg e pediu para Sergio Lucio, seu amigo, interferir com a carga deles. André pede para que o pessoal de Viracopos seja informado que Joseph é primo dele e que ele é um delegado influente em São Paulo. Além disso, eles não brigaram com EBERT.

Na segunda reunião mantida entre André e LOMONACO, este liga na frente de André para Elizabete, dizendo, em resumo, o seguinte: que a situação é menor do que estavam pensando, pois a empresa do primo de André não é a Trade Works, que apenas foi contratada para trazer umas mercadorias, dentre elas a que constam da DI parada; as outras duas cargas estão sem DI e paradas, mas não são do primo de André. Lomonaco diz a Elizabete que deve ser explicado ao Dr. Wilson o que está acontecendo; fala da possibilidade de desembaraçar com garantia prestada pela Trade Works e devolver as outras duas cargas; que o certo seria cadastrar a real adquirente no SISCOMEX e declarar o contrato com a TRADE WORKS, corrigindo os valores subfaturados.

Depois que André sai do Gabinete de LOMONACO, este liga novamente para Elizabete dizendo, em suma, que havia exagerado porque André estava na sua sala; que não vão fazer nada de errado; que a TRADE WORKS é uma empresa de fachada; que Wilson está insistindo porque André tem ascendência sobre ele. Elizabete fala que o primo de André usou a TRADE WORKS porque sabia que ela era do ramo e que já usou outras vezes aquela empresa e que é contra a devolução.

Posteriormente, Sergio Lúcio fala com Lomonaco e diz que Jose Carlos explicou a situação da TRADE WORKS, a retificação do imposto de renda das sócias, a apresentação de novos documentos para dar suporte ao capital da empresa. Lomonaco, então, repete a Sérgio Lucio que a empresa do primo do André não é a TRADE WORKS e que podem agir como quiserem sobre essa empresa, mas que fica difícil resolver a situação porque a empresa do primo de André não aparece.

André pergunta a Jose Carlos qual o valor da carga que foi declarado e Jose Carlos diz que gira em torno de 20% a 30%. Também explica que as memórias e os microprocessadores não têm imposto de importação. André sugere que se pague o imposto para liberar a carga.

Jose Carlos diz que em outra oportunidade o valor da mercadoria teria sido declarado a maior, quase o dobro do valor verdadeiro, tal como sugerido por Ebert.

Jose Carlos, então, tenta regularizar a situação da empresa Trade Works com o fiscal ARLINDO.

Nesse momento, o grupo cogita de ingressar com um Mandado de Segurança para liberar a carga. Contatam a advogada Maria de Lourdes Pereira Jorge, que dizem ser amiga de Elizabete Ferro. Joseph diz que cobrará parte do valor dos honorários de André e de Fabio.

Enquanto não há deslinde para o problema da DI em apreço, Jose Carlos trata da regularização da TRADE WORKS, acreditando que esse seria o único empecilho para a liberação da carga.

Jose Carlos, com a finalidade de regularizar a TRADE WORKS, em 12.08.2005, altera a denominação da empresa para SKYLINE TRADE DO BRASIL, com capital integralizado em nome de Patrícia, no valor de R\$ 160.000,00. O requerimento foi feito em 15.08.2005, com a apresentação de formulário para revisão de estimativas, descrevendo falsos clientes em potencial, como BELL MICROPRODUCTS, que possui como contato Joseph. Observe-se que o representante da BELL no Brasil é outra pessoa, o Sr. José Ignácio Checchia (fls. 84 apenso). O pedido de revisão foi distribuído ao fiscal ARLINDO, o mesmo que aceitou a primeira alteração contratual da TRADE WORKS, em 2004.

O requerimento foi objeto de análise pela Corregedoria da Receita Federal, que apurou que o processo se encontrava fora das normas do Procedimento Administrativo Fiscal, inexistindo consulta sobre a empresa e os sócios, aumento dos recursos sem demonstração de origem, ausência de comprovação do local da sede da empresa e tampouco verificação de capacidade operacional. O inteiro teor da análise do processo encontra-se às fls 418/419 e a sua conclusão é a seguinte:

Entendemos que o principal objetivo da análise fiscal de requerimento de habilitação não foi alcançado, uma vez que a origem dos recursos para aumento de capital da empresa não foi corretamente investigada. Apesar das inconsistências de dados apresentados no requerimento, em relação aos dados constantes dos sistemas da SRF, não há registro de consultas aos mesmos. As inúmeras irregularidades processuais e incompatibilidades de datas indicam grande desorganização dos serviços e falta de supervisão das atividades. A chefia, representada pelo AFR Ireno de Carvalho Teixeira Filho, Chefe do SOPEL, determina o arquivamento de um processo, despachando na mesma folha onde há rasuras e datas incompatíveis.

Jose Carlos relata, em interrogatório judicial nos autos do processo 2006.61.05.009502-2, ter amizade com ARLINDO e que sua especialidade seria conseguir a resolução dos processos em prazo mais rápido. Em 23.08.2005, Jose Carlos se gaba para André de que o fiscal resolveu em duas horas um problema que levaria 60 dias, e que como Joseph já pagou tudo, Jose Carlos tiraria de seu bolso o pagamento da documentação.

Quanto ao Mandado de Segurança, este é impetrado porque foram lavrados autos de infração para as duas cargas registradas em segundo lugar. Joseph deposita R\$ 6 mil na conta da TRADE WORKS, para que em eventual fiscalização não se vincule a carga à Joseph. Quanto à proposta de se falsificar uma carta emitida pela BELL americana, posto que a BELL no Brasil se recusa a participar de injunções criminosas, a advogada Malu diz que quem fizer essa carta estaria sujeito à legislação penal americana. Mesmo assim, José Carlos diz à outra

advogada, de nome Rita, que ela deve preparar a carta em português, ficando Joseph e Patrícia encarregados de fazer a tradução no idioma e linguajar pertinentes. Nessa carta, Rita dá orientações sobre o seu teor: que a BELL deve informar que os preços constantes das faturas estão corretos e se devem ao fato de a TRADE WORKS ser a melhor cliente deles. A carta deve ser levada para Miami para ser consularizada.

O rascunho da referida carta consta das fls. 727 do Apenso XVIII, vol 3. do IPL e o original das fls 726. No rascunho da falsa declaração, constam orientações sobre como o signatário deve se portar perante o judiciário e a adida, bem como que deverão ser consideradas as implicações legais nos EUA, sobre os termos da declaração. Em seguida, há uma anotação "Rita" e um e-mail. O modelo final consta das fls. 733, do mesmo apenso. Referida carta foi confeccionada diferente do que foi escrita. O pedido de efeito suspensivo ao agravo foi concedido para que as mercadorias não fossem para perdimento, mas não autorizou sua devolução.

Jose Carlos tenta fazer a habilitação da empresa de Joseph no SISCOMEX para conseguir a liberação das mercadorias, que até o momento da denúncia não haviam sido desembaraçadas. Em 10.09.2007, o Mandado de Segurança nº 2005.61.05.014804-6 foi extinto sem julgamento do mérito. A representação fiscal para fins penais foi lavrada em face de Patricia.

A longa descrição dos fatos se faz necessária em razão das inúmeras atuações, diálogos, incidentes e ligações entre os acusados e outros. Segundo Jose Carlos este foi até Viracopos para resolver o problema das cargas por 23 vezes.

Do interrogatório de Jose Carlos (fls. 788/810) extrai-se o seguinte: Elizabete Ferro seguiu os processos da TRADE WOKRS, de propósito. Quando se refere a Wilson e Ebert, fala dos "caras aprontando por trás", enquanto ele tratava de coisas sérias. Que antes de 28/06 desconhecia os problemas com os fiscais EBERT e Sérgio Lucio.

No que concerne ao eventual pagamento de propina ao fiscal ARLINDO, nega qualquer envolvimento, tendo afirmado que o processo demorou 41 dias para registro da Trade Works no RADAR.

Adiante diz que todos os problemas com as cargas de Joseph são retaliação do AFTN EBERT, mas não diz porque, e afirma que Joseph não fez o RADAR com ele porque não quis pagar.

O réu colaborador, Fabio BASTOS, às fls. 1645/1669, relatou em seu interrogatório que a mercadoria importada por Joseph já era comprada com desconto no exterior, por se tratar de mercadoria proibida para a exportação; mesmo assim, a mercadoria era exportada para o Brasil e ainda subfaturada. Disse que Joseph utilizava-se da empresa de Patricia para fechar o câmbio; o dinheiro era encaminhado à empresa de Joseph, nos EUA, enviado na modalidade de pagamento antecipado de importação. Dessa forma, foram feitas sete importações por intermédio de Campinas. Uma importação teria sido feita como teste, da qual tinham conhecimento André, Joseph, Jose Carlos e Patricia; nenhum dos fiscais sabia dessa importação; os outros envolvidos são Wilson, Mário e Henrique. O fiscal EBERT queria fiscalizar a carga e a empresa de importação, suspeitando do preço das mercadorias; nessa ocasião, o acusado falou com EBERT, tendo sido a única vez que falou com um fiscal da receita. Todos os envolvidos, que não são fiscais, ficaram sabendo do problema. Essa mercadoria foi liberada, mas não sabe dizer por qual fiscal. Quando Wilson soube do problema, disse que iria liberar a mercadoria por intermédio de seus contatos no aeroporto. Nesse período, Ebert saiu de férias. Wilson disse que a mercadoria tinha sido liberada por sua intervenção, pedindo quatro mil dólares que, segundo ele, seria para entregar às pessoas que fizeram a liberação. Não sabe se

Wilson entregou essa quantia a alguém. O dinheiro era de Joseph, que disse ao acusado que iria descontar na próxima importação. Joseph sabia qual era o destino do dinheiro. EBERT teria dito que uma importação de mil de duzentos quilos, de uma única vez, era um “elefante rosa” dentro do armazém. Por essa razão, a terceira carga, de duas toneladas, foi fracionada em cinco conhecimentos. Era sempre a mesma carga e o mesmo tipo de sub faturamento.

Os fatos incontroversos constantes destes autos são os seguintes: houve subfaturamento nas mercadorias pertencentes a Joseph. Os importadores, despachantes e assistentes na liberação das três cargas, incluídos os dois delegados da Polícia Civil tentaram por todas as formas liberar a mercadoria. Além do subfaturamento havia um problema no cadastro da TRADE WORKS no SISCOMEX e que teria que ser resolvido, tanto para a liberação daquela mercadoria como para a efetivação de negócios futuros. As cargas não foram liberadas e foram levadas a perdimento.

Observado novamente o fato de que estes autos são o desmembramento dos autos 2006.61.05.009502-2 e 2006.61.05.009625-7, já julgados. Cabe apenas analisar se houve conduta criminosa por parte de CAIO, EBERT e ARLINDO.

No que concerne a CAIO, seu nome somente é mencionado como participante de uma reunião na qual se tratou do problema da carga de Joseph, quando Wilson anunciou que a importação pertenceria a André, um Delegado influente. Nenhuma participação teve o acusado. CAIO é mencionado algumas vezes mas a menção não está relacionada à mercadoria tratada nos autos ou ao recebimento de quantia indevida. Está patente que, ao menos nestes autos, CAIO nunca atuou ou se omitiu ou praticou qualquer ato referente à liberação das cargas retromencionadas. Impõe-se pois, a sua absolvição pois o mesmo não concorreu para a prática de ato ou omissão ilícita.

O mesmo se diga de EBERT. O que consta dos autos é que durante as importações objeto desta ação, EBERT não tinha mais poderes para atuar na liberação das cargas, e, no momento das interceptações o mesmo estava em férias. O fato de Jose Carlos Marinho e outros envolvidos entenderem que as cargas foram retidas por causa de atos de EBERT não encontra suporte fático, ao menos no que se refere a estes autos. Segundo se infere das interceptações telefônicas, EBERT teria se envolvido anteriormente em alguma negociação com os sócios da TRADE WORKS e com Wilson Ordones no desembaraço de cargas anteriores, mas não se sabe quais, em que época ou como. Em acréscimo, encontro somente provas de que o acusado aconselhou Jose Carlos Marinho a não trazer cargas com mais de uma tonelada pois apareceria na Alfândega como um “elefante rosa”. No que concerne aos fatos narrados na acusação não vejo envolvimento do réu. Impõe-se, em face do Princípio Constitucional do Estado de Inocência, a sua absolvição. Em conclusão, as preliminares suscitadas por esse acusado restam prejudicadas.

No tocante ao réu ARLINDO, consta que o mesmo teria recebido vantagem ilícita por parte de Jose Carlos Marinho para “consertar” o RADAR da TRADE WORKS, que estava defasado, em relação ao patrimônio das sócias e da empresa. ARLINDO teria feito os acertos no radar sem a devida análise dos documentos e em prazo muito inferior ao normalmente constatado no setor.

No que se refere às alterações no RADAR da empresa TRADE WORKS, posterior SKYLLINE, conforme se verifica do primeiro cadastramento no RADAR, o objeto social da empresa não contemplava importação de produtos de informática, referindo-se genericamente a eletrônicos. Junto à Secretaria da Fazenda do Estado, a descrição no CNAE é a de comércio atacadista de artigos de vestuário e complementos, inclusive profissionais e de segurança, objeto

que consta no CNPJ (Fls. 302) e no SISCOMEX. Como possíveis clientes indicados à Receita Federal, verifica-se a BELL MICROPRODUCTS, cujo nome de contato é Joseph DOMUTH, enquanto que a DJJ COMPUTADORES tem como contato Joseph HANNA. Veja-se que todos os dados são falsos, inclusive o capital social, constatando-se dos autos que Joseph não emprestou qualquer dinheiro à Patrícia, enquanto que o capital da empresa, segundo Fabio, teria sido contabilmente fabricado através do dinheiro entregue por Joseph para o fechamento de contratos de câmbio.

José Carlos Marinho foi condenado por falsidade ideológica nos processos anteriormente julgados por ter falseado as faturas e os documentos da TRADE WORKS. Os documentos alterados, além das faturas das mercadorias, são os referentes às alterações cadastrais da TRADE WORKS que serviram para aprovação no SISCOMEX.

Segundo consta dos memoriais, ARLINDO é o AFTN lotado na Superintendência da Receita Federal em São Paulo e responsável pela habilitação de empresas no SISCOMEX e revisão das estimativas de importação. “Sem intervenção deste acusado, nenhum dos crimes teria ocorrido, pois foi o responsável pela habilitação fraudulenta ..., infringindo deveres funcionais, mediante o pagamento de vantagem pecuniária recebida de JOSE CARLOS MARINHO em duas oportunidades, realizou a habilitação da TRADE WORKS no SISCOMEX e deferiu a revisão das estimativas de importação”. (fls. 3283)

Fábio Bastos, corréu em outros autos envolvendo a TRADE WORKS afirmou em seu termo de delação premiada, juntada neste processo, que José Carlos Marinho tinha negócios com ARLINDO e pediu R\$ 4.000,00 para que o acusado agilizasse a retificação da estimativa do RADAR da TRADE WORKS, ato imprescindível para liberar as importações. Fabio deu o dinheiro a Jose Carlos Marinho mediante transferência bancária em favor de Jose Carlos. Jose Carlos fala em uma interceptação telefônica que ARLINDO fez em poucos dias o que normalmente levaria dois meses. (fls. 3284)

José Carlos afirmou em seu interrogatório nos autos da ação nº 2006.61.05.009502-2 que tinha uma relação de amizade com ARLINDO e que a o trâmite relativo ao SISCOMEX era sua especialidade.

O processo de cadastro e revisão de estimativa de importação da TRADE WORKS estava repleto de irregularidades com atesta a Corregedoria da Receita Federal, 8ª Região Fiscal; havia erros administrativos sérios além dos burocráticos(falta de carimbo padrão para numeração, juntada de documentos sem registro), para a habilitação da empresa não foi consultado nenhum sistema da SRF acerca da empresa e de seus sócios, enquanto as sócias não possuíam capacidade econômica para suportar o negócios. Em outra oportunidade novos registros de valores operacionais foram feitos sem qualquer referência à origem dos recursos para operações e para aumento de capital.

A Corregedoria entendeu que o objetivo da análise fiscal não foi alcançado. No requerimento de revisão de estimativas de importação a mesma Corregedoria anotou outras irregularidades cometidas pelo acusado, a saber,

Requerimento de revisão de estimativa do volume operacional. Às fls. 53 encontra-se nova versão do Anexo I-C da IN 455/2004, deferente a apresentada às fls. 07, com data de autenticação de assinatura posterior ao registro do processo, aparentemente apresentada voluntariamente pelo contribuinte. Ninguém registrou a juntada ao processo. Distribuído ao APFR acima em 16.08.2005, através de despacho (fls. 54) e determinação de emissão de MPF, que

não consta do processo, (fls. 20. Não há registro de MPF no processo, embora um número de MPF esteja citado na versão 01 da Ficha de Habilitação, não há registro de MPF nas versões 03 e 04, registradas pelo AFRF.

...

Na mesma data em que o processo foi distribuído. O AFRF fez a consulta descrita acima, aplicou sobre os dados apresentados pelo Contribuinte os procedimentos determinados na NE COANA 001/2005 e registrou a versão 03 da Ficha de Habilitação, alterando os limites operacionais para os valores resultantes da análise eletrônica dos dados. Não consta que o processo tenha sido devolvido à chefia.

Além dessas irregularidades a Corregedorias encontrou uma intimação ao Contribuinte exigindo a comprovação da regularização dos dados cadastrais do Contribuinte no CNPJ e a comprovação do aumento de capital dois meses depois do deferimento do pedido, em folha encartada entre as fls. 64 e 65, sem numeração sem registro de ciência do Contribuinte. A fl. 75 do processo de habilitação encontrava-se com numeração grosseiramente rasurada com indicação clara de que seria a fl. 65 e que houve uma inserção daquela intimação no que seria a fl. 65. A corregedoria concluiu que havia falta de organização e supervisão do chefe do setor Ireno Carvalho Teixeira Filho.

Entretanto, observado o contexto em que as falhas no processo administrativo da TRADE WORKS junto ao SISCOMEX ocorreram, verifica-se que as irregularidades foram cometidas dolosamente pelo fiscal ARLINDO, a pedido de José Carlos Marinho com quem mantinha amizade. José Carlos admite que mantém estreito relacionamento com ARLINDO, pediu dinheiro a FABIO para modificar o cadastro da TRADE WORKS cujas sócias eram Patrícia e Fernanda. Antes disso ARLINDO já tinha aprovado o SISCOMEX daquela empresa sem sequer verificar que Fernanda não declarava Imposto de Renda e que Patrícia não tinha capacidade financeira para aportar o capital necessário para o credenciamento. O registro foi feito por ARLINDO em 2004. A revisão foi feita em 2005 por ARLINDO. Ambas contêm vícios graves que impediriam a sociedade de se cadastrar no SISCOMEX. Além disso há uma clara tentativa de fraude no segundo processo quando se encartou uma folha de intimação em local onde havia outra.

Os fatos apontam claramente que ARLINDO recebeu vantagem pecuniária indevida para se desviar de suas funções ao menos no que diz respeito à segunda alteração no cadastro, na revisão de estimativas de importação. Sabe-se que o acusado recebeu R\$ 4.000,00 pagos por Fábio Bastos por Intermédio de Jose Carlos Marinho.

Não se trata do cometimento de meras irregularidades administrativas, como alegado pela defesa. São erros graves que comprometem a qualidade das informações sobre a capacidade econômico-financeira dos importadores, com reflexos na balança comercial, inclusive. Por óbvio, Jose Carlos Marinho negou ter pago algum valor a ARLINDO, pois estaria se auto acusando de corrupção ativa.

Também não altera a situação fática, a desorganização do setor onde ARLINDO trabalhava, pois restou demonstrado que o acusado não era parte dos fiscais que ignoravam as regras aduaneiras. A conclusão da Corregedoria juntada pela defesa às fls. 3913 aponta diversas irregularidades no setor como o desconhecimento ou *voluntária ignorância* por parte dos servidores que atuaram na análise dos requerimentos, das supervisões, das chefias imediatas e da chefia da Unidade e a inexistência em qualquer processo da busca da *comprovação completa da origem lícita*, da disponibilidade e da efetiva transferência dos recursos, “mesmo sendo este o objetivo maior dos procedimentos de habilitação de responsável legal do Siscomex”.

Esses argumentos não convencem este Juízo de que o acusado ARLINDO se aproveitou da situação caótica acima citada para receber os R\$ 4.000,00 de Jose Carlos, tendo em vista que houve tentativa de esconder a total ausência de informações sobre a origem lícita dos recursos, tal como narrado acima, bem assim a declaração de Fabio Bastos e a afirmação de Jose Carlos acerca de seu relacionamento com ARLINDO.

Isso posto julgo parcialmente procedente a presente ação para EXTINGUIR A PRESENTE AÇÃO SEM JULGAMENTO DE MÉRITO, NOS TERMOS DO ARTIGO 267 V DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, POR ANALOGIA, EM RELAÇÃO A HENRIQUE DE OLIVEIRA GOMES E PATRÍCIA REGINA PEREIRA DOS SANTOS, EXTINGUIR A PUNIBILIDADE EM RELAÇÃO AOS ACUSADOS MARIA ELIZABETE ANTONIETA FERRO ALVES, RONALDO LOMÔNACO JÚNIOR, SÉRGIO LÚCIO DE ANDRADE COUTO, MARGARETE CALSOLARI ZANIRATO E PAULO ROBERTO STOCCO PORTES, ABSOLVER EBERT DE SANTI, CAIO MURILO CRUZ E ÂNGELA MOUTINHO RIBEIRO DA SILVA COM FULCRO NO ARTIGO 386, IV DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E CONDENAR ARLINDO FERREIRA DE MATOS NAS PENAS DO ARTIGO 317 § 1º DO CÓDIGO PENAL.

Passo à dosimetria das penas para ARLINDO FERREIRA DE MATOS:

Nos termos do artigo 59 do Código penal, verifico que o grau de culpabilidade foi normal para a espécie. O acusado não possui antecedentes criminais, o que indica que os episódios tratados nestes autos foram isolados, tendo-se aproveitado da oportunidade. Todos esses motivos fazem com que as penas sejam fixadas no mínimo legal, da seguinte forma:

Pelo crime descrito no artigo 317, § 1º do Código Penal fixo a pena em 2 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa, arbitrado a o valor do dia multa em 1/3 (um terço) do valor do salário mínimo. O valor do dia multa foi arbitrado em função das condições financeira da acusada que é Auditora Fiscal do Tesouro Nacional e recebe vencimentos compatíveis com o valor estipulado.

Substituo a pena de reclusão por duas restritivas de direito, a saber o pagamento de multa pecuniária no valor de dez salários mínimos em favor da União Federal e a prestação de serviços à comunidade.

Não entendo necessário aplicar como efeito da condenação a perda do cargo, pois se verificou o cometimento de um crime de oportunidade, um fato isolado na carreira do servidor.

Em observância ao artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, deixo de arbitrar valor mínimo de reparação em favor da União, ante a ausência de elementos concretos para tanto.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome da ré no rol dos culpados, comunicando-se oportunamente o Egrégio Tribunal Regional Eleitoral para os fins do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal.

Custas *ex lege*.

P.R.I.C.

Campinas, 10 de janeiro de 2013.

Juiza Federal MÁRCIA SOUZA E SILVA DE OLIVEIRA

## **AÇÃO PENAL PÚBLICA** **0011628-33.2009.4.03.6181**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Réus: SAMUEL SEMTOB SEQUERRA E OUTROS  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CRIMINAL DE SÃO PAULO - SP  
Juiz Federal: MARCELO COSTENARO CAVALI  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/11/2012

### RELATÓRIO

1. Trata-se de *ação penal pública* incondicionada, instaurada a partir de denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal – originariamente através da Procuradoria da República no Paraná –, por meio da qual é imputada:

a) a SAMUEL SEMTOB SEQUERRA, vulgo “SAMI” (doravante denominado apenas “SAMUEL”), brasileiro, separado, administrador de empresas, nascido em São Paulo/SP, na data de 07.09.1962, filho de Salomão de Jong Sequerra e Claudine de Jong Sequerra, portador do RG nº 9.908.339-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 066.427.668-73, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso VI, e § 4º, da Lei nº 9.613/1998, em concurso material com o artigo 22, parágrafo único, segunda hipótese, da Lei nº 7.492/1986;

b) a JAN SIDNEY MURACHOVSKI (doravante denominado apenas “JAN”), brasileiro, casado, comerciante, nascido em São Paulo/SP na data de 20.05.1967, filho de Natan Murachovski e de Cecília Rosa Murachovski, portador do RG nº 16.178.389-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 101.576.008-23, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso VI, e § 4º, da Lei nº 9.613/1998;

c) a FERNANDO SALVADOR ALBERTI SEQUERRA AMRAM (doravante denominado apenas “FERNANDO”), brasileiro, nascido na data de 03.08.1968, filho de Isabel Alonso de Sequerra, inscrito no CPF sob o nº 885.172.847-04, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso II, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998;

e, finalmente,

d) a LEA DWORA KREMER (doravante denominada apenas “LEA”), brasileira naturalizada, nascida na data de 12.07.1948, filha de Leibel Kleinman e de Zilda Kleinman, portadora do RG nº 3.3549.192-SSP/SP e inscrita no CPF sob o CPF nº 666.647.998-04, a prática do crime tipificado no artigo 1º, *caput*, inciso II, § 1º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998.

2. De acordo com a *denúncia* ( *fls. 03/27/AP*)<sup>1</sup>, as infrações penais antecedentes da suposta lavagem de ativos praticada pelos acusados consistiriam em crimes financeiros praticados por SAMUEL e JAN. Fundamentalmente, SAMUEL e JAN teriam praticado os delitos de gestão fraudulenta (artigo 4º, *caput*, da Lei nº 7.492/1986), operação de instituição financeira sem autorização (artigo 16 da Lei nº 7.492/1986) e evasão de divisas (artigo 22 da Lei nº 7.492/1986),

1 O feito foi remetido para este Juízo pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR e a numeração adotada naquela Subseção Judiciária foi mantida. Por essa razão, os quatro primeiros volumes do processo são constituídos pela íntegra do inquérito policial e possuem paginação própria. A ação penal, desencadeada pela *denúncia*, começa no *quinto volume*, iniciando-se, então, nova numeração de folhas. Por essa razão, as referências feitas às folhas do *inquérito policial* serão identificadas pela sigla *IP*, ao passo que as referências feitas às folhas da *ação penal* serão identificadas pela sigla *AP*.

por meio de contas mantidas em instituições financeiras nos EUA. Tais fatos foram apurados e denunciados na ação penal nº 2004.70.00.021778-1, à época em trâmite perante a Justiça Federal do Paraná.

Teriam sido utilizadas três contas bancárias por SAMUEL e JAN em suas atividades ilícitas:

a) conta nº 715-9, mantida na agência do BANESTADO em Nova Iorque, aberta em nome de SAMUEL, que teria movimentado, entre 1996 e 1997, aproximadamente US\$ 78 milhões;

b) subconta nº 3-11045, de titularidade de LAUREL FINANCE LTD. – *offshore* sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, representada por SAMUEL e JAN –, integrante de “conta ônibus” da BEACON HILL SERVICE CORPORATION, mantida no JP MORGAN CHASE em Nova Iorque, que teria movimentado, entre 1997 e 2002, US\$ 128.956.520,57 a crédito e US\$ 137.510.556,23 a débito;

c) subconta nº 3-11197, de titularidade de SINKEL FINANCIAL LTD. – *offshore* sediada nas Ilhas Virgens Britânicas, representada por SAMUEL e JAN –, integrante de “conta ônibus” da BEACON HILL SERVICE CORPORATION, mantida no JP MORGAN CHASE em Nova Iorque, que teria movimentado, entre 1999 e 2002, US\$ 157.753.605,70 a crédito e US\$ 171.281.458,51 a débito;

Em conformidade com a inicial acusatória, além da propositura da referida ação penal, relacionada às infrações penais antecedentes, também foram requeridas medidas assecuratórias em face de SAMUEL e JAN. A ação cautelar foi autuada, na ocasião, sob o nº 2004.00.00.034812-7. A partir daí, nova investigação foi instaurada, em que teriam surgido provas de que o produto pecuniário dos delitos teria sido submetido a processo de ocultação e dissimulação, com utilização de uma *offshore* e a conversão dos ativos em imóveis, já em território brasileiro. Para isso, SAMUEL e JAN teriam contado com o auxílio de FERNANDO e LEA.

SAMUEL e JAN seriam, portanto, “doleiros”, realizando operações internacionais clandestinas de câmbio, sem autorização ou conhecimento do Banco Central. Esse seria seu meio de vida, não demonstrando os réus a realização de qualquer atividade lícita no Brasil. Os lucros obtidos por meio da atividade criminosa teriam sido repatriados, através da prática de lavagem de dinheiro.

A ocultação da propriedade e dissimulação da origem do dinheiro teria ocorrido de várias maneiras.

3. Na *primeira das operações de lavagem* narrada pela acusação, SAMUEL e JAN, entre novembro de 2000 e dezembro de 2002, teriam, inicialmente, transferido valores de sua titularidade, mantidos na subconta SINKEL, no importe total de US\$ 233.407,90, em valores históricos, para a conta 69883876, mantida por FERNANDO no CITIBANK, San Antonio Branch, Texas/EUA.

Para disponibilizar esses valores, no Brasil, para SAMUEL, FERNANDO realizou transferência de R\$ 500.000,00, em novembro de 2002, a partir da conta nº 00240-0002598870, de sua titularidade, mantida do HSBC, para a conta nº 04713850-5, de titularidade de SAMUEL, mantida no CITIBANK. Os valores, então, foram sacados diretamente na boca do caixa, através do desconto de dois cheques no valor de R\$ 200.000,00 e outro no valor de R\$ 100.000,00.

Para justificar a transferência, teria sido simulado um *empréstimo entre SAMUEL e FERNANDO*, conforme informações constantes das respectivas declarações de ajuste anual de imposto de renda.

FERNANDO, por sua vez, teria procurado conferir aparência lícita à origem do dinheiro transferido, verificando-se, em sua declaração de ajuste anual de imposto de renda referente aos anos-calendário de 2001 e 2002, uma evolução patrimonial de R\$ 188.000,00 para R\$ 1.357.500,00.

A renda tributável declarada de FERNANDO no ano-calendário de 2002 foi de apenas R\$ 12.000,00, além do recebimento de lucros no valor de R\$ 2.004.242,78. Também declarou ser titular de 500 cotas da empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES LTDA., no valor de R\$ 500,00. Nesse mesmo ano, declarou o empréstimo a SAMUEL, no montante de R\$ 500.000,00.

Em razão de tais incongruências, expõe o Ministério Público Federal, foi instaurado o processo administrativo fiscal nº 18471.001012/2006-74, tendo sido lavrado auto de infração de imposto de renda pessoa física, referente aos anos-calendário 2001 a 2003, no valor de R\$ 508.617,41, sob o fundamento de acréscimo patrimonial a descoberto, não respaldado por documentação comprobatória sobre rendimentos declarados como isentos ou não-tributáveis.

Conclui o Ministério Público Federal, forte nessas evidências, que o empréstimo concedido é falso, assim como falsa é a origem declarada do dinheiro utilizado para sua concessão, restando caracterizada a prática de lavagem de dinheiro por parte de SAMUEL, JAN e FERNANDO.

4. Na *segunda operação de lavagem* narrada, os valores teriam sido enviados do *exterior*, de forma dissimulada, através de sucessivas *transferências financeiras*, diretamente para contas bancárias mantidas nos bancos SAFRA e ITAÚ, no Brasil.

Para isso, teriam sido formalizadas, entre novembro e dezembro de 2002, transferências internacionais de recursos, registradas no BANCO CENTRAL, originárias do BANK OF AMERICA – NEW YORK, ordenadas pela casa de câmbios uruguaia LESPAN.

A remetente formal dos valores foi a empresa estrangeira KAYTON INVESTMENTS SERVICES INC. (“KAYTON”), *offshore* sediada no Panamá, ao passo que a destinatária registrada dos recursos era a empresa SNOW ASSESSORIA EMPRESARIAL LTDA. (“SNOW”), que seria utilizada como “fachada” por SAMUEL e JAN para a efetivação de suas atividades de câmbio clandestino no Brasil.

Assim, segundo a acusação, a SNOW, além de ter sido utilizada para a prática de crimes financeiros, também teria sido veículo para o recebimento e ocultação dos produtos desses crimes, remetidos do exterior.

Até 08 de maio de 2003, SAMUEL e JAN seriam os dirigentes e únicos sócios da SNOW. Nessa data, mediante aumento de capital, a *offshore* KAYTON ingressou na sociedade, representada, no ato, pela acusada LEA, assumindo, supostamente, 98% das cotas sociais de SNOW.

Assim, conforme se verifica dos registros do BANCO CENTRAL, os valores que haviam ingressado a título de empréstimo internacional, foram convertidos em investimento internacional, mediante suposto aporte de capital pela KAYTON na SNOW.

Em suma, a operação teria ocorrido da seguinte forma. Inicialmente, a KAYTON teria realizado duas remessas do exterior para o Brasil (tipo 3 – livre), destinadas à SNOW, mediante contratos de câmbio celebrados junto aos Bancos SAFRA e ITAÚ, a título de empréstimos diretos a residente no Brasil. As operações tiveram o valor de US\$ 200.000,00 cada uma, sendo contratadas em 28.11.2002 – valor da conversão de R\$ 717.200,00 – e em 13.12.2002 – valor da conversão de R\$ 750.800,00.

O contrato de câmbio junto ao Banco SAFRA foi firmado por JAN, na condição de dirigente da SNOW, sendo a transferência de recursos intermediada pela LESPAN e identificada pela expressão “SAMUEL261102”. O contrato formalizado junto ao Banco ITAÚ também teve a intermediação da LESPAN e foi identificado pela expressão “LAUREL121202”.

Conclui o Ministério Público Federal que as expressões “SAMUEL261102” e “LAUREL121202” somente poderiam ser entendidas como relacionadas às pessoas que efetivamente solicitaram o serviço à LESPAN, no caso o acusado SAMUEL e a *offshore* por ele administrada, LAUREL FINANCE LTDA., bem como as datas das respectivas solicitações.

Posteriormente, em 28.04.2003, como uma nova etapa do ciclo de lavagem, os empréstimos teriam sido convertidos em investimento, através da realização de quatro contratos de câmbio. Assim, teriam sido formalizados, para fins meramente escriturais, contratos de câmbio para o suposto pagamento dos empréstimos e outros para o retorno dos valores, desta feita a título de investimento.

Para procurar conferir aparência de legitimidade ao suposto investimento realizado, a acusada LEA teria ingressado na SNOW, na condição de procuradora da empresa estrangeira, e teria participado de diversos atos forjados. Contudo, tratar-se-ia, na verdade, de pessoa interposta, que jamais realizou atos de administração à frente da SNOW.

Finalmente, em leilão público para investidores, realizado em 06 de novembro de 2002 pelo Banco ITAÚ, SAMUEL e JAN adquiriram dois imóveis em nome da SNOW. Trata-se de dois prédios comerciais, situados nos Bairros da Lapa e Vila Alpina, em São Paulo/SP, onde se encontram instaladas duas agências do Banco ITAÚ. Os imóveis foram objeto de contratos de locação, por vinte anos, renováveis por igual período, sendo os aluguéis pagos mensalmente pelo banco em favor da SNOW.

Um dos imóveis foi arrematado por R\$ 1.525.000,00 (matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP) e o outro por R\$ 2.810.000,00 (matrícula 75.314, do 10º Registro de Imóveis de São Paulo/SP). Os pagamentos dos sinais, fixados em 30%, foram realizados através de dois cheques, emitidos em 06.11.2002, por SAMUEL, nos valores de R\$ 457.500,00 e R\$ 843.500,00, sacados contra o Banco CITIBANK, agência 0001, conta 04713850-5. Os saldos remanescentes foram objeto de parcelamento, em 36 prestações mensais e sucessivas.

5. Em seguida, na *terceira forma de lavagem narrada*, a denúncia trata de supostas operações de “dólar-cabo”. Após tecer explicações sobre esse tipo de operações – baseadas na confiança, sem registro formal, em que há troca de posições financeiras em moedas distintas e países diferentes –, afirma o Ministério Público Federal que, conforme demonstrado em laudos elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística, os acusados SAMUEL e JAN, na administração das contas LAUREL e SINKEL, teriam participado de complexa rede de “doleiros”, mantendo relações com diversos outros operadores clandestinos de câmbio.

Através desse sistema, seriam realizadas compensações recíprocas entre os “doleiros”, de forma que cada um administrava sua conta para a conclusão de negociações realizadas em favor dos clientes.

Além disso, SAMUEL e JAN teriam prestado serviços de remessas de recursos, através de operações de “dólar cabo”, para outros “doleiros” brasileiros, dentre os quais SÉRGIO ADLER, que também atuaria no mercado informal. Operações no valor total de US\$ 1.629.278,81 teriam sido realizadas por SAMUEL e JAN, através das contas LAUREL e SINKEL, em favor de Sérgio Adler entre 1998 e 2002.

SÉRGIO ADLER realizaria suas operações de câmbio por intermédio de pessoas jurídicas interpostas, quais sejam, COLORPLUS LTDA. (CNPJ nº 01.839.900/0001-90, doravante apenas “COLORPLUS”) e NAKAGAWA DISTRIBUIDORA COMERCIAL LTDA. (CNPJ nº 03.280.698/0001-34, doravante apenas “NAKAGAWA”).

Os sócios da COLORPLUS seriam um “laranja” e uma empresa offshore, denominada DUNCAN RESOURCES INC. Da mesma forma, a NAKAGAWA tinha como sócia, além de um “laranja”, a empresa offshore ODESSA BUSINESS INC. De fato, porém, ambas seriam controladas por Sérgio Adler.

SERGIO ADLER teria providenciado quatro depósitos em favor da conta de SAMUEL no Banco CITIBANK, através de cheques da empresa COLORPLUS. Essa empresa constaria como ordenante de dezenas de remessas internacionais de valores providenciadas por SAMUEL e JAN, através das contas LAUREL e SINKEL.

Ademais, valores devidos à empresa NAKAGAWA teriam sido transferidos pela empresa de fomento mercantil GARANTIA (CNPJ nº 01.347.791/0001-93) e pela empresa de fomento mercantil PIRATININGA (CNPJ nº 04.581.814/0001-16) para a conta de SAMUEL no CITIBANK.

Tais valores teriam sido direcionados à cobertura dos cheques emitidos para o pagamento dos sinais de negócio das aquisições dos imóveis junto ao Banco ITAÚ.

Além disso, SAMUEL e JAN, através da conta SINKEL, teriam providenciado, entre outubro de 1999 e dezembro de 2002, 87 (oitenta e sete) transferências internacionais de recursos em favor da empresa NAKAGAWA, no valor total de US\$ 1.141.735,87, incluindo-se 5 (cinco) transações entre novembro e dezembro de 2002, período em que ocorreram os depósitos das empresas GARANTIA e PIRATININGA na conta de SAMUEL.

Em conclusão, para a acusação, a utilização pelos denunciados SAMUEL e JAN das subcontas por eles abertas, em nome das *offshores* LAUREL e SINKEL, teria facilitado a ocultação dos valores nelas movimentados, que consubstanciaram produtos de delitos antecedentes cometidos contra o sistema financeiro nacional.

6. A denúncia expõe, ainda, que, em 19 de abril de 1999, SAMUEL teria aberto a *conta 07-576048 junto ao BANK LEUMI TRUST COMPANY OF NEW YORK*, mantendo-a desde então. Tal conta teria registrado um saldo de US\$ 121.034,21, entre valores disponíveis e aplicações, em 21 de outubro de 2003, sendo US\$ 120.000,00 o total de aplicações, cujo resgate era previsto para *31 de dezembro de 2003*.

Assim, considerando que o Banco Central informou que o denunciado não apresentou declaração de manutenção de valores no exterior, nem tampouco houve declaração à Receita Federal acerca dessa conta, conclui o Ministério Público Federal pela prática do delito tipificado no artigo 22, p. ún., parte final, da Lei nº 7.492/1986.

7. Foram arroladas 5 (cinco) testemunhas de acusação.

O *inquérito policial* que confere subsídios à denúncia compõe os *quatro primeiros volumes* do presente processo e, conforme exposto, *possui numeração própria* (fls. 02/1110/IP).

8. A *denúncia foi recebida*, pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, em *18 de setembro de 2008* (fls. 28/35/AP). Na mesma decisão, foram deferidas diversas providências instrutórias requeridas pelo Ministério Público Federal.

Documentos expedidos pela 2ª Vara Federal de Curitiba/PR se encontram acostados às fls. 36/87/AP. Às fls. 89/90/AP, o Ministério Público Federal prestou esclarecimentos e reiterou pedido de quebra de sigilo bancário ainda então não apreciado – o que foi deferido por meio da decisão de fl. 99/AP.

Os acusados SAMUEL e JAN foram *citados* e intimados a responder à acusação (fls. 256/AP e 259/AP, respectivamente). LEA e FERNANDO, inicialmente, não foram encontrados nos endereços indicados na denúncia (fls. 257/AP e 308/AP, respectivamente).

9. SAMUEL e JAN apresentaram sua *resposta escrita à acusação* em petição acostada às fls. 276/304/AP. Sustentou a Defesa, preliminarmente, a incompetência do Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR. Defendeu a conexão entre o feito e a ação penal nº 2004.70.00.021778-1, à época também em trâmite naquela Subseção Judiciária.

Quanto ao mérito da pretensão punitiva, a Defesa afirmou que o empréstimo realizado entre SAMUEL e FERNANDO foi real, bem como que sua realização foi espontaneamente declarada à Receita Federal brasileira. Além disso, FERNANDO possuía lastro para a realização do negócio jurídico, tanto assim que os valores foram efetivamente transferidos à conta mantida por SAMUEL no CITIBANK em 27 de novembro de 2002.

Ademais, argumentou a Defesa, o valor do empréstimo não é equivalente àqueles supostamente recebidos por FERNANDO em conta no exterior: enquanto o empréstimo foi concedido no valor de R\$ 500.000,00, o valor da transferência no exterior montaria, em novembro de 2002, a R\$ 614.123,61. Aduziu que o Ministério Público Federal deixou de considerar as supostas 87 movimentações realizadas por ordem de FERNANDO para terceiro, valendo-se das contas LAUREL e SINKEL, que somam, segundo o laudo econômico-financeiro que acompanha a denúncia, US\$ 492.864,98.

Refutou, ainda, a existência denexo causal entre as operações, em virtude do tempo decorrido entre elas, já que as transferências para a conta de FERNANDO no exterior teriam ocorrido num período de 3 (três) anos.

No que diz respeito às operações realizadas entre a SNOW e a KAYTON, argumentou que são verdadeiras e lícitas. Afirma que a acusada LEA é uma senhora com passado absolutamente irretocável. Expôs que todas as remessas foram precedidas de contratos de câmbio formalmente registrados no BANCO CENTRAL. Alegou que nada há de incomum no interesse manifestado por investidores estrangeiros em negócios que se mostraram altamente rentáveis.

Sustentou que a SNOW tinha atividades empresariais reais, conforme demonstraria a farta documentação juntada aos autos. Aduziu que os pagamentos do sinal para a aquisição dos imóveis foram realizados a partir da conta de SAMUEL porque, estando ele presente no dia do leilão, esqueceu o talão de cheques da SNOW. Por essa razão é que o dinheiro do empréstimo feito à SNOW teria sido depositado na conta de SAMUEL.

Expôs, ainda, que o talão de cheques sem uso, com assinaturas de LEA, apreendidos em poder de JAN, deve-se ao fato de que ela pouco permanecia na sede da empresa. Rebateu, porém, a conclusão de que isso se devia ao fato de ser ela uma mera pessoa interposta, mas atribuiu esse fato à circunstância de que isso facilitava a administração da empresa.

No que tange à suposta lavagem de dinheiro por meio de operações de “dólar cabo”, argumentou a Defesa que a denúncia fez referência a um único suposto “doleiro”, chamado Sérgio Adler, que sequer denunciado por essa prática fora. Não haveria, assim, elementos mínimos que demonstrassem a existência de qualquer crime antecedente vinculado às mencionadas operações.

Quanto ao crime previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, sustentou a ausência de materialidade, dada a ausência de informação sobre o saldo existente no último dia de cada exercício financeiro.

Foram arroladas 10 (dez) testemunhas.

10. Em virtude de o Supremo Tribunal Federal ter decidido, no *Habeas Corpus* nº 85.796, ser da competência da Subseção Judiciária de São Paulo/SP o processamento e julgamento da ação penal nº 2004.70.00.021778-1, à época também em trâmite perante a 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, o Ministério Público Federal requereu que também o presente feito – bem como as medidas assecuratórias lá autuadas sob os nºs 2008.70.00.015095-3 e 2008.70.00.034812-7 – fosse igualmente encaminhado para São Paulo/SP, dada a conexão entre os feitos.

O Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, então, proferiu, às fls. 406/408/AP, decisão de *declínio* de sua *competência*, determinando a remessa para uma das varas especializadas de São Paulo/SP, da presente ação penal, bem como da ação penal nº 2004.70.00.021778-1 e das medidas assecuratórias lá autuadas sob os nºs 2008.70.00.015095-3 e 2008.70.00.034812-7.

11. Distribuído o feito a este Juízo, o órgão do Ministério Público Federal aqui oficiante reconheceu a conexão com a ação penal nº 2004.70.00.021778-1 – autuada neste Juízo sob o nº 2009.61.81.011621-6 e, na nova numeração do CNJ, 0011621-41.2009.4.03.6181– e ratificou a denúncia oferecida (fl. 422/AP).

Proferi, então, a decisão de fls. 423/426/AP, em que, inicialmente, ressaltai que, além da ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, também foram recebidos por este Juízo as medidas assecuratórias, aqui autuadas sob os nºs 2009.61.81.011623-0 (0011623-11.2009.4.03.6181) e 2009.61.81.011627-7 (0011627-48.2009.4.03.6181).

Ademais, ratifiquei a decisão de recebimento da denúncia e determinei o prosseguimento da ação penal.

O Ministério Público Federal requereu a expedição de ofícios para companhias telefônicas, no intuito de localizar a acusada LEA (fl. 434/AP).

A acusada LEA, mais uma vez, não foi localizada nos endereços diligenciados (fl. 599/AP).

Localizado, o acusado FERNANDO foi *citado* e intimado a responder à acusação (fls. 600/629/AP).

12. FERNANDO apresentou *resposta escrita à acusação*, em petição acostada às fls. 581/588/AP. A Defesa iniciou por fazer considerações sobre a ação penal em que se apura a ocorrência dos crimes antecedentes (autos nº 0011621-41.2009.4.03.6181).

Em seguida, narrou a forma como se iniciaram as investigações relacionadas a FERNANDO, a partir de ofícios encaminhados pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, que vislumbrou indícios de simulação no empréstimo formalizado entre FERNANDO e SAMUEL. Expôs que, em virtude do ofício oriundo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR, a Receita Federal lavrou auto de infração em face de FERNANDO, no qual, sustentou a Defesa, está demonstrada a origem do numerário utilizado no empréstimo.

A Defesa refutou a participação de FERNANDO em qualquer esquema de lavagem de ativos e afirmou que está clara a veracidade do empréstimo bem como a origem lícita dos valores emprestados.

Em seguida, teceu a Defesa considerações acerca da incompetência da Subseção Judiciária de Curitiba/PR, reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal.

Passou, então, a discorrer sobre o mérito da pretensão punitiva, reforçando a argumentação de Defesa de SAMUEL e JAN, no sentido de não haver nexos causais entre as operações realizadas nos EUA e no Brasil. Além disso, sustentou que FERNANDO não tinha conhecimento das atividades de SAMUEL e JAN.

Aduziu que FERNANDO demonstrou cabalmente que os valores recebidos tinham origem na distribuição de dividendos decorrentes de sua participação na empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. Também ressaltou que esses valores sempre foram regularmente declarados à Receita Federal. Informou que apresentou impugnação administrativa contra o auto de infração lavrado contra si, que ainda aguarda julgamento.

Foram arroladas 2 (duas) testemunhas.

13. Após mais tentativas infrutíferas de localização da acusada LEA, foi a acusada *citada por edital* (fl. 650-AP).

Em seguida, foi determinada a suspensão do processo e do prazo prescricional em relação a ela, nos termos da decisão de fl. 651/AP. Tal decisão acabou por ser revogada à fl. 653/AP, por inaplicabilidade do artigo 366 do Código de Processo Penal, nos termos do artigo 2º, § 2º da Lei nº 9.613/1998, sendo o feito remetido à Defensoria Pública da União, para apresentação de resposta escrita à acusação.

A Defensoria Pública da União apresentou a *resposta escrita à acusação* em nome da acusada LEA (fls. 655/664/AP). A Defensoria Pública da União, após fazer um resumo dos fatos, sustentou a aplicabilidade do artigo 366 mesmo nos casos de lavagem de dinheiro, sustentando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 2º da Lei nº 9.613/1998.

Quanto ao mérito, sustentou que não existem elementos a demonstrar o conhecimento por parte de LEA a respeito das atividades desenvolvidas por SAMUEL e JAN.

Indicou as mesmas testemunhas arroladas na denúncia.

14. Às fls. 668/674/AP, foi proferida decisão na qual foi indeferido o pedido de reunião da presente ação penal e aquela de nº 0011621-41.2009.4.03.6181. Foram afastadas as alegações preliminares e mantido o processo em relação à ré LEA. Não se reconheceram causas de absolvição sumária e foram, ainda, deferidas diligências requeridas pela Defesa de SAMUEL e JAN.

Iniciada a *instrução*, foram ouvidas as testemunhas de acusação e defesa Jaime Julio Kalansky Snakas (termo às fls. 739/740/AP, mídia à fl. 745/AP), Cleber Pereira Batista (termo às fls. 741/742/AP, mídia à fl. 745/AP) e Mauro Esteves (termo às fls. 743/744/AP, mídia à fl. 745/AP).

Foi homologada a desistência da oitiva das testemunhas de acusação e defesa Marcelo José Araújo Schneider e Paulo Roberto Godoy Schumacher (fls. 746/AP e 874/AP, respectivamente). Também foi homologada a desistência da oitiva das testemunhas de defesa Luciany L. P. Santos e Leo Isler (fl. 888/AP).

Foram ouvidas as testemunhas de defesa Jayme Hurivitz (termo às fls. 860/861/AP, mídia à fl. 873/AP), José Roberto Iampolsky (termo às fls. 862/863/AP, mídia à fl. 873/AP), Arnaldo Copeliovitch (termo às fls. 864/865/AP, mídia à fl. 873/AP), José Skorkowski (termo às fls. 866/867/AP, mídia à fl. 873/AP), Cristiana Rabaça Reshef (termo às fls. 868/869/AP, mídia à fl. 873/AP), Henrique Marcio Smitas (termo às fls. 871/872/AP, mídia à fl. 873/AP), Antonio

Miguel Salerno (termo às fls. 877/878/AP, mídia à fl. 887/AP) e Salvador Issa Gonzalez (termo às fls. 871/872/AP, mídia à fl. 887/AP).

Finalmente, realizou-se o interrogatório dos réus SAMUEL (termo às fls. 881/882/AP, mídia à fl. 887/AP), JAN (termo às fls. 883/884/AP, mídia à fl. 887/AP) e FERNANDO (termo às fls. 885/886/AP, mídia à fl. 887/AP).

Na fase de diligências posteriores à instrução, prevista no artigo 402 do Código de Processo Penal, o Ministério Público Federal e a Defesa de SAMUEL e JAN nada requereram (fl. 888/AP).

A Defesa de FERNANDO requereu prazo de 5 (cinco) dias para a juntada de documentos, o que foi deferido (fl. 888/AP). Os documentos foram juntados às fls. 890/894/AP.

15. O *Ministério Público Federal* apresentou suas *alegações finais* escritas às fls. 896/904/AP. Na peça, sustentou o *Parquet* que as acusações formuladas na denúncia restaram comprovadas. Procurou desqualificar a tese defensiva de FERNANDO de que o empréstimo teria sido concedido a pedido de seu pai, que seria também o responsável pela movimentação dos valores no exterior. Argumentou que a instrução comprovou que a SNOW era uma empresa de “fachada”. Defendeu que os empréstimos e investimentos realizados pela KAYTON se mostraram fictícios. Por fim, aduziu que restou demonstrada a manutenção de valores não declarados no exterior por parte de SAMUEL.

A Defesa de FERNANDO juntou suas *alegações finais* às fls. 924/983/AP. Inicialmente, teceu considerações a respeito da reputação ilibada do acusado, de sua vida profissional e pessoal. Em seguida, expôs a origem da presente ação penal, explicando sua conexão com a ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181.

Preliminarmente, sustentou a ilegalidade da quebra de sigilo fiscal determinada pelo Juízo da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba, em razão da ausência de demonstração da imprescindibilidade da medida. Também defendeu que o magistrado daquele Juízo substituiu-se à acusação, arvorando-se em investigador, ao determinar a quebra de sigilo fiscal e a realização de procedimento fiscal, em relação a FERNANDO, de ofício.

No mérito, argumentou pela atipicidade da conduta, dado que teria teriam restado comprovadas a existência e a veracidade do empréstimo realizado entre FERNANDO e SAMUEL. Defendeu que não há provas de que FERNANDO tenha recebido valores no exterior, dado que os únicos elementos constantes dos autos foram elaborados unilateralmente pela acusação, não havendo prova elaborada por peritos oficiais.

Aduziu que não foi demonstrado nexo de causalidade entre o empréstimo e as supostas transações no exterior. Também argumentou que não houve acréscimo patrimonial a descoberto e que o dinheiro emprestado possui origem lícita, conforme teria restado comprovado.

A Defensoria Pública da União apresentou *alegações finais* em favor de LEA às fls. 994/1008/AP. Após breve resumo, sustentou a aplicabilidade do artigo 366 mesmo nos casos de lavagem de dinheiro, sustentando a inconstitucionalidade do artigo 2º, § 2º da Lei nº 9.613/1998 e, por conseguinte, a nulidade absoluta do feito.

Quanto ao mérito, sustentou que a ausência de dolo por parte de LEA, já que não existem elementos a demonstrar o seu conhecimento a respeito das atividades desenvolvidas por SAMUEL e JAN. Sucessivamente, requereu a aplicação da pena privativa de liberdade no mínimo legal e a fixação do regime inicial aberto.

Por fim, a Defesa de SAMUEL e JAN juntou suas *alegações finais* às fls. 1012/1046/AP. Após breve retrospectiva fática e processual, narrou, inicialmente, que na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, os réus foram condenados apenas pela prática dos delitos tipificados nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986, tendo sido absolvidos da imputação de gestão fraudulenta. Ademais, expôs que, na sentença, houve reconhecimento da atenuante da confissão por parte dos réus.

Preliminarmente, sustentou a Defesa a inépcia da denúncia, por falta de indicação do nexo de causalidade entre o empréstimo concedido por FERNANDO a SAMUEL e as transferências de valores no exterior. Argumentou que não existe no mercado de câmbio paralelo contrato a prazo, em que as remessas acontecem num momento tão distante do pagamento em moeda nacional como aquele suposto na denúncia. Também defendeu a necessidade de conversão do feito em diligência, a fim de que o Ministério Público Federal indique como teria se dado a causa de aumento do § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, imputado na denúncia.

No mérito, alegou a Defesa que JAN sequer sabia do empréstimo realizado entre SAMUEL e FERNANDO. Ademais, teria restado comprovada a existência efetiva do empréstimo. Sustentou que LEA efetivamente atuava na empresa SNOW e que os negócios jurídicos entre a SNOW e a *offshore* KAYTON foram reais. Refutou também que as operações supostamente realizadas pelo “doleiro” Sergio Alder pudessem ser consideradas antecedentes de lavagem de dinheiro por meio de “dólar cabo”. Por fim, argumentou que, quanto ao delito do artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, já foi examinado na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, de modo que seu processamento no presente feito configura *bis in idem*. Além disso, defendeu que não houve comprovação do crime, por falta de juntada do extrato bancário da conta no exterior.

Na sequência, os autos vieram conclusos para sentença.

É o que importa relatar. DECIDO.

## FUNDAMENTAÇÃO

### PRELIMINARMENTE

#### *Alegação de inépcia da denúncia quanto ao ato de lavagem por meio de empréstimo*

16. Sustentou a Defesa de SAMUEL e JAN que a denúncia seria inepta no que tange à imputação relacionada ao empréstimo celebrado entre FERNANDO e SAMUEL. Afirmou que a tese exposta na denúncia seria incoerente e imprecisa, pois parte da suposição de que FERNANDO teria recebido valores no exterior e, somente após dois anos, teria devolvido o equivalente em reais no Brasil.

Defendeu que essa incoerência seria evidenciada por três argumentos: a) as características pessoais dos envolvidos; b) as regras usuais do mercado; e c) as taxas de câmbio.

Expôs que JAN e SAMUEL, “doleiros” confessos na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, não necessitariam de interposta pessoa para remeter valores de sua propriedade, tendo em consideração que poderiam facilmente abrir contas em nome próprio ou de *offshore* para remeter os valores ao Brasil.

Além disso, alegou que não existe operação a prazo no mercado de câmbio paralelo, de modo que jamais poderia haver liquidação da operação em período de 2 (dois) anos.

Por fim, aduziu que o montante dos valores recebidos nos EUA por FERNANDO não correspondem, em reais, aos R\$ 500.000,00 repassados a título de empréstimo, no Brasil, a SAMUEL.

17. O teor da argumentação da Defesa acerca da suposta inépcia parcial da denúncia desvela, claramente, discussão sobre o mérito da pretensão punitiva.

Com efeito, o que a Defesa pretende demonstrar é que a tese acusatória, no ponto específico impugnado, não se sustenta, por supostamente não estar embasada em provas confirmatórias e por não ser verossímil, consideradas as circunstâncias fáticas que cercam as condutas.

Mas, evidentemente, não se trata de ilogicidade ou incompreensibilidade da peça inicial acusatória. A exordial é bastante precisa na descrição dos fatos, especialmente na menção aos repasses de valores em dólares a FERNANDO em conta mantida nos EUA e na alegada utilização do empréstimo com a finalidade de conferir aparência de licitude aos valores recebidos por SAMUEL.

Restou, pois, cumprida a determinação do artigo 41 do Código de Processo Penal, segundo o qual “[a] denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas”.

Tanto assim que tal descrição permitiu o amplo e adequado exercício do direito de defesa por parte dos acusados.

Conforme o entendimento do Supremo Tribunal Federal, ressalto que “[n]ão é inepta a denúncia que preenche todos os requisitos essenciais relacionados no art. 41 do Código de Processo Penal, eis que, sucintamente como se requer, contém a exposição circunstanciada dos fatos e a identificação e qualificação da denunciada, permitindo-lhe o exercício da mais ampla defesa” (AI 820480 AgR, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julg. 03.04.2012, DJe 23.04.2012).

Pelo exposto, quanto ao ponto questionado, tenho a denúncia por hígida e rejeito a preliminar.

#### *Requerimento de conversão do processo em diligência*

18. Sustentou a Defesa de SAMUEL e JAN a necessidade de conversão do feito em diligência, dada a omissão por parte do Ministério Público Federal em especificar a causa de aumento prevista no artigo 1º, § 4º, da Lei nº 9.613/1998.

Aduziu que é direito dos acusados, como corolário do princípio da ampla defesa, que a acusação seja certa e precisa e que, no caso concreto, não houve descrição mínima de circunstâncias fáticas que pudessem conduzir à aplicação da referida causa de aumento.

19. O § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998, em sua redação originária e vigente à época dos fatos – antes do advento da Lei nº 12.683/2012 –, assim dispunha:

§ 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do caput deste artigo, se o crime for cometido de *forma habitual* ou por *intermédio de organização criminosa*.

Como visto, o artigo 41 do Código de Processo Penal prescreve que a *denúncia* deve conter, entre outros pontos, não apenas a exposição do fato criminoso, mas *todas as suas circunstâncias*.

Na formulação clássica de João Mendes de Almeida Júnior, a denúncia “deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que o determinaram a isso (*cur*), a maneira porque a praticou (*quomodo*), o lugar onde a praticou (*ubi*), o tempo (*quando*)” (*O Processo Criminal Brasileiro*. V. II. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959, p. 183).

Assim sendo, a denúncia não deve descrever tão somente o fato típico, mas, também, as eventuais agravantes, causas de aumento e qualificadoras. É bem verdade que o Supremo Tribunal Federal já reconheceu a constitucionalidade do artigo 385 do Código de Processo Penal, segundo o qual o juiz pode reconhecer agravantes, embora nenhuma tenha sido alegada.

Nesse sentido, decidiu-se que “As agravantes, ao contrário das qualificadoras, sequer precisam constar da denúncia para serem reconhecidas pelo Juiz. É suficiente, para que incidam no cálculo da pena, a existência nos autos de elementos que as identifiquem” (HC 93211, Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, julg. 12.02.2008, DJe 25.04.2008)

Entretanto, a exceção trazida pelo artigo 385 – que já é bastante discutível –, deve ser interpretada restritivamente. Assim, somente as agravantes independem de descrição na denúncia para serem aplicadas pelo juiz, mas o mesmo não se aplica às qualificadoras e às causas de aumento de pena, como aquela prevista no § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

20. Analisando a denúncia, verifico que, de fato, não há qualquer descrição, por mínima que seja, no sentido de enquadramento das condutas dos acusados na referida causa de aumento, i. e., de que os crimes tenham sido cometidos de forma reiterada ou por intermédio de organização criminosa.

A falta de descrição da causa de aumento de pena, portanto, torna a denúncia imprestável nesse ponto. Evidentemente, a consequência do vício é a falta de imputação a respeito e, em decorrência, a impossibilidade de condenação. Jamais, como requer a Defesa dos acusados SAMUEL e JAN, a conversão do feito em diligência para se controverter a respeito de imputação que, friso novamente, sequer foi descrita.

Reconheço, pois, a *inépcia parcial da denúncia*, apenas quanto à causa de aumento de pena prevista no § 4º do artigo 1º da Lei nº 9.613/1998.

Evidentemente, o reconhecimento da inépcia quanto à causa de aumento não impede a incidência das regras do concurso material, concurso formal ou continuidade delitiva, dado que a aplicação destas é inerente à prolação da sentença, desde que os fatos estejam corretamente descritos na denúncia.

#### *Suspensão do Processo em relação à ré LEA*

21. A Defensoria Pública da União sustentou a nulidade absoluta do processo em relação à ré LEA, por violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório. Isso porque o artigo 2º, § 2º, da Lei nº 9.613/1998, segundo o qual “[n]o processo por crime previsto nesta Lei, não se aplica o disposto no art. 366 do Código de Processo Penal”, seria inconstitucional.

Não desconheço os argumentos que apontam a inconstitucionalidade do dispositivo, mas o fato é que os princípios do contraditório e da ampla defesa sempre estiveram previstos na

presente Constituição e nas anteriores e somente em 1996 passou a vigorar a previsão de que “[s]e o acusado, citado por edital, não comparecer, nem constituir advogado, ficarão suspensos o processo e o curso do prazo prescricional” (CPP, artigo 366, com a redação dada pela Lei nº 9.271/1996).

Antes disso, desde 1941, previa o artigo 366 do CPP que “[o] processo seguirá à revelia do acusado que, citado inicialmente ou intimado para qualquer ato do processo, deixar de comparecer sem motivo justificado”.

Esse dispositivo, que vigeu durante mais de 50 anos, nunca foi tido como inconstitucional.

Ressalto, a propósito, que o Supremo Tribunal Federal já tratou, de forma incidental, por diversas vezes, da norma do artigo 366 e de sua vigência temporal, sem nunca ter cogitado da inconstitucionalidade da redação antiga do dispositivo. Com efeito, o STF decidiu que a norma da nova redação do artigo 366 do CPP “só pode ser aplicada aos processos pendentes, antes da prolação da sentença, porque trouxe disposições incindíveis de direito material (prescrição) e de direito processual (suspensão do processo), devendo prevalecer a norma de direito material para o fim de se determinar que não pode retroagir, porque a suspensão da prescrição não beneficia o réu” (HC 75679, Relator(a): Min. MAURÍCIO CORRÊA, Segunda Turma, julgado em 03/03/1998, DJ 20-04-2001).

Ora, *contrario sensu*, o STF entendeu perfeitamente viável a continuidade da aplicação da norma antiga do 366 aos processos já sentenciados, com o que, evidentemente, reconheceu sua constitucionalidade.

Entendo, pois, que a opção do legislador de não aplicação do artigo 366 do CPP aos processos de lavagem de dinheiro é uma opção do legislador, que deve ser respeitada, inclusive em observância à presunção de constitucionalidade das leis.

### *Falta de fundamentação para a quebra do sigilo fiscal de FERNANDO*

22. A Defesa de FERNANDO sustentou a nulidade das provas obtidas com a quebra de sigilo fiscal, por falta de fundamentação da decisão proferida pelo Juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR.

Defende que tal medida invasiva da privacidade do réu dependeria de realização anterior de outras providências, demonstração da sua imprescindibilidade e fundamentação baseada em elementos concretos.

23. Analisando a decisão proferida pelo magistrado federal à época responsável pelo feito, não vislumbro qualquer mácula de legalidade. Está assim fundamentada a quebra do sigilo fiscal de FERNANDO (fl. 75, Apenso X, Volume 1):

Examinando os autos, causa alguma surpresa a elevação do patrimônio do acusado SAMUEL no decorrer do ano de 2002, passando este de R\$ 536.898,00 para R\$ 1.069.009,40 (fls. 108-110 do pcd anexo). Como os rendimentos tributáveis declarados são apenas de R\$ 2.400,00 no referido ano, a justificativa para o acréscimo patrimonial parece ser apenas o empréstimo declarado e que teria sido recebido de Fernando Salvador Alberti Sequerra Amram, CPF 885.172.847-04, no valor de R\$ 500.000,00 no mesmo ano. Empréstimo neste montante e especialmente na época dos fatos delitivos causa alguma suspeita quanto a sua real existência ou licitude. Assim, em vista dos indícios de crime narrados na inicial, bem como no exposto nesta decisão, e para melhor apurar os fatos e com base no artigo 234 do CPP, oficie-se à De-

legacia da Receita Federal do domicílio fiscal de Fernando Salvador Alberti Sequerra Amram, CPF 885.172.847-04, solicitando o envio a este Juízo, em 30 dias, de cópia de suas declarações de rendimentos apresentadas para os períodos base de 1999, 2000, 2001, 2002 e 2003.

A fundamentação é sucinta, mas suficiente. Conforme rotineiramente decidido pelo Supremo Tribunal Federal, “[a] falta de fundamentação não se confunde com fundamentação sucinta” (HC 105349 AgR, Rel. Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julg. 23.11.2010, DJe 17.02.2011) e “o fato de a fundamentação ser sucinta não acarreta a nulidade da decisão por falta de fundamentação” (HC 75133, Rel. Min. Moreira Alves, Primeira Turma, julg. 03.06.1997, DJ 12.09.1997).

O magistrado especificou devidamente que a quebra de sigilo fiscal era necessária, a fim de dirimir suspeita sobre o empréstimo alegadamente obtido por SAMUEL. A suspeita adveio da circunstância de que SAMUEL declarou rendimentos tributáveis de apenas R\$ 2.400,00 em 2002, ano em que obteve o empréstimo mais de vinte vezes superior. Era perfeitamente justificável, pois, a quebra de sigilo fiscal. E, evidentemente, o prosseguimento das investigações dependia da verificação se tal empréstimo também fora declarado por FERNANDO, bem como se FERNANDO tinha origem lícita que desse suporte a esse empréstimo. Nenhum outro documento que não as declarações de rendimentos apresentadas por FERNANDO poderiam fornecer esses dados.

#### *Atuação de ofício do Magistrado na instrução do feito*

24. A Defesa de FERNANDO sustentou a nulidade das provas obtidas com a quebra de sigilo fiscal, a realização de investigação fiscal sobre seu patrimônio e a instauração de inquérito policial.

Sustenta que, na ação em que apurados os delitos antecedentes, o Juiz da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR determinou, de ofício, a quebra do sigilo fiscal de FERNANDO, em razão de ter considerado suspeito o empréstimo realizado entre ele e SAMUEL. Com o recebimento dos dados fiscais, novamente de ofício, o magistrado determinou à Receita Federal do Brasil que realizasse investigação fiscal relacionada a FERNANDO. Também determinou a instauração de inquérito policial para analisar a eventual prática do delito de lavagem de capitais, que acabou resultando na presente ação penal.

25. As medidas tomadas pelo juiz da 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR, porém, encontram-se expressamente respaldadas pela legislação.

Quanto à instauração de inquérito policial, o artigo 5º do Código de Processo Penal estabelece expressamente a atribuição dos juízes de requisição de adoção dessa medida. É dizer que é dever do juiz que toma conhecimento de indícios de um ilícito penal requisitar a instauração de inquérito policial. Conforme GUILHERME NUCCI, “... se trata de um desdobramento natural do controle e da fiscalização da polícia judiciária no que toca à obrigatoriedade de apuração de um delito de ação penal pública incondicionada” (*Código de Processo Penal*. 9. ed. São Paulo: RT, 2009. p. 86).

No que diz respeito à determinação de diligências, o artigo 13, inciso II, do CPP prevê que incumbirá à autoridade policial “realizar as diligências requisitadas pelo juiz”. Especificamente a quebra de sigilo fiscal está prevista no artigo 198, §, I, que prevê a divulgação dos dados pela Fazenda Pública requisição de autoridade judiciária no interesse da justiça.

O artigo 156, inciso II, do CPP permite ao juiz de ofício determinar a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante. Assim sendo, a jurisprudência admite que o juiz determine a produção de provas, seja em benefício da acusação ou da defesa. Cito precedentes do Superior Tribunal de Justiça a respeito:

*HABEAS CORPUS. TRÁFICO DE ENTORPECENTES (ARTIGO 33, CAPUT, DA LEI 11.343/2006). JUNTADA DE LAUDO DE EXAME TOXICOLÓGICO DEFINITIVO DE OFÍCIO PELO JUIZ. ALEGADA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. POSSIBILIDADE DE O MAGISTRADO DETERMINAR A PRODUÇÃO DE PROVAS NECESSÁRIAS À FORMAÇÃO DO SEU LIVRE CONVENCIMENTO. ILEGALIDADE NÃO CARACTERIZADA.*

*1. Embora o juiz seja um órgão do Estado que deve atuar com imparcialidade, acima dos interesses das partes, o certo é que o próprio ordenamento jurídico vigente permite que, na busca da verdade real, ordene a produção de provas necessárias para a formação do seu livre convencimento, sem que tal procedimento implique qualquer ilegalidade.*

*2. Nesse sentido é o inciso II do artigo 156 do Código de Processo Penal, que faculta ao magistrado, de ofício, “determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante.”*

(...)

*Writ parcialmente prejudicado e, na parte remanescente, denegada a ordem.*

(HC 192410/MS, Rel. Ministro JORGE MUSSI, QUINTA TURMA, julgado em 11/09/2012, DJe 18/09/2012, destaquei)

*HABEAS CORPUS. POSSIBILIDADE. JUIZ. DETERMINAÇÃO. DILIGÊNCIAS. PROCESSO PENAL. ART. 156-CPP. PRINCÍPIO DA VERDADE REAL. (...) ORDEM CONHECIDA EM PARTE E, NA EXTENSÃO, DENEGADA.*

*1. Pode o magistrado ordenar, de ofício, no curso da instrução ou antes de proferir a sentença, diligências necessárias afim de dirimir dúvidas sobre pontos relevantes em relação ao deslinde da causa, nos termos do art. 156 do Código de Processo Penal, em observância ao princípio da verdade real.*

(...)

*5. Ordem conhecida em parte e, nessa extensão, denegada.*

(HC 95.553/SP, Rel. Ministro ADILSON VIEIRA MACABU (DESEMBARGADOR CONVOCADO DO TJ/RJ), QUINTA TURMA, julgado em 13/12/2011, DJe 06/02/2012, destaquei)

*HABEAS CORPUS. CORRUPÇÃO PASSIVA. (...) PRINCÍPIO ACUSATÓRIO. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO. POSSIBILIDADE DE OITIVA DE TESTEMUNHAS NÃO INDICADAS PELAS PARTES. ART. 212 DO CPP. (...)*

(...)

*4. Improcede a sustentação de violação ao princípio acusatório, pois o ordenamento faculta ao juiz, de ofício, determinar diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante, bem assim, ouvir testemunhas que não tenham sido indicadas pelas partes, desde que contribuam para o deslinde dos fatos.*

(...)

*7. Ordem denegada.*

(HC 147.634/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEXTA TURMA, julgado em 05/04/2011, DJe 04/05/2011, destaquei)

*HABEAS CORPUS. CRIMINAL. ESTUPRO. PRODUÇÃO DE PROVAS DE OFÍCIO PELO MAGISTRADO. PERÍCIA. ASSISTENTE TÉCNICO PARA ACOMPANHAMENTO DE PERÍCIA. MODALIDADE NÃO PREVISTA NO PROCESSO PENAL. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. (...) ORDEM DENEGADA.*

*O Código de Processo Penal faculta ao Magistrado a produção de provas de ofício.*

Se as partes tiveram acesso a documentos juntados aos autos, antes das alegações finais, afasta-se o cerceamento de defesa.

(...)

Ordem denegada.

(HC 100.321/MT, Rel. Ministra JANE SILVA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/MG), SEXTA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 22/04/2008, destaquei)

26. De todo modo, é importante considerar, no caso concreto, que o juiz que participou da colheita das provas, atuando de ofício, não foi o mesmo que realizou a instrução processual, já que o processo foi remetido a esta Seção Judiciária de São Paulo/SP.

Ou seja, ainda que se entenda que o juiz da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR agiu com parcialidade, deixou de ser ele a autoridade responsável pela condução do processo penal, restando afastado qualquer eventual vício de origem.

É de se ressaltar, ademais, que as provas inquinadas de ilícitas, produzidas através de quebra de sigilo fiscal e realização de investigação fiscal, seriam obtidas naturalmente no curso da investigação criminal, já que são providências típicas da fase apuratória.

Rejeito, com base nesses argumentos, a preliminar.

## MÉRITO

### *Crimes Antecedentes*

27. Na Ação Penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, que tramitou perante este Juízo, os acusados SAMUEL e JAN foram condenados pela prática dos delitos tipificados nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986. Na respectiva sentença condenatória, juntada às fls. 1048/1071/AP, foi reconhecido que os réus atuavam profissionalmente como “doleiros”, através da realização de múltiplas operações de “dólar-cabo” em valores muito elevados.

Ressalto que, na referida ação penal, os réus confessaram sua atuação como “doleiros”. Tais confissões a respeito da atividade ilícita foram repetidas nesta ação penal nos interrogatórios de SAMUEL (cf. mídia à fl. 887, minuto 03:22 e seguintes) e JAN (cf. mídia à fl. 887, minuto 02:25 e seguintes).

Não bastasse a sentença e as confissões, ressalto que as provas da prática desse delito são abundantes. Cito, especialmente, os documentos juntados no Apenso X, especialmente Volumes 4 e 5, onde se encontram fichas de aberturas de contas, movimentações financeiras, comunicações trocadas entre os acusados e as instituições financeiras, laudos de exame econômico-financeiro, entre outros.

Além disso, os livros contábeis e as notas fiscais apreendidas também são provas de que a empresa possuía apenas uma aparência de funcionamento efetivo (Apenso V, Volumes 1, 2 e 3). Os serviços discriminados nas notas fiscais, como regra, consistem em “assessoria em vendas” (v.g., fls. 29/39, 40/45, 47, 49/51, 53/56, 59/71, 73/85, 90/104, Apenso V, Volume 1) ou “assessoria” (fls. 195/232, Apenso V, Volume 1). Também há menções a “assessoria financeira” (v.g., fls. 39, 46, 48, 52, 57/58, Apenso V, Volume 1/Volume 6) e até mesmo a “estudo de viabilização de projeto de construção nova sede” (fl. 72, Apenso V, Volume 1).

Interessante ressaltar, ademais, que uma das supostas clientes da SNOW, a empresa 5284 Investimentos, que transferiu o valor de R\$ 772.732,45 para a conta corrente de SAMUEL,

era uma empresa de fachada para a prática de ilícitos fiscais e financeiros, conforme concluiu a Receita Federal do Brasil em fiscalização lá realizada (cf. Apenso VII).

Diversos dos supostos clientes da SNOW, para as quais era prestada “assessoria” tiveram seus nomes identificados como relacionados a operações de evasão de divisas.

Ainda, segundo a versão dos acusados, SAMUEL era responsável pela assessoria financeira e JAN pela assessoria em vendas. Contudo, a descrição dos serviços supostamente prestados por JAN é absolutamente inverossímil.

Em interrogatório perante a 2ª Vara Criminal de Curitiba/PR, JAN assim descreveu seus serviços: “Então, eu cuidei muito da parte de treinamento de vendas desse pessoal do Grupo Gelri. Como eu trabalho externo, eu vou lá no setor deles, eles têm, no Centro de São Paulo, perto do Mappin, se eu não me engano, na Rua 24 de maio, eu vou lá, dou exposições de como atender clientes, algumas coisas dessa maneira ...” (fl. 63, autos apensos nº 2007.70.00.026687-2, Volume 2).

Confiram-se as suas palavras em Juízo (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 12:58 e seguintes, destaquei)

JAN: A SNOW sempre foi de consultoria e tudo mais ...

JUÍZA: Financeira?

JAN: Financeira e tudo ..., não só financeira, porque eu nunca trabalhei na área financeira. Pra você ter uma ideia, a minha parte de RH, quando eu ia fazer alguma coisa nas firmas, pra senhora ter uma ideia, o que que era o meu negócio, eu ficava sentado ... Imagina qualquer fábrica, qualquer coisa, eu ficava sentado no estacionamento, depois eu ficava sentado na recepção, eu ficava indo na administração e eu depois tentava montar o que seria o *modus operandi*. O que que seria o *modus operandi*? Ah, o cliente chegou, como que o recepcionista do estacionamento tem que atender ...

A atividade é inacreditável. É muito difícil acreditar que alguém pagaria por esse tipo de “consultoria”, ainda mais prestado por JAN, pessoa sem qualificação para essa atividade e que não mostrou, em seu interrogatório, nenhum domínio convincente desse assunto.

28. Não resta dúvida, pois, da atuação de SAMUEL e JAN como “doleiros”. Também há robustos indícios de que os acusados não detinham efetivamente alguma fonte de renda lícita, tudo indicando que se dedicavam exclusivamente à atividade clandestina de câmbio.

Para a sua atuação como “doleiros”, os acusados SAMUEL e JAN se valiam de duas *offshores* constituídas nas Ilhas Virgens Britânicas, denominadas LAUREL (fls. 425/432, Apenso X, Volume 2) e SINKEL (fls. 691/725, Apenso X, Volume 4); no período compreendido entre 04.11.1997 e 26.12.2002, a LAUREL movimentou US\$ 128.956.520,57 a crédito e US\$ 137.510.556,23 a débito, ao passo que, entre 17.08.1999 e 30.12.2002, a SINKEL movimentou US\$ 157.753.605,70 a crédito e US\$ 171.281.458,51 a débito (cf. Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 1258/04-INC/DPF – fl. 866, Apenso X, Volume 4).

Pelas gigantescas quantias envolvidas em referidas remessas, tem-se por evidente que tais crimes geraram *elevados produtos* para os acusados. A movimentação total chega a quase US\$ 600 milhões. Caso os acusados cobrassem uma comissão de meros 0,5% a cada transação, o produto do crime já montaria a aproximadamente US\$ 3 milhões. SAMUEL, ao preencher a ficha de cadastro referente à subconta LAUREL, além de informar sua atividade de câmbio, aludiu a uma renda anual de US\$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil dólares dos EUA) – cf. fl. 931 do Apenso X, Volume 5.

Não é demais ressaltar que, já antes da abertura dessas *offshores*, SAMUEL atuava como doleiro por meio de uma conta de sua titularidade, n 715-9, mantida no BANESTADO de Nova Iorque (cf. Apenso X, Volume 7). A movimentação total dessa conta foi de US\$ 76.512.582,76 (cf. Laudo de Exame Econômico-Financeiro nº 675/02/04-INC/DPF – fl. 1483, Apenso X, Volume 7).

Diante da movimentação de recursos sem origem demonstrada, SAMUEL foi autuado pela Receita Federal do Brasil, restando constituído crédito tributário no valor de R\$ 128.907.386,07 (cento e vinte e oito milhões, novecentos e sete mil, trezentos e oitenta e seis reais e sete centavos), incluindo-se o principal, multa e juros, calculados até 30.11.2007 (fl. 498, Apenso I, Volume 3)

Especificamente no que diz respeito à transferência realizada em favor de FERNANDO no exterior, ademais, SAMUEL reconheceu que os valores eram decorrentes de sua atividade ilícita de câmbio (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 13:15 e seguintes).

29. De qualquer forma, ainda que hipoteticamente se reconhecesse que os acusados tivessem algum rendimento lícito, não seria suficiente para a aquisição dos imóveis mencionados na denúncia. Assim, restaria caracterizada a *mistura de bens lícitos e ilícitos*, o que também configura uma atividade típica de ocultação da origem dos bens.

É o que a doutrina estadunidense denomina de *commingling*. Conforme explica MARCELO B. MENDRONI, “qualquer forma que o agente utilize, não necessariamente através de uma empresa, que embora seja a mais comum não é a única, *misturando recursos obtidos lícitamente com outros obtidos ilícitamente*, pela prática de alguns dos crimes antecedentes, nos termos da lei, *configura a prática de crime de lavagem de dinheiro na medida em que ele ‘dissimula’ a origem daqueles ganhos ilegais. Essa ‘mistura’ pode ocorrer, em uma mesma conta corrente ou aplicação financeira, em forma de somatória para a compra de ações ou qualquer outro ativo, bens, como imóveis, automóveis, barcos, aviões etc., o que já se afigura, numa primeira etapa, a modalidade de movimentação para, em seguida, a prática da ‘conversão’ em bens*” (*Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 63).

Tanto assim que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional (“Convenção de Palermo”), aprovada no Brasil por meio do Decreto Legislativo no 231, de 29 de maio de 2003, e incorporada ao direito brasileiro pelo , estabelece, em seu artigo 12, 4, que “[s]e o produto do crime tiver sido misturado com bens adquiridos legalmente, estes bens poderão, sem prejuízo das competências de embargo ou apreensão, ser confiscados até ao valor calculado do produto com que foram misturados”.

Assim sendo, resta devidamente provado que: a) foram praticados pelos réus SAMUEL e JAN os crimes contra o sistema financeiro nacional tipificados nos artigos 16 (operação de instituição financeira não autorizada) e 22 (evasão de divisas) da Lei nº 7.492/1986; b) tais crimes geraram *produto financeiro* de elevada monta; c) não há provas convincentes de rendimentos lícitos recebidos pelos acusados, indicando as provas, pelo contrário, que toda *sua renda era oriunda dos crimes* contra o sistema financeiro nacional; d) ainda que assim não fosse, a *mistura de bens lícitos e ilícitos não desnatura o delito de lavagem de capitais*, antes o torna mais complexo e de difícil detecção.

Resta verificar, pois, se as condutas narradas na denúncia como posteriores à prática dos crimes financeiros preenchem os requisitos do delito de lavagem de capitais.

*Da Lavagem de Ativos através de Empréstimo Simulado entre SAMUEL e FERNANDO*

30. Como exposto no tópico referente aos delitos antecedentes cometidos por SAMUEL e JAN, estes operavam as subcontas SINKEL e LAUREL, abertas junto à instituição financeira BEACON HILL SERVICE CORPORATION, que, por sua vez, mantinha uma “conta ônibus” no JP MORGAN CHASE em Nova Iorque/EUA.

Por meio dessas subcontas, foram realizadas diversas transferências em que FERNANDO consta como ordenante (fls. 56/111/IP). Também se verificou que valores foram transferidos diretamente para a conta nº 69883876, de titularidade do próprio FERNANDO, mantida no Banco CITIBANK no Texas (fls. 106/107/IP, 109/110/IP).

O laudo de exame econômico-financeiro nº 750/06, elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística a partir da base dados colhidos no “Caso Banestado”, que compreende as movimentações financeiras das contas relacionadas à rede de “doleiros” identificada, verificou-se que o nome de FERNANDO aparece relacionado a movimentações no valor de US\$ 402.344,90 (fl. 781/IP).

Quanto a este ponto, destaco que a Defesa contesta os valores recebidos na conta de FERNANDO, negando que a conta tenha efetivamente sido beneficiárias de tais créditos. Afirma que a acusação se basearia em laudo que “não consignou as datas valores, destinatários, ordenantes das contas em que teriam ocorrido as referidas operações, *limitando-se a apresentar tabela com valores ‘totais’ que são, aliás, notadamente diversos aos apresentados pelo Ministério Público*, sendo expressamente destacada a possibilidade de ocorrência de homônimos” (fl. 962/AP, os destaques são da Defesa).

31. Não obstante, há *provas* suficientes nos autos de que as *transferências para a conta de FERNANDO efetivamente ocorreram*.

Inicialmente, ressalto que, ao contrário do afirmado pela Defesa, o *laudo de exame econômico-financeiro elaborado pelo INC* consignou, sim, as datas, valores, destinatários, ordenantes e contas em que teriam ocorrido as referidas operações. Tais informações constam de CD acostado à contracapa do volume 3 do Inquérito Policial, mencionados no laudo de exame econômico-financeiro nº 750/06/INC (fls. 778/784/IP). Especificamente no que tange às transferências relacionadas ao nome de FERNANDO estão impressas, por determinação minha, às fls. 1075/1081/AP.

Ressalto que o laudo do Instituto Nacional de Criminalística foi elaborado por dois peritos criminais, conforme então exigido pelo artigo 159 do Código de Processo Penal. A elaboração de laudos pelo Instituto Nacional de Criminalística é invariavelmente reconhecida pela jurisprudência como válida. Nesse sentido, a título exemplificativo, menciono julgado do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, segundo o qual “As perícias financeiras realizadas com o propósito de esclarecer a eventual ocorrência de delitos financeiros deve transcender a um mero exame contábil, a exemplo daqueles que são realizados corriqueiramente na área cível, devendo, pois, investigar, cientificamente, a ocorrência, ou não, dos mais diversos expedientes ardilosos usualmente utilizados à frente das gestões das instituições financeiras. Sendo assim, *as varas criminais especializadas nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Dinheiro devem confiar a realização de perícias ao Instituto Nacional de Criminalística da Polícia Federal* ao invés de nomear peritos *ad hoc*, porquanto tal instituição possui preparo técnico para analisar a macrocriminalidade econômica” (TRF4, Oitava Turma, ACR 00010082120054047200, Rel. Des. Fed. Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 05.10.2010, grifei).

Mas, além da presunção de veracidade da análise técnica realizada pelo INC, destaco que as suas *conclusões são corroboradas pelo extrato bancário da conta de FERNANDO*, juntado às fls. 32/73, Apenso VIII, Volume 1. Friso que, conforme adiante será exposto, no curso de procedimento administrativo fiscal instaurado pela Receita Federal, FERNANDO omitiu propositalmente a existência da conta mantida no CITIBANK do Texas.

Com efeito, referido extrato contém a movimentação de FERNANDO no período compreendido entre 10.06.2002 e 17.02.2005. Nesse período, foi identificada apenas uma transferência oriunda da BEACON HILL SERVICES CORPORATION, no valor de US\$ 4.910,00, recebida em 19.12.2002 (fl. 1078/AP) – as demais são todas anteriores ao período (cf. fls. 1075/1081/AP). O recebimento de tal transferência está comprovado pelo extrato bancário de FERNANDO, onde se verifica o crédito desse valor, na mesma data, proveniente da mesma instituição identificada pelo laudo de exame econômico-financeiro (cf. fl. 42verso, Apenso VIII, Volume 1). Tal identidade de dados comprova as conclusões do laudo.

Considerada a correção das informações do laudo, tem-se que a conta mantida por FERNANDO no CITIBANK foi beneficiária, entre 2000 e 2002, do valor total de, ao menos, US\$ 242.113,90 (fls. 1075/1081/AP) – pouco mais, portanto, do que os supostos US\$ 233.407,90 mencionados pelo Ministério Público Federal na denúncia (fl. 08/AP).

32. Por outro lado, FERNANDO apresentou à Receita Federal do Brasil, em sua Declaração Anual de Ajuste de Imposto de Renda – Pessoa Física, no exercício 2003, a informação de ter concedido um empréstimo de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) ao réu SAMUEL (fl. 27/IP).

Verificando-se a evolução patrimonial declarada de FERNANDO, nota-se que: a) ao fim do ano 2000, ele declarou não ter patrimônio algum (fl. 31/IP); b) ao fim de 2001, declarou patrimônio de R\$ 188.000,00 (fl. 31/IP); c) ao fim de 2002, seu patrimônio deu um salto para R\$ 1.357.500,00 (fl. 27/IP).

Todavia, a composição do seu patrimônio é algo que salta aos olhos: desse total de R\$ 1.357.000,00, R\$ 900.000,00 consistem em supostos empréstimos concedidos a pessoas físicas, dentre as quais SAMUEL, e outros R\$ 400.000,00 se referem a dinheiro em espécie (fl. 31/IP).

Segundo FERNANDO, o empréstimo teria sido concedido a pedido de seu pai, Alberto. A versão é pouco verossímil. É no mínimo curioso que alguém experimente, de um ano para outro, um aumento patrimonial de mais de 1000% e empreste mais de 66% desse patrimônio para terceiros.

Mais curioso ainda é o fato de que FERNANDO formalizou contratos de mútuo celebrados com outras pessoas envolvendo valores menores (R\$ 200.000,00 – cf. fls. 591/602, Apenso I, Volume 4), mas não o fez apenas em relação a SAMUEL, em negócio jurídico de maior vulto (R\$ 500.000,00).

O fato de o empréstimo ter sido declarado tanto por SAMUEL quanto por FERNANDO à Receita Federal do Brasil, longe de afastar a ilicitude da conduta, como pretende a Defesa, deixa mais evidente o intuito de conferir uma origem aparentemente lícita aos valores utilizados por SAMUEL, justamente o que caracteriza a lavagem de capitais.

Conforme expõe SÉRGIO F. MORO, “[n]essa tipologia, o produto do crime não é ocultado em nome de pessoas interpostas ou identidades falsas. *O criminoso não oculta a titularidade dos bens*, direitos e valores provenientes do crime, *mas dissimula a origem criminosa destes mediante a falsificação de fontes de rendimentos lícitas*, como heranças, ganhos em jogos,

doações, financiamentos, *empréstimos* etc.” (*Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 49, grifei).

Por outro lado, realmente, como aponta a Defesa, não há correspondência exata entre os valores recebidos por FERNANDO em sua conta nos EUA e o valor do empréstimo por ele formalmente concedido a SAMUEL no Brasil. Conforme exposto anteriormente, a conta mantida por FERNANDO no CITIBANK foi beneficiária, entre 2000 e 2002, do valor total de, ao menos, US\$ 242.113,90. Feita a conversão em reais à época o valor é consideravelmente superior ao “emprestado” a SAMUEL.

SAMUEL disse em seu interrogatório querer ser tratado como cambista e que não existiria, no mercado ilegal de câmbio, a atividade de pagamento “parcelado” ou “a prestações” dos valores transferidos no exterior.

Entretanto, a falta de total correspondência entre os valores recebidos por FERNANDO em sua conta nos EUA e o valor repassado a SAMUEL no Brasil não afasta a conclusão de que se pretendeu, com esse empréstimo simulado, dissimular a natureza e a origem de dinheiro proveniente de infração penal.

Isso porque não se está a imputar a FERNANDO e SAMUEL a mera realização de uma operação de câmbio “a prazo” ou “parcelada”. É evidente que disso não se trata. O que a denúncia imputa a FERNANDO é a realização de uma operação simulada, com vistas a conferir uma origem aparentemente legítima ao dinheiro utilizado por SAMUEL em território nacional.

Mesmo que FERNANDO nada tivesse recebido no exterior, ainda assim persistiria firme a convicção de sua participação na operação de lavagem de dinheiro, pois não se conseguiu demonstrar minimamente que tenha efetivamente recebido quaisquer dividendos da empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. Aliás, não se conseguiu demonstrar sequer que essa empresa efetivamente possuísse alguma receita verdadeira, conforme passo a fundamentar.

33. Com efeito, a Receita Federal do Brasil realizou fiscalização tributária objetivando descobrir a origem do patrimônio declarado por FERNANDO. Foram concedidas diversas oportunidades para que FERNANDO juntasse provas suficientes da origem dos valores por ele titulados.

FERNANDO juntou cópias de balanços patrimoniais da empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. (fls. 603/606, Apenso I, Volume 4), sustentando, em sua manifestação escrita, que os empréstimos recebidos dessa empresa (depois pagos com o recebimento de dividendos) constituíram sua principal fonte de renda no período (fl. 590, Apenso I, Volume 4).

Tais documentos são bastante singelos, mas seus dados induzem, no mínimo, necessidade de verificação. Nota-se que, em 2001, a empresa teve receita líquida de vendas de R\$ 295.570,62 (fl. 604, Apenso I, Volume 4). Em 2002, a receita de vendas subiu para R\$ 4.493.919,32 (fl. 606, Apenso I, Volume 4). FERNANDO, por sua vez, teria recebido dividendos de R\$ 130.500,00 em 2001 e R\$ 1.502.232,98 em 2002.

Ressalto que se trata de pessoa jurídica que tinha como sócios apenas FERNANDO e sua esposa, com objeto social genérico, consistente em “prestação de serviços de consultoria comercial, marketing, agenciamento, intermediação de negócios, exceto na área imobiliária e representação comercial por conta de terceiros” (fl. 715, Apenso I, Volume 4).

Nada mais razoável, pois, que FERNANDO demonstrasse efetivamente, não apenas com meros documentos contábeis, mas com prova da movimentação do dinheiro, que a empresa efetivamente auferiu toda essa receita e que os dividendos foram realmente recebidos.

Por isso, a Receita Federal insistiu para que FERNANDO apresentasse, entre outros elementos de prova, “documentação bancária comprobatória relativamente a (...) lucros recebidos de SANDRI REPRESENTAÇÕES, no valor de R\$ 130.500,00 em 2001 e R\$ 1.502.232,98 em 2002” (fl. 607, Apenso I, Volume 4).

FERNANDO apenas afirmou, em 23 de maio de 2005, acreditar que a empresa tivesse tais informações registradas, mas que elas não se encontravam à sua disposição, bem como que as requisitou ao contador, mas não obteve resposta (fl. 614, Apenso I, Volume 4).

Ocorre que o representante da empresa era o próprio FERNANDO, conforme se verifica de sua comunicação de 15 de maio de 2006, juntada à fl. 202, Apenso VIII, Volume 1. Na referida comunicação, ocorrida um ano após sua manifestação anterior, FERNANDO alegou que os documentos contábeis e fiscais da empresa se encontravam “arquivados em depósitos de terceiros, o que dificulta sua localização e pronta disponibilização”.

FERNANDO, portanto, não demonstrou a efetiva existência de lucros auferidos pela pessoa jurídica SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. e, muito menos, o seu efetivo recebimento, razão pela qual teve lavrado contra si auto de infração no valor de R\$ 508.617,41, somando-se principal, multa e juros (fls. 624/625 e 649, Apenso I, Volume 4).

A Receita Federal também solicitou a FERNANDO que relacionasse, no que tange ao período compreendido entre 2000 e 2003, “todas as c/c de sua titularidade mantidas em instituições financeiras, no Brasil e no exterior” (fl. 548, Apenso I, Volume 4). FERNANDO relacionou apenas duas contas correntes, ambas mantidas no Banco HSBC no Brasil (fl. 619, Apenso I, Volume 4). *Omitiu*, pois, *propositalmente*, a existência da *conta* mantida no *CITIBANK do Texas* – cuja existência está demonstrada pelos extratos encaminhados pelas autoridades estadunidenses em atendimento a pedido de cooperação judiciária (fls. 32/73, Apenso VIII, Volume 1).

34. SAMUEL afirmou que não existe relação entre o valor enviado para a conta de FERNANDO no exterior e o empréstimo recebido no Brasil – a conta mantida por SAMUEL no CITIBANK recebeu uma transferência de R\$ 500.000,00 em 27.11.2002 (fl. 256/IP). Asseverou que os valores recebidos de FERNANDO lhe foram repassados com a finalidade de investir em imóveis (cf. mídia à fl. 887, minuto 13:50 e seguintes)

A aplicação em imóveis por meio de terceiro, porém, é uma operação bastante heterodoxa. Qual teria sido o ganho de FERNANDO com o empréstimo feito para SAMUEL? Segundo SAMUEL, ele e o pai de FERNANDO tinham um “acordo de cavalheiros” por meio do qual todo o lucro apurado seria dividido com FERNANDO (cf. mídia à fl. 887, minuto 50:22 e seguintes). Mas não foi feita nenhuma prova de que esses valores tenham efetivamente sido devolvidos a FERNANDO, muito menos o pagamento do referido lucro. FERNANDO, por sinal, em seu interrogatório, afirmou que jamais recebeu os valores (cf. mídia à fl. 887, minuto 08:11 e seguintes).

A versão é, portanto, inverossímil.

35. Quanto ao *dolo* de FERNANDO, não há dúvida de que tivesse conhecimento da origem ilícita do dinheiro. Ora, FERNANDO sabia que SAMUEL era “doleiro”, já que, entre 1999 e 2002, ordenou e recebeu diversas transferências de valores nos EUA.

O acusado FERNANDO, em seu interrogatório, confirmou ter conta nos EUA por ter morado lá, mas disse que jamais utilizou essa conta (cf. mídia à fl. 887, minuto 04:28 e seguintes). Afirmou que seu pai é que teria utilizado a conta, embora ela fosse somente de sua titularidade (cf. mídia à fl. 887, minuto 04:35 e seguintes).

Confira-se o trecho pertinente de seu interrogatório (cf. mídia à fl. 887, minuto 04:25 e seguintes, destaquei):

JUÍZA: *O senhor tem conta no exterior?*

FERNANDO: Não.

JUÍZA: Nunca teve?

FERNANDO: *Tive, porque eu morei nos Estados Unidos, morei três anos lá.*

JUÍZA: Aqui consta da denúncia que o senhor teria recebido uma remessa de cerca de duzentos e trinta mil dólares entre novembro de 2000 a dezembro de 2002, foram várias remessas que totalizaram aproximadamente duzentos e trinta mil dólares, vindas de uma conta do SAMUEL e do JAN. O que o senhor tem a dizer a esse respeito?

FERNANDO: *Olha, eu movimentei a conta nos Estados Unidos quando eu morava lá.*

JUÍZA: O senhor morou lá em que época?

FERNANDO: *Eu morei lá até 94. Depois ...*

JUÍZA: *O senhor encerrou essa conta quando o senhor saiu de lá?*

FERNANDO: *Não encerrei, mas eu não, não movimentei mais.*

JUÍZA: Mas ela tinha saldo?

FERNANDO: *Tinha nada, que eu era estudante, tinha saldo normal pra estudante, não tinha nada de mais.*

JUÍZA: Mas o senhor recebeu essas remessas aqui, nesse ínterim, entre novembro de 2000 e dezembro de 2002?

FERNANDO: *Olha, eu não recebi porque eu não, não usei a conta.*

JUÍZA: O senhor nega então? Esse dinheiro foi parar na sua conta sem o seu conhecimento? Ou ele não foi parar na sua conta? Essa conta ta fechada hoje?

FERNANDO: *Olha, eu não tenho mais conhecimento de que fim, de que fim levou a conta.*

JUÍZA: O senhor deixou a conta lá paralisada, não sabe se tem saldo se não tem? Não encerrou?

FERNANDO: *Eu não usei a conta. Eu não sei se, por acaso, se meu pai usou pra viajar, alguma coisa assim, se pra pagar alguma coisa lá fora, mas eu, eu não usei a conta.*

JUÍZA: Essa conta é de titularidade só do senhor ou do senhor e do seu pai?

FERNANDO: *É só minha.*

JUÍZA: Só sua, então seu pai não poderia utilizar.

FERNANDO: *Acho que hoje, com senha, internet e tudo, acho que qualquer um pode entrar na conta e usar.*

JUÍZA: Mas o seu pai tinha a senha do senhor?

FERNANDO: *Eu acho que tinha.*

JUÍZA: Acha ou tem certeza?

FERNANDO: *Tinha.*

JUÍZA: Seu pai é vivo?

FERNANDO: *Não.*

JUÍZA: Ele faleceu quando?

FERNANDO: *2006.*

JUÍZA: Ta, o senhor não sabe então da movimentação, da existência de remessas no valor de duzentos e trinta mil dólares pra conta do senhor?

FERNANDO: *Eu sei que existe uma movimentação, mas eu não sei precisar valor e não sei...*

JUÍZA: O senhor na época tomou conhecimento, na época, dessas remessas pra lá, pra sua conta?

FERNANDO: *Como eu disse, eu sabia que tinha alguma movimentação, exatamente o que era feito eu não podia lhe dizer.*

JUÍZA: Mas o senhor sabia que existia e não sabia a que título? Quer dizer, chega dinheiro na sua conta e o senhor não sabe a origem? Não se preocupa em saber de onde veio? Com que finalidade?

FERNANDO: *Como eu disse, quem movimentava era o meu pai. Quem só fazia isso era o meu pai.*

JUÍZA: Não era uma conta conjunta mas era o seu pai que movimentava?

FERNANDO: *Era o meu pai que movimentava.*

JUÍZA: *Por que meio? Por meio de internet?*

FERNANDO: Acredito que por meio de Internet.

JUÍZA: A conta era do senhor, o senhor o nomeou procurador?

FERNANDO: *Não, por meio de internet.*

JUÍZA: *Por meio de internet, então. O senhor não nomeou seu pai procurador?*

FERNANDO: Não.

Em primeiro lugar, ressalto que FERNANDO começa a responder as perguntas “achando” que seu pai movimentava sua conta; depois passa a ter certeza. Em seguida, diz “achar” que seu pai movimentava sua conta por meio eletrônico; depois afirma ter certeza.

Em segundo lugar, noto que FERNANDO afirma que movimentou a conta somente até 1994. Contudo, há nos autos cópias de cheques por ele assinados emitidos no ano de 2002 (fls. 77/82, Apenso VIII, Volume 1). Nem se diga que a assinatura não seria dele, já que, além de o padrão ser muito semelhante ao de sua assinatura na ata do interrogatório judicial (fl. 889/AP), ele próprio reconheceu que não outorgou procuração a seu pai, de modo que somente ele poderia assinar cheques relacionados à conta de sua titularidade. Ademais, em nenhum momento foi questionada a autenticidade das assinaturas.

Em terceiro lugar, friso que, ainda que fosse verdadeira a afirmação de que a movimentação da conta era feita pelo seu pai, isso não afastaria a responsabilidade de FERNANDO, ao permitir a movimentação de valores cuja origem desconhecia por terceiros.

36. Todos os elementos de prova considerados, a conclusão aponta para a falsidade do empréstimo formalizado entre SAMUEL e FERNANDO, realizado dolosamente por esses acusados no intuito de conferir aparência de licitude aos valores possuídos por SAMUEL.

As razões que me levam à conclusão de que FERNANDO atuou de forma a conferir aparência de legitimidade, mediante simulação de empréstimo, em favor de SAMUEL são as seguintes:

a) FERNANDO recebeu por longo período dinheiro transferido por SAMUEL em conta de sua titularidade mantida nos EUA;

b) FERNANDO mentiu sobre sua atuação na movimentação da conta mantida nos EUA;

c) FERNANDO omitiu propositalmente a existência de tal conta à Receita Federal do Brasil quando expressamente questionado a respeito;

d) cópia do extrato encaminhado pelo CITIBANK nos EUA demonstrou que FERNANDO efetivamente recebeu valores oriundos da BEACON HILL SERVICE CORPORATION, exatamente conforme informando no laudo de exame econômico financeiro elaborado pelo INC;

e) houve um súbito e assombroso crescimento do patrimônio de FERNANDO do ano de 2001 para o ano de 2002;

f) malgrado tenha tido longo tempo para providenciar a respectiva documentação, FERNANDO não demonstrou minimamente no processo administrativo – nem neste processo criminal – que a empresa SANDRI REPRESENTAÇÕES S/C LTDA. tenha prestado algum serviço e tenha recebido efetivamente algum valor que pudesse justificar os supostos dividendos a ele distribuídos;

g) FERNANDO tampouco comprovou como se deu o suposto recebimento de tais dividendos;

h) FERNANDO não se preocupou em formalizar o empréstimo concedido a SAMUEL, não obstante o valor do negócio jurídico equivalesse a mais de 30% de seu patrimônio; e

i) o empréstimo jamais foi pago e isso não preocupou FERNANDO, embora, como dito, o valor do negócio jurídico equivalesse a mais de 30% de seu patrimônio.

37. Quanto ao réu JAN, não vislumbro provas suficientes de sua participação nestes atos de lavagem. Com efeito, não participou da celebração do negócio jurídico simulado, que envolveu apenas SAMUEL e FERNANDO. FERNANDO e JAN, aparentemente, sequer se conheciam.

A propósito, JAN afirmou, em seu interrogatório, que não tinha conhecimento do empréstimo celebrado entre FERNANDO e SAMUEL (cf. mídia à fl. 887, minuto 05:30 e seguintes).

O fato de JAN ter participado das remessas de valores ao exterior não é suficiente, por si só, para permitir inferir que ele tenha participado, também, da ocultação do patrimônio em nome de SAMUEL.

#### *Da Lavagem de Ativos através de Transferências oriundas da offshore KAYTON*

38. Conforme exposto na denúncia, a *segunda forma de operações de lavagem* de capitais consistiu na realização de *transferências financeiras* oriundas do exterior para contas bancárias mantidas pela SNOW, empresa de propriedade dos réus SAMUEL e JAN utilizada para a atividade clandestina de câmbio, nos bancos SAFRA e ITAÚ.

O BACEN identificou seis operações entre a SNOW e a *offshore* KAYTON, no período compreendido entre 2000 e 2004, assim expostas (fl. 1003 do Apenso X, Volume 5):

- uma operação de câmbio relativa a transferência do exterior (operação tipo 3 – livre), de número 02/026145, contratada junto ao Banco Safra – São Paulo, em 28/11/2002, no valor de USD 200.000,00, a título de empréstimo direto a residente no Brasil, tendo como contraparte no exterior a Kayton;
- uma operação de câmbio relativa a transferência do exterior (operação tipo 3 – livre), de número 02/100544, contratada junto ao Banco Safra – São Paulo, em 13/12/2002, no valor de USD 200.000,00, a título de empréstimo direto a residente no Brasil, tendo como contraparte no exterior a Kayton;
- 2 (duas) operações de câmbio relativas a transferências do exterior (operação tipo 3 – livre), de números 03/36460 e 03/36461, contratadas junto ao Banco Itaú – São Paulo, em 28/04/2003, ambas no valor de USD 200.000,00, a título de investimento direto no país junto à Snow Assessoria, por parte da KAYTON. Tais operações foram realizadas com a forma da entrega da moeda estrangeira simbólica (unicamente escritural sem movimentação de valores) e vinculadas às duas operações listadas a seguir, de modo a se registrar a conversão da dívida dos empréstimos (operações de câmbio de número 02/026145, contratada junto ao Banco Safra e de número 02/100544, contratada junto ao Banco Itaú, citadas acima) em investimento da Kayton junto à Snow;
- 2 (duas) operações de câmbio relativas a transferências para o exterior (operações tipo 4 – livre), de números 03/48589 e 03/48590, contratadas com o Banco Itaú – São Paulo, em 28/04/2003, ambas no valor de USD 200.000,00, a título de pagamento de empréstimo direto a residente no Brasil, com forma da entrega da moeda estrangeira simbólica e vinculadas às duas operações citadas anteriormente, de visando à conversão do empréstimo do exterior (operações de câmbio de número 02/026145, contratada junto ao Banco Safra e de número 02/100544, contratada junto ao Banco Itaú, citadas acima) em investimento.

Está demonstrado, portanto, que a *SNOW* recebeu – por meio de duas transferências, cada qual no valor de US\$ 200.000,00, sendo uma realizada em 28.11.2002 e a outra em 13.12.2002 – o total de US\$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares dos EUA), enviados pela *offshore* panamenha KAYTON. Convertidos os valores em reais, foram recebidos, na primeira operação, R\$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais) e, na segunda, R\$ 750.800,00 (setecentos e cinquenta mil e oitocentos reais), totalizando, pois, R\$ 1.468.000,00 (um milhão, quatrocentos e sessenta e oito mil reais) – cf. fls. 1006/1007 do Apenso X, Volume 5.

Originalmente, os valores foram encaminhados a título de empréstimo, conforme se verifica do contrato firmado com a *offshore* panamenha (fl. 1035, do Apenso X, Volume) e da informação do BACEN (fl. 1003, do Apenso X, Volume).

Posteriormente, os valores recebidos a título de “empréstimo” foram convertidos em “investimento”, de modo que os acusados não mais precisariam justificar a falta de pagamento do capital e juros simuladamente pactuados com a *offshore* panamenha.

Através desse “investimento”, em 08 de maio de 2003, deu-se o ingresso da KAYTON no quadro societário da SNOW, por meio de alteração do contrato social desta. Desse modo, o capital social da SNOW passou de R\$ 20.000,00 para R\$ 1.222.000,00 (cf. contrato social e respectiva alteração juntados às fls. 198/204/IP e 205/211/IP). A KAYTON passou a ter mais de 98% das quotas da SNOW, sendo representada no ato pela acusada LEA, na qualidade de procuradora da *offshore* (cf. procuração original e respectiva tradução juntadas às fls. 216/222/IP).

Finalmente, em leilão público para investidores, realizado em 06 de novembro de 2002 pelo Banco ITAÚ, SAMUEL e JAN adquiriram dois imóveis em nome da SNOW. Trata-se de dois prédios comerciais, situados nos Bairros da Lapa e Vila Alpina, em São Paulo/SP, onde se encontram instaladas duas agências do Banco ITAÚ. Os imóveis foram objeto de contratos de locação, por vinte anos, renováveis por igual período, sendo os aluguéis pagos mensalmente pelo banco em favor da SNOW.

Um dos imóveis foi arrematado pela SNOW por R\$ 1.525.000,00 (matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP), sendo pago um sinal de R\$ 457.500,00 (quatrocentos e cinquenta e sete mil e quinhentos reais), em 06.11.2002 e acordado que o restante seria pago em 36 parcelas (fls. 167/168, Apenso X, Volume 1). O contrato foi assinado pelos réus SAMUEL e JAN (fls. 172/173, Apenso X, Volume 1).

O outro imóvel foi arrematado pela SNOW por R\$ 2.810.000,00 (matrícula 75.314, do 10º Registro de Imóveis de São Paulo/SP), sendo pago um sinal de R\$ 843.000,00 (oitocentos e quarenta e três mil reais), em 06.11.2002 e acordado que o restante seria pago em 48 parcelas (fls. 175/176, Apenso X, Volume 1). O contrato foi assinado pelos réus SAMUEL e JAN (fls. 180/181, Apenso X, Volume 1).

Na mesma data da celebração dos contratos, 27.12.2012, foram celebrados contratos de locação dos referidos imóveis entre a SNOW, representada pelos réus SAMUEL e JAN, e o ITAÚ (fls. 182/194).

Para o pagamento do sinal, em ambos os casos, foram emitidos cheques de conta de titularidade de SAMUEL, nº 04713850-5 mantida no CITIBANK, Agência Avenida Paulista, conforme informações prestadas pelo ITAÚ (fl. 492).

39. Embora os acusados SAMUEL e JAN tenham procurado defender a existência da KAYTON como empresa não vinculada a eles, idônea e efetivamente interessada em investimentos produtivos no Brasil, não é definitivamente o que se conclui dos autos.

Com efeito, o simples fato de se tratar de *empresa offshore constituída em paraíso fiscal* já constitui indício de seu caráter fantasioso.

Ressalto que, da mesma forma que a formalização de empréstimos simulados, a utilização de empresas *offshore* localizadas em paraísos fiscais também é reconhecida como uma tipologia tradicional de lavagem de dinheiro (nesse sentido, cf. MORO, Sérgio F. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 50; MENDRONI, Marcelo B. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 70-74; RICHARDS, James R. *Transnational criminal organizations, cybercrime and money laundering. A handbook for Law enforcement officers, auditors and financial investigators*. Boca Raton: CRC Press, 1999, p. 56).

A somar-se a isso, note-se que a *ordem de transferência de valores partiu da casa de câmbio LESPAN*, uma das mais notórias atuantes nas atividades de evasão de divisas a partir do Brasil (fl. 1036, Apenso X, Volume 5).

Por outro lado, vale ressaltar que o acusado JAN afirmou que a KAYTON era uma empresa muito grande no Panamá, atuando, inclusive, em Miami e outros locais dos Estados Unidos (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 16:05 e seguintes)

Ocorre, contudo, que, conforme consulta realizada no sítio do Registro Público do Panamá, a *offshore KAYTON foi registrada* somente em 26.10.2002 (fls. 1072/AP e fl. 1077 do Apenso X, Volume 5) – apenas *dez dias antes do leilão* para a aquisição dos imóveis que teria interesse em adquirir e somente *dois meses antes da primeira remessa* realizada para o Brasil. Às fls. 703/712 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181 se encontram ato constitutivo e respectiva tradução juramentada da empresa. Ali se verifica que os representantes legais da empresa são seu presidente e seu vice-presidente, respectivamente Carlos Barrios e Antonio Samudio. Tais pessoas jamais foram mencionadas, muito menos arroladas como testemunhas para demonstrar a real atividade de empresa.

Não se compreende como essa empresa pudesse ter a larga atuação afirmada pelos réus, nem sequer como as tratativas para a realização de investimento pudessem ter sido longas, se a empresa acabara de ser constituída. É evidente, pois, que se trata de empresa de fachada, “empresa-caixa postal” (*PO Box company*) ou “empresa-concha” (*shell company*), sem qualquer atividade efetiva, servindo apenas como canal de transferência de valores com o objetivo de ocultar os verdadeiros proprietários do dinheiro.

40. Ademais, as *versões dos acusados SAMUEL e JAN* a respeito de como foram travadas negociações com a KAYTON são contraditórias.

A respeito da KAYTON, *SAMUEL* afirmou que conheceu os seus representantes por intermédio de pessoas ligadas ao BEACON HILL e que com eles manteve longa tratativa a respeito de supostos *investimentos imobiliários* no Brasil, não tendo mencionado qualquer outro interesse de referida empresa no país (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 18:00 e seguintes, especialmente 18:30). *SAMUEL* não indicou quem seriam os supostos representantes da KAYTON, nem, tampouco os arrolou como testemunhas para demonstrar a veracidade de suas atividades.

Já *JAN* afirmou que a KAYTON pretendia inicialmente atuar na área de *importação e exportação de frutas* (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 11:55 e seguintes).

Confira-se, a propósito, as pouco convincentes explicações dadas por *JAN* a respeito da KAYTON (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 13:45 e seguintes, destaquei)

JUÍZA: *O grosso da atividade da SNOW, o que que era? Consultoria na área financeira?*

JAN: *Consultoria na área financeira, por causa do SAMUEL, exatamente. E eu, a gente tentava dá esse outro tipo de suporte, que aí era o meu trabalho.*

JUÍZA: *Certo, então qual era o objetivo de uma empresa como a KAYTON passar a ter 98% das cotas da SNOW, se a atividade era absolutamente diferente?*

JAN: *Então, é que na verdade por quê que entrou com 98%, porque não era pra isso, ela ..., a gente entrou pra fazer um, um ..., negócio de serviço como te falei de pesquisa de mercado pra eles. Quando tava lá nessa época, surgiu o negócio dos leilões das agências, que aí foi onde teve esse ...*

JUÍZA: *Vamos por partes. Primeiro: por quê que a KAYTON entrou na sociedade?*

JAN: *Ela não entrou, ela entrou porque ela fez o aporte de capital, mas antes ela não ...*

JUÍZA: *Esse capital vinha de onde? De onde que era o dinheiro da KAYTON?*

JAN: *De onde era o dinheiro da KAYTON?*

JUÍZA: *É, da KAYTON, qual é a origem dos recursos da KAYTON?*

JAN: *Da KAYTON eu não faço a menor ideia. Da KAYTON eu não sei. A KAYTON trouxe, eles vieram pra investir, eles são muito grandes lá no Panamá, o Sami inclusive viajou pra lá.*

JUÍZA: *O senhor não foi pra lá?*

JAN: *Não.*

JUÍZA: *Ta, mas os senhores aceitaram 98%, veja bem, passaram a ser praticamente donos da SNOW.*

JAN: *Sim.*

JUÍZA: *Quase a totalidade das cotas e o senhor não sabe a origem dos recursos?*

JAN: *Não, aí que ta, veja bem, doutora. Desculpe, eu to um pouco nervoso, mas eu quero tentar te explicar ...*

JUÍZA: *É só falar mais devagar, não tem pressa.*

JAN: *Tentar te explicar, ta, eles vieram ..., a intenção deles não eram nada com as agências, ta, as agências vieram a partir daquilo que tava sendo, algumas conversas ...*

JUÍZA: *Eu não estou falando das agências ainda, minha pergunta foi simples para o senhor. Deixa eu perguntar primeiro, depois o senhor responde.*

JAN: *Ah, desculpa, perdão, senhora, perdão.*

JUÍZA: *O senhor tinha uma empresa há anos com o seu sócio, não é, com o SAMUEL, de repente vem uma empresa, de um paraíso fiscal, do Panamá, passa a ter 98% das cotas da empresa do senhor – que era do senhor, depois deixou de ser... Essa empresa veio da onde? Com que recursos? Qual é a origem dos recursos dela? A minha pergunta é só essa para o senhor?*

JAN: *Os recursos ..., o dinheiro da KAYTON, os recursos da KAYTON, eu não faço a menor ideia.*

JUÍZA: *Não se preocuparam em saber qual era a origem dos recursos da KAYTON?*

JAN: *Não.*

JUÍZA: *Não?*

JAN: *Não.*

JUÍZA: *Não era importante isso?*

JAN: *Olha ...*

JUÍZA: *O senhor recebe recursos dentro da sua empresa e o senhor não sabe a origem? Se era lícita, se não era ... Que atividade a KAYTON exercia lá fora.*

JAN: *Olha, eles, eu não cheguei a conhecer eles, vi umas pessoas que veio pra cá, um senhor muito bem apresentado, ternos bacanas e tudo mais, mas eu não cheguei a ir no escritório deles, não vi nada, não sei, mas eu sei que no Panamá eles são super grandes, inclusive eles atuam em Miami, atuam nos Estados Unidos e em outras ...*

JUÍZA: *Essa não é a minha pergunta, o senhor não sabe a origem dos recursos.*

JAN: *Não sei.*

JUÍZA: *Aquí é mencionado na denúncia duas remessas que foram feitas, cada uma delas no valor de US\$ 200.000, no dias 28 de novembro de 2002 e 13 de dezembro de 2002.*

JAN: *Perfeito.*

41. Outro indício da “confusão patrimonial” entre a KAYTON e os réus SAMUEL e JAN reside no fato de que o pagamento do sinal dos imóveis adquiridos no leilão foi realizado por meio de dois cheques emitidos, em 06.11.2002, por SAMUEL, nos valores de R\$ 457.500,00 (fl. 159/IP) e R\$ 843.500,00 (fl. 161/IP), sacados contra o Banco CITIBANK, agência 0001, conta 04713850-5.

SAMUEL afirmou, em seu interrogatório (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 27:10 e seguintes), que, quando do leilão, as tratativas com a KAYTON já se encontravam em ritmo adiantado, mas as formalidades legais ainda não estavam completas. Assim, a KAYTON teria assinado um documento se comprometendo a participar do negócio. Tal documento – que, por si só, não seria suficiente para demonstrar a efetividade da empresa – nunca foi juntado nos autos.

De onde veio, então, o dinheiro utilizado para o pagamento do sinal?

Num primeiro momento, em seu interrogatório, SAMUEL afirmou que foi “captar no mercado” os recursos, “de pessoas conhecidas e de empresas”, “com amigos, com outras empresas e tudo mais” (cf. mídia à fl. 887/AP, minuto 27:24 e seguintes).

Ocorre que o valor a ser emprestado montava a mais de R\$ 1,3 milhão.

Curioso notar que, conforme reconhecido por SAMUEL (cf. mídia à fl. 887, minuto 27:45 e seguintes), tais empréstimos não foram formalizados nem comprovados – diferentemente do suposto empréstimo realizado com FERNANDO.

Por que razão SAMUEL teve a preocupação de declarar à Receita Federal do Brasil o empréstimo com FERNANDO no valor de R\$ 500.000,00 e não se preocupou em fazer o mesmo em relação a empréstimos envolvendo valor três vezes maior?

Faço notar, também, que FERNANDO formalizou contratos de mútuo celebrados com outras pessoas, mas não o fez apenas em relação a SAMUEL (cf. fls. 591/602, Apenso I, Volume 4).

42. Nesse contexto, ademais, foram igualmente contraditórias as versões a respeito do dinheiro utilizado no pagamento do sinal do pagamento referente à aquisição dos imóveis.

SAMUEL reconheceu que realizou o pagamento do sinal do leilão (cf. mídia à fl. 887, minuto 26:30 e seguintes). JAN, por sua vez, afirmou que os 30% do sinal pago no leilão dos imóveis foram pagos com recursos oriundos da KAYTON (cf. mídia à fl. 887, minuto 20:20 e seguintes).

Ora, se a KAYTON tivesse sido procurada, como afirmam os réus, justamente com a finalidade de realização de investimento em imóveis no Brasil, é crível que JAN sequer soubesse que foi SAMUEL quem realizou o pagamento do sinal?

43. Também a respeito da ré LEA, as versões de SAMUEL e JAN são completamente destoantes. SAMUEL afirmou que conheceu LEA a partir de representantes da KAYTON (cf. mídia à fl. 887, minuto 19:30 e seguintes). Depois afirmou que, *diariamente*, quando tivesse movimentação, LEA tinha que estar presente na empresa (cf. mídia à fl. 887, minuto 44:45 e seguintes).

Já JAN disse que a viu umas “duas vezes na vida” (cf. mídia à fl. 887, minuto 22:27)

Na casa do corréu JAN (fls. 04/27, Apenso V, Volume 1), foram *apreendidas vinte (20) folhas de cheques de conta corrente de titularidade da SNOW, sem preenchimento, assinadas pela corré LEA* (fls. 32/51, Apenso I, Volume 1). Trata-se de indício fortíssimo de que LEA não

atuava efetivamente na SNOW, servindo apenas como “testa-de-ferro”, “laranja” ou “mulher-de-palha”.

É muito estranho, ademais, o fato de que a ré *LEA jamais tenha sido encontrada*. Ora, se a KAYTON era uma empresa com funcionamento efetivo, com atividades relevantes no exterior, por qual razão a sua procuradora no Brasil se encontraria desaparecida?

Mais curioso é notar que, após os imóveis terem sido sequestrados por determinação do Juiz da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR, quem representou a SNOW na negociação junto ao Banco ITAÚ, em reunião ocorrida em 27.10.2005, foram os réus SAMUEL e JAN, além de Maurício Ozi, não estando presente a ré LEA (fl. 674 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Como explicar que a representante da *offshore* proprietária de 98% da SNOW não comparecesse em reunião para decidir o destino de seu único patrimônio?!

44. SAMUEL argumentou, ainda, que se pretendesse fazer a integração dos valores no Brasil de forma ilícita, teria feito isso por meio de uma empresa *offshore* com a utilização de laranjas e que nunca isso teria sido descoberto (cf. mídia à fl. 887, minuto 21:20 e seguintes).

Essa especulação, porém, não afasta as provas existentes no processo. Certamente o acusado SAMUEL imaginava que jamais se descobriria que os valores enviados pela KAYTON eram, em verdade, de sua propriedade. Se não houvesse efetivamente intenção de dissimular a origem e a propriedade dos valores enviados do exterior, as transferências não teriam por remetente uma *offshore*. Se houvesse efetiva atividade da KAYTON, os réus teriam conseguido demonstrar alguma atividade concreta dessa empresa. Se houvesse efetiva atividade da KAYTON, a ré LEA teria conseguido demonstrá-la com facilidade.

45. Por outro lado, também a alegação de que os valores vindos do exterior somente seriam suficientes para adquirir 20 ou 30% do total do imóvel é irrelevante. SAMUEL afirmou que o restante dos recursos seria proveniente do “serviço de assessoria da SNOW” (cf. mídia à fl. 887, minuto 26:00 e seguintes). Todavia, o fato é que sendo a atividade dos acusados integralmente ilícita, também o restante do valor utilizado certamente tinha origem nas suas atividades clandestinas de câmbio e evasão de divisas.

De qualquer modo, como exposto anteriormente nesta sentença, a mistura de bens lícitos e ilícitos não desnatura o delito de lavagem de capitais, antes o torna mais complexo e de difícil detecção.

46. Nesse caso, não se pode afastar a participação de JAN, até porque o contrato de câmbio celebrado junto ao SAFRA foi firmado por JAN, na qualidade de dirigente da SNOW (fl. 1035, do Apenso X, Volume).

Aliás, a propósito, ressalto que JAN quase chega a confessar o delito, ao afirmar que “... a gente não tava muito, não era uma coisa que queria para o resto da vida, então, já se, *aos poucos, estava-se tentando, a gente tinha esses outros negócios, e estávamos formalizando*, porque, assim, o SAMUEL sempre trabalhou no mercado financeiro e trabalhava no mercado futuro ...” (minuto 19:27 e seguintes. grifei).

Da mesma forma, em ato falho cometido em seu interrogatório, SAMUEL afirmou (cf. mídia à fl. 887, minuto 18:06 e seguintes, grifei): “Da mesma forma que com o FERNANDO, eu vislumbrei possibilidade de investir no mercado imobiliário; eu vislumbrei que o Brasil poderia ser um captador de recursos externos; *eu vislumbrei que poderia sair dessa área de câmbio, montando um fundo de investimentos internacional*, e eu me aproveitei que eu tinha

contas em instituições como o BEACON HILL para pedir indicação de pessoas que pudessem vir a investir no Brasil”.

SAMUEL, pois, chega a afirmar ter vislumbrado que poderia sair da área de câmbio, montando um fundo de investimentos internacionais.

É exatamente o que se verifica: os réus realizaram as remessas a partir do exterior com o intuito de “formalizar” os seus negócios, de “sair dessa área de câmbio” – expressões que não passam de eufemismos para a atividade de lavar o dinheiro oriundo de seus delitos.

É indiscutível, também, a participação de LEA nesse esquema, já que sem sua participação, na qualidade de representante da KAYTON, inclusive com a assinatura de cheques em branco em favor de SAMUEL e JAN, o crime não teria sido possível. Não se pode negar, pois, que participou de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária era dirigida à prática de lavagem de dinheiro (Lei nº 9.613/1998, artigo 1º, §º, II).

47. A respeito de LEA, ressalto que o fato de não ser a principal gerenciadora da atividade de lavagem de dinheiro, não exclui sua responsabilidade criminal.

Com efeito, LEA se prestou à condição de procuradora da *offshore* KAYTON, tornando possível a ocultação dos verdadeiros proprietários dos valores. Se SAMUEL ou JAN constassem como procuradores, o disfarce seria muito menos efetivo.

Mas não apenas constou como procuradora da KAYTON, LEA também assinou ao menos 20 (vinte) cheques em branco da consta da conta de titularidade da SNOW (fls. 32/51, Apenso I, Volume 1). Essa conduta deixa evidente que LEA não representava efetivamente a KAYTON, servindo apenas como pessoa interposta em atendimento aos interesses de SAMUEL e JAN.

Ainda, LEA assinou procuração para que advogado pleiteasse o levantamento de medidas constritivas determinadas em juízo, insistindo na tentativa de ocultar os verdadeiros proprietários do dinheiro enviado pela KAYTON (fl. 449 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Ao assim agir, LEA associou-se aos propósitos ilícitos de SAMUEL e JAN na ocultação dos verdadeiros proprietários do dinheiro. Não somente participou de grupo, tendo conhecimento de que sua atividade principal era dirigida à prática de lavagem de dinheiro (artigo 1º, § 2º, inciso II, da Lei nº 9.613/1998), como também participou efetivamente na ocultação da origem e propriedade do dinheiro oriundo de crimes contra o sistema financeiro nacional (artigo 1º, *caput* e inciso VI, da Lei nº 9.613/1998).

#### *Da Lavagem de Ativos através de Remessas realizadas de SERGIO ADLER*

48. A denúncia narrou uma *terceira forma de lavagem narrada*, referente à ocultação de valores por meio de operações de “dólar cabo”. Conforme demonstrado em laudos elaborados pelo Instituto Nacional de Criminalística, os acusados SAMUEL e JAN, na administração das contas LAUREL e SINKEL, teriam participado de complexa rede de “doleiros”, mantendo relações com diversos outros operadores clandestinos de câmbio.

Através desse sistema, seriam realizadas compensações recíprocas entre os “doleiros”, de forma que cada um administrava sua conta para a conclusão de negociações realizadas em favor dos clientes.

Nesse âmbito, SAMUEL e JAN teriam prestado serviços de remessas de recursos, através

de operações de “dólar-cabo”, para outros “doleiros” brasileiros, dentre os quais Sérgio Adler, que também atuaria no mercado informal. Operações no valor total de US\$ 1.629.278,81 teriam sido realizadas por SAMUEL e JAN, através das contas LAUREL e SINKEL, em favor de Sérgio Adler entre 1998 e 2002.

Para a acusação, a utilização pelos denunciados SAMUEL e JAN das subcontas por eles abertas, em nome das *offshores* LAUREL e SINKEL, teria facilitado a ocultação dos valores nelas movimentados, que consubstanciaram produtos de delitos antecedentes cometidos contra o sistema financeiro nacional.

49. De fato, há indícios nos autos de que também SÉRGIO ADLER atuava como “doleiro”, integrando a rede de profissionais do câmbio negro cujas contas se encontravam interligadas pela atividade ilícita, em uma atividade de compensação recíproca baseada na confiança.

O demonstrativo de transferências eletrônicas acostado às fls. 758/765/IP aponta para várias operações envolvendo Sérgio Adler e as contas movimentadas por JAN e SAMUEL.

SÉRGIO ADLER se valia de duas empresas interpostas para essa atividade: *a)* a NAKAGAWA tinha como sócios HAMILTON DE SOUZA SANTOS e a *offshore* ODESSA BUSINESS INC. (contrato social às fls. 409/413/IP); *b)* a COLORPLUS tinha como sócios PEDRO JEFFERSON MINUTTI e *offshore* DUNCAN RESOURCES INC. (contrato social às fls. 430/436/IP).

Ouvido pela autoridade policial, HAMILTON DE SOUZA SANTOS, pessoa semi-analfabeta, afirmou que recebia mensalmente valores pagos por SÉRGIO apenas para constar como sócio da empresa e assinar documentos (fls. 668/669/IP).

O mesmo procedimento foi adotado com PEDRO JEFFERSON MINUTTI, que também funcionou como “laranja” para SÉRGIO ADLER. Consoante narrou em depoimento prestado à autoridade policial, PEDRO JEFFERSON MINUTTI era empregado subordinado a WOLFGANG WERNER ADLER, pai de SÉRGIO, e teria concordado em figurar como sócio da COLORPLUS em troca de uma remuneração mensal (fls. 635/636/IP). SÉRGIO era procurador da COLORPLUS, conforme se verifica do instrumento juntado às fls. 440/443/IP.

A empresa COLORPLUS realizou pagamentos em favor de SAMUEL, em sua conta mantida no CITIBANK (fl. 248/IP). Também há provas de que valores destinados à NAKAGAWA foram depositados na conta de SAMUEL, tendo como remetentes as empresas de fomento mercantil GARANTIA (cf. fls. 246, 394/423/IP) e PIRATININGA (cf. fls. 589/590, 594/601 e 604/605/IP).

Tais valores, por sua vez, foram utilizados para a cobertura dos cheques emitidos para o pagamento dos sinais de negócio das aquisições de imóveis junto ao Banco ITAÚ, conforme examinado no item anterior desta sentença.

Por outro lado, JAN e SAMUEL teriam promovido, entre outubro de 1999 e dezembro de 2002, 87 (oitenta e sete) transferências internacionais de recursos em nome da empresa NAKAGAWA, no total de US\$ 1.141.735,87, incluindo-se cinco transações entre novembro e dezembro de 2002, período em que ocorreram os depósitos na conta de SAMUEL (fls. 1048/1050/IP).

Em conclusão, existem diversos e robustos *elementos que demonstram* que SÉRGIO ADLER atuava conjuntamente com JAN e SAMUEL na compensação privada ilegal de créditos decorrentes de operações internacionais clandestinas de câmbio (“dólar-cabo”).

50. Não obstante, não foi demonstrada, a meu ver, nenhuma operação que efetivamente possa ser caracterizada como lavagem de dinheiro, ocorrida de forma autônoma após a prática do delito de evasão de divisas.

Veja-se que o tipo penal exige que os valores objeto da lavagem sejam “bens, direitos ou valores provenientes” do crime antecedente. A palavra “proveniente” se refere àquilo “que provém; oriundo, procedente” (*Novo Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa*. 3. ed. Curitiba: Positivo, 2004. p. 1.649). A referência àquilo que provém só pode indicar, no âmbito do direito penal, os produtos ou os proventos do crime, ou seja, o lucro auferido com a prática do crime, seja direta ou indiretamente.

A doutrina especializada, invariavelmente, interpreta tal expressão como alusiva a produto (em sentido amplo) do crime (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 38; CARLI, Carla Veríssimo de. *Lavagem de Dinheiro: ideologia da criminalização e análise do discurso*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008. pp. 169-170; CALLEGARI, André Luís. *Lavagem de dinheiro: aspectos penais da Lei nº 9.613/98*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 116). RODOLFO TIGRE MAIA menciona que “O tipo refere objetos ‘provenientes’ (resultantes, decorrentes, originários, produzidos) dos crimes que menciona, qual seja, quaisquer bens gerados como desdobramento direto ou indireto de um crime” (*Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 63).

Assim sendo, a meu ver, para que seja possível a caracterização do delito de lavagem de dinheiro tendo como antecedente a evasão de divisas, é necessário que fique demonstrado que os valores “lavados” consistem em dinheiro de propriedade do doleiro, obtido com a prática da evasão (após a sua consumação, portanto).

Nesse sentido, sustenta JOSÉ PAULO BALTAZAR JUNIOR: “Assim, por exemplo, quando, após a evasão, os valores são reintroduzidos no país mediante práticas de ocultação ou dissimulação, como o uso de pessoas interpostas, empresas de fachada, fracionamento, etc.” (*Crimes Federais*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 595, grifei).

Nos casos em que a alegada ocultação dos valores se dá por meio da própria evasão de divisas, não há lavagem porque não existe, ainda, crime antecedente. Para que se possa ter por configurada lavagem de dinheiro, seria preciso que fosse reconhecida a prática de alguma das ações-tipo do delito prescrito no artigo 1º da Lei nº 9.613/1998 após a consumação do antecedente.

É dizer que seria exigido um nexo de origem entre o crime anterior – no caso, a evasão de divisas – e o agir ocultando ou dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação de (no caso) dinheiro, proveniente do crime contra o Sistema Financeiro Nacional. A lavagem somente ocorreria se o dinheiro objeto do delito de evasão de divisas fosse, então, objeto das ações-tipo do delito de lavagem.

Em sentido próximo, cito os seguintes precedentes dos TRFs da 1ª e da 3ª Regiões (grifei):

PENAL E PROCESSO PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO. EVASÃO DE DIVISAS, LEI 7.492/86. LAVAGEM DE DINHEIRO, LEI 9.613/98. CARTA ROGATÓRIA. PRELIMINAR DE CERCEAMENTO DE DEFESA.

1. A prolação de sentença antes do cumprimento da rogatória não caracteriza cerceamento de defesa, ante o que dispõe o § 2º do art. 222 do CPP, (“findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos”.) Preliminar rejeitada.

2. Promover, sem autorização legal, ou seja, por via ilegal, a saída de divisas (no caso, dinheiro) para o exterior e aí mantê-lo em depósito, não o declarando à repartição federal competente, constitui crime contra o sistema financeiro nacional, tipificado no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

3. *Para a configuração dos crimes de lavagem de dinheiro (money laundering) ou lavagem de instrumentos monetários (laundering of monetary instruments), exige-se um nexo de origem entre o crime anterior – no caso, a remessa ilegal de dinheiro para o exterior – e o agir ocultando ou dissimulando a natureza, origem, localização, disposição, movimentação de (no caso) dinheiro, proveniente de determinados crimes (na hipótese, crime contra o sistema financeiro nacional). Um só modo de agir não pode servir de base para a prática de dois crimes, ou seja, a remessa e a manutenção em depósito no exterior constitui crime contra o sistema financeiro nacional, mas não há lavagem de dinheiro nesse só ato. Esta ocorreria se o dinheiro sujo fosse convertido em lícito, legal, ou seja, se o acusado adquirisse propriedades e bens, pagasse dívidas, constituísse empresas.*

4. Apelação do réu parcialmente provida. Apelação do Ministério Público Federal não provida. (ACR 200336000154271, Terceira Turma, Des. Fed. Tourinho Neto, julg. 12.04.2005, DJ 29.04.2005)

PENAL. CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. PENAS. REGIME DE CUMPRIMENTO.

- *Fatos de remessa ilegal de valores ao exterior mediante dissimulação da origem de recursos depositados em contas de não residentes, a dissimulação da origem e da propriedade dos valores servindo apenas para a obtenção do resultado do crime de evasão de divisas, não se caracterizando o delito de lavagem de dinheiro à falta da prática de crime antecedente.*

- Penas e regime de cumprimento fixados na sentença que não se deparam em dissonância com os critérios legais, uma coisa sendo o juízo negativo para a fixação da pena-base e outra a do exigido para a denegação de benefícios que é descabida fora da hipótese de maior gravidade das circunstâncias judiciais.

- Recursos desprovidos.

(TRF3, ACR 200161810038498, Quinta Turma, Rel. Des. Fed. Peixoto Junior, julg. 29.06.2009, DJ 06.10.2009)

51. No caso concreto, porém, as provas que demonstram a prática de operações de “dólar-cabo” envolvendo SAMUEL e JAN com outros “doleiros”, como SÉRGIO ADLER, somente demonstram a prática desse crime (evasão de divisas”) e não de lavagem. Isso porque não há prova de que os valores recebidos por JAN e SAMUEL continuassem a ser de propriedade de SÉRGIO ADLER e que JAN e SAMUEL estivessem apenas mascarando sua origem.

Pelo contrário, conforme exposto nos itens anteriores, tudo indica que os valores utilizados por JAN e SAMUEL na aquisição dos imóveis do Banco ITAÚ eram de sua propriedade, provenientes de sua própria atividade ilícita de câmbio, ao qual os réus procuravam conferir uma aparência de legitimidade.

Não há provas, em suma, de que os valores recebidos por intermédio de empresas de fachada utilizadas por SÉRGIO ADLER não consistissem na mera compensação, no Brasil, de operações ilícitas de câmbio fechadas com JAN e SAMUEL.

Note-se que a situação é bastante diferente daquelas examinadas nos itens anteriores da sentença, em que se procurou conferir uma aparência de licitude aos valores recebidos, mediante simulação de empréstimo e de investimentos realizados por *offshore*. Naqueles casos, houve uma clara intenção de forjar uma justificativa para a origem do dinheiro; neste, há apenas prova do recebimento de valores, sem que haja elemento convincente de que JAN e SAMUEL procuraram lavar o dinheiro para SÉRGIO ADLER, sendo inclusive bem mais plausível, dada a atividade deste último, que se tratasse de transferências inseridas na atividade de compensação privada de créditos.

*Da Manutenção de Depósito no Exterior não Declarada ao Banco Central do Brasil*

52. Finalmente, a denúncia expõe que, em 19 de abril de 1999, SAMUEL teria aberto a conta 07-576048 junto ao BANK LEUMI TRUST COMPANY OF NEW YORK, mantendo-a desde então. Tal conta teria registrado um saldo de US\$ 121.034,21, entre valores disponíveis e aplicações, em 21 de outubro de 2003, sendo US\$ 120.000,00 o total de aplicações, cujo resgate era previsto para 31 de dezembro de 2003.

Em primeiro lugar, ressalto que o próprio SAMUEL, em seu interrogatório (minuto 51:00 e seguintes), afirmou que os valores lá mantidos não eram referentes a uma “conta de giro”, mas eram referentes às suas economias pessoais. Disse que mantinha essa conta há muito tempo, desde o tempo que era funcionário.

Portanto, não há como se considerar a manutenção dos valores como progressão criminosa dos crimes reconhecidos na ação penal nº 0011621-41.2009.4.03.6181, que tramitou perante este Juízo, na qual os acusados SAMUEL e JAN foram condenados pela prática dos delitos tipificados nos artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986. Na respectiva sentença condenatória, juntada às fls. 1048/1071/AP, foi reconhecido que os réus atuavam profissionalmente como “doleiros”, através da realização de múltiplas operações de “dólar-cabo” em valores muito elevados.

53. Conforme entendimento que tem se sedimentado na jurisprudência, a repartição federal competente aludida pelo artigo 22, p. ún., parte final, da Lei nº 7.492/1986 é o Banco Central do Brasil.

Assim sendo, deve-se verificar quais são os parâmetros impostos na regulamentação autárquica para o cumprimento do dever legal.

Para bem compreender esses parâmetros, impõe-se uma retrospectiva normativa de como o Banco Central exigiu, ao longo do tempo, o cumprimento dessa obrigação.

O dever existe, em relação ao Banco Central, desde a previsão do artigo 1º do Decreto-lei nº 1.060 de 1969, nos seguintes termos: “Sem prejuízo das obrigações previstas na legislação do imposto de renda, as pessoas físicas ou jurídicas ficam obrigadas, na forma, limites e condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, a declarar ao Banco Central do Brasil, os bens e valores que possuem no exterior, podendo ser exigida a justificação dos recursos empregados na sua aquisição”.

No entanto, através da Resolução nº 139, de 18 de fevereiro de 1970, o BACEN delegou, em seu item I, a atribuição para o controle de tais declarações ao Ministério da Fazenda: “O recebimento e o controle das declarações de bens e valores no exterior a que estão obrigadas as pessoas físicas ou jurídicas, domiciliadas ou com sede no Brasil, na forma do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, serão executados pelo Ministério da Fazenda, conforme entendimentos entre esse Ministério e o Banco Central do Brasil”.

Com base nessa delegação, o Ministério da Fazenda, por intermédio da Secretaria da Receita Federal, expediu o Ato Declaratório Normativo nº 7, de 31 de julho de 1981, no qual determinou que a obrigação prevista no Decreto nº 1.060/69 estaria suprida pela declaração anual de imposto de renda: “Declara, em caráter normativo, às Superintendências Regionais da Receita Federal e demais interessados, que a apresentação anual de bens e valores de que trata o artigo 619 do Regulamento do Imposto de Renda, aprovado pelo Decreto nº 85.450, de 4 dezembro de 1980, supre a exigência prevista no artigo 1º do Decreto-lei nº 1.060, de 21 de outubro de 1969, que prevê a declaração ao Banco Central do Brasil de bens e valores existentes no exterior, de pessoas físicas residentes no País”.

Essa situação perdurou até a revogação da Resolução 139/70 pelo artigo 8º da Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, a qual dava autorização ao BACEN para fixar os limites e as condições da declaração de capitais brasileiros fora do território nacional.

A Circular nº 2.911, de 29 de novembro de 2001, autorizou o BACEN a fixar os limites e as condições da declaração de capitais brasileiros fora do território nacional. Em 7 de dezembro de 2001, foi editada a Circular nº 3.071 do Banco Central do Brasil, que disciplinou a Declaração Anual de Capitais Brasileiros no Exterior a partir de 2002, com data base de 31.12.2001, nos seguintes termos (grifei):

*Art. 1º.* As pessoas físicas e jurídicas residentes, domiciliadas, ou com sede no país, assim conceituadas na legislação tributária, devem informar, anualmente, ao Banco Central do Brasil, os valores de qualquer natureza, os ativos em moeda e os bens e direitos mantidos fora do território nacional, por meio de declaração na forma a ser disponibilizada na página do Banco Central do Brasil na Internet (...) a partir de 02 de janeiro de 2002.

*Art. 2º.* (...)

*Art. 3º.* As informações referentes ao ano de 2001, com data-base em 31 de dezembro, devem ser prestadas no período de 02 de janeiro a 31 de março de 2002.

*Art. 4º.* Os detentores de ativos cujo total, em 31 de dezembro de 2001, seja inferior ao equivalente a R\$ 10.000,00 (dez mil reais) ficam dispensados de prestar a declaração de que trata esta Circular.

Tal regulamentação vem sendo renovada anualmente (Circulares nºs 3.110/02, 3.181/03, 3.225/04, 3.278/05, 3.313/06, 3.345/07, 3.384/08, 3.442/09 e Resoluções nºs 3.854/10 e 3.523/11) tendo sido modificado o limite mínimo para obrigatoriedade da declaração. Tal limite, que era originariamente de R\$ 10.000,00, conforme exposto acima, passou a ser de R\$ 200.000,00, ainda para a data-base de 31.12.2001, nos termos do art. 1º da Circular nº 3.110/2002; de R\$ 300.000,00, para a data-base 31.12.2002, de acordo com o artigo 3º da Circular nº 3.181/2003 e de US\$ 100.000,00, desde 2003, conforme as Circulares nºs 3.225/2004, 3.278/2005, 3.345/2007, 3.384/2008, 3.442/2009 e as Resoluções nº 3.854/2010 e 3.523/11.

Portanto, para a data-base 31.12.2003, o valor mínimo que exigia a declaração de manutenção de depósitos no exterior era de US\$ 100.000,00.

Assim, o crime somente se perfectibiliza se não houver a declaração da manutenção de depósitos no exterior, em valor superior ao estabelecido pelo Banco Central, em 31 de dezembro de cada ano.

54. No caso concreto, o Ministério Público Federal demonstrou que SAMUEL, em 19 de abril de 1999, abriu a conta 07-576048 junto ao BANK LEUMI TRUST COMPANY OF NEW YORK (fl. 10, Apenso II do Inquérito 2005.70.00.003027-2).

O Banco Central do Brasil informou que SAMUEL não apresentou Declaração de Capitais Brasileiros no Exterior (fls. 1002/1004, Apenso X, Volume 5). Também não houve informação sobre tais valores à Receita Federal do Brasil na Declaração Anual de Ajuste apresentada por SAMUEL referente ao ano-calendário 2003, exercício 2004 (fls. 49/50/IP).

Tal conta registrou um saldo de US\$ 121.034,21, entre valores disponíveis e aplicações, em 21 de outubro de 2003, sendo US\$ 120.000,00 o total de aplicações (fl. 29, Apenso II do Inquérito 2005.70.00.003027-2).

Como se vê, o valor era superior ao exigido para a data-base de 31.12.2003 (US\$ 100.000,00). Resta, então, perguntar: *é suficiente para a condenação a demonstração de*

*que havia esse valor depositado em outubro de 2003 ou seria necessário um comprovante do saldo exato existente exatamente na data-base de 31 de dezembro?*

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por exemplo, havia firmado o entendimento no sentido de que bastava ao Ministério Público Federal comprovar a manutenção de depósitos no exterior, não se exigindo que se fizesse a denúncia acompanhar do extrato bancário a comprovar o saldo no dia 31 de dezembro, sob o fundamento de que o ônus negativo era da Defesa, já que se trataria de causa de excludente da ilicitude. Nesse sentido, cito o seguinte precedente:

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NÃO DECLARADOS NO EXTERIOR. DOSIMETRIA DAS PENAS. CONSEQUÊNCIAS DO CRIME.

1. Muito embora esta Turma tenha se manifestado acerca da necessidade de verificação do saldo bancário em 31 de dezembro para a caracterização da segunda espécie delitiva do parágrafo único do artigo 22 da Lei 7.492/86 (HC 2006.04.01.013111-0/PR, Rel. Des. Federal Luiz Fernando W. Penteado, DJU de 23/08/2006), também ficou assentado neste Colegiado (ACR nº 2000.71.00.021894-0, Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, por unanimidade, D.E. 17/05/2007) *que compete aos réus a comprovação da posição dos ativos em depósito por nacional no exterior nessa data, uma vez que é defeso imputar à acusação a comprovação de excludente da antijuridicidade.*

2. Até o advento da Circular do Banco Central nº 3.071/2001, havia discussão acerca da autoridade destinatária da declaração, mas não quanto ao montante a ser declarado. Somente com a reformulação da política cambial é que o Banco Central passou a dispensar dados sobre depósitos mantidos no exterior a partir de determinados valores (2001: R\$ 200.000,00; 2002: R\$ 300.000,00, e, desde 2003, US\$ 100.000,00). Assim, não se poderá cogitar de retroatividade desses limites para os fatos anteriores às respectivas circulares do BACEN, ante o caráter excepcional dessas normativas, devendo, pois, ser aplicada a regra da ultratividade, segundo a máxima *tempus regit actum.*

(TRF4, ENUL 2004.70.00.002027-4, Quarta Seção, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 31/08/2009, destaqui)

No mesmo sentido, confirmam-se: TRF4, ACR 2003.70.00.051539-8, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 13/05/2009; TRF4, ACR 2003.70.00.051545-3, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 18/03/2009; TRF4, ACR 2003.70.00.035987-0, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 18/03/2009; TRF4, ACR 2005.70.00.008903-5, Oitava Turma, Relator Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 18/02/2009; TRF4, ACR 2003.70.00.051531-3, Oitava Turma, Relator Elcio Pinheiro de Castro, D.E. 07/01/2009.

Esse entendimento sempre me pareceu, data vênua, equivocado, já que não se pode falar, ao contrário do entendimento jurisprudencial, que a prova da inexistência de manutenção do depósito no exterior constitua prova de excludente de ilicitude. A *existência de depósito no exterior*, juntamente com a falta de sua declaração, constitui a *própria materialidade do delito.*

Assim, mais recentemente, o entendimento foi alterado, conforme retratam os seguintes julgados dos *Tribunais Regionais Federais da 3ª e da 4ª Regiões*:

PENAL. PROCESSO PENAL. APELAÇÃO. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI 7.492/86. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS. REPARTIÇÃO FEDERAL COMPETENTE. PRELIMINARES REJEITADAS. AUSÊNCIA DE PROVA DA MATERIALIDADE. PROVIMENTO.

1. Preliminar de cerceamento de defesa rejeitada. Provas documentais que poderiam ser produzidas exclusivamente com os esforços da parte interessada, sendo desnecessária a intervenção judicial. Indeferimento de diligências devidamente fundamentado, dada a sua prescindibilidade, na fase do antigo art. 499 do CPP.
2. Não procede a alegação carreada nas razões de apelação de que a produção destas provas não seria válida porque obtidas sem autorização judicial para a quebra de sigilo bancário. Trata-se de prova emprestada, submetida ao crivo do contraditório e da ampla defesa, nos autos de inquérito policial em que o réu figurou como investigado, requerida pelo Ministério Público Federal explicitamente para a apuração do cometimento da infração penal ora em apreço.
3. Seja o BACEN ou a Receita Federal o órgão ao qual se deve prestar declaração de depósitos mantidos em contas bancárias no exterior, segundo o tipo penal do art. 22, § único, da Lei 7.492/86, é certo que *deve ser comunicada apenas a posição financeira referente à data de 31 de dezembro de cada ano*, haja vista que esta obrigação se subordina às regras da declaração anual de ajuste do Imposto de Renda, no que concerne ao Fisco, e ao teor da Circular nº 3.071, de 07 de dezembro de 2001, do Banco Central, no que interessa a esta autarquia especial. Precedente do TRF da 4ª Região.
4. Na hipótese dos autos, observo que *não há qualquer prova de que o acusado tenha mantido em depósitos os saldos referentes às transferências bancárias indicadas até as datas de 31/12/2003 e 31/12/2004, nas quais se imporia a obrigação de declará-las ao Banco Central e à Receita Federal*.
5. Cumpre salientar, ainda, que diante da inexistência de informações quanto ao numerário que se encontrava depositado na conta bancária do réu junto ao Delta Bank nos últimos dias de 2003 e 2004, se é que se mantinha algum depósito nestas datas, torna-se impossível aferir se, de fato, existia a obrigatoriedade de comunicação deste saldo ao BACEN, tendo em vista o limite de dispensa previsto nas Circulares nº 3.225, de 12 de fevereiro de 2004 e nº 3.278, de 23 de fevereiro de 2005, equivalente a US\$ 100.000,00 (cem mil dólares americanos).
6. Ausência de prova da materialidade delitiva.
7. Apelação da defesa provida. Absolvição, nos termos do art. 386, II, do CPP. (TRF4, ACR 0005512-16.2006.4.03.6181, Segunda Turma, Relator Cotrim Guimarães, D.E. 19/04/2012, destaqui)

**PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. EVASÃO DE DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR. NECESSIDADE DE VERIFICAÇÃO DO SALDO BANCÁRIO NO DIA 31 DE DEZEMBRO DO ANO-BASE. ÔNUS DA PROVA. HISTÓRICO JURISPRUDENCIAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. APELAÇÃO MINISTERIAL IMPROVIDA.**

1. Desde o julgamento do HC nº 2006.04.00.013111-0/PR (Oitava Turma, Relator Des. Federal Luiz Fernando Wovk Penteadó, DJ 23-08-2006), a Corte considera que o crime de manutenção de depósitos no exterior somente se perfectibiliza quando constatada a existência de saldo bancário no dia 31 de dezembro do ano-base superior aos limites tolerados pelo Banco Central, a partir da Circular 3.071/2001.
2. Nos primeiros processos julgados após esse precedente (v.g. ACR nº 2000.71.00.021894-0, 8ª Turma, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 17-05-2007), o Colegiado atribuiu à defesa o ônus de comprovar a inexistência do saldo bancário no dia 31 de dezembro do período de referência, porquanto seria má-fé exigir do órgão acusatório um dado que só veio a ser exigido pelo BACEN e pela jurisprudência após a instauração da ação penal.
3. Contudo, consolidada a orientação pretoriana sobre a necessidade de verificação do saldo bancário em 31 de dezembro do ano-base (ENUL nº 2004.70.00.002027-4, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, unânime, D.E. 01-09-2009), passou-se a exigir do órgão acusatório referência expressa ao saldo bancário na exordial acusatória, consoante deliberação da Colenda Quarta Seção (ENUL nº 2001.70.00.032168-6, 4ª Seção, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 17-12-2007), a partir do julgamento do RSE nº 2007.71.00.028726-9/RS, Rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 21-10-2009).

4. Portanto, prevalece hodiernamente o entendimento de que, *não estando descrito na denúncia o saldo de conta bancária mantida no exterior no dia 31 de dezembro do ano-base, fica configurada a inépcia da inicial acusatória que imputa ao réu a prática do delito tipificado no art. 22, parágrafo único, in fine, da Lei nº 7.492/86. Já tendo sido recebida a peça incoativa sem comprovação da existência de saldo declarável no dia 31 de dezembro do período de referência, impõe-se a absolvição sumária do acusado, nos termos do artigo 397, III, do CPP.*

5. Apelação ministerial improvida.

(TRF4, ACR 2007.70.00.023596-6, Oitava Turma, Relator p/Acórdão Paulo Afonso Brum Vaz, D.E. 07/01/2011)

PENAL. CRIME CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, *IN FINE*, DA LEI 7.492/86. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS. EXISTÊNCIA DE SALDO EM 31 DE DEZEMBRO DO ANO-CALENDÁRIO. ELEMENTO MATERIAL DO DELITO. DEMONSTRAÇÃO. ÔNUS DO ÓRGÃO ACUSADOR. AUSÊNCIA DE PROVAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.

1. Para a configuração do delito tipificado no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, é necessário que se verifique o saldo exato existente na data-base de 31 de dezembro de cada ano, a fim de se apurar a manutenção de depósito em valor superior ao estabelecido na regulamentação do Banco Central do Brasil.

2. *É incumbência do Dominus litis a demonstração dessa circunstância (haver depósito no exterior sem declaração) que constitui a própria elementar do delito.*

3. *In casu, como não foi colacionada prova da existência de saldo em 31 de dezembro de 2001, 2002 e 2003 nas contas bancárias mantida no exterior para fins de depósitos ativos é de se reconhecer a atipicidade da conduta dos acusados.*

4. Absolvição mantida.

(TRF4, ACR 5013786-77.2010.404.7000, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 24/10/2012, destaquei)

Esse, aliás, foi o entendimento manifestado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da famosa Ação Penal nº 470 (“Mensalão”), quando se seguiu o entendimento de que o relevante é verificar o saldo em 31 de dezembro ou, ainda, caberia ao Ministério Público Federal demonstrar a existência de subterfúgios a evidenciar que o dinheiro continuaria na esfera de disponibilidade dos réus, de modo que objetivassem frustrar a aplicação da regulamentação do Banco Central do Brasil (*Informativo STF nº 684*).

Assim, considerando que não há prova que o valor mantido por SAMUEL em sua conta no exterior fosse superior ao estabelecido pelo Banco Central do Brasil como mínimo para a obrigatoriedade da declaração, impõe-se a absolvição de SAMUEL por falta de provas.

### *Conclusão*

55. Após a instrução processual, restou comprovada, pois, a prática de:

a) lavagem de dinheiro (artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998) por SAMUEL e FERNANDO, através da simulação de empréstimo destinado a forjar origem lícita a dinheiro proveniente de evasão de divisas;

b) lavagem de dinheiro (artigo 1º, *caput* e inciso VI, da Lei nº 9.613/1998), por duas vezes, por SAMUEL, JAN e LEA, através da simulação de investimento oriundo da *offshore* KAYTON, destinado a conferir aparência de licitude a dinheiro proveniente de evasão de divisas.

Não há provas suficientes, por outro lado, para a condenação:

c) de SAMUEL e JAN, pela prática de lavagem de dinheiro (artigo 1º, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998) relacionado a suposta evasão de divisas cometida por Sérgio Adler;

d) de SAMUEL, pela prática de manutenção de depósitos não declarados no exterior (artigo 22, p. ún., *in fine*, da Lei nº 7.492/1986).

### DOSIMETRIA DAS PENAS

56. Início pela aplicação da pena ao réu SAMUEL.

57. Princípio pela dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de empréstimo* com FERNANDO.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é reprovável, considerando-se que se trata de pessoa formada por uma das melhores faculdades do país – administração de empresas na Fundação Getúlio Vargas –, que durante muito tempo trabalhou no mercado financeiro e prestou consultoria, tendo trabalhado em corretora de valores e ouro, possuindo muito conhecimento de questões financeiras e fiscais, conforme declarou em seu interrogatório (minuto 01:10 e seguintes). Pessoas com excelente instrução possuem maior condição de exercer um trabalho lícito e justamente remunerado, devendo ser sua culpabilidade considerada elevada quando utilizam as oportunidades de estudo para a atividade criminosa.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado SAMUEL não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e do Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça<sup>2</sup>.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

Tampouco as *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido militam contrariamente ao acusado, porquanto a realização de empréstimo simulado é uma das formas mais comuns da prática do delito e sua detecção pelas autoridades de persecução penal não é especialmente complexa.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em 4 (*quatro*) anos de reclusão.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

2 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *60 (sessenta) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

58. Passo à dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 28.11.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é reprovável, considerando-se que se trata de pessoa formada por uma das melhores faculdades do país – administração de empresas na Fundação Getúlio Vargas –, que durante muito tempo trabalhou no mercado financeiro e prestou consultoria, tendo trabalhado em corretora de valores e ouro, possuindo muito conhecimento de questões financeiras e fiscais, conforme declarou em seu interrogatório (minuto 01:10 e seguintes). Pessoas com excelente instrução possuem maior condição de exercer um trabalho lícito e justamente remunerado, devendo ser sua culpabilidade considerada elevada quando utilizam as oportunidades de estudo para a atividade criminosa.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado SAMUEL não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça<sup>3</sup>.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de “laranja” como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo três circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão*.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

3 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *85 (oitenta e cinco) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

59. Realizo a dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 13.12.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é reprovável, considerando-se que se trata de pessoa formada por uma das melhores faculdades do país – administração de empresas na Fundação Getúlio Vargas –, que durante muito tempo trabalhou no mercado financeiro e prestou consultoria, tendo trabalhado em corretora de valores e ouro, possuindo muito conhecimento de questões financeiras e fiscais, conforme declarou em seu interrogatório (minuto 01:10 e seguintes). Pessoas com excelente instrução possuem maior condição de exercer um trabalho lícito e justamente remunerado, devendo ser sua culpabilidade considerada elevada quando utilizam as oportunidades de estudo para a atividade criminosa.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 750.800,00 (setecentos e cinquenta mil e oitocentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado SAMUEL não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça<sup>4</sup>.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de “laranja” como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo três circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em *4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão*.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

4 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em *85 (oitenta e cinco) dias-multa*, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

60. Não há dúvida de que os crimes de lavagem de dinheiro mediante simulações de investimentos ocorridas em 28.12.2012 e 13.12.2012 através da *offshore* KAYTON foram cometidos em *continuidade delitiva*. Entendo, ademais, que mesmo o empréstimo simulado com FERNANDO deve ser considerado em continuidade delitiva, pois as condições de tempo, lugar, maneira de execução, indicam, como aliás foi afirmado involuntariamente pelos réus SAMUEL e JAN, que essas medidas visavam a “formalizar” as suas atividades, trazendo-as para o campo da legalidade. Assim, devem os crimes serem considerados como praticados em continuidade delitiva.

Assim, dado que foram praticados 3 (três) crimes de lavagem de capitais, sendo a mais grave pena aplicada de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, aumento-a, nos termos do artigo 71 do Código Penal, em 1/5 (um quinto), fixando-a, de modo definitivo, em *5 (cinco) anos, 4 (quatro) e 24 (vinte e quatro) dias meses de reclusão*.

Considerando que, segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que a pena de multa deve ser calculada proporcionalmente à pena definitiva aplicada (HC 124398/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 14.04.2009, DJe 18.05.2009), fixo-a em *126 (cento e vinte e seis) dias-multa*, cada qual no valor de 1 salário mínimo, compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

Nos termos do artigo 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMI-ABERTO.

Ausente o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

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

61. Passo à aplicação da pena ao réu JAN.

62. Princípio pela dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 28.11.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe claramente que JAN seguia as ordens de SAMUEL, não possuindo especiais conhecimentos para a prática dos delitos. Mostrou-se até mesmo um pouco ingênuo, de modo que sua culpabilidade não deve ser valorada negativamente.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado JAN não ostenta maus antecedentes à luz do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça<sup>5</sup>.

*Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua personalidade.*

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de “laranja” como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em 4 (*quatro*) anos de reclusão.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em 60 (*sessenta*) dias-multa, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o *valor de cada dia multa em 1 (um) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos*, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

63. Realizo a dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 13.12.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe claramente que JAN seguia as ordens de SAMUEL, não possuindo especiais conhecimentos para a prática dos delitos. Mostrou-se até mesmo um pouco ingênuo, de modo que sua culpabilidade não deve ser valorada negativamente.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 750.800,00 (setecentos e cinqüenta mil e oitocentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que, apesar de já ter sido condenado por este Juízo, foi interposto recurso pela defesa, de modo que o acusado JAN não ostenta maus antecedentes à luz

5 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

do princípio constitucional de inocência e Enunciado nº 444 da Súmula de Jurisprudência do e. Superior Tribunal de Justiça<sup>6</sup>.

*Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua personalidade.*

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de “laranja” como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em 4 (*quatro*) anos de reclusão.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em 60 (*sessenta*) dias-multa, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o valor de cada dia multa em 1 (*um*) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

64. Não há dúvida de que os crimes de lavagem de dinheiro mediante simulações de investimentos ocorridas em 28.12.2012 e 13.12.2012 através da *offshore* KAYTON foram cometidos em *continuidade delitiva*.

Assim, dado que foram praticados 2 (dois) crimes de lavagem de capitais, sendo a mais grave pena aplicada de 4 (quatro) anos de reclusão, aumento-a, nos termos do artigo 71 do Código Penal, em 1/6 (um sexto), fixando-a, de modo definitivo, em 4 (*quatro*) anos e 8 (*oito*) meses de reclusão.

Considerando que, segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que a pena de multa deve ser calculada proporcionalmente à pena definitiva aplicada (HC 124398/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 14.04.2009, DJe 18.05.2009), fixo-a em 93 (*noventa e três*) dias-multa, cada qual no valor de 1 salário mínimo, compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir elevada capacidade de aquisição de bens.

Nos termos do artigo 33, § 2º, b, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMI-ABERTO.

6 “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

Ausente o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

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

65. Passo à aplicação da pena à ré LEA.

66. Princípio pela dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 28.11.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe que LEA foi utilizada como “laranja” por SAMUEL e JAN.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* da acusada.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 717.200,00 (setecentos e dezessete mil e duzentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, a ré LEA não ostenta maus *antecedentes*.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de “laranja” como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em 4 (*quatro*) anos de reclusão.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento a serem valoradas.*

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em 60 (*sessenta*) dias-multa, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o valor de cada dia multa em 1/30 (*um trinta avos*) do salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que não há dados relativos à capacidade econômica da ré nos autos.

67. Realizo a dosimetria referente ao crime de *lavagem de dinheiro mediante simulação de investimento ocorrida em 13.12.2012* através da *offshore* KAYTON.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é o normal à espécie, não merecendo especial reprovação. Das provas colhidas nos autos se percebe que LEA foi utilizada como “laranja” por SAMUEL e JAN.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* da acusada.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 750.800,00 (setecentos e cinquenta mil e oitocentos reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, a ré LEA não ostenta maus *antecedentes*.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

As *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido devem ser consideradas negativamente. A constituição de *offshore* em paraíso fiscal, a simulação de investimento registrado no Banco Central, a utilização de “laranja” como procuradora da *offshore*, o uso dos valores para a aquisição de imóveis em continuidade do ciclo de lavagem, tudo isso caracterizou uma operação complexa de lavagem de dinheiro, destinada a inviabilizar a descoberta de sua origem e propriedade. Se, conforme entende o STF (RHC 80816, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julg. 18.06.2001, DJ 18.06.2001), o mero depósito de cheques em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais o agente contava ter acesso, basta a caracterizar a o delito de lavagem, é evidente que operações com os requintes de complexidade encontrados neste caso merecem ser apenas mais severamente.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo duas circunstâncias judiciais valoradas negativamente, fixo a pena base acima do mínimo legal, a saber, em 4 (*quatro*) anos de reclusão.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em 60 (*sessenta*) dias-multa, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o valor de cada dia multa em 1/30 (*um trinta avos*) do salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que não há dados relativos à capacidade econômica da ré nos autos.

68. Não há dúvida de que os crimes de lavagem de dinheiro mediante simulações de investimentos ocorridas em 28.12.2012 e 13.12.2012 através da *offshore* KAYTON foram cometidos em *continuidade delitiva*.

Assim, dado que foram praticados 2 (dois) crimes de lavagem de capitais, sendo a mais grave pena aplicada de 4 (quatro) anos de reclusão, aumento-a, nos termos do artigo 71 do Código Penal, em 1/6 (um sexto), fixando-a, de modo definitivo, em 4 (*quatro*) anos e 8 (*oito*) meses de reclusão.

Considerando que, segundo a pacífica jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, nas hipóteses de reconhecimento da continuidade delitiva, não incide o disposto no art. 72 do Código Penal, de modo que a pena de multa deve ser calculada proporcionalmente à pena definitiva aplicada (HC 124398/SP, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, julg. 14.04.2009, DJe 18.05.2009), fixo-a em 93 (*noventa e três*) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 salário mínimo, registrando que não há dados relativos à capacidade econômica da ré nos autos.

Nos termos do artigo 33, § 2º, *b*, do Código Penal, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade será o SEMI-ABERTO.

Ausente o requisito do artigo 44, inciso I, do Código Penal, inviável a substituição da pena privativa de liberdade.

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

69. Passo à aplicação da pena ao réu *FERNANDO*.

Considerando-se os elementos constantes do artigo 59 do Código Penal, verifica-se que o grau de *culpabilidade* é normal à espécie, tendo se prestado ao auxílio da lavagem de dinheiro de seu primo, SAMUEL.

De outro lado, não há elementos que permitam avaliar a *conduta social* do acusado.

Por sua vez, as *consequências do delito* são reprováveis, pois dele resultou ocultação de valor elevado – R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais), produto de crimes contra o sistema financeiro nacional.

Prosseguindo, constata-se que o acusado não ostenta maus *antecedentes*.

Não há elementos nos autos para aferir a respeito da sua *personalidade*.

Os *motivos do crime* não merecem especial reprimenda, sendo comuns à espécie.

Tampouco as *circunstâncias* mediante as quais o delito foi cometido militam contrariamente ao acusado, porquanto a realização de empréstimo simulado é uma das formas mais comuns da prática do delito e sua detecção pelas autoridades de persecução penal não é especialmente complexa.

Nada há que considerar quanto ao *comportamento* das vítimas.

Sendo a pena da lavagem de dinheiro abstratamente cominada entre 3 (três) e 10 (dez) anos de reclusão, havendo uma única circunstância judicial valorada negativamente, fixo a pena base pouco acima do mínimo legal, a saber, em 3 (*três*) anos e 6 (*seis*) meses de reclusão.

*Não há agravantes ou atenuantes, nem causas de aumento ou diminuição a serem valoradas.*

Com base nos mesmos critérios acima elencados, fixo a pena de multa em 35 (*trinta e cinco*) dias-multa, tornando-a definitiva neste montante. Fixo o valor de cada dia multa em 1/2 (*meio*) salário mínimo, conforme vigente à época dos fatos, como necessário à prevenção e repressão do delito, registrando que este valor é compatível com a situação econômica do réu, que demonstrou possuir, em sua declaração de rendimentos, considerável capacidade de aquisição de bens.

70. Mostra-se possível a substituição da pena privativa de liberdade por duas restritivas de direitos, já que preenchidos os requisitos do art. 44 do Código Penal.

A *prestação de serviços à comunidade* é a modalidade que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e exige dele um esforço em favor de entidade que atua em benefício do interesse público. Assim, tem eficácia preventiva geral, pois evidencia publicamente o cumprimento da pena, reduzindo a sensação de impunidade, além de ser executada de maneira socialmente útil. Ainda, tem eficácia preventiva especial e

retributiva, pois seu efetivo cumprimento reduz os índices de reincidência.

Determino, além disso, *prestação pecuniária*, no valor de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), que entendo necessária e suficiente, pois equivale a 10% do valor do dinheiro que o acusado ajudou a “lavar”.

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

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

*71. Como efeito automático da condenação impõe-se a perda de bens em favor da União.*

Nos autos de medidas assecuratórias nº 0011627-48.2009.4.03.6181 (autuado, originariamente, na 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, com o número 2008.70.00.015095-3), foi decretado o seqüestro: *a)* dos direitos da SNOW sobre os imóveis de matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo; *b)* dos valores pagos à empresa pelo distrato da compra e venda do imóvel de matrícula 75.314 e que foram depositados na conta judicial nº 0650.005.00098599 da CEF, vinculada ao processo 2004.70.00.034812-7 (autuado neste Juízo sob o nº 0011623-11.2009.4.03.6181); *c)* dos valores pagos à empresa a título de alugueis pelos três imóveis e que foram depositados na conta judicial nº 0650.005.00098599 da CEF, vinculada ao processo 2004.70.00.034812-7 (autuado neste Juízo sob o nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Foi efetuado o sequestro dos imóveis (fls. 56/verso, 58/verso dos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181).

Com a remessa dos autos a este Juízo, foi requerida pelo Juízo da 2ª Vara Federal de Curitiba/PR a abertura de uma conta para a transferência dos valores lá depositados (fl. 72 dos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181).

Às fls. 111/112 dos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181 foi proferida decisão mencionando a prolação da sentença nos autos nº 0011621-41.2009.4.03.6181, em que os réus SAMUEL e JAN foram condenados pela prática de crimes contra o sistema financeiro nacional (artigos 16 e 22 da Lei nº 7.492/1986). Foi decidido, na ocasião, que as medidas constritivas deveriam continuar recaindo somente sobre os imóveis de matrículas 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo e sobre os valores depositados pelos réus pelo distrato da compra e venda do imóvel de matrícula 75.314 e que foram depositados na conta judicial nº 0650.005.00098599 da CEF, vinculada ao processo 2004.70.00.034812-7 (autuado neste Juízo sob o nº 0011623-11.2009.4.03.6181). Foi autorizado, na sentença proferida nos autos nº 0011621-41.2009.4.03.6181, o levantamento do arresto sobre os alugueis recebidos a partir da data da decisão.

*72. Como exposto na fundamentação, os imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP, foram arrematados pela SNOW com dinheiro oriundo de crimes contra o sistema financeiro nacional submetido a processo de lavagem. Assim sendo, impõe-se o decreto de sua perda em favor da União, conforme prevê o artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.618/1998.*

Os alugueis pagos em conta judicial vinculada ao processo judicial, em virtude da utilização desses imóveis pelo Banco ITAU, devem seguir o destino do principal, ou seja, serem pagos à União. Juridicamente, *alugueis* são considerados *frutos civis* do imóvel e, de acordo com o artigo 1.232 do Código Civil, “[o]s frutos e mais produtos da coisa pertencem, ainda quando

separados, ao seu proprietário, salvo se, por preceito jurídico especial, couberem a outrem”.

Embora o magistrado sentenciante no processo nº 0011627-48.2009.4.03.6181 tenha autorizado o levantamento do arresto dos aluguéis naqueles autos, essa decisão não vincula, evidentemente, a presente ação penal. Naqueles autos, o juiz prolator entendeu desnecessário o arresto. Nesta ação penal, porém, se verifica justamente que a origem dos valores utilizados na aquisição dos imóveis que vêm produzindo os aluguéis é ilícita.

Por outro lado, o Banco ITAÚ e os réus não podem ser obrigados a devolver os valores pagos/recebidos, se agiram em conformidade com a decisão judicial. Assim sendo, determino que proceda a nova intimação ao Banco ITAÚ para que, a partir último dia útil do mês de novembro de 2012, os valores referentes ao aluguel dos imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038 voltem a ser pagos na conta nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal.

73. Da mesma forma, igualmente de acordo com a fundamentação enunciada na sentença, o imóvel de matrícula 75.314, do 10º Registro de Imóveis de São Paulo/SP, foi adquirido pela SNOW com valores provenientes de crimes contra o sistema financeiro nacional submetido a processo de lavagem, também sendo impositivo o decreto de sua perda em favor da União, nos termos do artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.618/1998.

Ocorre que, através da decisão de fls. 677/678 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181, o Juiz da 2ª Vara Criminal Federal de Curitiba/PR homologou acordo por meio do qual foi realizado o distrato do compromisso de compra e venda, razão pela qual o Banco ITAÚ depositou em conta vinculada ao processo judicial o valor de R\$ 717.256,69 (fls. 734/737 dos autos nº 0011623-11.2009.4.03.6181).

Assim, não é mais viável a perda do imóvel – que hoje pertence legitimamente a terceiro de boa-fé –, devendo o decreto de confisco recair sobre esse valor depositado, com as atualizações posteriores, que consiste no resultado das atividades de lavagem de dinheiro e, portanto, deve ser perdido em favor da União.

74. Em conclusão, com fulcro no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.618/1998, *decreto a perda em favor da União:*

*a) dos imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038, do 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP;*

*b) de todos valores hoje existentes, bem como que venham a ser depositados, e suas respectivas atualizações, na conta judicial nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal, vinculada à presente ação penal, dado que consistem em objeto dos delitos de lavagem de dinheiro comprovados nestes autos.*

75. Por fim, verifico a possibilidade de os réus apelarem em liberdade (CPP, artigo 387, parágrafo único).

Os réus SAMUEL, JAN e FERNANDO compareceram em Juízo todas as vezes que intimados, não existindo qualquer razão para que não possam responder em liberdade até o trânsito em julgado da presente sentença condenatória.

Diferente é a situação da ré LEA. LEA não foi encontrada no endereço indicado na denúncia (fl. 257/AP). Posteriormente, o Ministério Público Federal requereu a expedição de ofícios para companhias telefônicas, no intuito de localizar a acusada LEA (fl. 434/AP). Os ofícios foram expedidos (fls. 591/594) e, em novas tentativas, a acusada LEA não foi localizada nos endereços diligenciados (fl. 599/AP). A ré, então, foi citada por edital (fl. 650/AP).

Ressalto que a ré LEA tem inequívoca ciência (ao menos do início) do feito, dado que, em 14 de março de 2005, assinou procuração para que advogado representasse a SNOW nos autos de medidas assecuratórias nº 0011623-11.2009.4.03.6181 (fl. 449 daqueles autos).

Está clara, portanto, a necessidade de que seja efetuada a *prisão preventiva da ré LEA*, como forma de *assegurar a aplicação da lei penal*. Apesar das inúmeras tentativas de localizá-la, a ré nunca se deixou vincular à ação penal, exceto quando assinou procuração para tentar desbloquear bens constrictos pelo Juízo.

Os indícios de autoria e materialidade exigidos pelo artigo 312 do Código de Processo Penal se transformaram em provas de autoria e materialidade com a prolação da presente sentença.

Fortes nesses fundamentos, *decreto a prisão preventiva da ré LEA*, como forma de assegurar a aplicação da lei penal, com fulcro nos artigos 312 e 387, p. ún., ambos do CPP. Expeça-se, pois, mandado de prisão preventiva contra a ré.

## DISPOSITIVO

76. Ante o exposto, julgo *parcialmente procedente* a pretensão punitiva para o fim de:

a) *absolver* o réu SAMUEL SEMTOB SEQUERRA, brasileiro, separado, administrador de empresas, nascido em São Paulo/SP, na data de 07.09.1962, filho de Salomão de Jong Sequerra e Claudine de Jong Sequerra, portador do RG nº 9.908.339-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 066.427.668-73, da acusação de prática do delito previsto no *artigo 22, parágrafo único, segunda figura, da Lei nº 7.492/1986*, com fulcro no artigo 386, II, do Código Penal;

b) *condenar* o réu SAMUEL SEMTOB SEQUERRA, brasileiro, separado, administrador de empresas, nascido em São Paulo/SP, na data de 07.09.1962, filho de Salomão de Jong Sequerra e Claudine de Jong Sequerra, portador do RG nº 9.908.339-5-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 066.427.668-73, pela prática, em *continuidade delitiva* (CP, artigo 71), por *três vezes*, do delito tipificado no *artigo 1º, caput, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998*, à *pena em 5 (cinco) anos, 4 (quatro) e 24 (vinte e quatro) dias meses de reclusão* e ao pagamento de *126 (cento e vinte e seis) dias-multa*, cada qual no valor de *1 (um) salário mínimo* vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará no *regime semi-aberto* (Código Penal, artigo 33, § 2º, b);

c) *condenar* o réu JAN SIDNEY MURACHOVSKI, brasileiro, casado, comerciante, nascido em São Paulo/SP na data de 20.05.1967, filho de Natan Murachoski e de Cecília Rosa Murachovski, portador do RG nº 16.178.389-SSP/SP e inscrito no CPF sob o nº 101.576.008-23, pela prática, em *continuidade delitiva* (CP, artigo 71), por *duas vezes*, do delito tipificado no *artigo 1º, caput, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998*, à *pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão* e ao pagamento de *93 (noventa e três) dias-multa*, cada qual no valor de *1 (um) salário mínimo* vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará no *regime semi-aberto* (Código Penal, artigo 33, § 2º, b);

d) *condenar* a ré LEA DWORA KREMER, brasileira naturalizada, nascida na data de 12.07.1948, filha de Leibel Kleinman e de Zilda Kleinman, portadora do RG nº 3.3549.192-SSP/SP e inscrita no CPF sob o CPF nº 666.647.998-04, pela prática, em *continuidade delitiva* (CP, artigo 71), por *duas vezes*, do delito tipificado no *artigo 1º, caput, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998*, à *pena de 4 (quatro) anos e 8 (oito) meses de reclusão* e ao pagamento de *93*

(noventa e três) dias-multa, cada qual no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará no regime semi-aberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, b);

e) condenar o réu FERNANDO SALVADOR ALBERTI SEQUERRA AMRAM, brasileiro, nascido na data de 03.08.1968, filho de Isabel Alonso de Sequerra, inscrito no CPF sob o nº 885.172.847-04, pela prática do delito tipificado no artigo 1º, caput, inciso VI, da Lei nº 9.613/1998, à pena de 3 (três) anos e 6 (seis) meses de reclusão e ao pagamento de 93 (noventa e três) dias-multa, cada qual no valor de 1 (um) salário mínimo vigente à época dos fatos, devidamente corrigido. A pena se iniciará, em caso de conversão, no regime aberto (Código Penal, artigo 33, § 2º, a);

f) decretar, com fulcro no artigo 7º, inciso I, da Lei nº 9.613/1998, a perda em favor da União dos imóveis matriculados sob os nsº 16.673 e 35.038, no 6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP, e de todos os valores hoje existentes, bem como que venham a ser depositados, e suas respectivas atualizações, na conta judicial nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal, vinculada à presente ação penal<sup>7</sup>.

*Custas pelos condenados (CPP, artigo 804). Transitada esta sentença condenatória em julgado, lancem-se os nomes dos acusados no rol dos culpados. Oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral – TRE, para os efeitos do art. 15, III, da Constituição da República.*

*Aos réus SAMUEL, JAN e FERNANDO fica assegurado o direito de apelar em liberdade, porquanto não se faz presente nenhuma das hipóteses de decretação da prisão preventiva previstas no artigo 312 do CPP.*

*Oficie a Secretaria ao 6º Registro de Imóveis da Capital, informando-lhe que os autos nº 2008.70.00.015095-3 da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR foram remetidos a este Juízo e aqui autuados sob o nº 0011627-48.2009.4.03.6181, determinando, por conseguinte, que se consigne no livro de registro que o seqüestro dos imóveis de matrículas nº 16.673 e 35.038, lavrados em 11 de setembro de 2008, devem ficar expressamente vinculados aos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181, em trâmite perante este Juízo.*

*Oficie a Secretaria à Caixa Econômica Federal, determinando que a conta judicial nº 0265.635.100001914-8 fique vinculada aos autos nº 0011627-48.2009.4.03.6181.*

*Oficie a Secretaria, com urgência, ao Gerente de Relações Externas e Gestão de Oficinas do Banco ITAÚ, determinando-lhe que os alugueis vincendos referentes aos imóveis constritos por determinação da 2ª Vara Federal Criminal de Curitiba/PR, registrados sob as matrículas nº 16.673 e 35.038 (6º Registro de Imóveis de São Paulo/SP), voltem a ser pagos, a partir do último dia útil de novembro de 2012, mediante depósitos/transferências na conta judicial nº 0265.635.100001914-8 da Caixa Econômica Federal, vinculada à presente ação penal.*

*Expeça-se mandado de prisão contra a ré LEA DWORA KREMER, brasileira naturalizada, nascida na data de 12.07.1948, filha de Leibel Kleinman e de Zilda Kleinman, portadora do RG nº 3.3549.192-SSP/SP e inscrita no CPF sob o CPF nº 666.647.998-04.*

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

São Paulo, 9 de novembro de 2012.

Juiz Federal MARCELO COSTENARO CAVALI

<sup>7</sup> Conforme extrato juntado às fls. 1082/1084, o saldo corrigido da conta em 08.11.2012 era de R\$ 2.584.203,14.

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA** **0012573-12.2009.4.03.6119**

**Autores: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL E FUNDO NACIONAL DE DESENVOLVIMENTO DA EDUCAÇÃO - FNDE**

**Ré: CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUZA**

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

**Juíza Federal: MADJA DE SOUSA MOURA FLORENCIO**

**Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 06/02/2013**

Vistos etc.

Trata-se de Ação Civil Pública por Ato de Improbidade Administrativa, com pedido de tutela antecipada, promovida inicialmente pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, com fundamento nos artigos 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, em face de CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUZA, em razão da constatação de irregularidades na aquisição de merenda escolar no período em que a ré exerceu o cargo de Prefeita do Município de Guararema/SP, de 2002 a 2004, onde pleiteia: a) o ressarcimento integral do dano causado; b) a perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio; c) a suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos; d) o pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e e) a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócia majoritária, pelo prazo de 5 anos.

A inicial veio acompanhada dos documentos de fls. 58/7222.

Notificada, a ré apresentou defesa preliminar às fls. 7232/7240, aduzindo que teve suas contas aprovadas pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo nos exercícios de 2003 a 2004, mencionados na inicial, sem que houvesse sido constatada qualquer irregularidade referente à aquisição de merenda escolar. Alegou que as compras feitas com dispensa de licitação obedeceram às normas legais. Sustenta que não houve dano ao erário ou superfaturamento, bem como que as mercadorias foram compradas e efetivamente entregues. Por fim, requereu o reconhecimento da prescrição das cominações penais e improcedência do pedido.

Ministério Público Federal em sua manifestação de fls. 7254/7255 requereu o recebimento da inicial e citação da ré.

A inicial foi recebida pela decisão de fls. 7256 e verso, determinando-se a citação.

Citada, a ré apresentou contestação, alegando preliminarmente que os ocupantes de cargo eletivo não estão sujeitos à ação de improbidade administrativa. No mérito, sustentou que tendo sido ajuizada a ação com fundamento nos artigos 9, 10 e 11 da Lei nº 8.429/92, não se aplicam as penalidades previstas no artigo 12, inciso II, requeridas pelo Ministério Público, de modo que o pedido está restrito às hipóteses previstas no art. 10, ou seja, dano ao erário público. Reiterou a aprovação das contas dos exercícios de 2002 a 2004 pelo Tribunal de Contas do Estado, que as compras feitas com dispensa de licitação obedeceram às normas legais, bem como que não restou demonstrada a existência de dano ao erário ou superfaturamento (fls. 7275/7287).

O Ministério Público apresentou réplica às fls. 7290/7294 e dispensou a produção de outras provas (fl. 7297).

A união Federal informou não ter interesse na ação, requerendo a intimação do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE, responsável pelo repasse das verbas (fl. 7300).

Os autos foram distribuídos inicialmente perante a 4ª Vara Federal de Guarulhos, sendo declinada a competência para esta subseção judiciária (fls. 7302/7307).

Intimado, o FNDE requereu sua admissão no feito como assistente simples da autora. No mérito, sustentou que as regras que disciplinam a transferência direta de recursos são editadas pelo FNDE, dentre elas, a política de alimentação escolar, definida pelo Grupo Gestor do Programa de Aquisição de Alimentos, bem como que os convênios firmados nesse sentido são regulados por normas que impõe submissão aos princípios gerais da administração pública (art. 37, CF) e demais regras que disciplinam a celebração de contratos (Lei nº 8.0666/93), que exigem, inclusive, a prestação de contas, cuja simples ausência, caracteriza ato de improbidade administrativa. Juntou documentos (fls. 7315/7359).

Vieram os autos conclusos para sentença.

*É o relatório. Fundamento e decido.*

O feito comporta julgamento antecipado, nos termos do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Isso porque os elementos da lide estão claros e nítidos. Todos os fatos apontados pelo Ministério Público Federal e as teses de defesa suscitadas pelo réu podem ser apreciados mediante leitura atenta dos documentos apresentados pelas partes, versando a controvérsia apenas sobre a sua valoração jurídica.

Inicialmente, observo que a arguição de prescrição, aventada pela ré em sua defesa preliminar (fls. 7232/7239), já foi analisada na decisão de recebimento da inicial (fls. 7256/7256v), razão pela qual deixo de apreciá-la.

A ré arguiu ainda, prefacialmente, a inaplicabilidade da Lei de Improbidade Administrativa aos agentes políticos, conforme precedente do Supremo Tribunal Federal que entende aplicável à espécie.

Em relação à alegada inaplicabilidade da Lei nº 8.429/92 aos agentes políticos, é de notório conhecimento que, em 13/06/2007, o Supremo Tribunal Federal - STF - julgou a Reclamação nº 2.138 (redator para o acórdão Min. Gilmar Mendes). Pelo julgado, entendeu-se que a Lei nº 8.429/92 não se aplica aos agentes políticos, somente sujeitos aos crimes de responsabilidade, com julgamento nos foros próprios, nos conformes da Lei nº 1.079/50.

A matéria, entretanto, não é pacífica, pois o próprio STF já decidiu em sentido contrário na Petição nº 3.923 na Questão de Ordem/SP, Rel. Min. Joaquim Barbosa - Informativo STF nº 471, julgada no mesmo dia da Reclamação nº 2.138, dando pela idoneidade da Lei nº 8.429/92 e do enquadramento dos atos dos agentes políticos como de improbidade.

Além disso, o julgamento da Reclamação nº 2.138 confere efeitos meramente *inter partes*, já que não foi proferido em sede de controle abstrato de constitucionalidade.

Outrossim, deve-se registrar que, em 23/07/2007, a Ministra Ellen Gracie, então presidente do STF, determinou o arquivamento das Reclamações nºs 5.389, 5.391 e 5.393, ajuizadas por Prefeitos do Estado do Pará, que pleiteavam a extensão dos efeitos do julgamento da Reclamação nº 2.138/DF. Esse dado demonstra a fragilidade da tese acolhida em excepcional.

Não bastasse isso, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que apenas aqueles agentes políticos sujeitos à prerrogativa de foro por crime de responsabilidade, na

forma exclusiva da Constituição Federal de 1998, é que não estão contemplados pela Lei nº 8.429/92, consoante a seguintes ementa:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO - AÇÃO CIVIL PÚBLICA - IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA - EX-PREFEITO - APLICAÇÃO DA LEI 8.429/1992 - COMPATIBILIDADE COM O DECRETO-LEI 201/1967 - NOTIFICAÇÃO DE DEFESA PRÉVIA - ART. 17, § 7º, DA LEI 8.429/1992 - PRESCINDIBILIDADE - NULIDADE DA CITAÇÃO - INOCORRÊNCIA - COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL - JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE - CERCEAMENTO DE DEFESA NÃO-CONFIGURADO - FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE - NÃO-CONFIGURADA - VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVO CONSTITUCIONAL - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 284/STF.

1. Trata-se, originariamente, de ação civil pública ajuizada contra Carlos Roberto Aguiar, ex-Prefeito de Reriutaba/CE, por não ter o mesmo emitido, no prazo de 60 dias, a prestação de contas final da aplicação dos recursos repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social, no valor de R\$ 66.645,00, o qual se destinava à construção de um centro para instalação de unidades produtivas de beneficiamento de palha, confecção de bordado e corte e costura.

2. Não há qualquer antinomia entre o Decreto-Lei 201/1967 e a Lei 8.429/1992, pois a primeira impõe ao prefeito e vereadores um julgamento político, enquanto a segunda submete-os ao julgamento pela via judicial, pela prática do mesmo fato.

3. O julgamento das autoridades - que não detêm o foro constitucional por prerrogativa de função para julgamento de crimes de responsabilidade -, por atos de improbidade administrativa, continuará a ser feito pelo juízo monocrático da justiça cível comum de 1ª instância.

4. A falta da notificação prevista no art. 17, § 7º, da Lei 8.429/1992 não invalida os atos processuais ulteriores, salvo quando ocorrer efetivo prejuízo. Precedentes do STJ.

5. Está preclusa a discussão sobre alegada falsidade na assinatura de ciência do mandado citatório do réu, em razão do decurso de prazo, sem recurso, da decisão em incidente de falsificação.

6. É competente a Justiça Federal para apreciar ação civil pública por improbidade administrativa, que envolva a apuração de lesão a recursos públicos federais. Precedentes.

7. Não ocorre cerceamento de defesa por julgamento antecipado da lide, quando o julgador ordinário considera suficiente a instrução do processo.

8. É incabível, em recurso especial, a análise de violação de dispositivo constitucional.

9. Inviável a apreciação do recurso por ofensa aos arts. 165 e 458 do CPC (fundamentação deficiente), em razão de alegações genéricas. Incidência, por analogia, da Súmula 284/STF.

10. Recurso especial parcialmente conhecido e não provido.

Resp 1034511 (Processo nº 200800402850), Segunda Turma, Rel. Ministra Eliana Calmon, Dje de 22/09/2009, p. 292.

Ademais, entendo que o acolhimento da tese sustentada pelo réu seria um retrocesso histórico ao direito brasileiro, que há muito convive com a coexistência da responsabilização penal e não-penal.

*Superadas as preliminares, passo à análise do mérito.*

O ponto controvertido da presente ação consiste em saber se a ré CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUZA, na qualidade de ex-prefeita do Município de Guararema/SP, praticou ato de improbidade administrativa descrito na Lei nº 8.429/92, ao adquirir, mediante dispensa de licitação, alimentos destinados à merenda escolar.

Cumprе frisar que em momento algum a ré negou a aquisição irregular dos alimentos, limitando-se a afirmar que não se utilizou má-fé nos procedimentos de compra e que o

Tribunal de Contas do Estado de São Paulo aprovou todas as suas contas no período, sem qualquer ressalva em relação à merenda escolar.

Analisando as provas constantes dos autos, observo que não restou comprovada a prática de atos de improbidade administrativa que importassem lesão ao erário ou enriquecimento ilícito (arts. 10 e 11 da LIA), já que em momento algum o Ministério Público alegou que tais alimentos não teriam sido entregues ou que teriam sido adquiridos por valor superior ao mercado, nem tampouco se alguém teria se beneficiado com tal prática. O *parquet* limitou-se a apontar como possível dano causado aos cofres públicos o valor repassado ao Município de Guararema por meio de convênios firmados no âmbito do Programa Nacional de Alimentação Escolar (PNAE), durante a gestão da ex-prefeita.

Diante disso, não há que se falar em lesão ao erário no importe de R\$ 299.493,40 - valor das contratações nos exercícios de 2002 a 2004, haja vista que os produtos foram adquiridos por preços compatíveis aos praticados no mercado e não houve questionamento quanto à efetiva entrega dos alimentos.

Responsabilizar a ex-prefeita por dano ao erário sem a efetiva comprovação importaria em reconhecer a responsabilidade objetiva do administrador pela gestão da máquina pública, o que não se pode admitir. O dano deve ser certo e comprovado e a compra de produtos sem a observância das regras, por si só, não o caracteriza.

Assim, entendo que não restou configurado nenhum ato de improbidade que importe enriquecimento ilícito ou prejuízo ao erário (arts. 9º e 10 da Lei nº 8.429/1992).

Entretanto, o mesmo não se pode afirmar em relação aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da Administração Pública, previstos no art. 11 e incisos da Lei nº 8.429/92, Lei de Improbidade Administrativa - LIA, já que a compra reiterada de gêneros alimentícios sem a instauração do adequado processo administrativo ofende os princípios régios da Administração.

A administração pública rege-se, dentre outros, pelos princípios da legalidade e moralidade (art. 37, da Constituição Federal). O primeiro diz respeito à completa submissão da Administração às leis, já o segundo, por outro lado, preceitua que a Administração e seus agentes têm de atuar em conformidade aos princípios éticos.

Dessa forma, se o particular pode fazer tudo aquilo que a lei não proibir (art. 5º, inciso II, da Constituição Federal de 1988 - CF/88), o gestor público somente pode adotar a conduta autorizada pela norma de regência, nos termos do art. 37, *caput*, da CF/88, em razão da indisponibilidade de todo bem público e da sua condição de administrador de coisa alheia.

Foi neste contexto que a Lei nº 8.429/92 estabeleceu como a terceira modalidade de improbidade administrativa a prática de atos atentatórios aos princípios da administração pública. O fim almejado por essa previsão legal foi ampliar a esfera de proteção dos princípios regentes da atividade estatal, qualificando como ímproba qualquer conduta que despreze os valores nele traduzidos. A respeito, vejamos os seguintes dispositivos legais:

Art. 11. Constitui ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração pública qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições, e notadamente:  
I - praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto, na regra de competência;

- II - retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício;
- III - revelar fato ou circunstância de que tem ciência em razão das atribuições e que deva permanecer em segredo;
- IV - negar publicidade aos atos oficiais;
- V - frustrar a licitude de concurso público;
- VI - deixar de prestar contas quando esteja obrigado a fazê-lo;
- VII - revelar ou permitir que chegue ao conhecimento de terceiro, antes da respectiva divulgação oficial, teor de medida política ou econômica capaz de afetar o preço de mercadoria, bem ou serviço.

A lei nº 8.666/93 (Lei de Licitações), por sua vez, disciplina que:

Art. 3º A licitação destina-se a garantir a observância do princípio constitucional da isonomia, a seleção da proposta mais vantajosa para a administração e a promoção do desenvolvimento nacional sustentável e será processada e julgada em estrita conformidade com os princípios básicos da legalidade, da impessoalidade, da moralidade, da igualdade, da publicidade, da probidade administrativa, da vinculação ao instrumento convocatório, do julgamento objetivo e dos que lhes são correlatos.

No caso dos autos, verifica-se que CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUSA, na qualidade de prefeita do Município de Guararema, adquiriu ao longo de sua gestão, mais precisamente no período de 2002 a 2004, diversos gêneros alimentícios (pães, hortifruiti, carne, frango, ovos, etc) sem licitação, de forma constante e habitual.

Conforme o conjunto probatório acostado aos autos, é possível identificar mais de 100 (cem) compras com dispensa de licitação a cada ano, sem que tenha sido configurada qualquer situação emergencial.

Afirma a ré que a Lei de Licitações prevê a possibilidade de aquisição direta até o valor de R\$ 8.000,00, devendo ser subdivididos os objetos a serem adquiridos e que, em se tratando de merenda escolar, como há diversos gêneros alimentícios, não poderia ser realizada uma única licitação. Alega, ainda, que a lei 8.666/93 “não prevê nenhum limite temporal para que seja utilizada a regra prevista no art. 24, inciso II, assim entende-se a possibilidade de dispensa de licitação no período de 30 (trinta) dias” (*sic*) - fls. 7283/7284.

O argumento da ré não merece prosperar. Em primeiro lugar porque não se trata de uma única compra isolada, mas sim de uma prática reiterada pela municipalidade, o que denota a falta de zelo com a gestão da coisa pública. A ex-prefeita afirma que efetuou a compra diretamente buscando uma maior “economicidade” dos recursos, sem, entretanto, utilizar o instrumento legal que lhe foi posto à disposição justamente para garantir a competitividade e a escolha da melhor proposta para a Administração.

Ademais, apesar de não se ter um prazo previsto em lei para apuração do limite de valor que autoriza a dispensa da licitação, entende-se, majoritariamente, que este deve ser apurado a cada exercício, anualmente, já que este é o prazo previsto para a execução orçamentária.

Entretanto, na gestão da ex-prefeita, o Município de Guararema adotou tal prática por 03 (três) exercícios - de 2002 a 2004, como já dito, o que demonstra a total falta de planejamento na execução das políticas públicas.

Enfim, as razões esposadas para afastar a responsabilidade da ré não se coadunam com a

realidade dos fatos e, muito menos, com os preceitos legais. Aliás, com relação a estes últimos, convém ressaltar, haver previsão expressa para o registro de preços por parte da administração no art. 15 da Lei nº 8.666/93, de forma que seria plenamente possível antever a extrapolação do limite de dispensa previsto no art. 24, II do estatuto das licitações.

Com efeito, o procedimento de dispensa de licitação, na forma do art. 38, VI da Lei nº 8.666/93, deve estar embasado não em mera justificativa, mas em parecer técnico ou jurídico que aponte a excepcionalidade da circunstância que autoriza a contratação direta, o que não houve.

Importante frisar que não cabe ao administrador eleger a “melhor forma” de gestão da coisa pública, pois a sua margem de discricionariedade esbarra nas normas legais vigentes. E neste caso, o que se nota é que a ré, na qualidade de agente público, demonstrou uma total falta de apego ao espírito republicano, optando por gerir a coisa pública com base nos seus próprios princípios, ao arrepio da legalidade.

Assim, não remanesce dúvida de que a acusada CONCEIÇÃO APARECIDA ALVINO DE SOUSA, na condição de agente público responsável pela regular aquisição do objeto conveniado, agiu com o intuito de dispensar indevidamente o procedimento licitatório, contrariando o que determina a Lei nº 8.666/93. Violou, com esse proceder, regras de legalidade, além de malferir postulados de lealdade e de honestidade, práticas que estão acoimadas pelo art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

Importante frisar, por fim, que o Juiz não está obrigado a ater-se às sanções postuladas pelo autor em seu pedido inicial, pois a pretensão do autor é o reconhecimento da prática do ato de improbidade e a consequente submissão à LIA, sendo certo que, apresentados os fatos, cabe ao Juiz a sua capitulação legal.

Quanto à dosimetria, verifico que a conduta da ré CONCEIÇÃO APPARECIDA ALVINO DE SOUZA subsume-se ao art. 11 da Lei nº 8.429/92, razão pela qual deverá incidir nas sanções do art. 12, incisos III, da referida lei.

Assim, tenho como necessária e suficiente à reprovação e à prevenção da conduta da ré as seguintes sanções: a) a multa civil; c) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário; d) suspensão dos direitos políticos; e) perda da função pública. Não comprovado o dano material, não há que se falar em ressarcimento.

#### DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE EM PARTE o pedido movido pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para fins de condenar CONCEIÇÃO APPARECIDA ALVINO DE SOUZA pela prática de ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da Administração Pública (art. 11, *caput*, da Lei nº 8.429/92), extinguindo o processo com resolução de mérito, nos termos do art. 269, inc. I, do Código de Processo Civil.

As sanções impostas à condenada não as seguintes:

- a) multa no valor de 10 (dez) vezes a remuneração percebida pelo agente à época dos fatos;
- b) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 03 (três) anos;

- d) suspensão dos direitos políticos por 03 (três) anos;
- e) perda da função pública, se ainda estiver exercendo-a.

A multa aplicada à ré será revertida em favor do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação (FNDE) prejudicado com as condutas ímprobas (art. 18 da Lei nº 8.429/92).

Sem condenação em honorários advocatícios, haja vista figurar o Ministério Público Federal no pólo ativo da ação.

Custas processuais por conta da condenada (art. 20, § 2º, do CPC).

Após a certificação do trânsito em julgado:

a) intime-se o MPF e o FNDE para, concorrentemente, providenciarem a execução dos capítulos condenatórios de obrigação de pagar quantias em dinheiro;

b) oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral, acerca da suspensão dos direitos políticos da ré;

c) oficiem-se à Administração Federal, ao Tribunal de Contas da União - TCU; ao Tribunal de Contas do Estado de São Paulo e ao Banco Central do Brasil, dando notícia desta sentença, para que eles observem a proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou de creditícios, pelo prazo de 3 (três) anos;

d) providencie-se o cadastramento deste processo na página do Conselho Nacional de Justiça - CNJ na *internet*, no Cadastro Nacional de Condenações Cíveis por Ato de Improbidade Administrativa.

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

Mogi das Cruzes, 31 de janeiro de 2012.

Juíza Federal MADJA DE SOUSA MOURA FLORENCIO

## **AÇÃO CIVIL PÚBLICA**

### **0023966-54.2010.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Rés: RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA. E UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: PAULO CEZAR NEVES JUNIOR

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/02/2013

Trata-se de ação civil pública proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, em face de RÁDIO E TELEVISÃO BANDEIRANTES LTDA. e UNIÃO FEDERAL, para o fim de condenar “as rés às obrigações de fazer consubstanciadas em: a) à *TV Bandeirantes* que exiba durante o programa *Brasil Urgente* um quadro com a retratação das declarações ofensivas às pessoas ateias, bem como esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração de, no mínimo, o dobro de tempo utilizado para exibição das informações equivocadas no dia 27 de julho último; e b) à *União*, por meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à fiscalização adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição” (fls. 09/09v).

Em sede de antecipação de tutela, formulou os mesmos requerimentos, “cominando-se a multa de R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) por dia de descumprimento da ordem judicial”.

O Autor relata que em 27 de julho de 2010, no Programa *Brasil Urgente* produzido pela *TV Bandeirantes*, o apresentador José Luiz Datena e o repórter Márcio Campos proferiram ofensas e declarações preconceituosas contra cidadãos ateus, durante cerca de 50 (cinquenta) minutos. Entendendo que o aludido comportamento contou com o aval da *TV Bandeirantes* e ofendeu diversos direitos fundamentais, o Autor solicitou esclarecimentos à emissora que, inicialmente, não os prestou, mas, depois respondeu informando que as imagens veiculadas no programa, por si só, demonstram que a emissora ou o apresentador José Luiz Datena não adotaram atitudes preconceituosas em relação às pessoas ateias.

Sustenta, ainda, que houve omissão por parte da UNIÃO FEDERAL no que toca à fiscalização da emissora de televisão, prevista no art. 29 da Lei n 8.987/95. O Autor argumenta que a lesão social ocasionada pelas declarações é evidente, ante a promoção de verdadeira incitação pública de preconceito aos ateus e ante o poder persuasivo e formador de opinião que detém o meio televisivo perante a sociedade, o que é agravado pelos índices de audiência do programa em questão.

Com a inicial, vieram os documentos de fls. 11/60.

A decisão de fls. 62 condicionou a apreciação do pedido de tutela antecipada à “prévia audiência do representante judicial da União, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, nos moldes do art. 2º da Lei nº 8.437/92”.

A União Federal manifestou-se às fls. 66/70, afirmando que nada tem a opor acerca da pretensão endereçada em face da *TV Bandeirantes*, eis que tem interesse na salvaguarda dos direitos fundamentais. Todavia, entende que a pretensão que lhe é dirigida carece de interesse processual, porquanto caberia ao órgão ministerial a adoção das medidas previstas no art. 6º, inciso XX e art. 7º, inciso III da Lei Complementar nº 75/93, não havendo resistência sob tal aspecto. Cogita, a princípio, de integrar o pólo ativo da ação, o que será decidido após o

recebimento das informações solicitadas ao Ministério das Comunicações via ofício.

O pedido de tutela antecipada foi indeferido às fls. 71/72v.

A Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. apresentou sua contestação às fls. 78/96, com documentos anexos às fls. 97/159. Pugnou, no mérito, pela improcedência da ação, sustentando, em suma, que “em hipótese alguma a emissora ré ou o seu apresentador cometeram preconceito de qualquer espécie contra os ateus, não podendo ser responsabilizada a que título for”. Ressaltou que José Luiz Datena, apresentador do programa Brasil Urgente, foi “incisivo ao ratificar que a sua crítica não era generalizada, posto que, no seu entendimento, determinados indivíduos, ainda que não tementes a Deus, jamais seriam capazes de operar qualquer conduta criminosa e que são pessoas de bem”. Registra, ademais, que atuou amparada pelo seu direito constitucional de liberdade de expressão e pensamento.

Sobreveio nova petição da Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., às fls. 160/166, juntando o “parecer do D. Representante do Ministério Público do Estado do Paraná, que, corretamente, entendeu desnecessária a instauração de procedimento preparatório ou inquérito civil noticiados por interessados que se diziam ateus e prejudicados pela mesma matéria ora em discussão”.

Oportunizada a especificação de provas (fls. 168), o Autor requereu a designação de audiência de instrução para oitiva de testemunha (fls. 170/170v, enquanto que a Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. informou seu desinteresse na produção de outras provas. Já a União manifestou-se às fls. 176/182v, sustentando a carência da ação, tendo em vista sua ilegitimidade passiva, requerendo, ao final, o julgamento antecipado da lide.

*É o relatório.*

*Decido.*

De início, no que toca à preliminar suscitada pela ausência de interesse de agir da parte Autora, entendo que a mesma não procede. Nos termos do art. 223 da Constituição Federal de 1988, competirá ao Poder Executivo os atos relativos à concessão de rádio e televisão. Diante disso, extrai-se meramente deste mandamento constitucional o intrínseco dever de fiscalização, conferido ao Poder Concedente, no caso a União, no que toca à outorga e renovação de concessão, permissão e autorização do serviço de radiodifusão sonora e de imagens.

Assim, pela simples constatação da natureza de concessão do serviço público ora em debate, também já caberia falar no mencionado dever de fiscalização da União, atraindo a atuação do Ministério Público Federal já que está em jogo a tutela de direito transindividuais relacionados, como mais adiante se verá, a serviço público federal.

Ressalte-se, ademais, que a alegação da existência dos dispositivos legais previstos no art. 6º, inciso XX e art. 7º, inciso III da Lei Complementar nº 75/93 não retira a possibilidade de provocação direta do Judiciário pelo órgão do *Parquet* federal, objetivando a defesa dos interesses transindividuais mencionados.

Não se ignora nos autos, contudo, que o intento administrativo na busca de uma solução já foi colocado em prática pelo Ministério Público Federal. A respeito disso, consta da petição inicial, às fls. 04, que a “Procuradoria Regional dos Direitos do Cidadão solicitou esclarecimentos à emissora-ré acerca da prática de atitudes preconceituosas contra pessoas ateias”, sendo que, “inicialmente, a emissora-ré não prestou esclarecimentos (fl. 18), razão pela qual foi enviado novo ofício”.

Ultrapassada a questão do interesse processual do Autor, vejo que a preliminar de ilegi-

timidade passiva da União deve ser, da mesma forma, afastada.

Igualmente com base no argumento da titularidade do serviço público concedido à emissora Ré, a União deve permanecer no pólo passivo da lide. Na medida em que se afigura na presente questão como o Poder Concedente, nos termos acima expostos, deve também responder, *in status assertionis*, frente a terceiros pelas faltas cometidas por seus agentes delegatários.

Não subsiste, desse modo, a alegação trazida pela União quando afirma que seria parte ilegítima para figurar no pólo passivo da lide, argumentando que houve a celebração de um Convênio com a ANATEL, para que esta Agência Reguladora possa “em nome deste Ministério empreender fiscalização de conteúdo, instauração e a instrução de processos administrativos nas emissoras executantes dos serviços de radiodifusão e encilares (retransmissão de TV)” (fls. 179).

A assertiva, embora verdadeira quanto à existência do convênio, não subsiste no que toca à manutenção da legitimidade passiva da União. Sobre isso, num primeiro aspecto, não é de se olvidar que o art. 13, da Lei nº 9.784/99 preceitua que não podem ser objeto de delegação a “decisão de recursos administrativos”, competência esta indelegável e que, portanto, certamente permanece sob a esfera administrativa do Ministério das Comunicações, órgão integrante da Administração Direta da União. Com efeito, subsiste ao menos uma parcela relevante do desempenho das atribuições fiscalizatórias da União, razão pela qual, por esta circunstância apenas, já estaria rechaçada a preliminar aventada.

De todo modo, ainda que assim não fosse, esclarecendo os limites daquele convênio, consta norma administrativa emanada no âmbito do Conselho Diretor da Agência Nacional de Telecomunicações, cujos termos reafirmam a competência concorrente desta autarquia federal (Anatel) e da União (por meio do Ministério das Comunicações) para o exercício do poder fiscalizatório referido, nos seguintes termos (publicação no Diário Oficial da União, de 17 de agosto de 2012, Seção 1, pg. 64):

#### DESPACHOS DO PRESIDENTE

Em 1º de abril de 2011

Nº 2.645/2011-CD - Processo nº 53500.023624/2004

O CONSELHO DIRETOR DA AGÊNCIA NACIONAL DE TELECOMUNICAÇÕES, no uso de suas atribuições legais, regulamentares e regimentais, examinando processo de consulta formulada pela Superintendência de Radiofrequência e Fiscalização e pela Superintendência de Administração Geral, decidiu, em sua Reunião nº 597, realizada em 24 de fevereiro de 2011, pelas razões e fundamentos constantes da Análise nº 54/2011-GCJR, de 28 de janeiro de 2011:

*(i) declarar:*

*a) quanto à competência material:*

a.1) a competência da Anatel para proceder à outorga de autorização de uso de radiofrequência para serviço de radiodifusão; e

a.2) a competência da Anatel para proceder à certificação de equipamentos destinados à exploração de serviço de radiodifusão;

*b) quanto à competência fiscalizadora:*

*b.1) a competência da Anatel para proceder à fiscalização de irregularidades relacionadas ao serviço de radiodifusão, quanto aos aspectos técnicos, por expressa disposição legal (art. 211, arágrafo único, da LGT);*

*b.2) a competência concorrente da Anatel e do Ministério das Comunicações para proceder à fiscalização de irregularidade relacionada ao serviço de radiodifusão, quanto aos aspectos não técnicos, em razão:*

*(i) no que tange à Anatel, da delegação de poderes feita pelo Convênio nº 01/2007; e*

(ii) *no que tange ao Ministério das Comunicações, do disposto na cláusula quarta desse mesmo Convênio; (grifado)*

Não há o que se falar, assim, acerca de ilegitimidade passiva da União.

A jurisprudência, em caso semelhante, seguiu o entendimento aqui exposto, conforme os termos da ementa que segue:

*AÇÃO CIVIL PÚBLICA. PROGRAMA DE TELEVISÃO. VIOLAÇÃO A DIREITOS CONSTITUCIONAIS FUNDAMENTAIS. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. LEGITIMIDADE ATIVA DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. O uso ilegal da outorga de serviço de competência da União remete à necessidade deste ente compor a lide, atraindo, portanto, nos termos do art. 109, I, da CF, a competência para a Justiça Federal. Configurada a legitimidade ativa do Ministério Público Federal para ajuizar ação civil pública visando a evitar a ofensa de toda a coletividade exposta a programas nocivos que incitam práticas criminosas e desrespeito a direitos constitucionais fundamentais. As programações de televisão sub judice atentam contra os direitos fundamentais, uma vez que, abusando do poder de titular de concessão, e em nome de índices crescentes de audiência (leia-se maiores verbas publicitárias), atiram-se livremente contra a imagem e a dignidade de pessoas, invariavelmente pobres, envolvidas em episódios policiais, tudo sob o manto e apoio da autoridade policial. (grifado) (AC 200304010089458, EDGARD ANTÔNIO LIPPMANN JÚNIOR, TRF4 - QUARTA TURMA, D.E. 09/04/2007)*

Ressalte-se, todavia, que à União caberia à prerrogativa de se manifestar no sentido de sua participação no pólo ativo da demanda, o que se daria com base na aplicação analógica do art. 6º, § 3º, da Lei de Ação Popular (Lei nº 4.714/65). Tal interpretação justifica-se ante ao interesse público presente na fiscalização das atividades desempenhadas pela Ré, sob a ótica da concessão pública de sua respectiva radiofrequência de sons e imagens.

Poder-se-ia falar, assim, na possibilidade da União “abster-se de contestar o pedido” ou “atuar ao lado do autor”, na medida em que isto se afigurasse útil à consecução de seu poder fiscalizatório nos termos do art. 220 e seguintes da CF/88. Entrementes, até o momento aquele ente Federal não optou em exercer esta prerrogativa, o que, de outro turno, não permite afastar a possibilidade de que responda à lide nos termos do pedido formulado na petição inicial.

No que toca ao pedido da parte Autora (fls. 170/170v) relativo à produção de prova em audiência, eis que da oitiva “de representante dos ateus, poderá se aferir a potencialidade discriminatória da mencionada exibição”, entendo que a medida é desnecessária para o deslinde da controvérsia.

Conquanto a discussão da questão comporte aferição de matéria fática relacionada à análise das palavras empregadas pelo apresentador de televisão José Luiz Datena, no programa “Brasil Urgente” veiculado no dia 27 de julho de 2010 na grade de programação da emissora Ré, entendo que a aferição da procedência ou não dos pedidos escapa, em verdade, de qualquer análise fática das repercussões psicológicas ou emocionais incidentes sobre um ou outro indivíduo que se apresente como ateu.

Isso porque, ao que aparenta, a discussão encontra foco na colisão de direitos fundamentais, sendo despendida o aprofundamento da extensão de possíveis danos (no caso, o *quantum debeatur* dos eventuais danos morais), notadamente à vista da natureza do pedido, que se funda meramente em condenação de obrigação de fazer.

Neste aspecto, é possível vislumbrar que a oitiva do representante da “Associação Brasileira de Ateus e Agnósticos” trará informações que certamente estarão mais ligadas ao particular subjetivismo do depoente, ainda que este esteja, no momento da audiência, na posição de preposto daquela entidade associativa, agregadora, pois, de pessoas com a mesma crença religiosa e filosófica.

A aferição do desvalor da conduta imputada à emissora Ré, acaso existente efetivamente, apta, assim, a ensejar o direito de resposta proporcional ao agravo, estará ligada muito mais a um estudo objetivo e amplo, alicerçado na ponderação dos axiomas constitucionais presentes entre os direitos fundamentais da livre manifestação de pensamento (liberdade de imprensa) e da inviolabilidade de consciência e de crença (“sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias”).

Eventual conclusão de ofensa a esses valores caracterizará, por si só, o dano moral discutido, que, como se sabe, em regra, não depende de provas.

Impende, pois, o indeferimento do pedido exposto na petição de fls. 170/170v. Sendo a matéria essencialmente de direito e estando as questões fáticas devidamente documentadas, é desnecessária a dilação probatória. A hipótese se subsume à previsão inculpada no artigo 330, I, do Código de Processo Civil.

*Passo, portanto, a proferir sentença.*

Superadas as preliminares nos termos acima expendidos, passo diretamente ao exame do *mérito*.

A questão, como dito em linhas supra, subsume-se à avaliação da conduta engendrada pelo apresentador José Luiz Datena, no programa televisivo “Brasil Urgente” promovido no canal de radiofrequência da emissora Ré “Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.”, na data de 27 de julho de 2010.

Com efeito, para a solução da lide, como bem deixou destacado o ilustre Procurador Regional dos Direitos do Cidadão, membro do Ministério Público Federal, às fls. 170, a controvérsia cinge-se na constatação da ocorrência, ou não, de violação, com base na conduta referida, ao direito fundamental de liberdade de crença e de convicção, bem como seus desdobramentos, insculpidos nos incisos VI e VIII, do art. 5º, da CF/88.

Numa primeira e crucial abordagem, impende a melhor discriminação dos pedidos formulados na presente ação civil pública. Veja-se, neste aspecto, que a petição inicial alberga, de um modo geral, para um e outro Réus, pretensões condenatórias relacionadas ao cumprimento de obrigações de fazer, mas derivadas de diferentes causas de pedir.

Adentrando-se mais especificamente no rol de pedidos deduzidos, a demanda foi ajuizada em face da Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda. e da União, postulando-se condenação:

*a) da primeira, para que (i) “exiba durante o programa Brasil Urgente um quadro com a retratação das declarações ofensivas às pessoas ateias, bem como (ii) “esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração de, no mínimo, o dobro de tempo utilizado para a exibição das informações equivocadas” no programa do dia 27.07.2010;*

*b) da segunda, para que (iii) por “meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à fiscalização adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição”.*

Considerados esses destaques, vale anotar, outrossim, que, conquanto o Autor tenha provido narrativa que descreva a lesão a direitos fundamentais, a *res in iudicium deducta* não contemplou qualquer pedido de indenização para a reparação ou compensação dos eventuais danos sofridos pelos sujeitos hipoteticamente vitimados.

Também não restou indicado no rol de pedidos qualquer pretensão em face do apresentador de televisão José Luiz Datena, embora apontado este como executor principal da conduta lesiva então descrita.

Conclui-se, em resumo, que a questão central da discussão travada entre as partes refere-se, fundamentalmente, aos delineamentos, no caso concreto, da liberdade de comunicação e sua relação no que concene ao campo da programação televisiva, considerada, de outro lado, a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença.

Imiscuindo-se nesta cena jurídica, a observação primeira que se faz é, assim, da ocorrência de relevante embate entre direitos de magnitude constitucional, esmerilhados nas normas fundamentais do art. 5º e incisos da CF/88, quais sejam: (a) *liberdade de manifestação de pensamento* (IV - é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato); (b) *direito de resposta proporcional ao agravo em caso de abuso deste direito* (V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem); (c) *inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença* (VI - é inviolável a liberdade de consciência e de crença, sendo assegurado o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias).

Como desdobramentos destas normas fundamentais, há, ademais, outros dispositivos de cunho constitucional que devem ser consideradas no deslinde da questão, referentes: (d) *à permissão constitucional de delegação, pela União, da exploração dos serviços públicos vinculados ao campo das telecomunicações mediante autorização, concessão ou permissão* (art. 21, inciso XI); (e) *liberdade da manifestação do pensamento sob o ponto de vista da comunicação social* (art. 220, caput e §§ 1º e 2º), *bem como diretrizes direcionadas para a produção e a programação das emissoras de rádio e televisão* (art. 221, caput e incisos)

#### *I - Da liberdade de manifestação do pensamento.*

Inicialmente, vale lembrar que, como antecedente lógico do tema epigrafado neste tópico, a livre manifestação e exposição do pensamento, em suas mais variadas formas, deriva da própria capacidade humana de pensar, de formular idéias e conceitos sobre o meio em que vive.

A liberdade de pensar, entretantes, só alcançou maior resguardo na positivação dos direitos humanos de primeira geração. Em virtude de sua condição basilar no âmbito potencialidades humanas, a manifestação do pensamento afirmou-se historicamente na consagração das liberdades civis e políticas do Séc. XVIII, integrado à Declaração dos Direitos Humanos, em seu art. 11, no qual se prescreveu que:

A livre manifestação do pensamento e das opiniões é um dos direitos mais preciosos do homem: todo cidadão pode, portanto falar, escrever e imprimir livremente, à exceção do abuso dessa liberdade pelo qual deverá responder nos casos determinados pela lei.

Veja-se, assim, que embora a liberdade de pensamento sempre tenha sido reconhecimento óbvio da existência do ser (“penso, logo existo”, conforme já dizia René Descartes), inerente

ao ser humano, seu livre e pleno exercício somente foi viabilizado com as lutas históricas referentes à conquista dos meios e das garantias de sua expressão.

De fato, não bastaria a liberdade de pensar e de criar, já que a eventual impossibilidade de expressar e manifestar o pensamento acabaria por tolher o cerne da sociabilidade humana que é a comunicação. Tem-se, então que, o livre gozo da liberdade de pensamento desacompanhado do exercício regular da correspondente liberdade de expressão redundaria na nulificação de qualquer vontade do indivíduo direcionada a sua comunicabilidade na sociedade.

Na Constituição Federal de 1988, prescreve o art. 5º, inciso IV, o seguinte:

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. (grifado)

Doutrinariamente, apesar de não haver uniformidade a respeito da sistematização conceitual da liberdade de manifestação do pensamento consagrada no dispositivo constitucional transcrito, pode-se dizer que sua noção essencial sintetiza a *liberdade de comunicação* numa ampla acepção. Esta, abrangendo, então - numa visão mais estrita e específica de suas repercussões normativas - a liberdade pura e simples de *manifestar pensamento*, a liberdade de *criação* e de *expressão*, a liberdade de *informar* e a *de ser informado*.

José Afonso da Silva assim define a liberdade de comunicação:<sup>1</sup>

*A liberdade de comunicação consiste em um conjunto de direitos, formas, processos e veículos que possibilitam a coordenação desembaraçada da criação, expressão e difusão do pensamento e da informação. É o que se extrai dos incisos IV, V, IX, XII e XIV do art. 5º da CF, combinados com os artigos 220 a 224. Compreende ela as formas de criação, expressão e manifestação do pensamento e de informação e a organização dos meios de comunicação – esta sujeita a regime jurídico especial, de que daremos notícia no final deste tópico. (grifado)*

Nesse passo, tem-se que as diversas formas de criação do ser humano, nas suas diversas vertentes, como artísticas, ideológicas, tecnológicas e políticas, integrariam o gênero da liberdade de comunicação.

Pragmaticamente, a comunicação pode, de um modo geral, ser entendida como um processo pelo qual *idéias e sentimentos são transmitidas de indivíduo para indivíduo, tornando possível a interação social*.

Nessa esteira, numa percepção final, é intuitivo concluir que a falta de comunicação acaba por impedir o exercício de atividade essencial da vida humana. A liberdade de comunicação, assim, evidencia-se como imprescindível para a garantia da dignidade da vida humana, motivo pelo qual é tutelada amplamente nos ordenamentos jurídicos.

*II - Das balizas constitucionais a respeito do serviço público de radiofrequência de sons e imagens e dos peculiares aspectos jurídicos da liberdade de comunicação no meio televisivo.*

1 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 823.

As diversas formas de comunicação são regidas por princípios básicos em nossa Constituição Federal da seguinte forma:<sup>2</sup>

(a) observado o disposto na Constituição, a manifestação do pensamento não sofrerá qualquer restrição, qualquer que seja o processo ou veículo por que se exprima; (b) nenhuma lei conterà dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística; (c) é vedada toda e qualquer forma de censura de natureza política, ideológica e artística; (d) a publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade; (e) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens dependem de concessão, permissão e autorização do Poder Executivo Federal, sob controle sucessivo do Congresso Nacional, a que cabe apreciar o ato, no prazo do art. 64, §§ 2º e 4º (45 dias, que não correm durante o recesso parlamentar); (f) os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio.

Merece destaque, assim, o fato de que a liberdade de comunicação, quando inserida no campo da radiodifusão de sons e imagens, submete-se à regramento jurídico peculiar.

Sobre isso, a Constituição Federal de 1988 conferiu à União a competência exclusiva para explorar o serviço público de radiodifusão de sons e imagens, podendo fazê-lo diretamente ou indiretamente, mediante autorização, concessão ou permissão (art. 21, XI). Veja-se que, não obstante o reconhecimento de que a idéia de livre manifestação do pensamento esteja perfuntada de modo indissociado ao exercício da liberdade de comunicação (*vide* art. 5º, IX e art. 220, todos da CF/88), não se poderia afastar esta particular e primordial condição no campo das telecomunicações.

De outra banda, como consectário da natureza de serviço público na exploração deste meio de comunicação, nossa Carta Magna também registra a sua inseparável ligação com o direito difuso à programação televisiva de boa qualidade (arts. 220 e 221 da CF/88).

Inegável, pois, que a liberdade de comunicação é, de certo modo, mais restrita quando se fala em radiodifusão de sons e imagens, já que, além de exigir das respectivas pessoas jurídicas exploradoras deste serviço público a obtenção de ato de concessão do Poder Público, exige-se a submissão daquelas aos demais ponderamentos mencionados.

Neste último aspecto, impende a observação de certas constatações práticas que dizem respeito mais ao aspecto vivencial da dinâmica da comunicação no meio televisivo.

A grande quantidade de meios de comunicação (rádio, televisão, livros, revistas, internet etc.), bem como o amplo leque de opções de programas e de formas de organização destes, colocam o povo, como objeto final dos meios de comunicação, numa posição diferenciada, efetivamente numa etapa contemporânea da liberdade de comunicação, visto essa sob a vertente do direito de informar e de ser informado. Induvidoso, portanto, que afora a radiodifusão de sons e imagens, há vários outros meios de comunicação disponíveis atualmente, revelando um universo extenso de possibilidades na área.

Mas há algo que deve ser imprescindivelmente ressaltado quanto à televisão – sendo tal anotação de grande valia, aliás, para a análise do caso dos autos.

É que, na definição do conteúdo da programação televisiva, em regra, *não qualquer há participação dos usuários finais, havendo ampla liberdade dos produtores na sua definição*

2 SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. 2ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2006, p. 243.

como aspecto da liberdade de comunicação. A atividade intrínseca a este direito, logo, quando considerada na via televisiva, difere quanto à forma e circunstâncias nas quais a mensagem possibilita chegar ao seu destinatário, o telespectador.

A leitura de uma revista, de um jornal ou de um livro é uma atividade que exige uma conduta consciente e proativa do interessado, ao passo que assistir a um programa de televisão é evidentemente uma atitude mais passiva. Claro que é possível a qualquer um simplesmente optar por mudar a sintonia e assistir a outro programa de rádio ou televisivo, mas essa atividade é claramente “mais passiva” porque as pessoas não precisam de nenhuma concentração específica ou busca mais aprofundada para ser destinatário da mensagem.

Com efeito, a mensagem televisiva alcança um universo muito maior de pessoas, abrangendo todas as classes sociais e todas as faixas etárias, já que, além do já acima consignado, não se exige nenhuma habilidade especial para alcançá-la como a alfabetização.

Resta evidente, pois, o incrível alcance da televisão na vida das pessoas e na propagação de idéias. Visto isto sob a ótica mesma da caminhada evolutiva da sociedade, é forçoso considerar o grande potencial movimentador de massas e de formação de opinião deste meio de comunicação.

Esta simples constatação incrementa sobremaneira a importância do tema referente aos limites que a chamada liberdade de programação possui em nosso sistema, como corolário do direito à liberdade de comunicação.

Identifica-se um regime constitucional que assegura a liberdade de programação, mas, como contrapeso necessário e razoável à manutenção da unidade da Constituição, demarcam-se também certas limitações nesta seara. Fixam-se balizas não apenas quanto ao seu conteúdo, mas, igualmente, quanto aos meios de atuação do Poder Público para a concretização daquelas limitações.<sup>3</sup>

### III - Dos limites conferidos pela CF/88 ao exercício da liberdade de programação.

Sobre isso, já restou observado em linhas supra que da liberdade de comunicação surge a chamada liberdade de programação radiotelevisiva ou simplesmente liberdade de programação, que se caracteriza como um dos meios de exercício daquele direito.

A par disso, a abordagem do presente tópico consubstancia-se na análise do conteúdo e dos limites da chamada liberdade de programação segundo a Constituição Federal de 1988.

Liberdade de programação é o exercício livre,<sup>4</sup> ou seja, com autonomia e independência, do direito de definir o conteúdo, a quantidade, a duração e o momento de exibição de anúncios e programas a serem produzidos e transmitidos pelas emissoras de rádio e televisão.

3 “Art. 220. (...)

(...)

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;

II - estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente”.

4 Como mencionado introdutoriamente, é desdobramento direto da liberdade de comunicação e da manifestação do pensamento, o que foi, em suas múltiplas formas de exercício, uma preocupação constante do constituinte originário de 1988, como forma de reação ao passado ditatorial e de censuras do nosso país.

Pelo exercício de tal liberdade, pode-se criar uma programação bastante diversificada. Como exemplos, citem-se: os jornais e programas jornalísticos, as novelas, os programas de auditório, os programas culinários, os desenhos animados, os documentários, os filmes, as transmissões de desportos, as transmissões de julgamentos do Poder Judiciário, os chamados “Reality Shows” e as propagandas publicitárias. Em suma, há uma extensa gama de programas televisivos, sobre os mais variados temas e formatos, que a criatividade humana é capaz de desenvolver para transmitir mensagens.

Tomadas tais considerações, e baseando-se sempre no axioma da livre manifestação do pensamento insculpido no inciso IV, do art. 5º, da CF/88, tem-se como inegável a regra do pleno exercício da liberdade de comunicação quando se fala na eleição da grade televisiva. A limitação do exercício deste direito fundamental ressobra unicamente como medida de exceção, algo que se dá em respeito aos demais direitos e liberdades fundamentais nos termos e parâmetros dados pela própria Constituição Federal de 1988, conforme a redação de seu art. 220, *caput*. Aquela plenitude é, então, aprioristicamente considerada apenas.

Em adendo a este balizamento normativo, a Constituição também fixou parâmetros gerais que devem ser observados quanto ao conteúdo veiculado (art. 221), bem como autorizou a prévia regulação relativa à classificação indicativa da programação (no que respeita “às faixas etárias a que não se recomendam”,<sup>5</sup> além das que se referem ao ao potencial risco à “saúde e ao meio ambiente”, conforme art. 220, § 3º, inciso II).

Especificamente quanto à fixação dos princípios gerais da programação televisiva - atinentes, lembre-se, à análise feita sempre a posteriori do conteúdo transmitido - vale a transcrição do dispositivo constitucional mencionado, *in verbis*:

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

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

II - promoção da cultura nacional e regional e estímulo à produção independente que objetive sua divulgação;

III - regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei;

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

A leitura destes princípios evidencia a existência de verdadeiras diretrizes das quais não se pode olvidar na prestação do serviço público de radiodifusão de sons e imagens. As limitações impostas pela CF/88 irradiam-se com vistas à manutenção dos valores básicos da sociedade e da proteção do Estado Democrático de Direito.

Aos que titularizam o direito à liberdade de programação, observa-se, assim, a existência de regras constitucionais que impõem obrigações de fazer (positivas, com observância vinculada e inafastável dos axiomas constitucionais) e de não fazer (negativas, calcadas no dever de abstenção sobre certo aspecto da atividade explorada).

Para uma melhor visualização deste espectro obrigacional copreendido no regime cons-

<sup>5</sup> “Art. 220. (...)”

§ 3º - Compete à lei federal:

I - regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada”.

titucional da liberdade de programação televisiva, o seguinte quadro esquemático pode ser proposto:<sup>6</sup>

*1) Limitações positivas* (entendidas estas como sendo as que impõem uma delimitação material no formulação do conteúdo dos programas):

*1.a* – os programas devem dar preferência a finalidades educativas, artísticas, culturais e informativas (art. 221, I, da CF/88);

*1.b* - os programas devem promover a cultura nacional e regional (art. 221, II, da CF/88);

*1.c* - os programas devem existir de forma a respeitar a regionalização da produção cultural, artística e jornalística, conforme percentuais estabelecidos em lei (art. 221, III, da CF/88);

*1.d* - os programas devem respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família (art. 221, IV, da CF/88);

*1.e* – deve ser assegurado o direito de resposta, inclusive por meio de sua transmissão pelo mesmo meio utilizado na ofensa (art. 5º, V, da CF/88).<sup>7</sup>

.....  
*2) Limitações negativas* (impõem abstenções aos que exercem a liberdade de programação):

*2.a* – a liberdade de programação e de comunicação televisiva, como expressões da liberdade de manifestação do pensamento, devem respeitar à vedação ao anonimato (art. 5º, IV, da CF/88);

*2.b* - não ofender a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF/88);

*2.c* - dever de observar a regulamentação das diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada (art. 220, § 3º, I, da CF/88);

*2.d* - não produzir ou veicular propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente (art. 220, § 3º, II, da CF/88);

*2.e* - obedecer às restrições legais quanto à propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias (art. 220, § 4º, da CF/88).

No que remonta à limitações positivas, é possível reuni-las nas seguintes classes obrigacionais: (i) “dever de veicular programação de qualidade” (representado nos itens “1.a” a “1.d” supra); (ii) “dever de transmissões obrigatórias” (representado nos itens “1.e” e nota de rodapé “3”) e (iii) “dever de responsabilidade” (item “1.e”, bem como com base na norma geral do art. 37, § 6º, da CF/88).

Repise-se, nesse ponto, a natureza de serviço público das telecomunicações (art. 21, XI, da Constituição Federal de 1988), sendo certo que, como tal, a radiodifusão de sons e imagens também fica sujeita aos princípios próprios daquela seara da atuação estatal. Desta feita, vale rememorar os postulados da continuidade e da qualidade do serviço prestado (art. 37, § 3º, I, da CF/88), o que é explicitado e detalhado, neste particular, pelas regras do art. 221 da CF/88.

Já naquele outro subtópico acima desenhado, relativo às limitações negativas, vê-se que a liberdade de programação esbarra em restrições previstas diretamente na Constituição, não apenas as compreendidas nos dispositivos inseridos no seu Capítulo da Comunicação Social, mas também, e sobretudo, naquelas que emergem da colisão do exercício daquele direito fundamental com outros da mesma estirpe (art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, da CF/88).

6 Note-se, a propósito, que há, ademais, limitação positiva encontrada no campo infraconstitucional, qual seja o dever de transmissão das chamadas mensagens obrigatórias nos termos da lei (v.g.: “A Voz do Brasil” - Lei nº 4.117/1962, art. 38, “e”);

7 Esta previsão também encontra guarida no art. 14, 1, do Pacto de São José da Costa Rica. Ainda no âmbito deste Tratado Internacional - do qual o Brasil é signatário e, portanto, sujeita-se as suas normas - consta determinação no sentido de que os programas devem ter sempre uma “pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial” (art. 14, 3, do Pacto de São José da Costa Rica – art. 223, § 2º, da CF/88).

*IV - Da ponderação de interesses constitucionalmente amparados: harmonização da liberdade de comunicação e de programação com os demais direitos fundamentais.*

Como visto, registrada a existência daqueles limites, é fato que qualquer outro bem jurídico albergado pela Constituição pode entrar em conflito com essa liberdade, *devendo, nesse caso, haver sopesamento dos valores envolvidos de forma a harmonizá-los, sempre.*

Com vistas a esse desiderato, a análise do eventual conflito entre os direitos deve ser feita à luz da razoabilidade, atendendo-se aos critérios informadores do princípio da proporcionalidade, ou seja, verificando-se a adequação da restrição, sua necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito.

Certamente, a liberdade de expressão deve ser interpretada de forma ampla a garantir a criação, expressão e difusão do pensamento e da informação sem interferências. No entanto, como já visto acima, não há liberdade pública absoluta, que se sobreponha às demais.

Como bem esclarecem os doutrinadores portugueses CANOTILHO e MACHADO,<sup>8</sup> “a liberdade de programação não é incompatível com o estabelecimento de algumas restrições, à semelhança do que sucede com todos os direitos, liberdades e garantias”.

Devem, portanto, ser harmonizados os direitos fundamentais envolvidos num conflito instaurado, sendo o princípio da proporcionalidade o instrumento adequado para tanto.

Nesse sentido, “mutatis mutandis”, já decidiu o C. Supremo Tribunal Federal:

*O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevivendo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional “observado o disposto nesta Constituição” (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da “plena liberdade de informação jornalística” (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação. (grifado)*  
(ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, julgamento em 30-4-09, Plenário, DJE de 6-11-09)

Outrossim, ainda que em casos distintos do ora enfrentado, o Supremo Tribunal Federal

<sup>8</sup> Canotilho, J. J. Gomes; Machado, Jónatas E. M. *Reality Shows e Liberdade de Programação*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, p. 32.

já se manifestou sobre a ponderação de interesses nos casos em que há aparente colisão entre a liberdade de manifestação de pensamento e outros direitos fundamentais, conforme os casos que podem ser citados e discriminados a seguir (os julgados referem-se a temas variados, mas possibilitam certo norte para o presente caso):

a) no exercício da *liberdade de expressão*, deve ser resguardada a liberdade de informação, resguardando-se o exercício do direito de crítica que dela emana, uma vez que seria este imanente ao *regime democrático*.

“(...) O STF tem destacado, de modo singular, em seu magistério jurisprudencial, a *necessidade de preservar-se a prática da liberdade de informação, resguardando-se, inclusive, o exercício do direito de crítica que dela emana, por tratar-se de prerrogativa essencial que se qualifica como um dos suportes axiológicos que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático*. Mostra-se incompatível com o pluralismo de ideias, que legitima a divergência de opiniões, a visão daqueles que pretendem negar, aos meios de comunicação social (e aos seus profissionais), o direito de buscar e de interpretar as informações, bem assim a prerrogativa de expender as críticas pertinentes. Arbitrária, desse modo, e inconciliável com a proteção constitucional da informação, a repressão à crítica jornalística, pois o Estado – inclusive seus Juízes e Tribunais – não dispõe de poder algum sobre a palavra, sobre as ideias e sobre as convicções manifestadas pelos profissionais da Imprensa.” (AI 705.630-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 22-3-2011, Segunda Turma, DJE de 6-4-2011.) No mesmo sentido: AI 690.841-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 21-6-2011, Segunda Turma, DJE de 5-8-2011; AI 505.595, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 11-11-2009, DJE de 23-11-2009. (grifado)

b) a *liberdade de programação* ou de imprensa deve ser exercida em conformidade com os *direitos da personalidade*, respeitando-os sob pena de caracterização de dano moral indenizável: “Dano moral: fotografia: publicação não consentida: indenização: cumulação com o dano material: possibilidade. CF, art. 5º, X. Para a reparação do dano moral não se exige a ocorrência de ofensa à reputação do indivíduo. O que acontece é que, de regra, a publicação da fotografia de alguém, com intuito comercial ou não, causa desconforto, aborrecimento ou constrangimento, não importando o tamanho desse desconforto, desse aborrecimento ou desse constrangimento. Desde que ele exista, há o dano moral, que deve ser reparado, manda a Constituição, art. 5º, X.” (RE 215.984, Rel. Min. Carlos Velloso, julgamento em 4-6-2002, Segunda Turma, DJ de 28-6-2002.)

c) a *liberdade quanto ao conteúdo de programas jornalísticos* deve ser exercida também em conformidade com outros *direitos constitucionais* estabelecidos:

“As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, *sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto. (...)*” (RE 511.961, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 17-6-2009, Plenário, DJE de 13-11-2009.)

d) a *liberdade de programação* está adstrita ao *dever de imparcialidade* quanto a candidatos em eleições, o que não veda a apresentação de opinião ou de crítica:

“O próprio texto constitucional trata de modo diferenciado a mídia escrita e a mídia sonora ou de sons e imagens. *O rádio e a televisão, por constituírem serviços públicos, dependentes de 'outorga' do Estado e prestados mediante a utilização de um bem público (espectro de radiofrequências), têm um dever que não se estende à mídia escrita: o dever da imparcialidade ou da equidistância perante os candidatos. Imparcialidade, porém, que não significa*

*ausência de opinião ou de crítica jornalística. Equidistância que apenas veda às emissoras de rádio e televisão encamparem, ou então repudiarem, essa ou aquela candidatura a cargo político-eletivo.” (ADI 4.451-REF-MC, Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 2-9-2010, Plenário, DJE de 1º-7-2011.) (grifado)*

Os casos acima enunciados servem de razoável referência para casos tais em que há colidência de interesses fundamentais, quando, então, fica justificada a restrição das liberdades de comunicação no seio da radiodifusão de sons e imagens, desde que, obviamente, atendidos os pressupostos da necessidade, razoabilidade e proporcionalidade em sentido estrito.

*V - Da ponderação de interesses no caso em concreto: análise das mensagens veiculadas no programa “Brasil Urgente” exibido em 27.07.2010.*

Na lide presente, o que se tem é o questionamento relativo ao aparente choque entre a liberdade de comunicação titularizada pela 1ª Ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., e a liberdade de crença e de filosofia de um determinável grupo de pessoas ligadas ao “ateísmo”, seja por meio de associação legalmente constituída ou não.

Para aferir a noção de responsabilidade da 1ª Ré quanto aos fatos que lhe são imputados, passo, primeiramente, a analisar a conduta do apresentador José Luiz Datena, na oportunidade da exibição do programa “Brasil Urgente” na data de 27.07.2010.

A degravação do programa citado pode ser considerada nos termos do documento juntado às fls. 58/59, que segue adiante transcrito:

*“... quem não acredita em Deus não precisa me assistir não gente, quem é ateu não precisa me assistir não. Mas, se eu fizer uma pesquisa aqui, se você acredita em Deus ou não, é capaz de aparecer gente que não acredita em Deus. Porque não é possível, cada caso que eu vejo aqui, é gente que não tem limites, é gente que já esqueceu que Deus existe, que Deus fez o mundo, é gente que acredita no inferno ...”*

*“Esse é o garoto que foi fuzilado. Então, Márcio Campos (repórter), é inadmissível, você também que é muito católico, não é possível, isso é ausência de Deus, porque nada justifica um crime como esse, não Márcio?”*

*(Márcio) “É, a ausência de Deus causa o quê Datena? O individualismo, o egoísmo, a ganância ... claro!” (Datena diz) “Tudo isso”.*

*“Só pode ser coisa de gente que não tem Deus no coração, de gente que é aliada do capeta, só pode ser”.*

*“Esses crimes só podem ter uma explicação: ausência de Deus no coração”.*

*“Eu fiz a pergunta: você acredita em Deus? E tem 325 pessoas que não acreditam. Vocês que não acreditam, se quiserem assistir outro canal, não tem problema nenhum, não faço questão nenhuma que ateu assista meu programa, nenhuma ... não precisa nem votar, de ateu não preciso no meu programa”.*

*“... porque o sujeito que é ateu, na minha modesta opinião, não tem limites, é por isso que a gente vê esses crimes aí”.*

*“Agora, vocês que estão do lado de Deus, como eu, podiam dar uma lavada nesses caras que não acreditam em Deus ... para provar que o bem ainda é maioria... porque não é possível, quem não acredita em Deus não tem limite. Ah Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias. Até tem, até tem, mas eu costume dizer que quem não acredita em Deus não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus”.*

*“... deixa direto essa pesquisa aí, que eu quero ver como as pessoas que são crentes, que são tementes a Deus, são muito maiores do que as que não temem a Deus. Mas quero mostrar*

*também que tem gente que não acredita em Deus. É por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo o mais, entendeu? São os caras do mau. Se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é ... o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não respeita limite nenhum”.*

*“Esse é um exemplo típico de que não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus”.*

*“... é provável que entre esses ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, mas é provável que tenham bandidos votando até de dentro da cadeia”.*

*“... mesmo com tanta notícia de violência, com tanta notícia ruim, o brasileiro prova de um forma definitiva, clara, que tem Deus no coração. Quem não tem, é quem comete esse tipo de crime, quem mata e enterra pessoas vivas, quem mata criancinha, quem estupra e violenta, quem bate em nossas mulheres”.*

*“... muitos bandidos devem estar votando do outro lado” (referindo-se aos votos dos ateus na pesquisa)*

*“... porque eu vejo tanta barbaridade há tempo, que eu acredito que a maior parte do produto dessa barbaridade seja realmente a ausência de Deus no coração ... mas tem gente que me ligou e disse assim: Datena, eu não acredito em Deus, nunca matei, nunca roubei, nunca fiz mal para ninguém. Tudo bem, eu até respeito essa posição, mas a maioria de quem mata, de quem estupra, de quem violenta, de quem comete crimes bárbaros, já esqueceu de Deus há muito tempo ...”*

*“... e isso que estou dizendo para o cara que não acredita em Deus que nunca matou, nunca roubou, nunca fez mal a ninguém, porque a maioria que faz isso que eu falei realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando”.*

*“... a fronteira está indo cada vez mais distante. As pessoas não respeitam mais nada, os marginais, os bandidos, aqueles que não temem a Deus, estão cada vez mais ultrapassando essas fronteiras”. (grifado)*

Vale observar que a emissora Ré em sua contestação (fls. 78/97) não impugnou especificamente o conteúdo literal desta degravação, apresentada pelo Autor em sua petição inicial, presumindo-se a veracidade do discurso acima. De todo modo, vale dizer que os dizeres transcritos no documento de fls. 58/59 estão presentes nas mídias juntadas às fls. 30 e 98, que *comprovam a conduta narrada*.

V.a) Do exercício da liberdade de comunicação em ofensa as direitos da liberdade de crença e da proteção à honra.

Com efeito, promovendo a devida avaliação dos termos, expressões e de todo o contexto extraído do discurso do apresentador Sr. José Luiz Datena, e tendo em vista a relação de preposição havida entre este e a emissora Ré, *tenho como caracterizado o excesso de conduta por parte desta no exercício de seu direito à liberdade de comunicação, em detrimento, notadamente, da liberdade de crença de seus ofendidos (cidadãos ateus) e com prejuízo sensível aos demais direitos fundamentais afetos à proteção à honra destes sujeitos*.

E sobre a amplitude deste último direito fundamental (direito à liberdade de crença) na Constituição Federal de 1988, oportuna é a lição, novamente, do Mestre José Afonso da Silva:<sup>9</sup>

9 SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 23 ed. São Paulo: Malheiros, 2004; p. 240/241.

De certo modo esta se resume à própria liberdade de pensamento em suas várias formas de expressão. Por isso é que a doutrina a chama de liberdade primária e ponto de partida das outras. Trata-se da liberdade de o indivíduo adotar a atitude intelectual de sua escolha: quer um pensamento íntimo, quer seja a tomada de posição pública, liberdade de pensar e dizer o que se crê verdadeiro. A Constituição a reconhece nessas duas dimensões. Como pensamento íntimo, prevê a liberdade de consciência e de crença, que declara inviolável (art. 5º, VI), como a crença religiosa e de convicção filosófica ou política (art. 5º, VIII). *Isso significa que todos têm o direito de aderir a qualquer crença religiosa como o de recusar qualquer delas, adotando o ateísmo, e inclusive o direito de criar a sua própria religião, bem assim o de seguir qualquer corrente filosófica, científica ou política ou de não seguir nenhuma, encampando o ceticismo.* (grifado)

Com base nestes ensinamentos, é inquestionável que a adoção do ateísmo insere-se no amplo espectro protetivo da norma constitucional derivada do art. 5º, inciso VI, da CF/88, sendo que as palavras ofensivas transmitidas em canal aberto de televisão pela 1ª Ré acabaram por criar um *discrimen* não contemplado pelo constituinte originário.

Relembre-se, neste contexto, doutrina de relevo a respeito do tema da igualdade, *in verbis*:

#### 1. O dever do tratamento igual

(...) uma diferenciação arbitrária ocorre “se não é possível encontrar um fundamento razoável, que decorra da natureza das coisas, ou uma razão objetivamente evidente para a diferenciação ou para o tratamento igual feitos pela lei”. Nesse sentido, uma diferenciação é arbitrária, e, por isso, proibida, senão for possível encontrar um fundamento qualificado para ela. A qualificação desse fundamento pode ser descrita de diversas maneiras. Na citação acima exige-se que se trate de um *fundamento razoável ou que decorra da natureza das coisas ou que seja objetivamente evidente.* (...)

O pano de fundo para essas fórmulas é constituído pela exigência de “uma perspectiva orientada pela idéia de justiça”.

De tudo isso se infere a necessidade de haver uma razão suficiente que justifique uma diferenciação, e também que a qualificação dessa razão como suficiente é um problema de valoração. Nesse ponto, interessa apenas a primeira questão. *A necessidade de se fornecer uma razão suficiente que justifique a admissibilidade de uma diferenciação significa que, se uma tal razão não existe, é obrigatório um tratamento igual. Essa idéia pode ser expressa por meio do seguinte enunciado, que é um refinamento da concepção fraca do enunciado geral de igualdade, a que aqui se deu preferência:*

*(7) Se não houver uma razão suficiente para a permissibilidade de um tratamento desigual, então, o tratamento igual é obrigatório.*

Não existe uma razão suficiente para a permissibilidade de uma diferenciação quando todas as razões que poderiam ser cogitadas são consideradas insuficientes. Nesse caso, não há como fundamentar a permissibilidade da diferenciação. Com isso, como já salientado diversas vezes, o enunciado geral de igualdade estabelece um ônus argumentativo para o tratamento desigual. (grifado)

Sob tal ordem de entendimento, vejo, então, que não há razões objetivas para se fundamentar qualquer *discrimen* razoável para os adeptos do ateísmo, proposição esta que também deve ser observada – certamente com mais vigor - na prestação do serviço público de radio-frequência de sons e imagens, nos moldes propostos pela CF/88.

Veja-se que, ao contrário desta orientação, aquela Ré agiu no trilho de uma discriminação específica e direcionada quando o apresentar José Luiz Datena afirmou expressamente que

“quem não acredita em Deus não precisa” lhe assistir. Ratificou este posicionamento socialmente excludente no momento em que disse não fazer “questão nenhuma (...) nenhuma” que “ateu” assista seu programa (“*de ateu não preciso no meu programa*”).

Construiu-se aí um *discrímen infundado* em detrimento da liberdade de crença de certos sujeitos. Desprestigiou uma minoria do acesso a um serviço de natureza pública, que deve ser prestado a todos, de modo equânime e aprioristicamente indistinto. Não que os programas televisivos não possam contar com conteúdo ideológico próprio e particular, mas sobre o exercício desta subjetividade, de outro lado, não se permite abrir qualquer via de comunicação que promova a ofensa de direitos alheios.

Não há quaisquer dados científicos ou estudos que demonstrem que os ateus estejam consideravelmente atrelados à prática de crimes e demais barbáries vistas em nossa sociedade, como a colocada como referência no programa que foi ao ar no dia 27.07.2010 (fuzilamento de criança).

Ignorando, contudo, a inexistência destes dados ou estudos, a transmissão do resultado da pesquisa engendrada pela Ré (com a pergunta aos telespectadores “Você acredita em Deus?”) visou, portanto, ultrapassar a simples enunciação de dados numéricos sobre uma ou outra resposta, ou seja, e a maioria acredita ou não em Deus. Mais do que isso, ao longo do programa, na medida em que as ligações telefônicas iam aumentando, os dados do resultado da pesquisa eram concomitantemente tomados pela perspectiva individual e puramente subjetiva do apresentador José Luiz Datena, preposto da Ré, frise-se.

Entretanto, o subjetivismo, inicialmente dado como livre, transmutou-se para um objetivismo discriminatório e desarrazoado. A crítica ou opinião, como atos corolários da liberdade de manifestação do pensamento, resvalou, no caso, para uma comunicação pública eivada de informações deturpadas, ou melhor, sem comprovação.

A extensão incauta dos pronunciamentos feitos por seu apresentador repercutiu sobremaneira na liberdade de programação televisiva da Ré, uma vez que acabou por incutir uma ilícita associação entre a prática do mal e os sujeitos que não acreditam em Deus (ateus).

Há passagens muito claras nos comentários divulgados em que se observa esta associação, tais como os seguintes trechos: a descrença em Deus gera “individualismo, o egoísmo, a ganância”; “o bem ainda é maioria ... porque não é possível, quem não acredita em Deus não tem limite”; “tem gente que não acredita em Deus. É por isso que o mundo está essa porcaria. Guerra, peste, fome e tudo o mais, entendeu? São os caras do mau”; “exemplo típico de que não acredita em Deus. Matou o menino de dois anos de idade, tentou fuzilar três ou quatro pessoas. Mas matou com a maior tranquilidade, quer dizer, não é um sujeito temente a Deus”; “muitos bandidos devem estar votando do outro lado” (referindo-se aos votos dos ateus na pesquisa); “a maioria que faz isso que eu falei realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando”.

É bem verdade que o apresentador José Luiz Datena teceu certa ressalva em algum momento de seus apontamentos negativos, como nos seguintes exemplos: “ah Datena, mas tem pessoas que não acreditam em Deus e são sérias. Até tem, até tem, mas eu costumo dizer que quem não acredita em Deus não costuma respeitar os limites, porque se acham o próprio Deus”; “se bem que tem ateu que não é do mau, mas, é ... o sujeito que não respeita os limites de Deus, é porque não sei, não respeita limite nenhum”; “é provável que entre esses ateus (referindo-se ao resultado da pesquisa) exista gente boa que não acredita em Deus, que não é capaz de matar alguém, mas é provável que tenham bandidos votando até de dentro da cadeia”; “Datena, eu não acredito em Deus, nunca matei, nunca roubei, nunca fiz mal para ninguém.

Tudo bem, eu até respeito essa posição, mas a maioria de quem mata, de quem estupra, de quem violenta, de quem comete crimes bárbaros, já esqueceu de Deus há muito tempo ...”; “.. e isso que estou dizendo para o cara que não acredita em Deus que nunca matou, nunca roubou, nunca fez mal a ninguém, porque a maioria que faz isso que eu falei realmente não acredita em Deus, tá pouco se lixando”.

Não obstante, a expressão final de suas idéias, como resultado da análise em conjunto de tudo o que foi dito, construiu a ofensa declinada na petição inicial.

Do contexto geral das mensagens transmitidas, o que restou semanticamente consolidado - mesmo levando em consideração as tímidas ressalvas acima destacadas - é a proposição de que aquele que não acredita em Deus é causador de crimes bárbaros. Infere-se do todo transmitido que os ateístas são, invariavelmente (ou, ao menos, em sua maioria), pessoas “do mal” e que “não respeitam quaisquer limites”.

Também não se nega que a expressão “não tem Deus no coração”, mencionada em algumas passagens do programa pelo apresentador, possua cunho geral, próximo, realmente, do que se conceberia como sabedoria popular. Mas, mesmo assim, a problemática do ilícito permanece com constatação do emprego daquela expressão *de modo absoluto* aos adeptos do ateísmo, vinculando-os, em ato contínuo, aos problemas do mundo. Explica-se melhor: muito embora sua estrita literalidade possa infirmar idéia semelhante, ou seja, de que apenas ateus podem ser sujeitos passivos da expressão “não contar com Deus no coração”, na verdade, é notório que esta sempre foi uma observação popular desprovida de ânimo discriminatório. Poder-se-ia, pois, dizer que certo indivíduo “não tem Deus no coração” ainda que contasse ele com a prática católica, protestante, hinduísta, etc, como religião. Seria, à primeira vista, uma afirmativa sem efeitos discriminantes.

Diferentemente, promover o emprego desta mesma expressão num contexto em que se noticiam crimes efetivamente bárbaros e, a partir disso, realizar pesquisa para saber quem acredita ou não em Deus, denota intuito discriminador. A associação negativa que se faz dentro da conjuntura dos elementos fáticos circunstanciados naquele programa é indeclinável.

*Note-se a respeito disso que, ideologicamente, afirmar que um indivíduo “não acredita em Deus” é efetivamente mais profundo e específico do que asseverar genericamente que ele “não tem Deus no coração”.*

A indissociação destes aspectos é que deu, por fim, a teleologia discriminatória da mensagem, fazendo-a incidir com veemente violação da liberdade de crença de um grupo de pessoas.

Tanto é assim que é possível perceber que, durante a pesquisa telefônica realizada, em nenhum momento o apresentador do programa disse que no lado do “sim” (ou seja, entre a parcela daqueles que ligaram dizendo que acreditavam em Deus) poderiam existir, da mesma forma, pessoas votando “de dentro de presídios” ou que eram, igualmente, os “causadores dos problemas do mundo”.

O direito à liberdade de programação televisiva da Ré também merece sua proteção, mas, de outro lado, não pode se esquivar da obrigação paralela de conviver harmoniosamente com o de direito de igual estatura. A gênese de seu direito de comunicação, não há dúvidas, nasce sob uma concepção de seu pleno exercício e livre de amarras e censuras. Entretanto, não se trata de exercício de qualquer espécie de censura, mas, sim, de mera ponderação do exercício de determinados direitos fundamentais consagrados na CF/88. Busca-se, no caso, meramente, a aplicação das limitações previstas na própria Constituição Federal (art. 220), como acima

explicitado, já que não há liberdade pública absoluta, que se sobreponha às demais.

A par destas premissas e dos fatos já observados acima, a narrativa dos fatos evidencia efetivamente excesso, ou abuso do direito de comunicação por parte da Ré, representado pela deturpada concepção acerca de uma particular classe de pessoas ligadas entre si por uma crença comum, promovendo interferência anômala quanto à livre escolha de cada um destes em adotar certa corrente filosófica ou religiosa.

Além disso, se numa ponta encontra-se a proteção daquela basilar condição da liberdade de comunicação, de outra consta, de modo não menos primordial para o desenvolvimento de uma sociedade justa, livre e solidária, a necessidade de resguardo de direito de igual envergadura, tais como: direito à imagem, à honra, consectários, do princípio matriz da dignidade da pessoa humana.

Há outros elementos – indicados nos subtópicos a seguir – que compõem o ilícito perpetrado pela 1ª Ré, corroborando, assim, a ponderação de interesses nos termos acima expendidos.

*V.b) Do desatendimento do dever de informar com base na verdade e de veicular programação televisiva de qualidade, com cunho educativo: dano difuso à sociedade em geral que amplifica a restrição aos direitos ofendidos.*

É de crucial importância que se demarque o seguinte para que se perceba a extensão da conduta ilícita: a manifestação de pensamento do apresentador Sr. José Luiz Datena acabou foi amplificada, potencializada, na medida em que propagada por meio da 1ª Ré, em rede nacional.

Talvez, se as declarações tivessem sido realizadas num ambiente particular, não teriam gerado os danos que aqui se analisam. Mas, em virtude da propagação daquelas idéias a respeito dos sujeitos ateus – com disponibilização instantânea para a massa - criou-se uma espécie de pressão, de força compressor, incidente no exercício da liberdade de crença daqueles sujeitos. De modo concomitante, considerada a maximização destes efeitos, a imagem e a honra destas pessoas também sofreu impacto elevado com a difusão das mensagens em meio televisivo, observada a negativa associação a que foram submetidos, conforme explicado no subtópico anterior.

De outra banda, a irradiação do abuso cometido, de modo a demonstrar a amplitude da lesão produzida, não se esvaiu apenas com estas características.

Isso porque, numa análise mais apurada acerca da extensão dos danos produzidos, percebo que a esfera de lesados não se encerra com aqueles cidadãos que se dizem adeptos do ateísmo. Na verdade, a mensuração dos atingidos vai além de um grupo determinado ou determinável. Os efeitos lesivos da conduta alcançaram de modo indistinto todos aqueles telespectadores conectados na radiofrequência da Ré no momento da exibição de seu programa televisivo “Brasil Urgente”.

Com essa postura, a Ré *descumpriu o dever de informar de modo alinhado à verdade*, ferindo, conseqüentemente, a liberdade de crença dos sujeitos ateus pela ausência de plausibilidade na mensagem transmitida.

A propósito da temática da exposição da verdade nos meios de comunicação e da qualidade na prestação do serviço público aqui tratado, vale o destaque da seguinte lição,<sup>10</sup> *in verbis*:

<sup>10</sup> Kosmalski, Daisy de Mello Lopes. *Direitos Fundamentais: Liberdade de Expressão e Comunicação e Privacidade*. São Paulo, 2006. Dissertação – UNIFIEO - Centro Universitário FIEO. Mestrado em Direito.

Quanto à *verdade, como limite da liberdade de comunicação*, espera-se que o comunicador, ao divulgar uma notícia, tenha tomado todas as cautelas necessárias e tenha utilizado todos os meios disponíveis para divulgá-la. (...)

*Já foi citado que o órgão da imprensa tem a faculdade de valorar, de decidir o que vai publicar. Mas, uma vez publicada a notícia, surge ao leitor o direito à informação verdadeira. Não cabe aqui avançar em altas indagações filosóficas do que pode ser considerado “verdade”, ou em qual dimensão ela está focada: como verdade formal, verdade material, verdade histórica, verdade processual, verdade real etc. Ou, quais valores estão contemplados ou inseridos nela, tampouco, se “verdadeiro” é a expressão axiológica da verdade, ou seja, a verdade em sua dimensão espiritual. Para o presente estudo, a verdade será tratada como aquilo que estiver em conformidade com a realidade, no sentido do que é autêntico, não inventado e imparcial. Pois a liberdade de expressão, atingido o patamar de direito constitucional de livre imprensa, deve ser autêntica, completa e verdadeira. (...)*

Às vezes a imprensa não tem como comprovar a veracidade do fato. Nesse caso, seria ela responsabilizada? Quando causar algum tipo de dano, deverá o problema ser resolvido com base na doutrina da responsabilidade civil. *A imprensa tem o dever de conferir a veracidade da notícia. Já dizia Rui Barbosa que a imprensa tem o dever para com a verdade, por ser a imprensa a vista da nação; um desliz para com a verdade afeta a democracia. Os cidadãos estão sendo informados, se a notícia estiver deturpada? Quando uma pessoa se sentir ofendida, é cabível o direito de resposta, ação penal e civil para reparação de dano patrimonial ou moral. O objetivo da ordem constitucional, tal como está positivada hoje, é conciliar a liberdade com responsabilidade dos produtores da comunicação; o exercício irresponsável da liberdade de informar torna-se um problema para as pessoas, bem como para a sociedade.* (grifado)

O impacto da informação equivocada sobre o entendimento de seus telespectadores quanto ao devido respeito à diversidade de crença é relevante nas circunstâncias verificadas nos autos, tendo em vista a notória grande audiência do programa em questão, mormente quando se registra que sua transmissão é realizada “ao vivo” e em rede nacional.

Há que se considerar, ademais, a condição de verdadeiras celebridades a que são alçados os apresentadores de televisão, sendo, por isso, de grande peso suas declarações sobre boa parte da sociedade.

É presumível que as mensagens equivocadas a respeito daqueles que adotam o ateísmo como crença filosófica/religiosa alcançaram pessoas de diversas condições sociais, econômicas e etárias, que podem, induzidas então, recebê-las como corretas, *como expressão da verdade, quando, ao contrário, carecem de demonstração fática neste sentido.*

É evidente que a adequada prestação do serviço público não foi executada pela Ré nas circunstâncias noticiadas. Ao contrário, houve verdadeiro *desserviço* à população em geral. A Ré desinformou ao invés de informar. Indubitavelmente não deu preferência a finalidades educativas e informativas, como prescreve a Carta Constitucional em seu art. 221.

É evidente que, ao possibilitar aquela ilícita associação de idéias, a Ré, assim, ignorou a *função social do serviço público de telecomunicações*, que implicitamente contempla o seu *dever de informar corretamente*, atenta aos fatos e não ao subjetivismo de seus prepostos.

Nesse sentido prevê expressamente a Lei nº 9.472/97,<sup>11</sup> que dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações no Brasil:

11 Dispõe sobre a organização dos serviços de telecomunicações, a criação e funcionamento de um órgão regulador e outros aspectos institucionais, nos termos da Emenda Constitucional nº 8, de 1995.

Art. 127. A disciplina da exploração dos serviços no regime privado terá por objetivo viabilizar o cumprimento das leis, em especial das relativas às telecomunicações, à ordem econômica e aos direitos dos consumidores, destinando-se a garantir:

[...]

III – o respeito aos direitos dos usuários;

[...]

VIII – o cumprimento da função social do serviço de interesse coletivo, bem como dos encargos dela decorrentes;

As informações sintetizadas em prejuízo dos ateus no citado programa “Brasil Urgente”, em carecendo de comprovação da verdade, tornaram-se imprestáveis à consecução daquele direito à informação correta e de qualidade por parte de seus destinatários, então telespectadores. Direito esse titularizado de modo difuso por toda a população brasileira.

*V.c) Do desrespeito à laicidade do Estado Brasileiro (laicidade que compreende a liberdade de não possuir qualquer crença, concepção esta ignorada pela Ré).*

Numa outra vertente, paralelamente à violação das diretrizes constitucionais já mencionadas (arts. 220 e 221 da CF/88), a conduta da Ré também foi de encontro à laicidade do Estado Brasileiro, representada no art. 19, incisos I e III, da CF/88.

Vale frisar, inclusive, que a anotação da falha praticada pela emissora Ré resvala, neste ponto, na constatação da omissão da União em proceder à adequada fiscalização da questão.

Sobre a laicidade do Estado e suas reflexões conceituais, vale a transcrição de documento oficial do Governo Federal,<sup>12</sup> editado no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República,<sup>13</sup> *in verbis*:

#### 6. Em que consiste a Laicidade do Estado?

A perspectiva da laicidade do Estado implica em compreender que o espaço público abrange o espaço de fronteiras sociais entre diferentes grupos religiosos, cujo papel do Estado laico é agir como mediador de conflitos, de modo a não inferir as estruturas singulares do sagrado religioso, bem como, as religiosidades não confessionais. *O papel mediador do Estado Laico não pode conferir apoio às confessionalidades religiosas em suas particularidades, mas apoio para sua existência, de modo a garantir a liberdade de culto no espaço público. A laicidade do Estado não se contrapõe à religião, mas este tem o dever de assegurar a pluralidade religiosa. O Estado não tem sentimento religioso e, sendo laico, não deve estabelecer preferências ou se manifestar por meio de seus órgãos. Isso significa que o Estado não deve estabelecer preferências ou privilégios a alguma religião, mas garantir que todas as religiões possam conviver em igualdade, que as escolhas individuais sejam respeitadas, que ninguém seja perseguido ou discriminado por sua crença e que o espaço público seja assegurado como*

12 Cartilha de “perguntas e respostas” acerca da liberdade religiosa no Brasil, extraído do site <http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/acessoainformacao/faq/Perguntas%20e%20respostas%20-%20Diversidade%20Religiosa.pdf> view?searchterm=perguntas%20e%20respostas em 14.01.2013.

13 “O Decreto nº 2.193, de 7 de abril de 1997, criou a Secretaria Nacional dos Direitos Humanos - SNDH, na estrutura do Ministério da Justiça, em substituição à Secretaria dos Direitos da Cidadania – SDC. Em 1º de janeiro de 1999, a SNDH foi transformada em Secretaria de Estado dos Direitos Humanos - SEDH, com assento nas reuniões ministeriais. A Secretaria Especial dos Direitos Humanos, criada pela Lei nº 10.683, de 28 de maio de 2003, é o órgão da Presidência da República que trata da articulação e implementação de políticas públicas voltadas para a promoção e proteção dos direitos humanos. Medida provisória assinada pelo presidente da República no dia 25 de março de 2010 transforma a secretaria em órgão essencial da Presidência, e ela passa a ser denominada Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República”. (informações extraídas do site <http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/sobre> em 14.01.2013)

*espaço de todos e todas. Estado laico não significa Estado ateu ou intolerante à liberdade religiosa, mas a laicidade do Estado permite que cada pessoa decida se quer ou não seguir alguma crença religiosa.* O que caracteriza o Estado laico é sua imparcialidade em relação às religiões. A laicidade é a garantia de um espaço democrático onde se articulam as diferentes filosofias particulares em todos os âmbitos da esfera pública e a garantia da liberdade de consciência, de crença e de culto. (grifado)

No campo da religiosidade e do exercício dos mais variados dogmas da fé, a laicidade do Estado, como visto, impõe uma neutralidade ideológica na atuação de todos os entes políticos da Federação. Impõe, assim, abstenção de conduta pública contrária a esta imparcialidade, “ressalvada, na forma da lei, a colaboração de interesse público”.<sup>14</sup> Comando constitucional esse que deve ser atendido pela União, Estados, DF e Municípios, direta ou indiretamente, por meio de seus órgãos, autarquias, fundações, concessionárias de serviço público e demais entidades de caráter público criadas na forma da lei (art. 41, inciso V, do Código Civil).

Não escaparia, pois, deste mesmo comando a emissora Ré. Todavia, esta, em desprestigiar a figura do ateísmo, ou de um modo geral daqueles que não são “tementes a Deus”, rompeu a barreira da laicidade Estatal, o que não se pode permitir à vista de sua condição de concessionária de serviço público da União.

*V.d) Do inconvergência com o interesse público (prestação de serviço de natureza pública que desatendeu o escopo programático da União quanto à efetivação de direitos humanos/contrariedade às finalidades públicas estatuídas pelo Poder Concedente da radiofrequência de sons e imagens).*

Ainda no tema do desprestígio ao interesse público, a inconveniência da atuação da Ré – bem como a mora da União quanto ao combate desta prática – também restaram caracterizadas ante a inobservância das ações programáticas previstas no “Programa Nacional de Direitos Humanos – 3”,<sup>15</sup> assim delineados:

Ações programáticas:

a) Instituir mecanismos que assegurem o livre exercício das diversas práticas religiosas, assegurando a proteção do seu espaço físico e coibindo manifestações de intolerância religiosa. Responsáveis: Ministério da Justiça; Ministério da Cultura; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Parceiro: Fundação Cultural Palmares (FCP)

Recomendação: Recomenda-se aos estados e ao Distrito Federal a criação de Conselhos para a diversidade religiosa e espaços de debate e convivência ecumênica para fomentar o diálogo entre estudiosos e praticantes de diferentes religiões.

b) Promover campanhas de divulgação sobre a diversidade religiosa para disseminar cultura da paz e de respeito às diferentes crenças.

Responsáveis: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República; Ministério da Cultura; Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República

14 Conforme os termos da segunda parte do inciso I, do art. 19, da CF/88.

15 O PNDH-3 foi realizado no âmbito da Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. O Programa tem “como alicerce de sua construção, as resoluções das Conferências Nacionais temáticas, os Planos e Programas do governo federal, os Tratados internacionais ratificados pelo Estado brasileiro e as Recomendações dos Comitês de Monitoramento de Tratados da ONU e dos Relatores especiais”. Conforme informações obtidas no site [http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/pndh/pndh-3/pndh\\_principal?searchterm=pndh](http://www.sedh.gov.br/clientes/sedh/sedh/pndh/pndh-3/pndh_principal?searchterm=pndh), acessado em 14.01.2013.

Parceiro: Fundação Cultural Palmares (FCP)

c) Desenvolver mecanismos para impedir a ostentação de símbolos religiosos em estabelecimentos públicos da União.

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Recomendação: *Recomenda-se o respeito à laicidade pelos Poderes Judiciário e Legislativo, e Ministério Público, bem como dos órgãos estatais, estaduais, municipais e distritais.*

d) Estabelecer o ensino da diversidade e história das religiões, inclusive as derivadas de matriz africana, na rede pública de ensino, com ênfase no reconhecimento das diferenças culturais, promoção da tolerância e na afirmação da laicidade do Estado.

Responsáveis: Ministério da Educação; Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República

Parceiros: Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República; Ministério da Cultura; Fundação Cultural Palmares (FCP)

e) *Realizar relatório sobre pesquisas populacionais relativas a práticas religiosas, que contenha, entre outras, informações sobre número de religiões praticadas, proporção de pessoas distribuídas entre as religiões, proporção de pessoas que já trocaram de religião, número de pessoas religiosas não praticantes e número de pessoas sem religião.*

Responsável: Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República  
Parceiros: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE); Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). (grifado)

A consecução do serviço público de qualidade, indubitavelmente, no caso em apreço, acabou por colocar a efetivação destas programações à margem de sua programação, na ocasião da transmissão do programa combatido nos autos.

Veja-se que no âmbito de verificação da liberdade de programação televisiva não se deve descurar do indeclinável interesse público na prestação do serviço público. Embora se discuta na presente ação, em última análise, a qualidade de um serviço prestado por uma entidade de direito privado (Tv Bandeirantes), deve-se ter em mente que se trata de prestação derivada de um ato de concessão pública, no qual se delega o uso de um bem público (radiofrequência de sons e imagens).

Natural, portanto, que deva haver a consequente fiscalização e controle *a posteriori* do conteúdo veiculado na radiofrequência de sons e imagens concedida, com a observância acerca do cumprimento ou não dos ditames constitucionais a respeito da matéria, o que incluiu a máxima concretização dos direitos fundamentais por meio daquelas ações programáticas.

São essas as razões que permitem, na ponderação de interesses constitucionais aqui colocados em xeque, solucionar o conflito de interesses de modo à preservar proporcionalmente a inviolabilidade de crença e de religião daqueles sujeitos ateus, bem como a preservação de seu direito à honra. Por outro lado, reverbera-se este posicionamento com base na constatação das demais violações enunciadas.

#### *VI - Do nexo de causalidade existente entre os danos e a conduta da Ré.*

Relembro o fato de que o reconhecimento do mencionado excesso, conquanto tenha se fundado precipuamente em manifestação verbal própria do apresentador televisivo indicado, dirige-se nesta lide – como já abordado em linhas iniciais desta sentença – à concessionária do serviço público de radiodifusão de sons e imagens, ora Ré.

De todo modo, entendo que há total nexo de causalidade entre os danos acima noticiados

e a conduta da Ré, apto, assim, a ensejar o dever de promover à pronta reparação dos efeitos lesivos advindos com os excessos narrados.

Num primeira linha de observação dos fatos, a esperada qualidade da programação televisiva restou inegavelmente comprometida em face da conduta do apresentador Sr. José Luiz Datena, na oportunidade daquela exibição (programa de 27.07.2010). Disso, obviamente, também se poderia cogitar postulação objetivando a indenização pecuniária para compensar os danos morais dos correspondentes atingidos, com base, em tese, no mesmo excesso constatado. Isso, todavia, não é a questão central do presente processo, até mesmo porque o mencionado preposto da Ré não se encontra inserido no pólo passivo da lide.

Com efeito, nesta lide – e isto já restou delimitado, mas vale o reforço - a conclusão pela perpetração do abuso volta-se aos ilícitos praticados no exercício da liberdade de comunicação sob o ponto de vista unicamente da pessoa jurídica exploradora do serviço de telecomunicações (Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda.). Pois bem. Esta, inequivocamente, *encampou o abuso perpetrado*.

Forneceu, assim, todos os meios e recursos disponíveis para a transmissão das mensagens veiculadas por seu apresentador em âmbito nacional.

Nem se diga que a exibição “ao vivo” do programa afastaria qualquer regra de responsabilidade incidente sobre sua posição jurídica de responsável nos fatos observados. Isso porque é evidente a relação de preposição havida entre a sua figura jurídica e o sujeito ativo das declarações.

Neste tocante, é certo que a CF/88 assevera de modo claro em seu art. 37, § 6º, que “as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros”. Ratifica-se, ademais, esta sujeição jurídica na leitura infraconstitucional de nosso ordenamento jurídico, mais especificamente no inciso III, do art. 932, do Código Civil, cuja responsabilidade civil resplandece objetivada nos moldes do art. 933, do mesmo *Codex*.<sup>16</sup>

Com efeito, embora não se tenha como objeto da lide qualquer pedido indenizatório, o campo da responsabilidade civil do Estado também serve para se concluir pela procedência do direito de resposta (*lato sensu*), proporcional ao agravo sofrido.

O nexa causal entre a ofensa aos direitos fundamentais reclamados e a conduta da emissora Ré demonstra-se às claras na narrativa dos autos e, com base em sua responsabilização objetiva explanada naquele dispositivo constitucional, devem-se promover os necessários atos de reparação.

Ainda que assim não fosse, acaso se levantasse a alegação de uma responsabilização de índole subjetiva, a inimputabilidade daquela rede de televisão igualmente não vingaria. Em relação a isso, vale lembrar que a emissora Ré propiciou ao seu apresentador a realização de pesquisa por via telefônica no sentido de se apurar, junto aos seus telespectadores, a crença ou não em Deus, com a seguinte pergunta: “Você acredita em Deus?:”. A pesquisa perdurou durante

16 “Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

(...)

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

(...)

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos”.

grande parte do programa e permitiu o aperfeiçoamento da violação aos direitos indicados na petição inicial, sendo que a ocorrência destes atos já desenhariam satisfatoriamente a noção de culpa da Ré, embasada em comportamento imprudente e negligente com a dimensão das palavras que eram ditas no programa exibido.

A Ré, portanto, por meio de seu preposto – e também por propiciar diretamente a veiculação dos dados da pesquisa telefônica realizada, referendada pelas inflamadas manifestações daquele apresentador – permitiu que se criasse as inverídicas associações (ao menos sob o ponto de vista da estatística), bem como todos os danos daí decorrentes.

Considerado isso, as ofensivas mensagens transmitidas devem ser consideradas para se permitir a entrega de prestação jurisdicional, a fim de que seja assegurada a correta veiculação das informações veiculadas. Visa-se, com isso, possibilitar, numa ampla acepção do conceito, o exercício do direito de resposta proporcional ao agravo, tudo por meio do mesmo veículo e modo de comunicação empregados na prática da conduta ilícita.

Cabe destacar que a conduta do apresentador não se restringiu à mera crítica ou manifestação de opinião sobre determinado tema. Ocorre que a forma com que foram veiculadas as ofensas deram a elas uma conotação de verdadeira informação, de verdadeira constatação, e isso ofende os valores já acima descritos.

De outra parte, a ofensa a direito fundamental ora reconhecida e a inexistência de conduta da corré União a respeito demonstram a falha no serviço de fiscalização, o que indica a procedência também deste pedido.

#### *VII - Do direito de resposta proporcional ao agravo.*

Num outro aspecto da específica violação de direitos aqui retratada, também fazem-se necessários alguns breves apontamentos.

Refiro-me ao pedido formulado pelo Autor. Espera, este, que lhe seja concedida tutela jurídica definitiva que abarque a resposta proporcional ao agravo praticado pelo excesso de conduta da Ré.

Avançando na extensão deste pedido, vejo que há traço peculiar acerca da forma em que se pretende o recebimento daquele bem jurídico. É que embora seja possível concluir que, em verdade, almeja-se na petição inicial um amplo resguardo do direito de resposta, como dito em linhas retro, o que de modo mais preciso se espera no petitório de fls. 10/11 é a retratação das ofensas (pedido constante na alínea “a”, às fls. 10/11).

Todavia, analisando a possibilidade do cumprimento deste específico modo de reparar os danos causados pela “desinformação” transmitida, observo que o ato de se retratar propriamente dito não encontraria espaço jurídico na situação questionada.

Na essência, as razões são ontológicas, mais do que estritamente jurídicas. Um ato de retratação só se perfaz válido e eficaz se, e somente se, decorre de pura e livre espontânea vontade do suposto ofensor. Isso porque o que se concebe como sendo a retratação de uma ofensa possui indissociável conexão semântica com a noção prática do ato de “retirar” aquilo que foi dito, ou “voltar atrás” numa dada crítica ou opinião. Seria o “desdizer” aquilo que já se verbalizou. Nessa medida, em matéria de ofensas, ou críticas desmedidas, que, assim, gerem danos a outra pessoa, é fora de dúvida que a retratação idealizada pelos atingidos só poderia ocorrer *sponte propria*, sendo, pois, condição sem a qual não se retomaria de modo legítimo o *status quo ante*.

Tomando válido empréstimo de lições doutrinárias do Direito Penal, relacionadas ao tema dos crimes contra a honra, Luiz Régis Prado afirma com acerto que para a caracterização da retratação “é irrelevante a espontaneidade da declaração, bem como os motivos que a fundaram, mas é imprescindível sua voluntariedade”.<sup>17</sup>

O paralelismo existente entre esta percepção e a situação propiciada na ocorrência de lesão meramente civil é inegável. Veja-se que, na origem, doutrinariamente não há distinção entre ilícito penal e civil, de modo que em matéria de danos à honra, há uma total congruência de idéias na causa que exprime o uso do instituto aludido. Com efeito, demanda-se a voluntariedade numa ou noutra espécie e não se poderia cogitar de qualquer imposição emanda do Poder Judiciário neste sentido. A artificialidade no cumprimento do comando judicial certamente prejudicaria a adequada entrega da tutela jurisdicional do direito de resposta pretendido.

Note-se que tal conclusão vale tanto para o indivíduo, pessoa física, titular da liberdade de manifestação de pensamento, como também para a pessoa jurídica que, guardadas as devidas circunstâncias, titulariza igualmente o direito à livre comunicação.

Sem contrariar esta ordem de idéias, registre-se apenas que a conduta ofensiva, acaso estivesse sendo praticada de modo continuado, não estaria a salvo de sofrer um correspondente comando judicial inibitório, algo que se permitiria ainda que levada em conta a plena liberdade de manifestação do pensamento consagrada constitucionalmente. O Código Civil, inclusive, contém previsão esclarecedora neste sentido, conforme o disposto em seu art. 12, *caput*, pelo qual se reafirma a possibilidade de se “exigir que cesse a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade”. Não obstante, ao que parece, não há notícia de que a Ré vem perpetrando a malfadada conduta abusiva de modo reiterado, sendo que não consta, outrossim, do pedido pretensão inibitória.

A controvérsia resume-se, pois, à especificação e à extensão do direito, conferido às vítimas do abuso explanado pela Ré, de obterem uma justa oportunidade de resposta, proporcional ao agravo sofrido nos exatos termos conferidos pelo art. 5º, inciso V, da CF/88.

*Como assegurar, então, o manejo razoável deste direito?*

No que toca a este questionamento, deve ser lembrado que o conclamado “direito de resposta” atualmente é objeto de direito sem regulamentação infraconstitucional. A origem deste vácuo legislativo<sup>18</sup> deu-se em 2009, quando o C. Supremo Tribunal Federal, no julgamento da ADPF 130, julgou a Lei de Imprensa (Lei nº 5.250/67) incompatível com os preceitos dados pelos Constituinte Originário de 1988.<sup>19</sup>

É evidente, entretanto, que a inexistência de regulamentação legal não poderia criar qualquer óbice ao exercício da garantia fundamental ao direito de resposta, o que se permite dizer pela aplicabilidade direta e imediata das normas deste quilate constitucional (*vide* § 1º do art. 5º, da CF/88).

Assim, haja vista o lapso atual quanto à existência de um regramento mais detalhado sobre a matéria, a hermenêutica constitucional fica a cargo da doutrina e jurisprudência. A

17 PRADO, Luiz Régis. *Curso de direito penal brasileiro* - parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004. V. 1. p. 726.

18 Está em trâmite no Senado o PLS - Projeto de Lei do Senado, nº 141 de 2011, que “Dispõe sobre o direito de resposta ou retificação do ofendido por matéria divulgada, publicada ou transmitida por veículo de comunicação social”. Na data de 12.12.2012 o projeto ainda carecia de votação em Plenário daquela casa legislativa, permanecendo na respectiva CCJ (conforme extraído em 11.01.2013 de: [http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p\\_cod\\_mate=99754](http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=99754))

19 (ADPF 130, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Tribunal Pleno, julgado em 30/04/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-01 PP-00001 RTJ VOL-00213- PP-00020)

propósito, cite-se valiosa lição acerca das variantes consideradas para o direito de resposta no combate ao desmedido uso da livre manifestação do pensamento, *in verbis*:<sup>20</sup>

*O uso abusivo da liberdade de expressão e de informação pode ser reparado por mecanismos diversos, que incluem a retificação, a retratação, o direito de resposta e a responsabilização, civil ou penal e a interdição da divulgação. Somente em hipóteses extremas se deverá utilizar a última possibilidade. Nas questões envolvendo honra e imagem, por exemplo, como regra geral será possível obter reparação satisfatória após a divulgação, pelo desmentido – por retificação, retratação ou direito de resposta – e por eventual reparação do dano, quando seja o caso. Já nos casos de violação da privacidade (intimidade ou vida privada), a simples divulgação poderá causar o mal de um modo irreparável. Veja-se a diferença. No caso de violação à honra: se a imputação de um crime a uma pessoa se revelar falsa, o desmentido cabal minimizará a sua conseqüência. Mas no caso da intimidade, se se divulgar que o casal se separou por disfunção sexual de um dos cônjuges – hipótese que em princípio envolve fato que não poderia ser tornado público – não há reparação capaz de desfazer efetivamente o mal causado. (grifado)*

Com base nisso, torna-se possível afirmar que a consagração prática do direito de resposta garantido no inciso V, do art. 5º, da CF/88 admite o uso, inclusive de modo de concomitante, de mecanismos diversos de reparação e/ou compensação dos danos causados pela ofensa, no caso presente pelo abuso da liberdade de comunicação.

O direito de resposta visto sob tal diapasão encontra, pois, ampla acepção. Traduz-se, de um modo geral, na concretização do axioma do *neminem laedere*, ínsito ao dever jurídico de tornar indene certo bem jurídico eventualmente violado ou lesado. Deste universo normativo, irradiam-se as variantes acima referidas, donde se permite concluir pelos seguintes mecanismos de proteção contra as abusividades abordadas na presente lide:

(i) *direito de retificação*: consubstancia-se na faculdade, conferida à vítima destinatária da ofensa, de se exigir do transmissor ofensor a correção de dados, informações, instruções ou quaisquer outros elementos estruturantes da mensagem que irregularmente implique ou possa implicar alteração da verdade dos fatos. Possui como corolários as garantias fundamentais relacionadas ao direito de acesso à informação, nos moldes destacados pelos incisos XIV e XXXIV, do art. 5º, da CF/88;

(ii) *direito de retratação*: aqui há uma inversão na polaridade da titularidade do mecanismo, na medida em que, como já explicitado anteriormente, apenas o próprio ofensor e transmissor da mensagem irregular pode promover a retratação dos termos ilícitamente empregados. Conquanto não se negue que seja um direito do lesado aproveitar o ato de retratação - já que apto, este, a exprimir, no mais das vezes, a reparação do dano, ou, ao menos diminuí-lo – a voluntariedade é requisito inafastável desta espécie. É, assim, hipótese em que há certa mitigação do direito de resposta ante a coexistência de direito de igual envergadura previsto no inciso II, do art. 5º, da CF/88 (“ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”);

(iii) *direito de resposta stricto sensu*: traduz-se na oportunidade conferida ao ofendido de reagir diretamente, pessoalmente ou por intermédio de seu representante, contra as pala-

<sup>20</sup> BARROSO, Luís Roberto. Colisão entre liberdade de expressão e direitos da personalidade. Critérios de ponderação. Interpretação constitucionalmente adequada do código civil e da lei de imprensa. *Revista Trimestral de Direito Público*. São Paulo, nº 36, 2001.

vas, idéias e conceitos irrogados em detrimento de seus direitos da personalidade. É o exato anverso da liberdade de manifestação do pensamento, baseando-se, fundamentalmente, na aplicação horizontal do postulado do devido processo legal. Constatada a violação, conferem-se os mesmos meios de veiculação de informação adotados na transmissão da mensagem abusiva pelo ofensor, às expensas deste;

(iv) *direito de interdição ou cessão*: representa a faculdade da vítima de exigir que seja imediatamente cessada a ameaça, ou a lesão, a direito da personalidade. É a tutela inibitória já abordada na presente sentença, sujeitando, pois, o ofensor ao dever de abstenção do ato lesivo, o que pode se dar, inclusive, sob o manto do disposto no art. 461, do Código de Processo Civil;

(v) *direito à indenização por perdas e danos*: é o clássico padrão de reparação ou compensação pecuniária calcado na aferição da responsabilidade civil, assegurando o status indenizatório das lesões materiais, morais e/ou à imagem. Pode ser invocado conjuntamente com os demais mecanismos ou subsidiariamente, no caso de eventual descumprimento, sem prejuízo das perdas e danos agregados com a mora. Está literalmente consagrado no próprio inciso V, do art. 5º, da CF/88.

A partir deste estudo, e fazendo um silogismo das orientações acima esposadas com os dados obtidos nos autos, entendo, assim, que os termos formulados no pedido constante às fls. 10/11 (alínea “a”) *implicam a sua procedência apenas parcial*.

Conforme visto na parte introdutória desta sentença, o petitório formulado em face da 1ª Ré, Rádio e Televisão Bandeirantes Ltda., fixou-se em núcleos sintetizados nas formas verbais “retratar-se” (1ª parte do pedido) e “esclarecer” (2ª parte do pedido).

A retratação da Ré, à vista da natureza deste instituto – conforme já exposto - não pode ser determinada, imposta judicialmente nesta sentença. Diferentemente, o esclarecimento “à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil” está consubstanciado no direito de retificação titularizado pelos atingidos, sendo medida que se impõe, mas apenas pelo mesmo tempo utilizado pela ré TV Bandeirantes na veiculação das informações ora discutidas, uma vez que suficientes para a adequada tutela do direito protegido.

Ante o exposto, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC, julgo PARCIALMENTE PROCEDENTES os pedidos e:

1) CONDENO a TV Bandeirantes à obrigação de fazer consistente na exibição, durante o programa Brasil Urgente, de quadros com conteúdo a ser fornecido *pela parte autora* veiculando esclarecimentos à população acerca da diversidade religiosa e da liberdade de consciência e de crença no Brasil, com duração idêntica ao do tempo utilizado para exibição das informações equivocadas ora reconhecidas no dia 27 de julho último, sob pena de multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais);

2) CONDENO à UNIÃO, por meio da Secretaria de Comunicação Eletrônica do Ministério das Comunicações, que proceda à fiscalização adequada do referido programa e, inclusive, da mencionada exibição.

Impõe-se o afastamento do limite territorial introduzido pela ineficaz Lei nº 9.494/97 aos efeitos da coisa julgada nesta ação civil pública, com o conseqüente deferimento do direito de resposta aqui pleiteado a ser também exibido em rede nacional, tal como já decidiu o Eg. Superior Tribunal de Justiça (REsp 1243887/PR, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, CORTE ESPECIAL, julgado em 19/10/2011, DJe 12/12/2011).

Não há o que se falar em condenação em custas e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei 7.347/85 e do art. 87, do Código de Defesa do Consumidor, aplicados por isonomia (REsp 895530/PR, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 26/08/2009, DJe 18/12/2009).

Publique-se. Intimem-se. Oficie-se.

São Paulo, 24 de janeiro de 2013.

Juiz Federal PAULO CEZAR NEVES JUNIOR

## **AÇÃO ORDINÁRIA** **0003504-42.2011.4.03.6100**

Autora: MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA  
Ré: UNIÃO FEDERAL  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA DE SÃO PAULO - SP  
Juiz Federal: JOÃO BATISTA GONÇALVES  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/02/2013

Vistos.

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por MARIA IZABEL AZEVEDO NORONHA, qualificada na inicial, contra a UNIÃO FEDERAL, visando à condenação da ré no pagamento de indenização no montante de R\$ 204.000,00 para reparação de danos morais e de R\$ 11.460,00 para ressarcimento de danos materiais.

Por indicação da Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, participou de evento na seara educacional, realizado em Bruxelas, na Bélgica, tendo embarcado em 1º de março de 2008. Informa que, ao retornar ao Brasil, foi submetida à fiscalização no setor alfandegário do Aeroporto Internacional de Guarulhos.

Alega que o agente da Receita Federal responsável pela fiscalização se dirigia a ela em voz alta, ao determinar que passasse três vezes pelo raio-X, depois pela vistoria de malas por duas vezes; que, ao indagar o motivo daquele tratamento, o agente respondeu em altos brados e na frente de todos que havia todos os indícios de ser notória contrabandista; que, ao verificar a existência das bijuterias que a autora carregava, o agente teria ironicamente questionado a origem do dinheiro para comprar aquelas “jóias”, afirmando que uma professora não teria condições de fazê-lo; que, em razão da surpresa da autora quanto às ofensas, ordenou a realização de revista íntima; que determinou nova revista de sua bolsa e, ao encontrar € 2.215,00, comentou que aquela quantia somada ao valor das “jóias” ultrapassaria o limite permitido na legislação pátria para viagens internacionais; que, não encontrando nada que corroborasse suas acusações, o agente passou à intimidação, procedendo a um interrogatório ao qual a autora recusou responder; que, após exigir seus documentos de RG e CPF jogou-os ao chão, obrigando a autora que os pegasse; que, após ordenar a entrega das pulseiras e colar que usava e diante de sua conduta impassível, determinou que a autora fosse algemada, dando-lhe voz de prisão e acertando com os demais agentes a justificativa que seria apresentada ao delegado; que foi conduzida algemada pelo saguão do Aeroporto, com três policiais segurando-a e empurrando-a; que, desesperada, a autora tentou pedir ajuda às pessoas no Aeroporto e que os policiais faziam sinal com as mãos indicando que a autora seria louca; que ficou em condições precárias numa cela da Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto; que passou sete dias presa, tendo lhe sido concedida liberdade provisória mediante pagamento de fiança; que a ação penal para apuração dos crimes de desacato e descaminho foi objeto de trancamento por ordem concedida no *Habeas Corpus* nº 2008.03.00.028117-4.

Sustenta a inicial que a conduta dos agentes da Receita Federal e da Polícia Federal se deu com abuso de poder e ilegalidade, causando-lhe danos morais pela humilhação, constrangimentos, sofrimento, privação de sua liberdade e imputação de crimes que não cometeu, bem como danos materiais decorrentes do pagamento de multa objeto do Auto de Infração nº 0817600/15072/08.

Citada (fl. 87), a ré apresentou contestação e documentos, às fls. 90/244, aduzindo, em preliminar, a inadequação da via quanto à repetição da multa administrativa recolhida e, no mérito, que a autora não declarou à autoridade aduaneira a aquisição de jóias em valor superior a US\$ 500,00, bem como que obstou o trabalho dos agentes federais, além de insultá-los. Alegou a inexistência de ato ilícito que justifique a responsabilização estatal e pugnou pela observância dos princípios da razoabilidade e da moralidade no eventual arbitramento de indenização.

A autora ofereceu réplica (fls. 249/275).

Às fls. 283 e 377, foi indeferida a requisição de informações à Alfândega em Lisboa/Portugal e de imagens do circuito interno do Aeroporto à Infraero.

Realizada audiência (fls. 323/333), foi colhido o depoimento pessoal da autora e ouvidas testemunhas arroladas por ambas as partes.

Em depoimento pessoal (fls. 331/332), a autora reiterou o afirmado na inicial e manifestou ter esclarecido às autoridades, por diversas vezes, que os objetos apreendidos eram de uso pessoal, em grande parte bijuterias, bem como que não se opôs à diligência pessoal, discordando dos excessos praticados.

Deusdete Nery de Araújo (fl. 328), testemunha listada pela autora, disse ser professora e que, no dia 14.03.2008, no Aeroporto Internacional de Guarulhos, um homem que não se identificou como policial federal lhe ordenou a apresentação de documentos e passagem aérea, ao que ela recusou; que, após a chegada de reforços, percebeu que efetivamente se tratava da Polícia Federal; que foi encaminhada à Delegacia no Aeroporto, ficando retida por cerca de oito horas sem saber o motivo; que, embora não tenha sido algemada, foi arrastada pelos policiais pelo saguão do Aeroporto e que estes faziam sinais de que ela seria louca.

Lucas Silveira Lopes (fl. 329), testemunha da autora, disse ser motorista da APEOSP - Sindicato dos Professores do Ensino Oficial do Estado de São Paulo, encarregado de receber a autora no Aeroporto na data de seu retorno de Bruxelas e que havia recebido ligação daquela informando que estava tendo problemas com a Polícia Federal, pois queriam ficar com suas coisas; que assistiu a condução da autora algemada pelo saguão do Aeroporto; que os policiais federais faziam gestos que insinuavam tratar-se de pessoa louca; que a autora gritava ser professora enquanto era conduzida.

César Rodrigues Pimentel (fl. 330), também testemunha arrolada pela autora, disse ser advogado empregado da APEOSP e que, chegando à Delegacia da Polícia Federal no Aeroporto, acompanhou o caso por cerca de quatro horas; que a autora informou estar com os pulsos machucados pelas algemas que já haviam sido retiradas e que necessitava ir ao banheiro, mas não era atendida; que conhece a autora e esta tem o hábito de usar jóias e bijuterias; que o pai da autora faleceu sem saber do desfecho do caso, com o trancamento da ação penal; que houve preocupação quanto à eventual exploração do caso no curso da candidatura da autora à Presidência da APEOSP.

Maurício Vasques de Campos Araújo (fl. 333), arrolado pela autora, informou ser advogado e que atuou durante o inquérito policial e processo penal relacionado aos fatos ocorridos; que ao chegar ao Aeroporto encontrou a autora vestindo um camisolão masculino e com o rosto marcado pelo choro, tendo ouvido seu relato sobre os constrangimentos sofridos.

André Luiz Braga da Silva (fls. 324/325), arrolado pela ré, informou ser auditor da RFB e ter cuidado do caso da autora na época, bem como que chamou atenção a denúncia recebida da Receita de Lisboa, que a autora apresentou grande resistência à ação fiscalizatória, dizendo

muitas palavras de baixo calão, e que os agentes fazendários e policiais federais mantiveram-se em postura educada e compatível com a dignidade de suas funções públicas.

Reneska Távora Costa Galeffi (fls. 326/327), arrolada pela ré, informou ser agente da Polícia Federal, tendo sido chamada para a revista pessoal da autora na Alfândega do Aeroporto; informou que a autora estava bastante nervosa, falando em voz alta; que a mesma relutou em entregar o colar que usava; que foram utilizadas algemas dada a resistência apresentada, ao se ajoelhar no chão e não firmar os pés para seguir andando até a Delegacia; que os policiais que a conduziram não fizeram sinais indicando que seria louca; que por um equívoco a mesma foi conduzida pelo saguão do Aeroporto e não por corredor interno.

Às fls. 340/367, consta carta precatória que foi expedida para a oitiva de Maria Aparecida Azevedo Noronha, testemunha listada pela requerente; informou às fls. 355/365 ser irmã da autora; que ficou sabendo de sua prisão no dia seguinte aos fatos; que na Delegacia do Aeroporto teve que ir comprar comida para a irmã, que estava com fome; que os membros da família buscaram poupar seus pais do ocorrido, em razão de serem idosos e o pai estar bastante doente; que a autora é vaidosa e costuma usar adereços.

Encerrada a instrução as partes debateram a causa por memoriais (fls. 378/401 e 402/405).

É o relatório. Decido.

Preliminarmente. No que tange ao ressarcimento de danos materiais relacionados à multa recolhida em razão do Auto de Infração nº 0817600/15072/08, a matéria é de ordem tributária, e não há nos autos elementos de convicção que autorizem nessa parte do pedido interesse processual na presente ação.

Anoto que a autora sequer apresentou cópia completa do AI (fls. 55/56), para que fosse possível identificar os fatos que levaram à sua imposição e o respectivo enquadramento legal.

A autora foi autuada em razão de dano ao erário, consistente na chegada ao país de mercadoria estrangeira com falsa declaração de conteúdo, conforme definido no artigo 105, XII, do Decreto-Lei nº 37/66 c/c artigo 23, IV, do Decreto-Lei nº 1.455/76.

Fato é que a autora adquiriu na Bélgica duas jóias no valor total de 1.834,00, superior ao limite de isenção do Imposto de Importação (US\$ 500,00) e não declarou esses bens ao reingressar ao Brasil. Logo, verifica-se a hipótese de incidência tributária e decorrentes multas, inclusive aquela prevista no artigo 57 da Lei nº 9.532/97, conforme anotado pela autoridade aduaneira às fls. 231/232.

Sem adstrição aos fundamentos do pedido, nessa parte, concluo pela carência de ação, devendo a petição inicial, em tal aspecto, ser indeferida.

No mais, estão presentes as condições da ação, sendo claro o interesse de agir que se resume na necessidade, adequação e utilidade do provimento jurisdicional invocado.

As partes são legítimas e bem representadas, estando presentes as condições da ação e os pressupostos de constituição e desenvolvimento válido e regular da relação processual. Verifico, ainda, que o feito foi processado com observância do contraditório e ampla defesa, inexistindo situação que possa ensejar prejuízos aos princípios do devido processo legal.

Passo à análise de mérito do pedido subsequente.

*Da responsabilidade extracontratual do Estado*

A Constituição Federal, no § 6º de seu artigo 37, estabelece que as pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa. Revela-se na norma constitucional distanciamento em relação à regra geral da responsabilidade civil, na medida em que exclui o elemento subjetivo da culpa e o elemento objetivo da ilicitude da conduta comissiva ou omissiva.

Maria Sylvia Zanella de Pietro assim define a responsabilidade extracontratual do Estado:

a responsabilidade extracontratual do Estado corresponde à obrigação de reparar danos causados a terceiros em decorrência de comportamentos comissivos ou omissivos, materiais ou jurídicos, lícitos ou ilícitos, imputáveis aos agentes públicos. (*Direito Administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008. p. 607)

A ilustre doutrinadora pondera que, no direito administrativo, a responsabilidade pode decorrer de atos ou comportamentos que, embora lícitos, causem à pessoa determinado ônus maior do que o imposto aos demais membros da coletividade (p. 606); para o fim da responsabilidade objetiva, o ato lícito deve ser causador de dano anormal e específico, rompendo o princípio da igualdade de todos perante os encargos sociais (p. 104).

Dessa forma, a apuração da responsabilidade extracontratual do Estado se dá com a verificação da existência de nexo de causalidade entre o dano comprovadamente sofrido e o ato lesivo praticado pelo agente de pessoa jurídica de direito público ou de direito privado prestadora de serviço público, na qualidade de agente público. Ainda, no caso de dano decorrente de ato lícito, há que se est a revelar a antijuridicidade do ato lesivo. Nesse sentido:

RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO - DANOS MORAIS - NÃO COMPROVAÇÃO - NECESSIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE NEXO DE CAUSALIDADE ENTRE O DANO E ATO DA ADMINISTRAÇÃO. 1 - Para a caracterização da referida responsabilidade há de existir nexo de causalidade entre o ato praticado e o prejuízo arcado pelo administrado e, de outra parte, para que reste evidenciada a responsabilidade estatal pelo dano, impende que o ato seja ilícito ou sendo lícito, tenha sido afrontado o preceito constitucional da igualdade. 2 - As provas trazidas pelas partes demonstram inequivocamente a conduta moderada da autoridade, e por via de consequência a completa ausência de abuso ou de infração por parte da autoridade policial. 3 - Apelação improvida. (TRF3, 3ª Turma, AC 199961030018192, relatora Desembargadora Federal Cecília Marcondes, v.u., d.j. 11.12.08)

Outrossim, pela teoria do risco administrativo, permite-se que a pessoa jurídica de direito público demonstre a culpa da vítima, a fim de excluir a sua responsabilidade ou mesmo diminuí-la. Nesse sentido, anoto os precedentes jurisprudenciais que seguem:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. CIVIL. DANO MORAL. RESPONSABILIDADE CIVIL DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO E DAS PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PRIVADO PRESTADORAS DE SERVIÇO PÚBLICO. ATO OMISSIVO DO PODER PÚBLICO: MORTE DE PRESIDIÁRIO POR OUTRO PRESIDIÁRIO: RESPONSABILIDADE SUBJETIVA: CULPA PUBLICIZADA: *FAUTE DE SERVICE*. C.F., art. 37, § 6º. I. - A responsabilidade civil das pessoas jurídicas de direito público e das pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviço público, responsabilidade objetiva, com base no risco administrativo, ocorre diante dos seguintes requisitos: a) do dano; b) da ação administrativa; c) e desde que haja nexo causal entre o dano e a ação administrativa. II. - Essa responsabilidade objetiva,

com base no risco administrativo, admite pesquisa em torno da culpa da vítima, para o fim de abrandar ou mesmo excluir a responsabilidade da pessoa jurídica de direito público ou da pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviço público. III. - Tratando-se de ato omissivo do poder público, a responsabilidade civil por tal ato é subjetiva, pelo que exige dolo ou culpa, numa de suas três vertentes, negligência, imperícia ou imprudência, não sendo, entretanto, necessário individualizá-la, dado que pode ser atribuída ao serviço público, de forma genérica, a *faute de service* dos franceses. [...] (STF, 2ª Turma, RE 179147, relator Ministro Marcos Velloso, d.j. 12.12.1997)

**RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA DO PODER PÚBLICO - ELEMENTOS ESTRUTURAIRES - PRESSUPOSTOS LEGITIMADORES DA INCIDÊNCIA DO ART. 37, § 6º, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA - TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - INFECÇÃO POR CITOMEGALOVÍRUS - FATO DANOSO PARA O OFENDIDO (MENOR IMPÚBERE) RESULTANTE DA EXPOSIÇÃO DE SUA MÃE, QUANDO GESTANTE, A AGENTES INFECCIOSOS, POR EFEITO DO DESEMPENHO, POR ELA, DE ATIVIDADES DESENVOLVIDAS EM HOSPITAL PÚBLICO, A SERVIÇO DA ADMINISTRAÇÃO ESTATAL - PRESTAÇÃO DEFICIENTE, PELO DISTRITO FEDERAL, DE ACOMPANHAMENTO PRÉ-NATAL - PARTO TARDIO - SÍNDROME DE WEST - DANOS MORAIS E MATERIAIS - RESSARCIBILIDADE - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.** - Os elementos que compõem a estrutura e delineiam o perfil da responsabilidade civil objetiva do Poder Público compreendem (a) a alteridade do dano, (b) a causalidade material entre o *eventus damni* e o comportamento positivo (ação) ou negativo (omissão) do agente público, (c) a oficialidade da atividade causal e lesiva imputável a agente do Poder Público que tenha, nessa específica condição, incidido em conduta comissiva ou omissiva, independentemente da licitude, ou não, do comportamento funcional e (d) a ausência de causa excludente da responsabilidade estatal. Precedentes. A omissão do Poder Público, quando lesiva aos direitos de qualquer pessoa, induz à responsabilidade civil objetiva do Estado, desde que presentes os pressupostos primários que lhe determinam a obrigação de indenizar os prejuízos que os seus agentes, nessa condição, hajam causado a terceiros. Doutrina. Precedentes. [...]. (STF, 2ª Turma, RE/AgR 495740, relator Ministro Celso de Mello, d.j. 15.04.2008)

Conforme consta do Inquérito Policial nº 21.0183/08, o senhor André Luiz Braga da Silva, auditor fiscal da RFB, que em 06.03.2008 atuou na qualidade de supervisor substituto na fiscalização de passageiros, foi comunicado pela Chefe do Setor de Bagagens sobre uma correspondência expedida pela Alfândega de Portugal que relatava ter a autora solicitado ressarcimento de uma grande quantia de impostos recolhidos em virtude de jóias que transportava (fls. 126/127). Ante o comunicado recebido da autoridade estrangeira, cumpria à Administração local proceder à devida fiscalização quanto ao ingresso no País de bens adquiridos no exterior e respectiva decorrência tributária.

Desse modo, cuidando-se a ação fiscalizatória de exercício regular de direito-dever do poder público, é preciso avaliar se houve abusos das autoridades no seu desempenho, bem como se o comportamento da autora diante do cumprimento da atividade administrativa se mostra como hipótese de exclusão ou abrandamento da responsabilidade objetiva por eventuais danos.

A autoridade aduaneira tinha prévia notícia de que a autora havia se ressarcido de impostos (“tax free”), em alto valor, recolhidos no exterior pela aquisição de jóias. Logo, seria razoável esperar que ela, ao reingressar ao Brasil, se apresentasse à fiscalização alfandegária com a declaração de bagagem acompanhada compatível com as jóias adquiridas na comunidade europeia. Contudo, conforme afirmado nos autos e atestado no documento de fl. 29, a autora se apresentou às autoridades alfandegárias brasileiras com declaração negativa, isto

é, de inexistência de bens adquiridos em valor superior ao limite de isenção de US\$ 500,00.

Ao ordenar à autora que se submetesse à fiscalização de bagagem e bagagem acompanhada, por meio dos aparelhos de raio-X e vistoria manual, a autoridade alfandegária apenas cumpriu dever funcional. A autora fala que a todo tempo foi tratada de maneira ríspida. Ora, isso faz-se compreensível, frente ao documento “nada a declarar” apresentado na alfândega. Tinha-se prévio conhecimento de que aquela viajante transportava jóias com valores que excediam aos limites legais; portanto, natural que um clima apreensivo ali se instalasse, ante a apresentação da declaração negativa.

Ao indagar à autoridade alfandegária sobre o motivo daquela revista, afirma a autora ter obtido resposta em voz alta, na frente dos demais passageiros, de que havia indícios estar-se na presença de notória contrabandista. Ao encontrar bijuterias (que entendeu terem aparência de jóias - fls. 126/127) e duas jóias na bagagem acompanhada da autora, o agente da RFB passou a ter conduta inadequada, ao emitir conceitos que não lhe competiam, ainda mais, em tom de voz audível pelos demais passageiros. A indagação formulada à autora quanto aos meios para aquisição de tantas “jóias” em se tratando apenas de uma professora (fls. 126/127), justificou a resposta irônica da autora. Ao responder que adquiriu tais peças por meio de pagamento parcelado, o agente da RFB determinou como resposta, a revista íntima. É de ser observado que não cabe ao agente emitir conceitos depreciativos dos passageiros, senão exercer suas funções com discrição e probidade.

A conduta do agente, com tratamento intimidador à autora, resultou no que o próprio descreveu como comportamento aparente de nervosismo e ironia da autora (fls. 126/127).

A verdade é que a autora não se comportou com educação compatível de sua formação profissional de professora e a autoridade tangenciou a sobriedade, ao determinar a revista íntima, de questionável necessidade.

O laudo de exame merceológico posteriormente realizado (fls. 199/202) corrobora o que mesmo um olhar leigo poderia verificar, pois não é necessário conhecimento técnico (fls. 126/127) para perceber que eram peças pessoais, já oxidadas, a maioria bijuterias.

As peças que realmente tinham valor eram as jóias adquiridas na Bélgica, cujos comprovantes de compra a autora acabou por apresentar, tendo recebido, em Portugal, o valor dos impostos lá recolhidos, em ressarcimento.

A autora usava e trazia em sua bagagem acompanhada: 2 pares de brincos, 3 pingentes, 3 anéis, 2 correntes, 5 colares, 6 braceletes, 1 alfinete e 4 grampos de cabelo.

Trata-se de bagagem comum em viagem de pessoas do sexo feminino. Um conjunto de peças de adorno, de jóias ou bijuterias, de uso pessoal. O fato de estar sujeita à tributação nos valores das jóias excedentes, não a faz uma delinqüente, nem deveria ter recebido das autoridades alfandegárias tratamento mal educado.

Se o agente da Receita em Portugal, ao vislumbrar o estojo de adornos da autora, resolveu alertar as autoridades nacionais sobre a possibilidade de estar em curso eventual ilícito, ao agente do Poder Público pátrio, especializado na atividade de fiscalização alfandegária, era de rigor identificar do que realmente se tratava e após da devida autuação quanto ao Imposto de Importação a recolher e demais penalidades tributárias, proceder, com educação e respeito, à imediata liberação da autora e de suas bagagens.

Ressalto que a autora ostentava em uso algumas das peças apreendidas e as demais estavam todas juntas em estojo próprio dentro de sua bagagem de mão. Não havia qualquer

sinal de ocultação de valores. Bastou ao agente abrir as malas da autora para encontrá-las facilmente, além de portar a autora o comprovante de compra das duas peças que eram efetivamente valiosas. Evidentemente que não se tratava de situação que colocava em risco a integridade do Tesouro Nacional.

Diante dos infrutíferos resultados da diligência, retomou o agente da RFB vistoria das bagagens da autora. Ali encontrou valores em espécie absolutamente compatíveis com uma viagem internacional, dentro dos limites permitidos em lei.

O desequilíbrio emocional de agentes públicos é censurável, sendo que tal ofício exige calma, tirocínio e habilidade para conviver e administrar situações adversas como a que aqui se apresentou, e que, certamente, é recorrente no dia a dia do seu trabalho.

Ao determinar à autora que se despisse de seus ornamentos e os entregasse para apreensão, esta já exaltada em seu inconformismo entendeu por bem cessar qualquer colaboração com a atividade administrativa.

Diante da imputação criminal, a autora não era mesmo obrigada a produzir provas contra sua própria pessoa.

A ação da Polícia Federal ainda padece da falta de discernimento, ao tratar como crime de descaminho o que era mera irregularidade tributária.

Tanto a agente da Polícia Federal que acompanhou a revista íntima da autora, quanto o próprio Delegado de Polícia Federal tinham elementos bastantes para perceber a descabida imputação e para cessar imediatamente os atos de privação de liberdade e de desrespeito à dignidade da pessoa humana.

Injustificável o uso de algemas para um comportamento humano que, apesar dos excessos nervosos da autora, não autorizavam a ação policial na extensão ocorrida, já que o crime de desacato (art. 331, CP), punido com mera detenção ou multa, não é passível de prisão em flagrante. E não cabia falar-se em crime de descaminho, ante o disposto na Súmula Vinculante nº 24 do E. Supremo Tribunal Federal, que exige o prévio devido processo legal tributário nos crimes contra a ordem tributária.

A remoção da autora que foi algemada, arrastada, e seguiu aos gritos pelo saguão do Aeroporto Internacional de Guarulhos, mostra um quadro de violência jurídica, desnecessário e injustificável. Para agravar a cena, anota-se a existência de corredor interno entre os pavimentos do Aeroporto, que, de forma incrivelmente desumana, deixou de ser utilizado. Ainda, o gestual durante a condução da autora por lugares públicos do Aeroporto, injuriando-a e chamando-a de louca, mostra nenhum respeito pela dignidade humana e pelos direitos de cidadania.

*A autora desnecessariamente foi levada ao cárcere, e ali permaneceu por vários dias, até que um Habeas Corpus a libertou.*

Faniquitos, chilikies e ações nervosas são comuns na alfândega quando os infratores são flagrados em ações ilegais. Bastava no caso, que a autora, uma vez autuada, recebesse tratamento compatível à sua condição de ser humano. Em um dos aeroportos mais importantes do planeta qualquer autoridade deveria saber que para ser respeitada, deve tratar com urbanidade e respeito os cidadãos, embalde tenham praticado alguma infração. O uso da força, em caso de extrema necessidade, deve ser o mínimo possível. De rigor o respeito aos direitos humanos. Ou seja, as autoridades deveriam estar desde sempre treinadas para lidar com esse quadro, que é comum nas alfândegas do mundo todo. A autora deveria responder, sim, pelos

atos de sua responsabilidade tributária e/ou criminal, porém, em exata proporcionalidade e estrita previsão legal. Daí, a ser algemada de maneira absolutamente injurídica e arrastada no aeroporto por lugares públicos intensamente povoados, num espetáculo circense, vulgar, deprimente e medieval, como aconteceu, sinceramente, não há como compreender ou justificar. Afinal, a sensibilidade nervosa de uma autoridade alfandegária ou policial precisa estar em ponto muito mais distante daquela em que se situa a de um cidadão comum.

Enfim, por mais adversas que fossem as circunstâncias criadas pela autora, às autoridades alfandegárias e policiais cabia o dever de manter a ordem, agindo com equilíbrio e sabendo impor respeito na repartição. Direitos constitucionais básicos não poderiam ter sido objeto de público e cruel extermínio. O corretivo aplicado à autora foi fruto de represália, triste e verdadeiro “justiçamento”, tão humilhante quanto desnecessário.

### *Do dano moral*

O direito à indenização por dano moral está expressamente previsto na Constituição, no inciso X de seu artigo 5º, ao estabelecer a inviolabilidade da intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas.

SAVATIER observa precisamente que “o indivíduo não é apenas titular de direito patrimonial, mas, também, e, sobretudo, de direitos de sua personalidade que não podem ser impunemente atingidos”.

Ao discorrer sobre a moral como valor ético-social da pessoa e da família, José Afonso da Silva assinala que integram a vida humana não apenas valores materiais, mas também valores imateriais, como os morais:

A moral individual sintetiza a honra da pessoa, o bom nome, a boa fama, a reputação que integram a vida humana como dimensão imaterial. Ela e seus componentes são atributos sem os quais a pessoa fica reduzida a uma condição animal de pequena significação. Daí porque o respeito à integridade moral do indivíduo assume feição de direito fundamental. (*Curso de direito constitucional positivo*. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2000. p. 204)

O dano moral é patente no caso dos autos. A autora foi submetida a injustificado tratamento hostil e vexatório, com efetiva ofensa aos seus direitos da personalidade, invasão de sua intimidade física, desqualificação pública de sua imagem e honra e, a mais atroz das mazelas, privação de sua liberdade por sete dias, agravada pela cediça condição precária do sistema carcerário nacional.

Não é demais lembrar que o artigo 11 da Convenção Americana dos Direitos Humanos (Decreto nº 678, de 6 de novembro de 1992) dita a proteção à dignidade e honra das pessoas, o que é também de obrigatória observância na ordem jurídica, *especial e essencialmente* na área internacional do principal aeroporto brasileiro.

Confira-se:

Artigo 11. Proteção da Honra e da Dignidade. *Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou ofensas.*

Embora o dano moral seja um sentimento de pesar íntimo da pessoa ofendida, para o qual não se encontra estimacão perfeitamente adequada, não é isso razão para que se lhe recuse, em absoluto, uma compensacão. Essa será estabelecida, como e quando possível, por meio de uma soma, que não importando uma exata reparacão, todavia representará a única salvacão cabível nos limites das forças humanas. O dinheiro não extinguirá de todo o dano, nem o atenuará por sua própria natureza; mas pelas vantagens que o seu valor permutativo poderá proporcionar, compensa indiretamente e parcialmente, o suplício moral que os vitimados experimentam (cf. voto do Ministro Thompson Flores, “in” RTJ 57/789).

À falta de critério legal para a fixacão do “quantum” indenizatório do dano moral, tem-se optado pelo arbitramento judicial, mediante estimativa que tenha por finalidade reparar a lesão sofrida, atendendo a vítima sem enriquecê-la, e, ao mesmo tempo, desestimular o ofensor à reiteracão de tais ofensas.

Considerando a extrema gravidade do acontecido como acima exposto e o fato de que a autora permaneceu sete dias em cárcere, arbitro a indenizacão no valor de R\$ 100.000,00.

Sobre a indenizacão incidirão juros legais de mora desde a data de cada evento danoso (Súmula STJ nº 54), qual seja 06.03.2008, bem como correçã monetária desde a data do arbitramento (Súmula STJ nº 362) segundo os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

#### DISPOSITIVO

Ante o exposto,

1. Nos termos do artigo 267, I, c/c com o artigo 295, I e parágrafo único, I e II, do Código de Processo Civil declaro extinto o processo, sem resolucão de mérito, e *indefiro a inicial* quanto ao pedido para ressarcimento de danos materiais.

2. E, nos termos do artigo 269, I, do Código de Processo Civil, *julgo procedente o pedido* relativo à reparacão de danos morais, para condenar a ré a pagar à autora indenizacão no valor de R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

Sobre a indenizacão fixada incidirão juros legais de mora à data dos eventos danosos (em 06.03.2008), e correçã monetária desde a data do arbitramento segundo os índices do Manual de Cálculos da Justiça Federal da 3ª Região.

Condeno a ré no ressarcimento à autora das custas processuais recolhidas e no pagamento de honorários advocatícios de 15% (quinze por cento) sobre o valor da condenacão, o que faço com fundamento no art. 20, § 3º, do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdicão a teor do artigo 475, I, do CPC.

P.R.I.C.

São Paulo, 16 de janeiro de 2013.

Juiz Federal JOÃO BATISTA GONÇALVES

## **AÇÃO ORDINÁRIA**

### **0003088-16.2012.4.03.6108**

Autora: LOTÉRICA JOSEENSE LTDA. ME.  
Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL - CEF  
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP  
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO  
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 07/02/2013

Extrato: lotérica em prevenção demasiada a indesejar a instalação de nova unidade de atendimento ao povo - ausentes elementos de amparo ao intento desconstitutivo - improcedência ao pedido. Sentença B, Resolução 535/06, CJF.

Vistos etc.

Trata-se de ação proposta por Lotérica Joseense LTDA. – ME., em face da Caixa Econômica Federal - CEF, por meio da qual a parte autora busca exibir a CEF estudo de viabilidade econômica/financeira referente ao item 9º, do Anexo I, do Edital de Concorrência nº 6.430/2011 e, caso não exista, seja declarada nula a outorga da permissão concedida em tal processo licitatório.

Juntou documentos às fls. 12 *usque* 91.

Contestação da ré, às fls. 97/103, juntando documentos às fls. 104/123. Alega a existência do estudo combatido, este a demonstrar o desempenho excepcional do atendimento da parte autora, ensejando assim a abertura de nova unidade para melhor atendimento ao público, sem afetar seus rendimentos.

Réplica à contestação, às fls. 127/132.

Despacho de fls. 133, determinando às partes a demonstração real da distância entre o estabelecimento da parte autora e o ponto comercial licitado, o qual foi respondido às fls. 143/144, pela parte ré, e às fls. 145/146, pela parte autora.

Traslada cópia da ação cautelar de nº 0002204-84.2012.403.6108, às fls. 136/141.

Manifestação da parte autora, às fls. 149/150, em réplica às observações juntadas pela parte ré às fls. 143/144, o que foi respondido à fl. 153.

Memoriais apresentados pela CEF, às fls. 155/157, e pela parte autora, às fls. 159/163.

É o Relatório.

*Decido.*

Nos termos da defesa ofertada, não se extrai a presença de máculas que inquinassem os procedimentos da demandada, em rumo a uma futura instalação de novas lotéricas, nem à alegada causa de concorrência predatória, pois que observado o potencial mercadológico ofertado à área, fls. 106/108, bem assim tendo-se em vista o quociente de atendimento ao público, atestado pelos documentos de fls. 109/111.

É dizer, objetivamente suficientes, aos limites da prevenção deflagrada, os elementos com destaque produzidos, por meio de fls. 109/111 e 106/108 (este último, o efetivo estudo mercadológico em tela), os quais reveladores do zelo econômico na futura outorga do exercício das atividades em prisma. A irresignação da parte autora, ao julgar insuficientes os dados ofertados em tais documentos, como se vê à fl. 160, carece de razoabilidade fática e jurídica em seu sustento, insuficiente à demonstração de ilegalidade ou inadequação no procedimento

licitatório atacado, pois existente e congruente o estudo de viabilidade requisitado à exordial.

Ademais, ainda que não mais vigente a determinação da distância mínima de 500 metros entre as agências, emprestando-se a razoabilidade de tal exigência, vê-se pelos mapas juntados pelas partes, às fls. 144 e 146, que se guarda segura distância entre ambas, à medida aproximada de 500 metros.

Diante de tal cenário, então, vê-nias todas, no qual nem predatória - muito menos concorrência - se põe a localização de nova lotérica em dada área da urbe em causa, flagra-se precoce e sem substância jurídica a intenção desconstitutiva veiculada por meio da presente demanda, logo sepultando de insucesso a seu intento a própria parte pretendente.

Ou seja, no embate abstratíssimo, em mira, naturalmente o egoístico intento em pauta a não subsistir, diante do colossal ganho que a população a experimentar com a intenção economiária por localização de novas unidades, em prol de seu atendimento.

Assim, refutados se põem os demais ditames legais invocados em pólo vencido, tais como os itens 11 e 11.1, da Circular da CEF nº 539/2011, e o item 23.13, do Edital de Licitação 6430/2011.

Ante o exposto, JULGO IMPROCEDENTE O PEDIDO, ausentes custas (integralmente recolhidas à fl. 91, certidão à fl. 93), sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de 10% sobre o valor dado à causa (R\$ 1.000,00, fl. 11), com atualização monetária desde o ajuizamento até o efetivo desembolso, artigo 20, CPC.

Após o trânsito em julgado, arquivem-se os autos.

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

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

## AÇÃO CIVIL PÚBLICA

### 0005687-25.2012.4.03.6108

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
 Ré: FUNDAÇÃO INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA - IBGE  
 Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE BAURU - SP  
 Juiz Federal: MARCELO FREIBERGER ZANDAVALI  
 Disponibilização da Sentença: 23/11/2012

Vistos, etc.

Trata-se de ação civil pública movida pelo *Ministério Público Federal* em face da *Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE*, por meio da qual requer, em síntese, seja afastado o sigilo de informações atinentes ao recenseamento de crianças e adolescentes, notadamente, para efeito de se identificar aqueles ainda não possuidores de registro civil.

Deferida liminarmente medida antecipatória às fls. 19/26.

Noticiada a interposição de recurso de agravo de instrumento (fls. 41/73).

Contestação às fls. 83/112.

*É o Relatório. Fundamento e Decido.*

Não se admite, em ação coletiva, que espraia efeitos além dos limites subjetivos da lide, possa ser reconhecida a “não recepção”, “inconstitucionalidade”, “incompatibilidade” ou “revogação” de *normas legais*<sup>1</sup>, em face da Constituição Federal de 1.988, sob pena de arvorar-se o juízo de primeira instância em Corte Constitucional, ou imiscuir-se em atividade manifestamente legislativa.

Frise-se que, como breve passar d'olhos permite verificar (fls. 12/13), o autor busca fazer cessar a eficácia dos mencionados atos normativos *in abstracto*, ou seja, como parte do pedido da demanda, e não, como admite a Jurisprudência<sup>2</sup>, valendo-se da nulidade dos atos como causa de pedir.

Dessarte, os itens “a” *usque* “d” do pedido não têm como ser conhecidos, considerada a inadequação da via eleita e a impossibilidade jurídica do pedido.

No que tange ao item “e”, todavia, é possível adentrar-se ao mérito do litígio, pois se resume a pleitear a remessa, a órgãos estaduais do Ministério Público, de informações sobre a identificação de famílias e endereços de crianças sem registro civil.

Presentes, nestes termos, os pressupostos processuais e as condições da ação, passo ao exame do mérito.

<sup>1</sup> Artigo 2º, § 2º, do Decreto-Lei nº 161/67 e artigo 1º, parágrafo único, da Lei nº 5.534/68.

<sup>2</sup> “PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC NÃO CARACTERIZADA – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – DECLARAÇÃO INCIDENTAL DE INCONSTITUCIONALIDADE – PEDIDO PRINCIPAL – IMPOSSIBILIDADE. [...] 2. Segundo a jurisprudência do STJ, em tese, é possível a declaração incidental de inconstitucionalidade, na ação civil pública, de quaisquer leis ou atos normativos do Poder Público, desde que a controvérsia constitucional não figure como pedido, mas sim como causa de pedir, fundamento ou simples questão prejudicial, indispensável à resolução do litígio principal, em torno da tutela do interesse público. 3. Hipótese em que a matéria constitucional no presente feito não é simples causa de pedir ou questão incidental, mas pedido principal. 4. Recurso especial não provido.” (RESP 200802168777, ELIANA CALMON, STJ - SEGUNDA TURMA, DJE DATA: 01/07/2009)

A matéria é exclusivamente de direito, e não apresentou, a ré, fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do pedido autoral, atendo-se a rebater, de forma direta, a pretensão ministerial. Cabível, portanto, o julgamento da lide no estágio em que se encontra.

Com a vênua devida ao decidido às fls. 19/26, tem-se que o pedido do MPF não merece acolhida.

Desnecessário frisar, vez outra, a relevância do registro civil, para efeito da integração de crianças e adolescentes na vida em sociedade. Os diplomas normativos, internacionais e nacionais, já citados nos autos, são demonstração incontestável de tal premente necessidade.

Ocorre que o afastamento do sigilo de dados dos recenseamentos, se, de imediato, pode parecer instrumento adequado para tal desiderato, configurará, a médio e longo prazos, verdadeiro ataque às políticas governamentais que tem tão nobre função como seu fim.

Acaso as pessoas recenseadas não contem mais com a garantia de que as informações dadas ao IBGE serão utilizadas, apenas, para estudos estatísticos, certamente deixarão de repassar ao Instituto dados que possam trazer-lhes questionamentos pelas autoridades públicas. Dentre eles, por óbvio, a negligência no registro civil dos filhos.

Frustrado ficará o Instituto, que não poderá elaborar estudos sobre eventual *déficit* de registros civis de crianças e adolescentes; frustrados restarão o próprio Ministério Público e o Poder Judiciário, que não obterão, do IBGE, informações que, ante a falta de sigilo, deixarão de ser repassadas; e muito mais prejudicados ficarão as crianças e adolescentes, pois não contarão com o instrumento de política pública que permite aferir o quantitativo de menores sem registro.

Repita-se: não tendo as famílias confiança no sigilo dos dados, as análises estatísticas deixarão de retratar o problema, dificultando, sobremaneira, a elaboração de estratégias públicas para seu enfrentamento.

A este quadro, acresça-se o fato de a identificação dos menores sem registro poder ser obtida de inúmeras outras formas, que não, apenas, pela violação do imprescindível sigilo das informações repassadas à ré.

Posto isso, em relação aos pedidos identificados pelas letras “a” *usque* “d”, de fls. 12/13, *julgo extinto o feito*, sem adentrar-lhe o mérito, nos termos do artigo 267, inciso VI, do CPC.

No que tange aos pedidos dos itens “e” e “f”, de fl. 13, *julgo-os improcedentes*, nos termos do artigo 269, inciso I, do CPC.

*Revogo a decisão antecipatória de fls. 19/26.*

Comunique-se o Exmo. Sr. Des. Fed. Relator do agravo noticiado nos autos.

Sem honorários e sem custas.

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

Transitada em julgado, arquivem-se.

Bauru, 22 de novembro de 2012.

Juiz Federal MARCELO FREIBERGER ZANDAVALI

