

Sentenças



PROCEDIMENTO COMUM

0005352-29.2009.4.03.6005

Autores: CÍCERO VIEIRA LOPES E APARECIDA ARMÁRIO LOPES
Ré: UNIÃO FEDERAL
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/05/2019

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

Trata-se de ação proposta por CÍCERO VIEIRA LOPES e APARECIDA ARMÁRIO LOPES em face da UNIÃO FEDERAL, com o escopo de obter provimento jurisdicional para declarar inexistência de relação jurídica e condenar a parte ré ao pagamento de indenização por danos morais.

Sustentaram, em suma, que: a) jamais foram comerciantes, mas sim, trabalhadores rurais, tampouco residiram nas cidade de Campo Limpo Paulista – SP e Várzea Paulista - SP; b) em 03/2008, foram informados da existência de 02 (duas) empresas abertas indevidamente em seus nomes no Estado de São Paulo; c) tais empresas seriam Fernandes Blocotec Blocos Ltda Me, supostamente localizada em Campo Limpo Paulista, com constituição em 29/08/1995 e Fernandes Casa Nova Materiais de Construção Ltda, localizada em Várzea Paulista, constituída em 15/04/1993; d) as constituições das referidas pessoas jurídicas estão eivadas de vícios; e) os atos praticados pelos fraudadores, perante a Junta Comercial do Estado de São Paulo causaram transtornos, prejuízo e consequências negativas às suas vidas pessoal e funcional.

Juntaram procuração e documentos de f. 13-36.

Deferidos os benefícios da justiça gratuita e determinada a citação da União (f. 39).

Contestação da União com documento às f. 45-50. Alegou, preliminarmente, a ilegitimidade passiva. No mérito, aduziu, em síntese, que não há nexo causal do dano com a conduta da União; não é possível visualizar nenhuma prova de dano moral, vez que, as empresas encontram-se inaptas e, por isso, não houve nenhum prejuízo aos autores.

Réplica às f. 54-58.

Os autores pleitearam a expedição de ofício para a JUCESP e a realização de exame grafotécnico na assinatura dos contratos e suas alterações (f. 61-62).

Por sua vez, a União informou seu desinteresse na produção de provas (f. 64).

Deferida a produção de prova pericial grafotécnica (f. 65).

Quesitos apresentados pela União (f. 70) e pelos autores (f. 80-81), com pedido destes últimos de prova testemunhal.

Determinada a expedição de ofício à JUCESP e homologados os quesitos apresentados (f. 96).

Juntada de ofício da JUCESP com documentos (f. 100-168).

Laudo Pericial encartado às f. 216-237.

O Ministério Público Federal manifestou-se pela não intervenção no feito (f. 340).

Manifestação da parte autora acerca do Laudo Pericial (f. 343-344).

Os autos baixaram em diligência para designação de audiência de instrução (f. 348-349).

Realizada audiência de instrução, bem como apresentadas alegações finais orais pelas partes (f. 365).

Vieram os autos conclusos para sentença (f. 370).

É o relatório do necessário. DECIDO.

II - FUNDAMENTAÇÃO

Preliminar de mérito

Primeiramente, rechaço a preliminar de ilegitimidade passiva arguida pela União.

Isso porque, a União é responsável pelas inscrições dos débitos em dívida ativa, ora questionados, bem como pela irregularidade constante no Cadastro de Pessoas Físicas (CPF) dos autores, motivo pelo qual eventual provimento jurisdicional deverá ser por ela cumprido, ensejando, assim, a sua legitimidade no feito.

Mérito

A demanda cinge-se sobre a inexistência de relação jurídica tributária entre as partes, bem como acerca da responsabilidade da requerida ao pagamento de indenização por danos morais.

No tocante à declaração de inexistência de relação jurídica tributária entre as partes, é cediço que o ato administrativo é dotado das presunções de legalidade e de veracidade, ou seja, julga-se que foi produzido em obediência às determinações legais e encerra fatos efetivamente ocorridos.

Isso acarreta o dever daquele que impugna tal ato de provar que ele possui vício ou de que os fatos não ocorreram conforme afirmação da Administração.

Mais precisamente, dentro da clássica divisão dos elementos do ato administrativo, quais sejam: competência, finalidade, forma, motivo e objeto, inspirada no artigo 2º, da Lei 4.717/65 (Lei da Ação Popular), observo que o vício apontado recairia sobre o aspecto da motivação do ato.

Esse aspecto do ato administrativo, por sua vez, possui dois componentes: os motivos fáticos e os motivos jurídicos, ou seja, o ocorrido no mundo dos fatos e a regulamentação do ordenamento sobre eles que, em um processo de dedução (premissa maior mais premissa menor) gerará, no âmbito administrativo, o objeto do ato (silogismo), que pode ser conceituado como a modificação (criação, modificação ou extinção de direito) ocasionada por esse na realidade fática.

A fim de comprovar suas alegações, os autores produziram provas documental, pericial e testemunhal.

Durante a audiência de instrução, foram colhidos os depoimentos de uma testemunha e dos autores, cujo teor se extrai, em síntese:

Testemunha Gilson de Oliveira:

Conhece os autores há tempo, conhece mesmo de conviver no dia a dia quando abriu o Assentamento Santa Catarina no município de Aral Moreira/MS; foi eleito em 1996 e assumiu em 1997 e logo quando entrou participou de um grupo de seleção das pessoas do Assentamento Santa Catarina; quando entrou fez parte do grupo para selecionar os assentados e lógico que só queria que ficasse gente de Aral Moreira, mas tinha parte disputada por FTAG e MST;

participou do grupo que fez a seleção que estava assentado em Corumbá e foi o caso do Cícero e Aparecida; a área que ocupava lá alagava tudo na época da chuvarada e daí começou a conhecer lá, março de 1997. De 1999 para frente conhece os autores do Assentamento Santa Catarina, e de 1997 a 1998 conhece eles de Corumbá, eram assentados lá. O assentado não pode ser comerciante, funcionário público, empresário; são pessoas muito humildes, muito sofrimento, viveram tanto lá em Corumbá que alagava tudo, como era em Aral Moreira; o início foi muito difícil, o Cícero tentou um financiamento no Banco do Brasil e não conseguiu porque não conhecia quase ninguém em Aral Moreira; foi orientado a procurar o advogado que era procurador do município; em razão desta inscrição não conseguiu fazer financiamento agrário; Aparecida e Cícero sempre residiram no assentamento, desde 1999, não saem de lá nem para passeio, não vão para cidade.

Autor Cicero Vieira Lopes:

Tem 58 anos, nasceu em Guaporema/PR; veio para o MS pequeno, morou em Sete Quedas, Corumbá, sempre trabalhou como rural, nunca estudou, nunca frequentou a escola, começou a trabalhar pequeno, não sabe nada, não sabe ler nem escrever, quando fez o cadastramento do INCRA para ser assentado os filhos que ensinaram escrever o nome e a única coisa que sabe é o nome “decor”. Em 2001 fez o investimento no lote assentado, no Banco do Brasil, pegou, deu tudo certo, em 2002 veio outro financiamento e foi fazer securitização, quando chegou no Banco do Brasil o gerente disse que tinha uma empresa em seu nome; nunca teve empresa, falou com o gerente e este disse que sabia que ele não tinha mesmo porque morava no assentamento, não tinha dinheiro, a conta do banco fechou; ficou “encucado” e aí apareceu o sr. Gilson que ajudou arrumando o advogado. Não conseguiu mais nenhum financiamento desde então, depois disso nunca mais pegou investimento no banco, os vizinhos pegaram. Produz mandioca, planta milho, galinha, no Assentamento Santa Catarina só tem o lote individual, não há a área coletiva. Nunca morou em SP, nunca morou em Várzea Paulista, não conhece Valdeci Fernandes de Costa e Lucia Rodrigues da Costa.

Autora Aparecida Armário Lopes:

Tem 57 anos, nasceu em Altônia/PR; veio para o MS pequena, morou em Corumbá; veio para o Paraguai, aí depois para Corumbá, e de Corumbá para Aral Moreira. Começou a estudar depois de velha, só sabe escrever o nome, aprendeu fazer o nome com os filhos ensinando, estudou depois de adulta no assentamento. Nunca teve empresa. Nunca morou em outro lugar. É casada, a filha mais nova tem 31 anos; casou com 18 anos, tem 40 anos de casada; quando o Cícero foi fazer o financiamento do banco, os outros fizeram e ele não; os outros são os vizinhos do assentamento; foi em 2001 ou 2002 coisa assim, nunca mais conseguiram fazer financiamento. Planta mandioca, milho, feijão, tem porco, vaca, galinha e vai vivendo.

Da análise do conjunto probatório, verifico que a parte autora se desincumbiu de seu ônus previsto no art. 333, I, do CPC, comprovando que houve fraude na constituição das empresas em seus nomes, quais sejam, Fernandes Blocotec Blocos Ltda Me, em Campo Limpo Paulista, e Fernandes Casa Nova Materiais de Construção Ltda, em Várzea Paulista.

Explico.

Primeiro, que os documentos pessoais dos autores indicam que eles são analfabetos (f. 14-15). Segundo, porque o laudo pericial demonstrou que foram constatadas divergências grafotécnicas nos documentos datados de janeiro/1998 de ambas empresas. Terceiro, que as inscrições dos débitos em dívida ativa em nome das empresas ocorreram de 1999 em diante (f. 28-29 e 32-33). Quarto, que as empresas eram sediadas em Campo Limpo Paulista – SP e Várzea Paulista – SP, e os autores negam veementemente que estiveram nessas cidades.

Quinto, porque as alterações contratuais indicam que os autores ingressaram nas empresas em outubro de 1997 (f. 86-95), no entanto, há prova testemunhal no sentido de que os autores se encontravam em Corumbá/MS nesse período. Sexto, e finalmente, que a própria União reconheceu em suas alegações finais orais gravadas em mídia que restou comprovado que as empresas não foram abertas pelos autores.

Todos esses fatos somados levam a conclusão de que informações cadastrais dos autores foram indevidamente utilizadas.

Deste modo, uma vez demonstrado não terem os autores participado do ingresso nessas empresas, afasta-se a presunção de liquidez e certeza das CDA's, reconhecendo a sua nulidade. Por conseguinte, os CPF's dos autores devem ser desvinculados das referidas empresas e regularizada a situação cadastral.

Nesse sentido:

DIREITO CIVIL. REGULARIZAÇÃO DO CPF. VINCULAÇÃO À EMPRESA. CONTRATO SOCIAL. ASSINATURA FALSA. - Cuida-se de remessa oficial contra sentença que julgou procedente pedido de regularização do CPF do autor junto à Receita Federal, desvinculando-o do CNPJ da empresa DOCA'S SERT DISTRIBUIDORA DE PRODUTOS ALIMENTÍCIOS LTDA. ME. - *Há nos autos perícia concluindo que não é do autor a assinatura existente no contrato social da empresa em questão. Restou, portanto, comprovado não ter o autor participado da constituição dessa empresa, fazendo jus a que o seu CPF seja desvinculado da mesma.* - Remessa oficial não provida.

(TRF da 5ª Região - Remessa Ex Offício – 503169, Número do Processo: 200685000041197, Data do Julgamento: 04/12/2012, Órgão Julgador: Segunda Turma, Relator: Desembargador Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, PUBLICAÇÕES DJE - Data: 13/12/2012 - Página: 440) – Grifei.

PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. FALSIFICAÇÃO DA ASSINATURA DO AUTOR EM ALTERAÇÃO CONTRATUAL. PROVA PERICIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO INDEVIDO. ILEGITIMIDADE PASSIVA. 1. Ação anulatória de débito fiscal instruída com Laudo Pericial Grafoscópico do Instituto de Criminalística Professor Armando Samico, do Governo do Estado de Pernambuco, revelando ser falsa a assinatura atribuída ao autor no Sexto Instrumento Particular de Alteração do Contrato Social da RECTECH. 2. *Tendo o redirecionamento da execução fiscal sido determinado em face dessa alteração contratual, é de se concluir pela ilegitimidade passiva do promovente para figurar no polo passivo daqueles autos, porquanto incluído fraudulentamente no quadro societário da empresa.* 3. Remessa oficial desprovida.

(TRF da 5ª Região - Apelação / Reexame Necessário - Número do Processo: 08073905020144058300, Data do Julgamento: 08/03/2016, Órgão Julgador: 3ª Turma, Relator: Desembargador Federal Paulo Machado Cordeiro) – Grifei.

Passo à análise do pedido de indenização por danos morais.

Inicialmente, é essencial conceituar dano moral e delimitar as hipóteses de reparação em razão de responsabilização civil.

Rosa Nery¹ entende que “personalidade é aptidão para ser sujeito de direito, tanto pelo

1 NERY, Rosa Maria de Andrade. NERY, Rosa Maria de Andrade; *Dano Moral e patrimonial: fixação do valor indenizatório*, prova escrita elaborada em 12.08.2004, no concurso de Livre-Docência na PUC-SP, à qual foi atribuída a nota 10 (dez) pela Banca Examinadora presidida pelo Prof. Dr. José Manoel de Arruda Alvim Netto, da qual participaram os Professores Doutores Pedro Paulo Teixeira Manus, Wagner Balera, José Guilherme Braga Teixeira e Sérgio Pinto Martins, p. 13.

seu aspecto ontológico quanto ético”. Para ela, causar dano a direito de personalidade é quebrar a unidade da natureza humana, que é constituída de espírito e matéria (corpo). Os objetos básicos dos direitos de personalidade seriam: a) o corpo (substância dependente); b) a alma (substância dependente); c) as potências (*dynamis*) (vegetativa, sensitiva, locomotiva, apetitiva, intelectual); d) os atos (potência realizada). Daí porque conclui ser imprópria a expressão direito de personalidade, eis que esses objetos de direito não são inerentes à personalidade, mas à humanidade de cada um, sujeitos de direito. Lesada injustamente qualquer dessas partes (que não estão no sujeito, já que compõem a natureza individual do homem e não da pessoa), nasce o direito à reparação por dano moral.

Dano moral pode ser expressado, portanto, como o resultado de uma conduta ilícita ou praticada mediante abuso de direito que lesa um bem jurídico protegido pelo direito civil, causando prejuízo efetivo (ou presumível) ao patrimônio moral de pessoa física, jurídica (CC, art.52; Súmula 227 do STJ) ou de uma coletividade.

A obrigatoriedade de reparação do dano moral encontra fulcro na Constituição Federal que consagra como princípio fundamental em seu artigo 1º, III, a dignidade da pessoa humana, cerne axiológico de todos os direitos personalíssimos. Nos dizeres de Cavalieri Filho, “foi justamente por considerar a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem corolário do direito à dignidade, que a Constituição inseriu, em seu art 5º, inc. V e X, a plena reparação do dano moral”².

Os artigos 186 e 187 do Código Civil de 2002 reiteram a vasta proteção pretendida pela Lei Fundamental e a complementam com as seguintes prescrições:

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

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

Ambos os dispositivos citados têm seu teor complementado pela norma contida no artigo 927 do mesmo diploma legal: “Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo”.

Desse modo, em demandas em que se postula o ressarcimento de danos, o primeiro passo é verificar se estão presentes, no caso concreto, os elementos constitutivos do dever de indenizar, quais sejam: (i) o ato ou a omissão ilícito(a) da parte requerida; (ii) o dano sofrido pela parte requerente; (iii) o nexo de causalidade entre aquela conduta e a lesão enfrentada; (iv) e, finalmente, a culpa do agente (em sentido estrito ou dolo), cuja prova é dispensada nos casos de responsabilidade objetiva.

Fixado esse norte, tenho que *não* foram demonstrados satisfatoriamente os requisitos necessários para configurar a responsabilidade civil da requerida.

Isso porque, *não* vislumbro ato/omissão da União que tenha dado ensejo ao dano experimentado pelos autores.

Analisado os autos, denota-se que o prejuízo em si alegado pelos autores decorre da conduta irregular de registrar as alterações contratuais fraudulentas, sendo os demais atos,

2 CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Visão constitucional do dano moral*. Artigo disponível no endereço eletrônico <http://www.sergiocavaliieri.com.br/administrativo/artigos/imagens/bbc3400a81cdf48dc136ad0157ec07ae.pdf> (Acesso em 11/03/2014).

como a inscrição do débito em dívida ativa, consequências dessa circunstância, não sendo a União responsável por tais registros fraudulentos.

Portanto, inexistindo ato/omissão da União e o nexo de causalidade com o dano alegado, não há que se falar em responsabilidade civil da União ensejadora de indenização por danos morais.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido e resolvo o mérito do processo nos termos do artigo 487, I do Código de Processo Civil, para: i) reconhecer a nulidade das inscrições na dívida ativa em nome dos autores, referentes às empresas Fernandes Blocotec Blocos Ltda Me (CNPJ n. 00.817.308/0001-24) e Fernandes Casa Nova Materiais de Construção Ltda (CNPJ n. 96.393.640/0001-88); e ii) condenar a União a proceder o cancelamento dessas inscrições e respectivas cobranças, bem como a desvincular os CPF's dos autores das referidas empresas, com a consequente regularização da situação cadastral, *no prazo de 30 (trinta) dias*, sob pena de multa diária no valor de R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Considerando que a parte autora decaiu de parte mínima do pedido (art. 86, par. único do CPC), condeno, nos termos do art. 85, par. 8º. do CPC, a parte ré ao reembolso de eventuais despesas e ao pagamento de honorários advocatícios, que fixo em R\$ 10.000,00 (dez mil reais) considerando a complexidade do feito, o fato da União ter acesso ao laudo grafotécnico desde 2017 podendo assim ter realizado o cancelamento das inscrições em dívida ativa conforme seu poder dever de autotutela.

Encaminhem-se cópias da presente sentença para o Ministério Público Federal e para a JUCESP, para ciência e eventuais providências.

Sentença não sujeita ao duplo grau de jurisdição (art. 496, §3º, CPC).

Interposto recurso voluntário, dê-se vista à parte contrária para contrarrazões. Em seguida, nos termos do art. 3º da Resolução Pres nº 142/2017 do TRF3, intime-se o apelante para retirar os autos em carga a fim de promover sua virtualização e inserção no sistema PJe, no prazo de 10 (dez) dias. Decorrido in albis o prazo, intime-se a parte apelada para os mesmos fins (art. 5º). Digitalizados os autos por uma das partes, intime-se a parte contrária para conferência dos documentos digitalizados, devendo apontar ao juízo, no prazo de 05 (dias), eventuais equívocos, facultando-se corrigi-los incontinenti (art. 4º, I, “b”). Em seguida, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região, com as nossas homenagens.

Com o trânsito em julgado, arquivem-se.

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

Cópia da presente sentença servirá como: Ofício nº ____/2019 ao MPF encaminhando cópia desta sentença para ciência e eventuais providências.

Cópia da presente sentença servirá como: Ofício nº ____/2019 à JUCESP encaminhando cópia desta sentença para ciência e eventuais providências.

Juíza Federal CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

AÇÃO PENAL

00 000 019-21.2014.4.03.6135

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO, EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, ANDRÉ LUIS ALVES FRANÇA E CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA

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

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/05/2019

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

O *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* ajuizou *ação penal pública* em face de *PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO, EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, ANDRÉ LUIS ALVES FRANÇA E CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA*, denunciando os *três primeiros réus* como incurso nas penas previstas no *artigo 54, § 2º, incisos IV e V, da Lei nº 9.605/98*, e a *ré pessoa jurídica* como incurso nas penas previstas no *artigo 54, § 2º, incisos IV e V*, combinado com o *artigo 3º*, ambos da *Lei nº 9.605/98*.

A denúncia foi recebida no dia 20 de fevereiro de 2014 (fls. 218/219 dos autos).

Os réus foram devidamente citados e intimados (Eduardo - fls. 546/547, André – fls. 558/559, Carlos – fls. 228/229 e Transpetro – fls. 525/526), que constituíram advogados de sua confiança.

Foram apresentadas *defesas preliminares* pela Transpetro (fls. 354/422), Carlos (fls. 423/513), Eduardo (fls. 527/545) e André (fls. 563/618).

Nas referidas defesas, pugnaram, *preliminarmente, a inépcia da denúncia, ilegitimidade e ausência de justa causa*. No mérito, alegaram, em apertada síntese, que os fatos não ocorreram na forma indicada na denúncia, fazendo considerações sobre as *responsabilidades e atuações* no dia do vazamento ocorrido em 05 de abril de 2013.

Apresentaram *documentos* e arrolaram *testemunhas*.

Na sequência, pelos fundamentos expostos, *este Juízo proferiu decisão rejeitando as preliminares de inépcia da denúncia, ilegitimidade e ausência de justa causa* suscitadas pelos réus (fls. 355, 432 e 564) e, ante a *ausência das hipóteses de absolvição sumária (CPP, art. 397)*, determinou o *prosseguimento do feito*, sendo que as questões suscitadas pelos réus relativas ao mérito da ação penal, inclusive referentes à *participação e responsabilidade ou não dos réus na prática delituosa em tese verificada*, deveriam ser apuradas mediante a devida instrução processual.

Designada *primeira audiência* para apresentação das *propostas de suspensão condicional do processo* aos réus em 01/10/2014, foi determinada por este Juízo, sob os fundamentos expostos (fls. 651/652), a *manifestação do Ministério Público Federal sobre a fixação da quantia monetária* relativas à proposta pecuniária contida na *proposta de suspensão*, bem como sobre *entidades e projetos socioambientais locais e regionais* a serem eventualmente beneficiados em caso de aceitação das propostas pecuniárias apresentadas, com expedição de *ofício ao IBAMA e ao ICMBio (unidades locais)*.

Apresentadas as *manifestações pelo Ministério Público Federal e ICMBio* (fls. 660/661,

674), e ainda *petições dos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR e CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA em concordância à proposta de suspensão condicional do processo e pela redução da proposta pecuniária* (fls. 690/692), sobreveio a juntada da decisão proferida no *Mandado de Segurança nº 0023262-66.2014.4.03.0000/SP impetrado pela ré TRANSPETRO* (fl. 696/699 e 705/709 – cópia da inicial às fls. 710/719), em que foi deferida liminar para o primeiro sobrestamento desta ação penal, tendo-se por prejudicada a realização da audiência em 01/10/2014, conforme despacho de fls. 700.

Por este Juízo Federal foram *prestadas as informações solicitadas no referido Mandado de Segurança*, conforme documentos de fls. 720/728 (ofício nº 28/GAB/2014 – deste Juízo).

Em 18 de junho de 2015 vieram aos autos informações sobre o *julgamento de mérito do Mandado de Segurança nº 0023262-66.2014.4.03.0000/SP*, pelo *Eg. TRF da 3ª Região*, conforme documentos juntados às fls. 750/760, noticiando que *segurança foi concedida para trancar a ação penal somente em relação à então impetrante TRANSPETRO*.

Ante o trancamento da ação em relação à TRANSPETRO, o *Ministério Público Federal* manifestou-se às fls. 768 requerendo o *prosseguimento da ação em relação aos demais cor-réus pessoas físicas. Em prosseguimento, foi designada a segunda audiência de suspensão condicional do processo* (fls. 771 e 782). A audiência foi realizada em 20 de julho de 2016, e os *corréus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA* aceitaram a proposta de suspensão condicional do processo, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95 (fls. 814/818).

Ainda em audiência, pelo Juízo foi data *intimação aos réus presentes, bem como determinada a intimação da Petrobrás Transporte S/A – TRANSPETRO*, ante os termos do comunicado recebido do *Eg. STJ* (fls. 807), sobre o teor da decisão proferida no *RESP nº 1.579.538/SP*, que determinou o regular prosseguimento da ação penal em face da TRANSPETRO. E, ante a decisão do STJ, este Juízo determinou-se vista dos autos ao MPF, para manifestação em termos de prosseguimento da ação em face da TRANSPETRO, inclusive sobre a proposta de suspensão condicional do processo.

O *Ministério Público Federal* manifestou-se às fls. 838/839, reiterando a proposta de suspensão condicional do processo em relação à TRANSPETRO, retificando o valor proposto para destinação aos órgãos ambientais.

Nos termos da decisão de fls. 843, foi *indeferido o pleito da defesa da TRANSPETRO* de fls. 832/834, em que requeria que se *aguardasse o julgamento do Recurso Extraordinário interposto pelo MPF (RE nº 987.574/SP)*, alegando, equivocadamente, pendência de seu julgamento, tendo sido considerado por este Juízo, conforme informações juntadas às fls. 844/845, que foi o referido recurso extraordinário julgado prejudicado pelo *Eg. STF* por perda superveniente do objeto.

Na mesma deliberação de fls. 843, em prosseguimento, ante a proposta do MPF, nos termos do art. 89, da Lei nº 9.099/95, foi designada audiência de conciliação em relação à TRANSPETRO para o dia 26 de outubro de 2016, não tendo sido aceita a proposta de suspensão condicional do processo.

Em relação aos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA, houve manifestação do Ministério Público Federal no autos pela extinção da punibilidade em razão do cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo (*sursis processual*), nos termos do art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995 c/c art. 28, da Lei nº 9.605/1998.

Em audiências realizadas em 26/09/2018 (fl. 993) e 18/10/2018 (fl. 1203) neste Juízo foram ouvidas as testemunhas acusação, testemunhas de defesa e realizado interrogatório.

O Ministério Público Federal (fls. 1210/1224) e a ré TRANSPETRO apresentaram alegações finais (fls. 1228/1301).

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

II – FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA

A presente ação penal foi processada com observação da *ampla defesa e do contraditório*, em garantia ao *devido processo legal*, de modo que não vejo irregularidades que possam ensejar prejuízos às partes, a teor dos arts. 563 e seguintes do Código de Processo Penal.

II.1 - PRELIMINARES: INÉPCIA DA DENÚNCIA, ILEGITIMIDADE, AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA, PRESCRIÇÃO E INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL

Segundo constou da *decisão deste Juízo que enfrentou as preliminares suscitadas*, ante os elementos constantes dos autos, *não prevalecem* as alegações de *inépcia da denúncia, ilegitimidade e ausência de justa causa* suscitadas pelos réus (fls. 355, 432 e 564).

Com efeito, infere-se da *denúncia* que contém a *exposição detalhada do fato criminoso* tal qual em tese praticado pelos réus, com a respectiva *classificação do crime* e todas as *circunstâncias* em que teria ocorrido o *crime* pelos quais foram os réus denunciados, tendo sido atendidos os requisitos legais previstos no art. 41, do CPP.

Verifica-se que pela *denúncia* houve *descrição das condutas típicas* praticadas em tese pelas pessoas físicas *EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, ANDRÉ LUÍS ALVES FRANÇA* e *CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA*, e da *atividade típica* desenvolvida em tese pela *pessoa jurídica*, nos termos do artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º da Lei nº. 9.065/98.

Quanto aos réus pessoas físicas *Eduardo Ferreira Júnior, André Luís Alves França, Carlos Henrique de Lima Rosa* (fl. 215-v), consta da *denúncia*:

“os réus *Eduardo Ferreira Júnior, André Luís Alves França, Carlos Henrique de Lima Rosa* todos *profissionais técnicos da pessoa jurídica PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO*, de forma livre, consciente e voluntária, *causaram poluição hídrica por lançamento de óleo em níveis tais que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como que provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias.* (...)”, visto que “*realizaram vistoria no Terminal Marítimo Almirante Barroso (TEBAR), da TRANSPETRO, especificamente no trecho da válvula VB22AB; “Y” VB 22B2 e Válvula de interligação da linha 21 com a 22 no dolfin 1 do Pier Norte, tendo preenchido uma lista de verificação na qual afirmaram, nos itens 01 e 02, que os vents e drenos estavam fechados, bem como estavam flangeados e plugueados (fl. 121).*”, e, “*entretanto, após a autorização para enchimento da linha com óleo diesel marítimo (MF-380 Marine Fuel oil), constatou-se que ocorrera o vazamento de 3.500 litros do referido produto, causando grande poluição hídrica (fls. 05, 17/18, 38/39, 40/52 e 64/65) (Grifou-se).*”.

E em relação à *pessoa jurídica Petrobrás Transporte S/A - TRANSPETRO* (fl. 215-v) consta da *denúncia*:

“... a *pessoa jurídica TRANSPETRO*, na qualidade de responsável pela realização e supervisão dos serviços, efetivamente, causou *poluição hídrica por lançamento de óleo em níveis tais que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como que provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias.*”, sendo que “A

TRANSPETRO, em seus ofícios e relatórios encaminhados (fls. 113/116, 122/124 e 195/203) relatou a ocorrência do dano afirmando que este ocorrera devido a não observância dos procedimentos de segurança, por parte de seus funcionários, vez que, no momento do enchimento da tubulação com óleo diesel MF-380, a válvula do vent 6 da linha não estava fechada e o flange cego do vent 6 da linha 22 não estava instalado, não obstante os réus EDUARDO, ANDRÉ e CARLOS tenham afirmado o oposto na vistoria realizada (fls. 121).” (Grifou-se).

Em prosseguimento, ante a previsão do *artigo 89 da Lei n° 9.099/95*, a partir da vinda aos autos da *folha de antecedentes e certidões de distribuição dos réus* (fls. 619/622 e 638/640), o *Ministério Público Federal ofereceu proposta de suspensão condicional do processo*, tanto em relação aos réus *personas físicas Eduardo Ferreira Júnior, André Luís Alves França e Carlos Henrique de Lima Rosa* (fls. 631/632), quanto em relação à *ré pessoa jurídica PETROBRÁS TRANSPORTE S/A – TRANSPETRO* (fls. 643-v).

De fato, verificou-se estarem presentes elementos que apontavam para a materialidade delitiva e os indícios suficientes de autoria a darem ensejo ao prosseguimento do feito a partir da devida instrução criminal, se fazendo ausentes as hipóteses legais de absolvição sumária (CPP, art. 397), tampouco de rejeição da denúncia (CPP, art. 395), o que inclusive motivou seu recebimento por este Juízo (fls. 218/219).

Quanto à preliminar de prescrição suscitada quando das alegações finais pela *ré TRANSPETRO*, impõe-se sua rejeição, visto que, considerando se tratar de período anterior ao trânsito em julgado, devem ser observados os prazos e termos interruptivos de prescrição previstos no Código Penal, art. 109 (III - em DOZE ANOS, se o máximo da pena é superior a quatro anos e não excede a oito), devendo se considerar o “máximo da pena privativa de liberdade cominada ao crime” (“Pena - reclusão, de um a CINCO ANOS.”), bem como o parágrafo único do art. 109, que dispõe de forma expressa acerca da prescrição das penas restritivas de direito: “Aplicam-se às penas restritivas de direito os mesmos prazos previstos para as privativas de liberdade”, estando, por tais razões, afastada a prescrição.

Em relação à alegação de incompetência da Justiça Federal, não deve prosperar, na medida em que se apura a prática, em tese, de crime ambiental contra bens e interesses da União (CF, art.109, inciso IV), visto que decorre do derramamento de óleo no mar territorial, bem da União, nos termos da Constituição Federal, art. 20, inciso VI, respondendo esta 35ª Subseção Judiciária de Caraguatatuba pelos limites territoriais de São Sebastião e Caraguatatuba, locais do dano ambiental verificado.

II.2 – SUSPENSÃO CONDICIONAL DO PROCESSO – LEI N° 9.099/1995 – CUMPRIMENTO DAS CONDIÇÕES – EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE

Nos termos da cota do Ministério Público Federal, em relação aos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA houve o oferecimento de proposta da suspensão condicional do processo, conforme ata de audiência respectiva.

Após, na medida em que restou comprovado nos autos o efetivo cumprimento das condições impostas na suspensão condicional do processo (*sursis processual*), o Ministério Público Federal se manifestou pela EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE quanto aos réus EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA, medida que se impõe nos termos do art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995 c/c art. 28, da Lei n° 9.605/1998.

Por conseguinte, remanesce a análise do mérito da presente ação penal, a partir da

regular *instrução probatória* realizada, tão somente em relação à ré *PETROBRÁS TRANSPORTE S/A - TRANSPETRO*, nos termos que seguem.

II.3 – MÉRITO

Trata-se de ação penal, por meio da qual o *Ministério Público Federal* denunciou *PE- TROBRÁS TRANSPORTE S/A - TRANSPETRO*, qualificada nos autos, por ter praticado a conduta descrita no *artigo 54, § 2º, incisos IV e V*, combinado com o *artigo 3º*, ambos da *Lei nº 9.605/98*.

Passo à análise da *materialidade*.

A) MATERIALIDADE: LAUDOS, INFORMAÇÕES TÉCNICAS E BOLETIM DE OCORRÊNCIA (POLÍCIA CIVIL) - CETESB/SP – POLÍCIA FEDERAL – TRANSPETRO

Início pela análise da materialidade dos delitos tipificados na *Lei nº 9.605/1998*, *artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º*:

Conforme *relatório sobre derramamento de óleo no canal de São Sebastião*, elaborado pela *Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião*, consta às fls. 24 a seguinte redação: “A foto abaixo revela que uma dessas válvulas da tubulação 22-B, que havia sido utilizada recentemente para purga, encontrava-se parcialmente aberta e sem o flange cego, o que resultou no derramamento de cerca de 3,5m³ de óleo no mar.”

Lavrado *Boletim de Ocorrência* às fls. 38, onde a vítima, Sr. João Eduardo de Moraes Neto, informa que: “há dez anos possui uma fazenda de criação de mexilhões na praia das Cigarras. Em decorrência do derramamento de óleo por parte da indústria Petrobras no mar desta cidade a sua maricultura foi contaminada com tal óleo ocasionando a interdição por parte da Vigilância Sanitária em decorrência da contaminação dos insumos e de aproximadamente vinte mil quilos dos produtos destinados a comércio, entre matrizes e sementes. Além da interdição de mais quinhentos quilos do produto, aproximadamente, o qual tentou salvar da contaminação.”

Em seguida, a CETESB prestou *informações técnicas* (fls. 41/46), em que relata os seguintes trechos:

Dia 05/04/2013: “(...) teria havido a contaminação de praias de São Sebastião (Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras), além de manchas fragmentadas no mar ao longo do canal e próximas à linha costeira deste município.”;

“As bandeiras de balneabilidade das praias atingidas que estavam próprias (Praia do Arrastão e da Cigarras) foram recolhidas por orientação do Setor de Águas Litorâneas CETESB, o qual elaborou um novo boletim na manhã do dia seguinte, tornando as praias do Arrastão e Cigarras também impróprias para banho.”

Dia 07/04/2013: “Foi identificada uma mancha iridescente sobre uma cultura de mexilhões localizada nas proximidades do costão sul da Praia das Cigarras. A CETESB contatou de imediato a Vigilância Sanitária do Município informando sobre possível contaminação dos mariscos.”

“Constatou-se a presença de manchas de óleo de aspecto iridescente nas proximidades destas ilhas e sobre uma cultura de mexilhões próxima à Ilha da Cocanha.

“No monitoramento terrestre confirmou a contaminação de praias de Caraguatatuba (Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha). As informações foram repassadas ao setor de Águas litorâneas que providenciou alteração no boletim de balneabilidade de praias, tornando-as impróprias ao banho.”

Dia 08/04/2013: “(...) foi apresentada aos técnicos da CETESB simulação realizada pela Transpetro onde se estimada a quantidade vazada em 3,5m³ de óleo, bem como plano sucinto de monitoramento ambiental”

“No fim da tarde deste dia, *considerando que houve impedimento do uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar*, sob risco potencial à saúde humana, a Agência Ambiental de São Sebastião lavrou, com base nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal nº 6.514/2008, o Auto de Infração de Penalidade de Multa – AIIPM nº 68000045, à Transpetro, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).”

Dia 09/04/2013: “Constatou-se que as praias vistoriadas estavam com a bandeira vermelha da CETESB indicando que não estavam próprias para banho.”

“Na praia do Arrastão constatou-se incidência de crustáceos marinhos em formas jovens mortos sem indicio de ataque de predadores.”

Dia 10/04/2013: “Observou-se óleo no canto norte da praia, na areia, e no mar bem como no costão rochoso e muros de imóveis (acima da linha de colônias de crustáceos). *Os tambores plásticos utilizados nas mariculturas da praia das Cigarras também apresentam óleo impregnado*. Constatou-se ainda um trecho em que galhos e vegetação estavam contaminados com óleo, podendo tornar-se fonte secundária de contaminação.”

“A CETESB decidiu manter ainda a classificação das praias atingidas como impróprias para banho.”

Dia 11/04/2013: “Foi realizada vistoria às 8h30min na praia das Cigarras, juntamente com os coordenadores da operação de contingência. Foi *constatada permanência de filme de óleo no canto norte da praia*, bem como a necessidade de limpeza de alguns pontos nos muros e rochas na ponta do Arpoador.”

Dia 14/04/2013: “(...) o plantão da CETESB foi novamente acionado com denuncia de mor-tandade de camarões na praia do arrastão (...).”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

“Considera-se que *houve contaminação ambiental causada por poluição do mar, solo (areia) e costões rochosos*, cuja origem foi o vazamento de 3.500 litros de óleo combustível marítimo MF-380 a partir de flange de 6” localizada na ponte de acesso ao Píer do TEBAR no final da tarde de 05/04/2013.”

“As praias atingidas foram: Porto Grande, Deserta, Pontal da Cruz, arrastão e Cigarras (incluindo o Costão do Arpoador), em São Sebastião, e as praias Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha em Caraguatatuba, que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco po-tencial à saúde humana.”

Ainda, a própria ré TRANPETRO se manifestou (fls. 113/116), sustentando que: “A empresa realizou testes hidrostáticos na linha de dutos visando garantir a integridade estrutural dos mesmos (...)”; “(...) a empresa constatou, contudo, que o vazamento ocorreu em razão da falta de atendimentos adequado ao procedimento.”, ainda, complementa às fls. 123 que “o procedimento PE-3N7-00156-Q – “Liberação de Equipamentos da Operação para Manutenção” não foi observado adequadamente.”.

Conforme *Laudo de Pericia Criminal Federal* (fls. 138/152), elaborado pela *Delegacia de Policia Federal de São José dos Campos*, em seu tópico IV.2 – *Cronologia dos fatos apresentada à Equipe de Pericia* (fls. 144), informa que:

- “- a tubulação relacionada ao vazamento encontrava-se inoperante e em atividade até a data do fato (05/04/2013);
- A tubulação foi reativada para um teste na data de 05/04/2013, momento em que foi liberado no seu interior o óleo combustível marítimo MF 380;
- *uma das válvulas (Figuras 06 a 08) encontrava-se, no momento da liberação do material combustível, inadequadamente aberta e sem a sua tampa superior;*
- *a inclinação do projeto do tubo permitiu o vazamento do combustível para o ambiente marinho no horário aproximado de 17h e 25min às 17h e 50min, momento em que foi detectada e iniciadas as medidas de emergência.”*

Destaca ainda às fls. 146 informação disponibilizada na Rede Municipal de Computadores pela própria empresa onde consta: *“Este produto pode apresentar perigo para o meio ambiente em caso de grandes derramamentos”*.

Ainda, conforme tópico IV.6 – *Danos Ambientais* (fls. 148), conclui que “os relatos apresentados e as características químicas do combustível derramado *permitem aos peritos afirmarem que a ação resultou em poluição química ao meio ambiente, contribuindo para a degradação da qualidade ambiental da região.*”, já o tópico IV.8 – *Ação e/ou omissão humana responsável pelo vazamento da substancia poluente* relata que “*um observador posicionado na pista do píer, mesmo em deslocamento em qualquer sentido, poderia detectar o vazamento relacionado sem a necessidade de conhecimentos técnicos específicos.*”

Respondido o quisto de nº 2 “Qual a causa determinante? Não sendo possível precisar a causa, qual a mais provável? *Não foram encontrados vestígios que pudessem indicar, de maneira inequívoca, a causa determinante da ação poluidora, podendo ter sido por defeito na válvula, por ação proposital, ou por negligencia/imprudência da equipe de manutenção.* Não foram apresentadas à equipe de pericia, nem foi informado que a mesma não se encontrava devidamente fechada. (...)”.

A TRANSPETRO anexou aos autos Relatório de Investigação e Analise da Causa de Vazamento (fls. 196/203), informando no tópico 6. *Causas Imediatas* que “de acordo com os depoimentos tomados, *foram destacadas as seguintes causas: Válvula do vent 6” da linha 22 não estava fechada durante o enchimento com MF-380, para condicionamento de retorna a operação; Flange cego do vent 6” da linha 22 não estava instalado durante o enchimento com MF-380, para o condicionamento de retorno a operação.*”, por fim, informa no tópico 7. *Causas Básicas*: “Falta de emissão de Permissão de Trabalho para instalação dos flanges no Vents; *Vistoria inadequada e insuficiente da tubulação conforme Lista de Verificação – itens 1 e 2 do anexo D do procedimento PE-3N7-00533-K.*”

Por fim, conforme *Relatório* elaborado pelo Departamento de Policia Federal (fls. 205/210) cuja sua conclusão relata: “A *responsabilidade é da equipe responsável pela realização do Check list, conforme se depreende da leitura do subitem 6.7.3, item 6.7 do manual PE-3N7-00533-K (fls. 56-66) que reza “a inspeção final deverá ser realizada por um representante da manutenção em conjunto (negritamos) com um representante da operação e um representante da Inspeção, utilizando-se da Lista de Verificação contida no Anexo D”.* A *responsabilidade pela verificação do “in totum” da tubulação 22-B cabia aos três, segundo referido Manuel, e não apenas a CARLOS FERREIRA JÚNIOR. Conforme declarado por EDUARDO, o qual se*

fazia acompanhar de ANDRÉ LUIZ, de carro passou pela válvula e como havia um andaime encobrindo parcialmente a visão, achou que ela estava fechada. ANDRÉ não sabia que ali havia uma válvula e CARLOS HENRIQUE não estava presente, pois tanto ANDRÉ LUIZ como CARLOS HENRIQUE achavam que aquele trecho não era área de suas respectivas responsabilidades. Não é isso que diz o manual da TRANSPETRO”.

A materialidade dos delitos, portanto, está comprovada pelos seguintes documentos técnicos: (i) relatório sobre derramamento de óleo no canal de São Sebastião, elaborado pela Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião (fls. 24); (ii) boletim de ocorrência (fls. 38); (iii) informações da CETESB (fls. 41/46); (iv) informações técnicas da própria ré TRANPETRO (fls. 113/116); (v) Laudo de Pericia Criminal Federal (fls. 138/152); (vi) Relatório de Investigação e Análise das Causa de Vazamento (fls. 196/203) da TRANSPETRO, e , por fim, (vii) Relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 205/210).

Assim, devidamente comprovada a materialidade delitiva, passo à análise da autoria.

B) AUTORIA: RESPONSABILIDADE PENAL POR CRIME AMBIENTAL DA PESSOA JURÍDICA – AFASTAMENTO DA TEORIA DA DUPLA IMPUTAÇÃO SIMULTÂNEA – PRECEDENTES DO STF E STJ

A partir do conjunto probatório dos autos, seja a partir dos documentos técnicos que instruem a presente ação penal, dentre os quais: a) relatório sobre derramamento de óleo no canal de São Sebastião, elaborado pela Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião – Marinha do Brasil (fls. 24); b) boletim de ocorrência (fls. 38); c) informações da CETESB (fls. 41/46); d) informações técnicas da própria ré TRANPETRO (fls. 113/116); e) Laudo de Pericia Criminal Federal (fls. 138/152); f) Relatório de Investigação e Análise das Causa de Vazamento (fls. 196/203) da TRANSPETRO, e , por fim, g) Relatório elaborado pelo Departamento de Polícia Federal (fls. 205/210), seja a partir dos relatos prestados em sede policial e ainda das testemunhas ouvidas em Juízo, resta evidente a autoria por parte da TRANSPETRO em relação aos crimes consubstanciados na denúncia.

Com efeito, a partir dos elementos probatórios juntados ao feito, não restam dúvidas acerca da autoria da TRANSPETRO na prática dos crimes previstos no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, na medida que constitui a pessoa jurídica responsável pelos atos e procedimentos que provocaram o “derramamento de cerca de 3,5m³ de óleo no mar”, tendo como causa imediata que “uma dessas válvulas da tubulação 22-B, que havia sido utilizada recentemente para purga, encontrava-se parcialmente aberta e sem o flange cego”, conforme constou do relatório da Delegacia da Capitania dos Portos em São Sebastião – Marinha do Brasil (fl. 24).

Por toda a instrução penal ficou demonstrado que os atos que deram causa ao derramamento de óleo no canal de São Sebastião atendem diretamente às atividades operacionais e aos interesses econômicos da ré TRANSPETRO, principal destinatária e responsável pelos procedimentos de manutenção, inspeção e operação dos atos perante o Terminal Almirante Barroso – TEBAR de São Sebastião.

Ao contrário do que pretende a ré TRANSPETRO através de sua defesa, não se sustenta a tentativa imputação dos atos que motivaram o derramamento de óleo aos réus pessoas físicas, visto que estes representam meros longa manus dos interesses da própria TRANSPETRO, atuando como seus prepostos e representante diretos, tanto que reiteradamente se registra nas oitivas das testemunhas e interrogatório do representante da ré que houve nítida falha no procedimento de segurança estabelecido pela própria ré TRANSPETRO para os serviços de manutenção e operação pós-reparo na tubulação 22-B.

Dentre as *oitivas das testemunhas de acusação*, com íntegra constante das mídias acostadas aos autos, *destaca-se o seguinte teor*:

SR. JOAO EDUARDO DE MOARES NETO: à época dos autos, em 05/04/2013, atuava como maricultor na Praia das Cigarras, no canto direito da praia, local próximo ao vazamento de óleo ocorrido a partir do duto do Terminal TEBAR, da TRANSPETRO, em São Sebastião. Iniciou a pesca de mexilhões na Praia das Cigarras em 2006, sendo que no dia do vazamento de óleo em 2013 tinha realizado uma retirada de pescado pela manhã, para atender a pedidos, e soube do evento a partir da Vigilância Sanitária por volta das 11:30 hs, tendo na sequência visualizado que estava tudo inundado e coberto de camada grossa de óleo, sobre todo o cultivo de mariscos. Aduz que teria perdido por volta de 30.000 quilos de marisco, sendo que pela CETESB teria sido afirmado à época todo o material que teve contato com o óleo deveria ser descartado, tendo ido tudo para o lixo, em razão da contaminação, ainda que eventualmente não estivesse tudo morrido pelo contato com o óleo. Afirma que todos os pescadores da Praia das Cigarras foram prejudicados, ora pelo ocorrido, ora por não terem todos sido atendidos pela correção da TRANSPETRO. Alega que teria havido comprometimento pela TRANSPETRO de melhoria do rancho de pescas, em benefício aos pescadores locais, mas essa parte do acordado de melhorias o rancho de pescas local não foi cumprida pela TRANSPETRO, mas somente a parte da reposição pessoal de materiais de pesca da testemunha. Afirma ter havido uma série de dificuldades após o evento danoso, inclusive para se firmar o acordo, tendo ficado ao total cerca de 3 (três) anos e meio parado, até retomar as atividades com o nascimento dos novos mexilhões no local. A testemunha alega ainda que teria desautorizado a aplicação de solvente durante o procedimento de limpeza do óleo vazado pela TRANSPETRO, no receio de que causasse mal ainda maior e mais mortandade de mexilhões, mas ainda com a negativa, a TRANSPETRO aplicou o solvente para maior rapidez na limpeza, o que inclusive motivou a lavratura de Boletim de Ocorrência pela testemunha (fl. 38). A testemunha afirma que a produção foi prejudicada não apenas pela morte imediata por causa do óleo, em cerca de 1.000 quilos de mexilhão, mas também de forma gradativa pelo período de até 6 (seis) meses em virtude do contato com o óleo, tendo a camada de óleo sido muito grossa. Alega que por todo o período que cultivou mexilhões nunca tinha havido algum vazamento de óleo nas proximidades. Afirma que com certeza houve a mortandade de mariscos em razão do vazamento do óleo pela TRANSPETRO, sendo que até o tempo de novo cultivo se decorreu cerca de 3 (três) anos. Na época dos fatos além da testemunha havia ainda outros 2 (dois) maricultores que pertenciam à mesma associação, que também foram prejudicados com o vazamento do óleo pela TRANSPETRO. Durante os procedimentos de limpeza e reparos teria havido presença da CETESB e também da Prefeitura Municipal de São Sebastião. Apesar de as melhorias no rancho de pesca não terem sido consignadas no acordo, teria sido prometido pela TRANSPETRO mas tais providências não foram realizadas.

SR. FABRICIO ROBERTO DA COSTA: atuava na época como técnico de segurança do trabalho para empresa que prestava serviços para a TRANSPETRO, no serviço de reboque e atracamento de navios. Relata que foi quem viu o vazamento pela primeira vez, era uma sexta-feira, final de tarde, quando teria ido a um dos rebocadores da TRANSPETRO, e na volta de van teria visualizado o óleo borbulhando, sendo que logo após acionou o CRE (resposta à emergência) e um rapaz do CRE teria ido até o duto, rosqueado e fechado o vazamento. Quanto teria ido de van até o navio atracado não teria percebido o vazamento, mas ao retornar, em nem 15 (quinze) minutos, percebeu o vazamento e já acionou o CRE, tendo havido o fechamento rápido do duto. Aduz que não fazia parte de suas competências ou funções a fiscalização de vazamento do duto, mas a orientação à testemunha, como prestador de serviços à TRANSPETRO, era de que em qualquer incidente serem realizadas as devidas comunicações, como o fez ao acionar o CRE (resposta à emergência). A testemunha já vinha prestando serviços há

3 (três) anos à TRANSPETRO, sendo que jamais tinha sabido de algum vazamento de óleo no local. Prestou esclarecimentos em sede policial (fl. 17), tendo respondido em Juízo que a providência de imediato da TRANSPETRO foi a prontidão do responsável pelo CRE em subir e rosquear a válvula, tendo interrompido o vazamento do óleo. A emergência teria acionado um rebocador e pequenas embarcações para as medidas necessárias diante do vazamento de óleo. Pela mídia teria sido amplamente divulgado o vazamento, tendo sabido da interdição de praias.

3) SR. PAULO RAMIREZ DE OLIVEIRA CAMPOS: atuava na época como Supervisor de Grupo da TRANSPETRO, na equipe que estava trabalhando no momento do vazamento do óleo. Relata que quando do vazamento se encontrava na área da empresa ré TRANSPETRO, tendo sabido de imediato do fato. Confirma as declarações em sede policial, em 25/04/2013, no sentido de que como Supervisor de Operações, afirmou que o vazamento se deu no vent, na linha 22, gleba D, com a finalidade de abastecer os navios atracados no píer, e que referida linha 22 se encontrava inoperante em razão de manutenção pela equipe de pré-operação. A supervisão da testemunha seria a partir da entrega da linha para volta às operações. A planta isométrica possui a finalidade de demonstrar a situação de cada uma das válvulas que deveriam ser vistoriadas. A troca de tubulação se deu em razão de desgaste. O trecho entre o píer e o tanque no TEBAR teria em torno de 3,5 a 4 km, sendo que o check-list deveria ser resultado da inspeção visual da linha, embora possa haver falhas no procedimento de inspeção visual, não sendo sua atribuição. Após o vazamento, foi constatado que uma válvula estava aberta e os parafusos soltos. O que teria dado causa direta ao vazamento teria sido falha humana em “não se enxergar lá o instrumento” por onde ocorreu o vazamento a partir da liberação do óleo pela linha, após os reparos de manutenção. Após a abertura do tanque para enchimento da linha, ao passar o combustível pela linha houve o vazamento o óleo.

Em relação às oitivas das testemunhas de defesa, com íntegra constante das mídias acostadas aos autos, destaca-se o seguinte teor:

1) SR. NEVILLE DE OLIVEIRA PEREIRA: na ocasião dos fatos prestava serviços diretamente à TRANSPETRO como Coordenador de Execução de Manutenção no TEBAR. No procedimento de inspeção final, para verificação se a linha está adequada para retomada de atividades, houve uma falha na realização do check-list, quando se afirmou que todos os vents se encontravam fechados, visto que uma válvula se encontrava aberta, quando deveria se encontrar fechada e ter sido devidamente vistoriada na inspeção final. Desde 2008 atua perante a TRANSPETRO e não tem notícia de vazamentos de óleo anteriores. A inspeção visual da linha consistiria em uma verificação visual de todos os pontos da linha, para verificação in loco dos pontos onde as válvulas se encontram situadas na linha. O check-list constitui procedimento obrigatório e usual, estando os profissionais preparados para sua execução. A planta isométrica tem finalidade orientativa e como mapa da localização das válvulas e vents na linha de abastecimento do óleo, que, contudo, devem ser aferidas mediante inspeção presencial in loco. No caso do preenchimento do check-list, seria o caso de operador checar sim se o volante está realmente travado. O procedimento padrão da TRANSPETRO não traz detalhes sobre a forma de realização do check-list, mas como boa prática operacional e os empregados devam fazer uma checagem a pé onde haveria pontos de válvulas e vents.

2) SR. ALEXANDRE FARKAS PARRA PRIMEIRO: a verificação das válvulas e vents deve se dar a pé, mas mesmo pela posição das hastes da válvula se faz possível a verificação se a válvula está ou não aberta. No caso, a linha toda deveria ser vistoriada de forma presencial por toda sua extensão.

3) SR. JOÃO EUGENIO LOPES AVELAR: atuava como Coordenador de Operações do TEBAR, tendo afirmado que *a inspeção das válvulas e vents é visual e se necessário manual, tendo ainda como se verificar por inspeção visual se válvula se encontra aberta ou fechada. A vistoria e inspeção se fazem a pé, podendo haver o deslocamento com carro até os pontos de intervenção em que deve ocorrer a vistoria manual, não havendo, contudo, nada formal da TRANSPETRO no sentido de que a vistoria deve ser visual ou manual. Houve uma falha em não observar que uma válvula estava aberta. Houve instauração de procedimento de apuração interna, tendo se apontado em procedimento disciplinar pela ocorrência de falha humana, com apuração de responsabilidades de prepostos da TRANSPETRO e aplicação de sanções de suspensão de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses. Aduz não ter havido mudança nos procedimentos de segurança corporativamente pela TRANSPETRO, apenas em caráter interno do TEBAR mais detalhamento na inspeção da tubulação. Teria se constatado que a colocação de um andaime teria prejudicado a vistoria da válvula e vent aberto, sendo que a própria existência do andaime já aponta que teria havido reparo local, o que indica necessidade de vistoria a pé no local.*

4) SR^a SARA MARIA VIEIRA CARNEIRO: atuava na ocasião dos fatos como engenheira no TEBAR, desde 2010, tendo feito referências acerca da necessidade de vistoria de forma segura, a partir da verificação efetiva quanto ao fechamento das válvulas e vents.

Em sede de interrogatório da ré TRANSPETRO, foi ouvido o representante Sr. CLAUDIO SANTOS DE OLIVEIRA.

Na verdade, o que se observa foi que a TRANSPETRO não observou e nem fez bem cumprir os procedimentos e protocolos de segurança, dentre os quais o procedimento PE-3N7-00533-K, nos atos subsequentes ao reparo da tubulação 22-B, que liga o Terminal Almirante Barroso – TEBAR ao atracadouro do Porto de São Sebastião ao.

Após ter sido realizado o inicial esvaziamento de óleo da tubulação 22-B, com subsequentes serviços de solda na linha, que se fizeram necessários segundo apontamento pela manutenção, posteriormente à conclusão do reparo a TRANSPETRO não realizou de forma segura e satisfatória a necessária aferição pessoal, local (in loco) e preventiva perante toda a extensão da linha, para imperiosa certificação quanto ao efetivo fechamento de todas as válvulas e vents por onde passa o óleo MF380 desde o TEBAR até o ancoradouro do Porto de São Sebastião.

Cumpre asseverar que, conforme documentos técnicos, fotos e plantas que instruem os autos, sobretudo de fl. 501/513, faz-se possível a plena identificação visual na linha do “vent ø6 – LOCAL DO VAZAMENTO” (fl. 502/505), bem como a partir da PLANTA ISOMÉTRICA (fl. 508, 511 e 513), de maneira que, conforme reiteradamente asseverado, tanto a partir das informações técnicas dos autos, inclusive da própria ré TRANSPETRO, quanto através da produção da prova oral, o vazamento do óleo que deu causa imediata à contaminação ambiental decorreu da falha da TRANSPETRO em não fazer cumprir de forma devida, segura e obrigatória o procedimento de inspeção visual das válvulas e vents da linha, no período posterior à fase de reparo da linha pela manutenção.

Por conseguinte, após sinalização pelo check-list da Lista de Verificação Inspeção Final de Tubulações – Entrega de tubulações em Manutenção para a Operação, realizado por equipe multidisciplinar da TRANSPETRO (Manutenção, Inspeção e Operação) – de 04/05/2013 (fl. 460), no sentido de que estariam vistoriados e fechados todos os vents (“Os vents e drenos estão fechados? SIM – Os vents e dreno estão flangeados ou plugueados? SIM”) - quando na realidade não estavam de fato -, conforme documentos técnicos e oitivas em audiência,

verificou-se a partir a ré TRANSPETRO o “derramamento de óleo... no mar desta cidade a sua maricultura foi contaminada com tal óleo ocasionando a interdição por parte da Vigilância Sanitária em decorrência da contaminação dos insumos e de aproximadamente vinte mil quilos dos produtos destinados a comércio, entre matrizes e sementes. Além da interdição de mais quinhentos quilos do produto, aproximadamente, o qual tentou salvar da contaminação”, conforme inclusive consignado em *Boletim de Ocorrência* lavrado na ocasião perante a Polícia Civil de São Sebastião (fl. 38).

E, conforme informações técnicas da própria ré TRANSPETRO (fls. 113/116), “a empresa constatou, contudo, que o vazamento ocorreu em razão da falta de atendimento adequado ao procedimento”, ou seja, houve grave e catastrófica inobservância ao procedimento de segurança que determina a realização de vistoria pela equipe multidisciplinar após os reparos realizados na linha, restando evidenciada a AUTORIA da TRANSPETRO na medida em que a vistoria na tubulação 22-B pela TRANSPETRO, na realidade, ocorreu não de forma presencial e local (in loco), mas sim a bordo de um veículo coletivo (van) em movimento, quando de fato não se fez possível a visualização da válvula e vent a partir dos quais veio a ocorrer “o vazamento de 3.500 litros de óleo combustível marítimo MF-380 a partir de flange de 6” localizada na ponte de acesso ao Píer do TEBAR no final da tarde de 05/04/2013” pela TRANSPETRO, e que deu origem, segundo Informação Técnica da CETESB (fl. 41/46), a:

- contaminação de praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), além de manchas fragmentadas no mar ao longo do canal e próximas à linha costeira deste município

- as praias do ARRASTÃO e CIGARRAS também impróprias para banho

- mancha iridescente sobre uma cultura de mexilhões localizada nas proximidades do costão sul da Praia das CIGARRAS. A CETESB contatou de imediato a Vigilância Sanitária do Município informando sobre possível contaminação dos mariscos.

- contaminação de praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... ornando-as impróprias ao banho.

- houve impedimento do uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana, a Agência Ambiental de São Sebastião lavrou, com base nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal nº 6.514/2008, o Auto de Infração de Penalidade de Multa – AIIPM nº 68000045, à Transpetro, no valor de R\$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).

- as praias vistoriadas estavam com a bandeira vermelha da CETESB indicando que não estavam próprias para banho.

- Na praia do Arrastão constatou-se incidência de crustáceos marinhos em formas jovens mortos sem indicio de ataque de predadores.

- Os tambores plásticos utilizados nas mariculturas da praia das Cigarras também apresentam óleo impregnado. Constatou-se ainda um trecho em que galhos e vegetação estavam contaminados com óleo...

- o plantão da CETESB foi novamente acionado com denuncia de mortandade de camarões na praia do arrastão

Com efeito, a autoria da TRANSPETRO na prática dos crimes previstos no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, resta demonstrada a partir de elementos de prova convincentes, incontestes e robustos, que convergem de forma

uníssona para as conclusões constantes das seguintes considerações finais da Informação Técnica da CETESB, a:

Considerações finais

“Considera-se que houve contaminação ambiental causada por poluição do mar, solo (areia) e costões rochosos, cuja origem foi o vazamento de 3.500 litros de óleo combustível marítimo MF-380 a partir de flange de 6” localizada na ponte de acesso ao Píer do TEBAR no final da tarde de 05/04/2013.”
 “As praias atingidas foram: PORTO GRANDE, DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS (Incluindo o Costão do Arpoador), em SÃO SEBASTIÃO, e as praias CAPRI-CÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA em CARAGUATATUBA, que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, IMPEDINDO O USO PÚBLICO DAS PRAIAS pelo LANÇAMENTO DE SUBSTÂNCIAS NO MAR, SOB RISCO POTENCIAL À SAÚDE HUMANA.”

Por oportuno, quanto à *validade e aplicação das conclusões da CETESB quando em vitória subsequente aos fatos* que deram ensejo a esta ação penal, possuindo suas *informações técnicas*, portanto, os *atributos de legalidade e legitimidade*, cumpre reproduzir em parte os fundamentos constantes da sentença proferida nos autos de Ação Civil Pública nº 0000884-44.2014.403.6135, em trâmite perante este Juízo Federal e em que o MM. Juiz Federal Carlos Alberto Antonio Junior julgou parcialmente procedente a ação proposta pelo Município de Caraguatatuba em face da TRANSPETRO, em razão dos mesmos fatos e na esfera cível com as mesmas partes, já devidamente intimadas de seu inteiro teor (DJe de 09/05/2019), em que houve condenação ao ressarcimento de valores, pagamento de danos materiais e morais e, ainda, obrigação de fazer, mediante concessão de liminar:

“(…) Não convence a alegação da ré que a informação da CETESB não pode ser usada como prova. Trata-se de fatos dinâmicos, onde a CETESB teve participação decisiva na recuperação da área degradada, e, por informação técnica, relatou os acontecimentos e decisões tomadas ao longo do tempo. Não há prova melhor para se remontar a situação como efetivamente encontrava-se, do que referido documento. Ademais, a CETESB é ente público, que se rege pelos princípios constitucionais da Administração Pública, sendo que seus atos revestem-se dos atributos da legalidade e legitimidade. Não há motivos jurídicos que impliquem na dispensa do documento como meio de prova.”

Pelo Ministério Público Federal, em sede de *alegações finais*, foi enfatizado acerca da autoria da TRANSPETRO, nos seguintes termos:

“(…) o nexo causal entre o resultado naturalístico decorrente do delito imputado e as atividades da TRANSPETRO, tanto sob o prisma preventivo quanto de contenção/intenção do evento poluente, é cristalino nos autos. Isso se demonstra pelas inúmeras, e graves, deficiências metodológicas e operacionais nos seus sistemas/procedimentos de comunicação operacional; aferição e monitoramento de vazamentos; e retorno à operação após manutenção. (...) Resta patente a insuficiência das medidas de prevenção da atividade potencialmente poluente da ré, que acarretou o dano ambiental praticado sob o interesse e benefício do ente jurídico... Portanto, evidenciado o liame entre os fatos de que se trata e as atividades da ré, reputa-se clara a culpabilidade (reprovabilidade social) na (falta de) atuação da TRANSPETRO quanto aos fatos em tela, o que ratifica a imprescindibilidade de sua responsabilização penal. (fl. 1221-verso/1223-verso).

Acerca da autoria da TRANSPETRO em decorrência da *relação direta de causalidade* entre seus atos de manutenção, inspeção e execução e a ocorrência do derramamento do óleo MF380 no Canal de São Sebastião, tendo inequivocamente *dado causa ao resultado do crime*, faz-se relevante a reprodução do art. 13, do Código Penal:

Relação de causalidade

Art. 13 - O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Ainda, *fato grave e reprovável* a ser pontuado nesta fundamentação, e conforme inclusive constou das oitivas de testemunhas, interrogatório do representante da ré TRANSPETRO e, inclusive, informações apresentadas aos autos pela Agência Nacional do Petróleo – ANP (fl. 24/26 e 1221-verso), verifica-se que, **MESMO APÓS A PROVOCAÇÃO DO VAZAMENTO DOS 3.500 LITROS DO ÓLEO MF380, a partir do vent 6” que se encontrava aberto quando dos procedimentos pós reparo na linha pela manutenção, NÃO SE VERIFICA QUALQUER ALTERAÇÃO OU APERFEIÇOAMENTO PELA TRANSPETRO NOS PROCEDIMENTOS DE SEGURANÇA**, tampouco incremento na forma como deve ocorrer a inspeção visual presencial quando do check-list das válvulas e vents que compõem a linha 22 de abastecimento que liga o TEBAR ao Porto de São Sebastião, visto que “se contentou em manter seus sistemas e procedimentos de monitoramento, prevenção e contenção de vazamentos tal como o eram antes dos fatos” (fl. 1222-verso), conforme inclusive apontou o Ministério Público Federal em suas alegações finais, o que conduz à conclusão de *permanência do elevado risco e vulnerabilidade das atividades e procedimentos da TRANSPETRO nos atos de manutenção, inspeção e operação perante o Terminal Almirante Barroso – TEBAR em São Sebastião*, o que certamente merece e exige reformulação e necessárias melhorias nos procedimentos técnicos de segurança de manutenção, inspeção e operação pela TRANSPETRO no TEBAR.

E, acerca da autoria da TRANSPETRO na esfera cível, para fins de condenação ao dever de reparação cível em virtude dos danos ambientais verificados, constou da r. sentença dos sobreditos autos de Ação Civil Pública nº 0000884-44.2014.403.6135o seguinte teor, em parte:

“No caso dos autos, é patente que houve impedimento de uso público das praias da região (todas sob a área de competência desta Justiça Federal, frise-se) em razão de terem sido atingidas pelo produto vazado; é patente, também, que houve perda da produção dos maricultores. Não se pode falar, assim, que a pronta intervenção da ré impediu totalmente qualquer dano a coletividade. (...)

Assim, impõe-se admitir a condenação da ré por danos ambientais, resultando em prejuízo difuso pelo atingimento de praias e sua interdição, bem como em prejuízo coletivo dos maricultores da região. Nos exatos termos da Lei n. 6.938/81, a responsabilização ambiental independe de dolo ou culpa, sendo modalidade de responsabilidade objetiva. Logo, como nos autos está provado o dano, sendo a conduta da parte ré incontroversa, impõe-se a responsabilização, na medida em que o nexo causal é facilmente aferível pela tão só existência do acidente em si (teoria do risco integral). (...) (Grifo nosso).

Não obstante se tratar de *pessoa jurídica*, com sede situada no Município do Rio de Janeiro, é incontroverso que a ré TRANSPETRO possui sede de instalações situadas no Município de São Sebastião-SP, onde atuante o Terminal Almirante Barroso – TEBAR, sendo ainda evidente que todos os atos que culminaram na grave contaminação ambiental, impedimento do

uso de praias e mortandade de flora e fauna marinhas decorrem das ordens, procedimentos de segurança e interesse econômico da própria TRANSPETRO quando do exercício da manutenção, inspeção e operação de suas atividades, motivos pelos quais os crimes ambientais devem ser atribuídos à autoria da ré TRANSPETRO, a partir de sua responsabilização penal prevista na Constituição Federal, art. 225, § 3º, e na Lei nº 9.605/1995, art. 3º:

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

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, PESSOAS físicas ou JURÍDICAS, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

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

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

Conforme se consignou nas informações prestadas por este *Juízo Federal* nos *Mandados de Segurança Criminal nº 0023262-66.2014.4.03.0000/SP e nº 0018437-11.2016.4.03.0000/SP*, que tramitaram perante *Eg. TRF da 3ª Região*, sobre a *responsabilização penal da pessoa jurídica* prevista no art. 225, § 3º, da *Constituição Federal*, fez-se oportuna a citação do seguinte precedente do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

“AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO DA PESSOA FÍSICA. Tese do condicionamento da responsabilização penal da pessoa jurídica à simultânea identificação e persecução penal da pessoa física responsável, que envolve, à luz do art. 225, § 3º, da Carta Política, questão constitucional merecedora de exame por esta Suprema Corte. Agravo regimental conhecido e provido”. (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

E, ante a relevância da matéria relativa à *responsabilização penal da pessoa jurídica*, que possui *matriz constitucional* no art. 225, § 3º, da *Constituição Federal*, e ao “*condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural*” (*dupla imputação*), extraí-se do relatório, do voto e do esclarecimento da *Eminente Relatora Ministra Rosa Weber* o seguinte teor, em que conclui que “*Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural*”, in verbis:

“RELATÓRIO (...) Breve histórico do caso é oportuno.

O Ministério Público Federal do Estado do Paraná formulou, em 02.8.2001, denúncia contra Petrobras - Petróleo Brasileiro S/A, Henri Philippe Reichstul e Luiz Eduardo Valente Moreira pelo crime de poluição previsto no art. 54 da Lei nº 9.605/1998. A denúncia foi recebida em

03.8.2001 pela ilustre Juíza Federal Bianca Georgia Arenhart Munhoz da Cunha.

Transcrevo trecho da denúncia que resume o fato delitivo:

“No dia 16 de julho de 2000, a denunciada Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A, explorando empreendimento de refino de petróleo em unidade situada no Município de Araucária - Estado do Paraná, denominada Refinaria Presidente Getúlio Vargas - REPAR, juntamente com os denunciados Henri Philippe Reichstul, Presidente da empresa, e Luiz Eduardo Valente Moreira, Superintendente da refinaria, acabaram por poluir os Rios Barigui e Iguaçu e suas áreas ribeirinhas, por meio do vazamento de aproximadamente quatro milhões de litros de óleo cru, provocando a mortandade de animais terrestres e da fauna ictiológica, além da destruição significativa da flora, porque embora tenham colocado em risco o meio ambiente pela exploração e gerenciamento de atividade altamente perigosa, deixaram em contrapartida de adotar medidas administrativas e de impor o manejo de tecnologias apropriadas - dentre as disponíveis – para prevenir ou minimizar os efeitos catastróficos que uma mera falha técnica ou humana poderia provocar em atividades desta natureza.

Durante o trâmite da ação penal, a Petrobras – Petróleo Brasileiro S/A buscou o trancamento da ação penal por meio de mandado de segurança impetrado junto ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Diante de acórdão denegatório (fls. 274-360), interpôs recurso ordinário ao Superior Tribunal de Justiça;

(...)

Quanto à Petrobras, é da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça que a responsabilidade penal da pessoa jurídica exige a “imputação simultânea da pessoa moral e da pessoa física que, mediata ou imediatamente, no exercício de sua qualidade ou atribuição conferida pelo estatuto social, pratique o fato crime, atendendo-se, assim, ao princípio do *nullum crimen sine actio humana*” (fl. 567) Como, pela decisão do Supremo Tribunal Federal no HC 83.554-6/PR e pela extensão de ofício da ordem pelo Superior Tribunal de Justiça, não mais figuravam no polo passivo pessoas físicas responsáveis pelo crime, entendeu o Tribunal Superior que a ação penal não poderia prosseguir somente contra a pessoa jurídica.

(...)

Em seguida, interposto recurso extraordinário pelo Ministério Público Federal (fls. 610-22) que aponta, como dispositivos violados, o art. 5º, XLV, LIII, LIV, LV, LVII, e o art. 225, § 3º, todos da Constituição Federal.

(...)

VOTO (..)

A acusação, na origem, se fez pelo crime de poluição ambiental do art. 54 da Lei nº 9.605, de 12.02.1998:

(...)

Por seu turno, eis o teor do § 3º do art. 225 da Carta Política de 1988:

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

§ 3º As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativa, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

Da leitura do preceito acima, em cotejo com as razões de decidir que desafiaram o extraordinário, entendo presente questão constitucional maior, qual seja a do condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação e manutenção, na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural, exigência que me parece não existir no art. 225, § 3º, da Constituição Federal.

Nesse contexto, julgo merecer provimento o agravo regimental, a fim de assegurar o processamento do recurso extraordinário, viabilizando a esta Suprema Corte melhor exame da questão constitucional debatida. Ante o exposto, voto pelo provimento do agravo regimental.

É como voto.

ESCLARECIMENTO (...)

Eu, com todo respeito, *entendo que há uma questão constitucional maior envolvida (ao menos numa primeira visão, numa primeira leitura). Não me parece existir no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal, condicionamento da responsabilização da pessoa jurídica a uma identificação, e manutenção na relação jurídico-processual, da pessoa física ou natural.* (RE 548181 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 14/05/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-117 DIVULG 18-06-2013 PUBLIC 19-06-2013 – Grifou-se).

Ainda, consta às fls. 819/821 cópia do *inteiro teor da decisão do STJ no RESP nº 1.579.538/SP, que reformou o acórdão do Eg. TRF d 3ª Região e afastou o trancamento desta ação penal em relação à ré TRANSPETRO, por se admitir sua responsabilização penal independentemente da responsabilização de seus dirigentes (Teoria da Dupla Imputação):*

“DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, fundamentado nas alíneas “a” e “c” do permissivo constitucional, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Colhe-se dos autos que a ora recorrida interpôs mandado de segurança contra ato do Juízo da 1ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Caraguatatuba/SP que recebeu denúncia oferecida contra si e demais corréus, pela suposta prática do delito tipificado no art. 54, § 2º, IV e V, combinado com o art. 3º, ambos da Lei n. 9.605/98 (causar poluição), em virtude do “lançamento de 3.500 litros de óleo diesel marítimo (MF - 380 Marine Fuel Oil), em níveis que resultaram e puderam resultar em danos à saúde humana, bem como provocaram a mortandade de animais da fauna marítima, dificultando o uso das praias “ (e-STJ fl. 1.122). O Tribunal de origem concedeu a segurança para trancar a ação penal, em acórdão assim ementado (e-STJ fl. 1.126): (...)

É o relatório. Decido.

O recurso merece prosperar.

Com efeito, o acórdão recorrido decidiu de forma contrária ao entendimento desta Casa, firmado em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes precedentes: (...)

‘PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRECINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. (...) (AgRg no RMS 48.085/PA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, QUINTA TURMA, julgado em 05/11/2015, DJe 20/11/2015, grifei).’

(...)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial a fim de, cassando o acórdão recorrido, determinar o regular prosseguimento da ação penal.”

Portanto, conforme decisão do Eg. STJ no RESP nº 1.579.538/SP, foi determinado o regular prosseguimento desta ação penal em face da Petrobrás Transporte S/A, sob o relevante fundamento de que: “em harmonia com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal,... não se pode condicionar a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. Ou seja, a responsabilidade penal por crime ambiental de pessoa jurídica independe da imputação concomitante da pessoa física que age em seu nome”.

E, sobre a responsabilização da pessoa jurídica e, por conseguinte, a responsabilidade da TRANSPETRO pelos fatos objeto destes autos, independentemente da dupla imputação, ou seja, da necessária responsabilização das pessoas físicas atuantes na gestão da empresa (Teoria da Dupla Imputação), seguem relevantes precedentes do Supremo Tribunal Federal e Superior Tribunal de Justiça:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO. DIREITO PENAL. CRIME AMBIENTAL. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA. CONDICIONAMENTO DA AÇÃO PENAL À IDENTIFICAÇÃO E À PERSECUÇÃO CONCOMITANTE DA PESSOA FÍSICA QUE NÃO ENCONTRA AMPARO NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. 1. O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação. 2. As organizações corporativas complexas da atualidade se caracterizam pela descentralização e distribuição de atribuições e responsabilidades, sendo inerentes, a esta realidade, as dificuldades para imputar o fato ilícito a uma pessoa concreta. 3. Condicionar a aplicação do art. 225, §3º, da Carta Política a uma concreta imputação também a pessoa física implica indevida restrição da norma constitucional, expressa a intenção do constituinte originário não apenas de ampliar o alcance das sanções penais, mas também de evitar a impunidade pelos crimes ambientais frente às imensas dificuldades de individualização dos responsáveis internamente às corporações, além de reforçar a tutela do bem jurídico ambiental. 4. A identificação dos setores e agentes internos da empresa determinantes da produção do fato ilícito tem relevância e deve ser buscada no caso concreto como forma de esclarecer se esses indivíduos ou órgãos atuaram ou deliberaram no exercício regular de suas atribuições internas à sociedade, e ainda para verificar se a atuação se deu no interesse ou em benefício da entidade coletiva. Tal esclarecimento, relevante para fins de imputar determinado delito à pessoa jurídica, não se confunde, todavia, com subordinar a responsabilização da pessoa jurídica à responsabilização conjunta e cumulativa das pessoas físicas envolvidas. Em não raras oportunidades, as responsabilidades internas pelo fato estarão diluídas ou parcializadas de tal modo que não permitirão a imputação de responsabilidade penal individual. 5. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte conhecida, provido. (RE 548181, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 06/08/2013, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-213 DIVULG 29-10-2014 PUBLIC 30-10-2014 – Grifo nosso).

“PROCESSUAL PENAL. CRIME AMBIENTAL. DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO. DESCRIÇÃO PORMENORIZADA DA CONDUTA DOS GESTORES DA EMPRESA. PRESCINDIBILIDADE. ART. 54 DA LEI N. 9.605/1998. CRIME FORMAL. POTENCIALIDADE EVIDENCIADA. LAUDO QUE ATESTA VÍCIOS NA ESTRUTURA UTILIZADA PELA EMPRESA. RESPONSABILIDADE QUE NÃO SE AFASTA EM RAZÃO DE CULPA OU DOLO DE TERCEIROS. 1. A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 548.181/PR, de relatoria da em. Ministra Rosa Weber, decidiu que o art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes

ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. 2. Abandonada a teoria da dupla imputação necessária, eventual ausência de descrição pormenorizada da conduta dos gestores da empresa não resulta no esvaziamento do elemento volitivo do tipo penal (culpa ou dolo) em relação à pessoa jurídica. 3. De acordo com o entendimento deste Tribunal, a Lei de Crimes Ambientais deve ser interpretada à luz dos princípios do desenvolvimento sustentável e da prevenção, indicando o acerto da análise que a doutrina e a jurisprudência têm conferido à parte inicial do art. 54, da Lei n. 9.605/1998, de que a mera possibilidade de causar dano à saúde humana é suficiente para configurar o crime de poluição, dada a sua natureza formal ou, ainda, de perigo abstrato. 4. Concretização do dano que evidencia a potencialidade preexistente. 5. Responsabilidade que não se afasta em razão de culpa ou dolo de terceiros, considerando-se a existência de laudo técnico que atesta diversos vícios referentes à segurança da estrutura utilizada pela empresa para o transporte de minério destinado à sua atividade econômica. 6. Agravo regimental desprovido...” (AROMS - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 48085 2015.00.87565-0, GURGEL DE FARIA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA: 20/11/2015 – Grifo nosso).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA. RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA POR CRIME AMBIENTAL: DESNECESSIDADE DE DUPLA IMPUTAÇÃO CONCOMITANTE À PESSOA FÍSICA E À PESSOA JURÍDICA. 1. Conforme orientação da 1ª Turma do STF, “O art. 225, § 3º, da Constituição Federal não condiciona a responsabilização penal da pessoa jurídica por crimes ambientais à simultânea persecução penal da pessoa física em tese responsável no âmbito da empresa. A norma constitucional não impõe a necessária dupla imputação.” (RE 548181, Relatora Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 6/8/2013, acórdão eletrônico DJe-213, divulg. 29/10/2014, public. 30/10/2014). 2. Tem-se, assim, que é possível a responsabilização penal da pessoa jurídica por delitos ambientais independentemente da responsabilização concomitante da pessoa física que agia em seu nome. Precedentes desta Corte. 3. A personalidade fictícia atribuída à pessoa jurídica não pode servir de artifício para a prática de condutas espúrias por parte das pessoas naturais responsáveis pela sua condução. 4. Recurso ordinário a que se nega provimento... (ROMS - RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 39173 2012.02.03137-9, REYNALDO SOARES DA FONSECA, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:13/08/2015 – Grifo nosso).

“PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CRIME AMBIENTAL. OMISSÃO NO ACÓRDÃO. INEXISTÊNCIA. OFENSA AO ARTIGO 54, § 2º, V, DA LEI Nº 9.605/98. NÃO OCORRÊNCIA. POLUIÇÃO. VAZAMENTO DE ÓLEO DIESEL. CONTAMINAÇÃO DO LENÇOL FREÁTICO COM BENZENO EM NÍVEIS SUPERIORES AO ACEITÁVEL PELA NORMA, DEVIDAMENTE DEMONSTRADA NOS AUTOS. PRODUTO CANCERÍGENO. RISCO À SAÚDE HUMANA COMPROVADO. AGRAVO NÃO PROVIDO. 1. No que tange à alegada ofensa ao art. 1.022 do CPC, sob o argumento de que o tipo de perigo abstrato não dispensa a prova de risco de perigo, demandando a realização de prova específica, não se verifica-se a apontada omissão, uma vez que essa questão encontra-se suficientemente examinada no âmbito do acórdão que julgou os aclaratórios. 2. Quanto à suscitada negativa de vigência ao art. 54, da Lei 9.605/98, sob o argumento de que “é necessário que a poluição alcance níveis capazes de causar danos à saúde humana”, também não assiste razão aos recorrentes. Isso porque, consoante se depreende do excerto transcrito, no caso ora examinado, constatou-se, por meio da Nota Técnica do ICMBio, elaborada em 29/12/2011, que o lençol freático foi contaminado por produto carcinogênico, qual seja o benzeno, em concentrações superiores àsquelas estabelecidas pela Resolução CONAMA 420/09, o que, por si só, é suficiente para causar danos à saúde humana, não sendo necessário, conforme

destacado pelo Tribunal a quo, a demonstração de lesão efetiva aos moradores da região.
3. Agravo regimental a que se nega provimento...” (AGARESP - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 1273153 2018.00.79311-1, RIBEIRO DANTAS, STJ - QUINTA TURMA, DJE DATA:01/08/2018 – Grifo nosso).

Comprovada nos autos, portanto, a *autoria*. Passo, por fim, à análise da *tipicidade*.

C) TIPICIDADE

Lei nº 9.605/1998, artigo 54, § 2º, incisos IV e V c/c artigo 3º:

“Da Poluição e outros Crimes Ambientais

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

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

(...)

Art. 54. Causar poluição de qualquer natureza em níveis tais que resultem ou possam resultar em danos à saúde humana, ou que provoquem a mortandade de animais ou a destruição significativa da flora:

Pena - reclusão, de um a quatro anos, e multa.

(...)

§ 2º Se o crime:

(...)

IV - dificultar ou impedir o uso público das praias;

V - ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos:

Pena - reclusão, de um a cinco anos. (...)”

A partir dos *elementos do tipo penal* consubstanciado na *denúncia*, *não se exige dolo específico* por parte da ré TRANSPETRO para sua incursão nas *penas do artigo 54, § 2º, incisos IV e V, da Lei nº 9.605/1998*, mas o *dolo genérico* em “*dificultar ou impedir o uso público das praias*” (*inciso IV*) e “*ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos*” (*inciso V*).

Trata-se, ainda, de *crime de perigo abstrato*, ou seja, cuja *consumação independe de qualquer resultado da ação do agente*, tal como se *verifica ter ocorrido por parte da TRANSPETRO* no caso desta ação penal.

E o *dolo* inerente à *prática delitiva* se verifica pela TRANSPETRO justamente nas suas *ações perpetradas* na medida em que *pela própria ré se constatou em suas informações técnicas* ter ocorrido “*Vistoria inadequada e insuficiente da tubulação conforme Lista de Verificação – itens 1 e 2 do anexo D do procedimento PE-3N7-00533-K.*” (da fls. 113/116), dando causa a “*uma das válvulas (Figuras 06 a 08) encontrava-se, no momento da liberação do material combustível, inadequadamente aberta e sem a sua tampa superior;*”, conforme *Laudo de Perícia Criminal da Polícia Federal* (fl. 138/152), o que causou a “*contaminação de praias de São Sebastião (Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras), e... contaminação de praias de Caraguatatuba (Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha)...* que tiveram a *balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento*

de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Assim, no caso dos autos, infere-se que a *materialidade e a autoria* são *incontroversos*, bem como o *dolo do agente*.

Portanto, *comprovadas a materialidade, a autoria e o dolo da TRANSPETRO na prática do crime ambiental, e não ser verificando qualquer causa excludente da antijuridicidade, tipicidade ou culpabilidade*, impõe-se a *condenação da ré TRANSPETRO às penas previstos no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98.*

Passo à dosimetria da pena.

II. 2 - DOSIMETRIA DA PENA

Inicialmente, cumpre registrar que, para a *dosimetria da pena*, em virtude das *circunstâncias judiciais (CP, art. 59) (primeira fase) e agravantes e atenuantes (CP, art. 61 e 65) (segunda fase)*, o *aumento da pena-base* será realizado *tomando-se em consideração o montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal (“Pena - reclusão, de um a cinco anos”)*, e *não tão somente a pena-mínima*, para obtenção do *patamar de valoração* (SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória*, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), sobretudo em virtude do *princípio da proporcionalidade* e para que seja fixado o *parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime*.

E, para cada *circunstância judicial (CP, art. 59)* valorada de forma *desfavorável*, *será elevada a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima*, considerando a existência das *circunstâncias judiciais (CP, art. 59)* a serem apreciadas, não obstante a impossibilidade de o comportamento da vítima ser sopesado em prejuízo ao réu, para efeito de *justa equivalência* entre o número total de circunstância judiciais previstas em lei.

Quanto às *agravantes e atenuantes*, considerando o *parâmetro ordinário utilizado pela doutrina e pela jurisprudência*, para cada *agravante ou atenuante (CP, arts. 61 e 65)* será *elevada ou reduzida a pena-base sobre o intervalo entre a pena em abstrato mínima e máxima do preceito secundário do tipo penal*, observado que *“a incidência da circunstância atenuante não pode conduzir à redução da pena abaixo do mínimo legal.” (Súmula nº 231/STJ).*

Ainda, *“as agravantes ou atenuantes não necessariamente incidirão sobre a pena-base, somente ocorrendo se esta for maior ou igual ao intervalo de pena em abstrato do preceito secundário, caso contrário*, malgrado haja pena concreta dosada, as *agravantes e atenuantes* serão fixadas com *parâmetro na base de cálculo das circunstâncias judiciais*, sob pena de as *agravantes* tornarem-se menos gravosas e as *atuantes* menos benéficas do que as meras *circunstâncias judiciais* da primeira etapa, o que subverteria o *sistema hierárquico da dosimetria trifásica*”. (STJ: HC 333.087/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 28/09/2016; HC 325.961/RJ, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 18/08/2016, DJe 24/08/2016).

Conforme o *Supremo Tribunal Federal*, na *fixação da pena*, o *princípio da proporcionalidade* deverá ser o *norte utilizado pelo julgador* para a sua dosagem, a partir das *peculiaridades do caso concreto* (Informativo nº 563 - STF ref. HC nº 97056/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski - 13/10/2009). E, sobre os *parâmetros* acima referidos para a *fixação da pena*, os seguintes *precedentes jurisprudenciais do STJ e Tribunais Regionais Federais*: HC 345.398/SP, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 10/06/2016; HC 291.506/PE, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 29/08/2016; HC 180.167/MG, Rel. Ministro

Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe 24/08/2016; TRF3 - ACR 00013046420084036004, Rel. Cecília Mello, Décima Primeira Turma, e-DJF3 Judicial 1: 06/07/2016. Por oportuno, cons-tou de *relevante precedente do TRF5: “Posições extremadas que podem ser temperadas, aproveitando-se adminículos relevantes de cada uma delas: i) a fixação da pena não pode ter precisão aritmética, mas, por outro lado, as oito circunstâncias devem ser sopesadas, nada impedindo que uma prepondere ante as demais”* (TRF5 - ACR 200581000145860, Rel. Rogério Fialho Moreira, Segunda Turma, DJ - Data: 22/10/2008).

Na hipótese de existência de *inquéritos policiais ou ações penais em curso*, em que *não haja condenação com trânsito em julgado*, não serão tais elementos utilizados para elevar a pena-base, ante o teor da Súmula nº 444/STJ. E, na concorrência entre *mais de uma conde-nação em desfavor do réu*, observado o prazo limite do CP, art. 64, inciso I, serão distribuídas entre a primeira fase (*maus antecedentes*) e a segunda fase (*reincidência*) da aplicação da pena, de maneira afastar *bis in idem* e não haver *valoração negativa em duplicidade sobre o mesmo fato (condenação)*.

Consagrado no Código Penal o *critério trifásico para o cálculo da pena (art. 68)*, início pela primeira fase na *fixação da pena-base*, considerando as *circunstâncias judiciais* do art. 59 do diploma penal, em exegese que alcance a pena necessária para atender ao *grau de reprova-ção da conduta* e que seja *suficiente para prevenir o crime (prevenção genérica e específica)*

Na primeira fase de aplicação da pena, observo em relação às *circunstâncias judiciais* que a *culpabilidade se encontra evidentemente exacerbada*, tendo em vista a *elevada lesi-vidade e reprovabilidade dos atos perpetrados pela ré TRANSPETRO na prática de crime ambiental no canal de São Sebastião*, em que restou comprovado que o crime fora cometido em razão da *séria inobservância a procedimento de segurança interna*, conforme *apontam reiteradamente os documentos técnicos dos autos, demonstram os relatos das testemunha ouvidas em Juízo e se reconhece em relatório da própria ré TRANSPETRO*:

“(…) a empresa constatou, contudo, que o vazamento ocorreu em razão da falta de atendimentos adequado ao procedimento.” (fl. 113/116)

“o procedimento PE-3N7-00156-Q – “Liberação de Equipamentos da Operação para Manu-tenção” não foi observado adequadamente.” (fl. 123)

Outrossim, *eleva a culpabilidade da ré TRANSPETRO o fato de que a identificação do derramamento de óleo no mar dependeu de atuação externa e independente dos procedi-mentos de segurança da TRANSPETRO*, ou seja, fora visualizado no primeiro momento por *funcionário terceirizado (testemunha Sr. Fabricio Roberto Da Costa)* que retornava do píer do Porto de São Sebastião, *não tendo se identificado a atuação de mecanismos de segurança da TRANSPETRO na aferição a ocorrência do vazamento*, visto que os *testes de pressão e teste hidrostáticos não foram aplicados após a realização do reparo na linha de abasteci-mento 22, visto que se esta encontrava vazia*, conforme reiteradamente pontuado durante a *produção de prova oral*.

Os motivos e as circunstâncias do crime, embora graves, foram os normais da espécie.

Já as consequências devem consideradas *negativamente*, em razão do *grande número de praias que tiveram impedimento em seu uso pelo público (inciso IV)*, visto que *causou a “contaminação de praias de São Sebastião (Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras), e... contaminação de praias de Caraguatatuba (Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha)...* que

tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Ainda, em virtude da *mortandade das culturas de mariscos e camarão na região atingida pelo derramamento do óleo pela TRANSPETRO (inciso V)*, conforme *informações técnicas da CETESB, Boletim de Ocorrência e relato de testemunha*. Conforme ainda asseverou o Ministério Público Federal em suas alegações finais:

“Diante de todos os fatos elucidados nesta ação, mostra-se imprescindível que, na dosimetria da pena, sejam levadas em conta as consequências do crime (art. 59 do Código Penal) como circunstância apta a agravar a(s) sanção(ões) penal(is).

Afinal, conforme se depreende do exposto, no item ii (materialidade), os fatos em questão repercutiram, de forma anormal e grave, no direito difuso de acesso às praias afetadas pelo vazamento de óleo, bem como na atividade laboral de diversos maricultores da região afetada” (fl. 1224-verso).

Não há que se falar em *comportamento das vítimas*. A ré é primária e, na data do cometimento do delito, não ostentava maus antecedentes.

Também não há nos autos, elementos por meio dos quais se possa valorar sua *conduta social* e sua *personalidade*.

Portanto, *tratando-se da incidência do inciso IV (“dificultar ou impedir o uso público das praias”) e do inciso V (“ocorrer por lançamento de resíduos sólidos, líquidos ou gasosos, ou detritos, óleos ou substâncias oleosas, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou regulamentos)*, bem como *havendo 2 (duas) circunstâncias judiciais desfavoráveis (culpabilidade e consequências do crime)*, e, ainda, *tomando-se em consideração o montante de pena correspondente ao intervalo entre a pena em abstrato mínima (1 ano) e máxima (5 anos) do preceito secundário do tipo penal (“Pena - reclusão, de um a cinco anos”)* para obtenção do patamar de valoração (SCHMITT, Ricardo Augusto. Sentença Penal Condenatória, 5ª ed. rev. e atual., Salvador, Editora JusPodivm, 2010. p. 125), em aplicação ao princípio da proporcionalidade e para que seja fixado o parâmetro necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime, fixo a pena-base em 4 (quatro) anos de reclusão.

Na segunda fase de aplicação da pena, sem atenuantes e agravantes a serem consideradas.

Na terceira fase, nada a considerar, tornando definitiva a pena de 4 (quatro) anos de reclusão, considerando tal parâmetro como necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime em comento.

As circunstâncias judiciais (CP, art. 59) permitem que o regime inicial de cumprimento da pena seja o aberto, a teor do que diz o art. 33, §2º, alínea “c”, do CP, tendo em vista que o montante resultante da soma das penas privativas de liberdade é igual ou inferior a 4 (quatro) anos.

Tratando-se a ré de pessoa jurídica, na aplicação da pena observa-se estarem presentes os requisitos previstos nos incisos I a III do art. 44 do CP, tratando-se de crime praticado sem violência ou grave ameaça, ré não reincidente em crime doloso e por entender ser suficiente à prevenção e repressão do crime praticado, incidindo em razão a pena aplicada de 4 (quatro) anos o art. 44, § 2º (§ 2º Na condenação... se superior a um ano, a pena privativa de liberdade pode ser substituída por uma pena restritiva de direitos e multa ou por duas restritivas de direitos), bem como os termos da Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21,

incisos I (multa) e III (prestação de serviços à comunidade), substituo a pena privativa de liberdade aplicada por prestação de serviços à comunidade e multa (isoladas e cumulativas – art. 3º, da Lei nº 9.605/98), nos seguintes termos:

a) **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE**, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias nas áreas de praias dos Municípios de São Sebastião e de Caraguatatuba que sofreram contaminação em razão do crime ambiental praticado pela TRANSPETRO, quais sejam em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46), incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado; (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, e (iv) revitalização dos ranchos de pesca dos maricultores e pescadores locais situados nas praias relacionadas, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB, e

b) **MULTA**, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação a órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substancias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, segundo relatório da CETESB (fl. 41/46), conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal.

Com efeito, o elevado valor da multa aplicada se justifica na medida em que observados os parâmetros legais do Código Penal (art. 45, § 3º: “montante do prejuízo causado” e art. 60: “Na fixação da pena de multa o juiz deve atender, principalmente, à situação econômica do réu”) e da Lei de Crimes Ambientais (Lei nº 9.605/98, art. 6º, (“Para imposição e graduação da penalidade, a autoridade competente observará: I - a gravidade do fato, tendo em vista... suas consequências para a saúde pública e para o meio ambiente;... III - a situação econômica do infrator, no caso de multa.”), considerada a condição econômica da ré TRANSPETRO, pessoa jurídica em atividade econômica no Terminal Almirante Barroso – TEBAR de São Sebastião desde 11/09/2000, que evidentemente alcança lucros expressivos em sua atividade perante o TEBAR situado junto ao Porto de São Sebastião, e com capital social que supera a dezena dos milhões de reais (Fonte: Junta Comercial do Estado de São Paulo - JUCESP - https://www.jucesponline.sp.gov.br/Pre_Visualiza.aspx?nire=33300260391&idproduto=- Acesso em: 24/05/2019).

Ademais, impõe-se que sejam levados em consideração, para o arbitramento do valor da multa que substitui a pena privativa de liberdade, as graves e catastróficas consequências

do derramamento de 3.500 litros de óleo MF380 no Canal de São Sebastião, o que causou a interdição de quase 10 (dez) praias dos Municípios de São Sebastião e Caraguatatuba, em especial “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Outrossim, como também parâmetro a ser considerando na imposição da multa na esfera penal, conforme Informação Técnica da CETESB, de 23/04/2013 (fl. 41/58), “considerando que houve impedimento do uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana, a Agência Ambiental de São Sebastião lavrou, com base nos artigos 61 e 62 do Decreto Federal nº 6.514/2008, o Auto de Infração de Penalidade e Multa – AIIP nº 68000045 [de 08/04/2013 – fl. 53], à TRANSPETRO, no VALOR DE R\$ 10.000.000,00 (DEZ MILHÕES DE REAIS)” (fl. 43-vero), além de obrigações de fazer consistentes no “relatório detalhado do incidente”, “monitoramento das áreas afetadas” e “plano de contingência para que casos semelhantes de vazamento de óleo oriundo do Terminal atingindo o mar não se repitam, informando à CETESB as medidas tomadas ou a serem tomadas, no prazo de 60 (sessenta dias).”, de maneira que a multa penal ora aplicada representa, em valores desatualizados, visto que o Auto de Infração de Penalidade e Multa – AIIP nº 68000045 data de 08/04/2013 (fl. 53), já há mais de 6 (seis) anos, a importância equivalente a 20% (vinte por cento) do valor imposto a título de multa na esfera administrativa pela CETESB, que, até o término da instrução penal, não constava qualquer informação acerca de seu efetivo pagamento pela TRANSPETRO.

Ainda, há que se considerar a comprovada mortandade de culturas de mariscos e camarões de pescadores locais, e ainda o tempo de cerca de até 3 (três) anos para terem restauradas a fauna e flora marinhas e restabelecida a produção local de pescados que atende à subsistência familiar, conforme demonstram os laudos, informações técnicas, boletim de ocorrência, notícias, fotos e declarações em sede policial e das testemunhas em Juízo que instruem estes autos de ação penal.

Ante a gravidade dos atos delitivos da TRANSPETRO e as nocivas consequências do crime ambiental praticado, o Ministério Público Federal, ante a presença dos requisitos legais objetivos e subjetivos, houve por bem efetuar proposta de suspensão condicional do processo à ré TRANSPETRO, mediante o pagamento da importância de R\$ 3.000.000,00 (três milhões de reais), para destinação a órgãos ambientais do litoral norte de São Paulo (fl. 838/839), somada a outras condições estabelecidas na proposta, o que, contudo não fora aceito pela TRANSPETRO, que optou pelo prosseguimento da instrução penal e julgamento do feito.

E, dentre as justificativas do elevado valor proposto, sustentou o Ministério Público Federal:

“O referido valor [R\$ 3.000.000,00] como condicionante par a suspensão condicional do processo se justifica pela dimensão do dano causado pela empresa poluidora, uma vez que houve derramamento de relevante quantidade de óleo MF-380 (total de 3.500 litros), o que ocasionou significativos impactos econômicos, sociais e ambientais.

Nesse sentido, deve-se frisar que várias praias, distribuídas por dois municípios do Litoral Norte de São Paulo foram atingidas: Porto Grande, Deserta, Pontal da Cruz, Arrastão e Cigarras – incluindo Costão do Arpoador (São Sebastião); Capricórnio, Massaguaçu e Cocanha (Caraguatatuba). Tais praias tiveram sua balneabilidade afetada, pois ficaram impróprias para

banho até o dia 15 de abril de 2014, ou seja, o óleo derramado comprometeu a balneabilidade por pelo menos dez dias (fl. 41-52).

Cumpra observar, ademais, que o Litoral norte de São Paulo, notadamente São Sebastião, é a região do sul/sudeste que mais foi afetada pelo derramamento de óleo nos últimos tempos, mais especificamente entre 1971 e 2000... dentro daquele período, sofreu com o derramamento de óleo por oito vezes, perfazendo o total de 18.345 m³ (dezoito mil, trezentos e quarenta e cinco metros cúbicos) de óleo vazados. Nota-se, portanto, que a região tem sido historicamente atingida por impactos ambientais da mesma natureza do apurado nos autos, fato que certamente não pode ser desprezado” (Fl. 838/839).

Portanto, sobreditos *critérios, em conjunto, justificam e sustentam o arbitramento da multa penal em valor substancial e compatível com os parâmetros previstos na legislação penal (Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais): “montante do prejuízo causado”, “situação econômica do réu”, “gravidade do fato”, “conseqüências para a saúde pública e para o meio ambiente”*), bem como com as *peculiaridades do caso em concreto*, visto que em o derramamento de 3.500 litros de óleo MF-380 a partir da linha de abastecimento do TEBAR da TRANSPETRO provocou a interdição de quase 10 (dez) praias do litoral norte do Estado de São Paulo pelo tempo de cerca de 10 (dez) dias, “que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46).

Por derradeiro, merece ainda destaque as *razões do Ministério Público Federal* ao pontuar sobre o *histórico preocupante de derramamentos de óleo que tem se verificado na região*, somado à *grave inércia da TRANSPETRO ao não aperfeiçoar nem otimizar os sistemas de segurança de suas atividades de manutenção, inspeção e operação*, que segundo a oitiva das testemunhas, *permanecem tal como vigoravam quando da ocorrência do crime ambiental*, fatores que, em última análise, atendem ao caráter repressivo e pedagógico da multa penal.

Prejudicadas a suspensão condicional da pena e a deliberação acerca da prisão da ré pessoa jurídica.

Passo ao dispositivo.

III – DISPOSITIVO

Diante da fundamentação exposta:

I) **JULGO EXTINTA** a punibilidade quanto aos réus **EDUARDO FERREIRA JÚNIOR, CARLOS HENRIQUE DE LIMA ROSA e ANDRÉ LUIZ ALVES FRANÇA**, medida que se impõe nos termos do art. 89, § 5º da Lei 9.099/1995 c/c art. 28, da Lei nº 9.605/1998, bem como

II) **JULGO PROCEDENTE** o pedido para **CONDENAR** a ré **TRANSPETRO** qualificada nos autos, pela prática das condutas previstas no artigo 54, § 2º, incisos IV e V, combinado com o artigo 3º, ambos da Lei nº 9.605/98, à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos de reclusão, inicialmente em regime aberto, em relação a qual, conforme art. 44, incisos I a III, e § 2º, do Código Penal e Lei nº 9.605/98 (Crimes Ambientais), art. 21, incisos I (multa) e III (prestação de serviços à comunidade), aplico a substituição da pena privativa de liberdade por:

a) **PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS À COMUNIDADE**, nos termos do art. 46 do CP c/c Lei nº 9.605/98, art. 23, consistente no custeio de projetos ambientais (inciso I), obras de recuperação das áreas degradadas (inciso II) e manutenção de espaço público (inciso III), através da promoção de restauração e melhorias necessárias e satisfatórias nas áreas de praias dos Municípios de São Sebastião e de Caraguatatuba que sofreram contaminação em

razão do crime ambiental praticado pela TRANSPETRO, quais sejam em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, conforme relatório da CETESB (fl. 41/46), incluindo: (i) colocação de lixeiras recicláveis e de placas informativas de preservação sustentável; (ii) limpeza e restauração do calçamento local adequado; (iii) recuperação e incremento da vegetação e paisagismo no entorno das praias, e (iv) revitalização dos ranchos de pesca dos maricultores e pescadores locais situados nas praias relacionadas, com dever de comprovação do acompanhamento da execução dos projetos ambientais pela CETESB e subsequente informação nos autos acerca dos atos realizados e efetiva execução dos projetos ambientais mediante aprovação da CETESB, e

b) MULTA, observado o disposto no art. 44, § 2º, art. 58, parágrafo único, e art. 60, caput, do Código Penal c/c Lei nº 9.605/98, art. 21, inciso I (multa), consistente no pagamento da importância de R\$ 2.000.000,00 (dois milhões de reais), que deverá ser objeto de depósito judicial vinculado a estes autos, ainda que em parcelas, para subsequente deliberação e destinação a órgãos e entidades de proteção ao meio ambiente atuantes nas praias do litoral norte do Estado de São Paulo em que ocorreu o crime ambiental, em específico, “praias de São Sebastião (DESERTA, PONTAL DA CRUZ, ARRASTÃO E CIGARRAS), e... praias de Caraguatatuba (CAPRICÓRNIO, MASSAGUAÇU E COCANHA)... que tiveram a balneabilidade classificada como imprópria, impedindo o uso público das praias pelo lançamento de substâncias no mar, sob risco potencial à saúde humana”, nos termos do relatório da CETESB (fl. 41/46), conforme critérios técnicos e objetivos a serem sopesados oportunamente por este Juízo Federal em sede de execução penal.

Transitada em julgado, proceda-se em relação à ré TRANSPETRO: (a) ao lançamento do nome no rol dos culpados; (b) às anotações junto ao Instituto Nacional de Identificação (INI), caso aplicáveis em relação à pessoa jurídica; (c) ao encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação; (e) à expedição de Guia de Execução de Pena; e (f) às demais diligências e comunicações necessárias.

Custas na forma da Lei.

Ciência ao Ministério Público Federal, à Delegacia de Polícia Federal, à CETESB, bem como aos Municípios de Caraguatatuba-SP e São Sebastião.

Ao SEDI para as anotações pertinentes.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caraguatatuba-SP, 24 de maio de 2019.

Juiz Federal Gustavo Catunda Mendes

AÇÃO CIVIL DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA**0022691-31.2014.4.03.6100**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: NAGIB ELIAS ESPER - ESPÓLIO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/06/2019

SENTENÇA

Vistos etc.

O Ministério Público Federal propôs a presente ação de improbidade administrativa contra NAGIB ELIAS ESPER pelas razões a seguir expostas.

De acordo com a inicial, o requerido, entre os anos de 2002 e 2003, e até o ano de 2013, enriqueceu ilicitamente ao adquirir para si, no cargo de auditor fiscal da Receita Federal, bens com valores desproporcionais à sua renda, no valor atualizado de R\$ 1.507.186,20. Praticou, assim, o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII da Lei n. 8.429/92. Também atentou contra o princípio da legalidade, ao exercer a gerência e administração de três empresas de sua propriedade: Camburi Imóveis e Administração Ltda.-ME, Zaplan Administração e Construções Ltda.-ME e Aroma Refeições Caseiras Ltda. Violou, no caso, o artigo 117, X, da Lei n. 8.112/90, que proíbe o servidor público de exercer atos de gerência e administração em sociedade privada. E incorreu na prática de ato tipificado no artigo 11, *caput* da Lei n. 8.429/92.

Afirma, a inicial, que houve um Procedimento Administrativo Fiscal (PAF), de n. 10803.000076/2008-17 que deu origem ao Procedimento Administrativo (PAD) n. 16302.000050/2014-74. Nestes, foram constatados os fatos e foi constatado o enriquecimento ilícito de NAGIB, nos anos-calendários de 2001 a 2003, totalizando a variação patrimonial a descoberto nos valores de R\$ 368.786,29 (para o ano de 2002) e R\$ 410.363,78 (para o ano de 2003). Tudo isso foi apurado no Procedimento Preparatório n. 1.34.001.004015/2014-15 do Ministério Público Federal.

Salienta, o autor, que o valor referente ao enriquecimento ilícito obtido pelo réu, no ano-calendário de 2002, foi inicialmente registrado como sendo de R\$ 409.486,29. Contudo, após impugnação contra os valores apurados, a autoridade fiscal de primeira instância julgou procedente em parte o lançamento para reduzir o acréscimo patrimonial ao valor acima mencionado para o ano de 2002.

Aduz que, em 17.11.2006, foi iniciada ação fiscal pela Receita em face de NAGIB, com o objetivo de analisar as Declarações de Imposto de Renda Pessoa Física dos anos-calendários 2001 a 2003. Finalizada a investigação em 15.10.2003, foi lavrado auto de infração por acréscimo patrimonial a descoberto, que constatou excesso de despesas (aplicação de recursos) sobre receitas (origem de recursos) não respaldadas por rendimentos declarados ou comprovados. Ainda, conforme os fundamentos apresentados no Termo de Verificação e Conclusão Fiscal, com relação ao ano-calendário de 2002, NAGIB declarou seus bens e direitos em uma única linha, sem detalhar cada item. Assim, não obstante a apresentação de seus esclarecimentos, foi apurada variação patrimonial a descoberto. Em relação ao ano-calendário de 2003, também foi feita a declaração de bens e direitos em uma única linha, sem detalhamento dos itens. Foi, também, constatada variação patrimonial a descoberto.

Sustenta, o autor, que já na esfera administrativa foi observada a intenção de NAGIB de cometer ilícitos contra a Administração Pública. Afirma, também, que NAGIB, em relação ao ano-calendário de 2013, está sob a análise mais detalhada da Receita.

Afirma que NAGIB, por meio de recursos, tenta impedir a aplicação das sanções na esfera fiscal, sem explicar a origem de seus altos e incompatíveis dispêndios.

Assevera que, considerando a alteração do acréscimo patrimonial a descoberto referente ao ano-calendário de 2002 e a manutenção do montante correspondente ao ano-calendário de 2003, conforme acórdão 17-33.669, o valor do enriquecimento ilícito do réu é de R\$ 797.150,07 (sem a devida atualização). Atualizado até novembro de 2014, o valor é de R\$ 1.507.186,20. E ressalta que até o ajuizamento desta ação, há recurso especial perante o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF) pendente de julgamento.

O autor esclarece que o procedimento preparatório de n. 1.34.001.004015/2014-15 foi instaurado a partir de ofício encaminhado pela Corregedoria da Receita Federal informando a existência de Procedimento Administrativo Disciplinar contra NAGIB, a fim de apurar enriquecimento ilícito nos anos-calendários de 2002 e 2003. Sustenta que as Declarações de Imposto de Renda de NAGIB evidenciam os atos de improbidade por ele cometidos. A seguir, lista os imóveis de que NAGIB é proprietário, bem como as suas participações societárias. E afirma, ainda, que ele está registrado na Fazenda Nacional como sócio responsável pela CAMBURI IMÓVEIS E ADMINISTRAÇÕES LTDA.-ME e AROMA REFEIÇÕES CASEIRAS LTDA. Lista, também, imóveis registrados em nome de pessoa jurídica da qual NAGIB, junto com sua esposa, possui expressiva participação.

O autor afirma não ter ocorrido a prescrição, no caso, porque a cadeia de ilicitudes praticada por NAGIB ultrapassa a seara fiscal e cível, atingindo a esfera criminal, no que se refere à sonegação fiscal. Houve, inclusive, representação fiscal para fins penais contra o mesmo, em razão das condutas tipificadas na Lei n. 8.137/90. Salienta que a Lei n. 8.112/90 determina a aplicação dos prazos prescricionais da lei penal quando a infração for capitulada como crime (artigo 142, § 2º).

Pede, por fim, que NAGIB seja condenado nos termos do artigo 12, I e III, da Lei n. 8.429/92, no que couber:

- perda da função pública (cassação da aposentadoria);
- perda dos bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- pagamento de multa civil de três vezes o valor do acréscimo patrimonial obtido pela prática do ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII;
- pagamento de multa civil de 80 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente, pela prática do ato de improbidade previsto no artigo 11;
- à proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos;
- à suspensão dos direitos políticos por dez anos.

O requerido foi notificado para apresentação de defesa preliminar. Esta foi apresentada.

A defesa foi analisada (vol. 2, fls. 461/465 dos autos físicos), foi decretado segredo de justiça em razão dos documentos juntados aos autos, foi afastada a alegação de prescrição e a inicial foi recebida. Na mesma oportunidade foi decretada a indisponibilidade de bens do réu. Contra esta decisão, o réu interpôs agravo de instrumento.

O réu contestou o feito (vol. 3, fls. 561 e segs. dos autos físicos). Em sua contestação alega, preliminarmente, a inépcia da inicial afirmando não haver causa de pedir em relação aos pedidos de multa. Sustenta a ilegalidade da obtenção de dados fiscais e sua transmissão ao autor. Isso porque, no procedimento administrativo fiscal n. 10803.000076-2008-17 houve a quebra do sigilo fiscal do réu pela Receita Federal, sem autorização judicial. Alega, também, a inadequação da via eleita, sustentando a desvinculação entre o acréscimo patrimonial e o exercício da função pública. No mérito, reitera a alegação de prescrição. Alega a inexistência de atos de improbidade. Pede que a ação seja extinta, que a ação seja julgada improcedente ou que, em caso de procedência, sejam afastadas ou reduzidas as multas pleiteadas pelo autor.

Réplica às fls. 16431657, vol. 7 dos autos físicos.

As partes foram intimadas a especificar as provas a serem produzidas.

O réu requereu a realização de perícia contábil. O autor pediu o depoimento pessoal do réu.

Às fls. 1733/1735 dos autos físicos (vol.7), foi indeferido pedido de desentranhamento da réplica, foram fixados os pontos controvertidos (existência de variação patrimonial a descoberto por parte do réu, enriquecimento ilícito do réu, exercício de cargo em gerência de empresa concomitantemente com o exercício de função pública por parte do réu), foi rejeitada a preliminar de inépcia da inicial bem como a de ilegal obtenção de dados bancários do réu e foi rejeitada a alegação de inadequação da via eleita. Foram, também, deferidas as provas requeridas. O réu interpôs agravo de instrumento contra esta decisão.

O Ministério Público Federal juntou cópia do Processo Administrativo Disciplinar n. 16302.00050/2012-74 (vol. 8). O réu se manifestou sobre os documentos (fls. 1868 e segs./ vol. 8)

O réu pediu o desbloqueio de parte de seus bens, afirmando que 25 imóveis declarados indisponíveis seriam suficientes para garantir futura execução de sentença.

Às fls. 2253/2254 do vol. 10, foi levantada a indisponibilidade de parte dos bens bloqueados.

Às fls. 2443/2444 do vol. 10, foi noticiado o falecimento do réu.

O autor requereu a habilitação dos herdeiros do réu. Pediu a continuidade do feito em face dos herdeiros com relação à perda dos bens ilicitamente acrescidos ao patrimônio. Salienta que estes respondem, em caso de condenação, pelas repercussões patrimoniais, nos limites das forças da herança (artigo 110 do CPC/2015).

O feito foi suspenso e foi determinada a citação dos herdeiros para se pronunciarem, nos termos do artigo 690 do CPC.

Às fls. 2472/2473, o espólio de NAGIB ELIAS ESPER pediu para substituir o réu no pólo passivo. O pedido foi deferido.

O réu requereu (fls. 2502/2515 do vol. 11) a extinção do processo com relação à aplicação das sanções da Lei n. 8.429/92 por serem personalíssimas e alegou ilegalidade na condução do processo administrativo disciplinar. O autor concordou com a extinção do feito com relação a algumas sanções, pedindo a continuidade com relação à perda de valores e à multa de 3 vezes o valor ilicitamente acrescido ao patrimônio.

Às fls. 2525/2526, foi homologada a desistência dos pedidos de perda da função pública, pagamento de multa civil de 80 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente pela prática de ato previsto no art. 11 da Lei, proibição de contratar com o Poder Público ou rece-

ber incentivos e suspensão dos direitos políticos. Foi determinado o prosseguimento do feito com relação aos pedidos de perda de bens e valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio e pagamento de multa civil de 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial. Contra esta decisão, foi interposto agravo de instrumento pelo réu.

Foi apresentado laudo pericial (fls. 2583/2615 do vol. 11). O réu manifestou-se e apresentou parecer técnico concordante e complementar. O autor requereu esclarecimentos por parte do perito.

O perito prestou esclarecimentos (fls. 2673/2681 do vol. 11).

O autor apresentou memoriais às fls. 2721/2750 do vol. 12. Pede a condenação do réu pela prática de ato de improbidade previsto no art. 9º, VII da LIA, nas seguintes penas: perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio no valor atualizado de R\$ 502.282,04 (acatando o valor encontrado pelo perito judicial de R\$ 153.452,05 no ano-calendário de 2002) e pagamento da multa civil de três vezes este valor.

O réu apresentou alegações finais, agora já nos autos digitais (id. 1457089). Novamente alega a prescrição. E sustenta a inexistência de ato de improbidade administrativa, bem como a impossibilidade de aplicação da multa pleiteada, que sustenta ser sanção personalíssima. Pede a improcedência da ação ou, no caso de procedência, a observância dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade na aplicação das sanções.

É o relatório. Decido.

A alegação de prescrição já foi analisada, por ocasião do recebimento da inicial. Naquela ocasião, afirmei:

Entendo que a ação não está prescrita porque, no caso, houve, como se verifica do documento de fls. 175, processo de representação fiscal para fins penais. Constan o tópico *contra a ordem tributária* e o n. 10803-000.077/2008-53. A omissão de rendimentos tipifica crime contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, I da Lei n. 8.137/90. A menção à referida Lei e seus artigos 1º e 2º também é feita no relatório de fls. 137/138, onde se afirma ter sido feita a representação fiscal para fins penais. Entendo, portanto, que na esteira do previsto na Lei n. 8.112/90, artigo 142, § 2º, a pena a ser considerada para fins de prescrição é a da Lei penal. E de acordo com o artigo 109, III do Código Penal, a prescrição se dá em doze anos, já que a pena máxima para o crime é de cinco anos. E o auto de infração é de 15.10.2008. A prescrição, portanto, não ocorreu. Nem mesmo se for considerada como de início a data cogitada pelo requerido, de 17.11.2006, quando teve início o procedimento administrativo fiscal (fls. 362 - defesa prévia).

Mantenho o entendimento. Saliento que o fato de haver ou não ação penal é irrelevante. Basta que o fato, em tese, configure crime. Fica, assim, rejeitada a alegação.

Passo ao exame do mérito.

No presente caso, NAGIB ELIAS ESPER foi acusado de ter praticado ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII da Lei n. 8.429/92. O referido dispositivo estabelece:

Art. 9º - Constitui ato de improbidade administrativa importando enriquecimento ilícito auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício do cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei e, notadamente:

...

VII – adquirir, para si ou para outrem, no exercício de mandato, cargo, emprego ou função pública, bens de qualquer natureza cujo valor seja desproporcional à evolução do patrimônio ou à renda do agente público;

...

Para verificar a existência de variação patrimonial a descoberto e enriquecimento ilícito do réu, nos anos de 2002 e 2003, foi realizada perícia. O laudo pericial apresentou as seguintes conclusões (fls. 2606/2609 dos autos físicos, vol. 11):

4.1. Analisando os documentos e números disponibilizados à perícia, apurou-se que no ano de 2002 o réu apresentou acréscimo patrimonial a descoberto na ordem de R\$ 153.452,05, conforme se mostra de forma detalhada nos itens 3.1 a 3.6 do corpo do laudo e pode ser assim resumidamente apresentado:

<i>ORIGEM DOS RECURSOS</i>	<i>2002</i>		
1.1 Recebidos de Pessoas Jurídicas – item 3.1.1	135.531,49		
3.1 Rendimentos Poupança – CEF – item 3.1.4	704,67		
4.1 Rend.Aplic.Financeira – CEF – item 3.1.2 e 3.1.3	249.702,70		
4.2 Rend.Aplic.Financeira – Santander – item 3.1.5	3.856,28		
4.3 Rend.Aplic.Financeira – Bradesco – item 3.1.6	2.011,03		
9.1 Venda Imóvel Matrícula 216.300 – item 3.1.7.1	100.000,00		
9.2 Venda Imóvel Matrícula 105.755 – item 3.1.7.3	41.000,00		
9.4 Venda Imóvel Matrícula 105.752 – item 3.1.7.4	45.700,00		
9.5 Venda Imóvel Matrícula 170.908 – item 3.1.7.5	52.313,63		
9.6 Venda Imóvel Matrícula 114.048 – item 3.1.7.6	90.000,00	760.819,80	
<i>SALDO DOS ATIVOS FINANCEIROS NO INÍCIO DO PERÍODO</i>			
6. Saldo em conta corrente	6.403,88		

7. Saldo em aplicações Financeiras	3.255.205,95		
8. Conforme declarado pelo contribuinte	781.793,89	4.043.403,72	
<i>SALDO DE EMPRÉSTIMO EM CONTA CORRENTE</i>			
14. Saldo no início do período	0,00		
5. Saldo no final do período	520,99	520,99	4.804.744,51
<i>APLICAÇÃO DOS RECURSOS</i>			
12.1 IRRF (0561/0588 e Outros) – item 3.3.1	-24.986,96		
13.1 Pagamento de aluguel/condomínio – item 3.3.2	-13.392,00		
13.3 Outros Pagamentos efetuados no mês – item 3.3.3	-19.200,00		
15.1 Aquisição de quotas – Camburi Imóveis e Adm S/C Ltda – item 3.3.4	-168.000,00		
15.2 Aquisição de quotas – Territorial Vila Verde S/C Ltda – item 3.3.5	-140.000,00		
19. Débitos bancários – PAD nº 16302.000050/2012-74 Pag. 147/155 Anexo I	-30.897,35	-396.476,31	
<i>SALDO DE ATIVOS NO FINAL DO PERÍODO</i>			
16. Saldo em conta corrente	-194,63		
17. Saldo em aplicações financeiras	-2.988.349,60		
18. Conforme declarado pelo contribuinte	-1.573.176,02	-4.561.720,25	-4.958.196,55
<i>TOTAL DAS APLICAÇÕES A DESCOBERTO</i>		-153.452,05	

4.1.1 Verifica-se que no ano de 2002 o contribuinte gerou renda na ordem de R\$ 760.819,80 possuindo ainda saldo inicial em contas bancária, aplicações financeiras e/ou disponibilidades diversas na ordem de R\$ 4.043.403,72 que foi elevada em R\$ 520,99 em função da utilização de saldo negativo em conta corrente. Com isto os recursos disponíveis no exercício somaram R\$ 4.804.744,51.

4.1.2 Verificou-se ainda que os recursos foram aplicados da seguinte forma: a) os dispêndios totalizaram R\$ 396.476,31 e; b) as aplicações financeiras, saldo em conta bancárias e outras receitas disponíveis, esta última declarada pelo contribuinte, totalizaram R\$ 4.561.720,25; c) total das aplicações R\$ 4.958.196,56.

4.1.3 Efetuando a confrontação entre os recursos disponíveis e as aplicações destes recursos, apurou-se *que houve aplicação de R\$ 153.452,05 acima das disponibilidades, gerando o chamado “acrécimo patrimonial a descoberto.”*

(grifei)

Quanto ao ano de 2003, o perito constatou que os recursos disponíveis excedem as aplicações em R\$ 158.555,98. (fls. 2608)

Como salientado pelo autor em suas alegações finais, NAGIB foi reintegrado ao cargo de auditor fiscal em 1989 e se aposentou em 2006. Assim, estava no exercício do cargo nos anos de 2002 e 2003.

A defesa sustenta que não há comprovação de ilicitude no acréscimo patrimonial. Mas o fato é que NAGIB ELIAS ESPER não conseguiu, apesar de ter tido a oportunidade, comprovar a origem lícita do montante apurado pela perícia de R\$ 153.452,05.

WALLACE PAIVA MARTINS JÚNIOR, em seu livro PROIBIDADE ADMINISTRATIVA, trata do art. 9º, VII da Lei. Confira-se:

7) O art. 9º, VII da lei censura o comportamento daquele que amealha bens incompatíveis com a evolução de seu patrimônio ou renda, considerando a ilicitude do enriquecimento porque, tendo o agente público como fonte exclusiva de rendimento os vencimentos de seu cargo, tudo aquilo que não vem dessa origem (ou de alguma outra origem lícita, como herança), é fruto de vantagem econômica indevida.

...

A lei presume a inidoneidade do agente público que adquire bens ou valores incompatíveis com a normalidade do seu padrão de vencimentos, bastando provar que exercia função pública e que os bens e valores (mobiliários ou imobiliários) adquiridos são incompatíveis ou desproporcionais à evolução de seu patrimônio ou renda.

...

A inidoneidade financeira gera a ilicitude do enriquecimento. Quem não tinha disponibilidade econômica para ter um patrimônio desproporcional e incompatível com a evolução da renda ou patrimônio não tem justificativa hígida para sua aquisição, advindo esses recursos de origem ilícita.

...

A previsão legal não é novidade no direito brasileiro. Percebendo que essa era uma das formas mais engenhosas e eficientes de enriquecimento ilícito, cuja prova é tormentosa, e que contornava os requisitos caracterizados da legislação precedente, essa modalidade foi contemplada desde o processo legislativo da Lei Federal n. 8.429/92. Não obstante a eliminação da regra explícita da inversão do ônus da prova, o texto aprovado não aboliu esse instrumento porque para o autor da ação, repita-se, basta a prova de que o agente público exercia alguma função pública e adquiriu bens ou valores incompatíveis e desproporcionais à evolução de

seu patrimônio ou renda, constatação que é feita a partir das informações de declarações de bens prestados por ele próprio, de informações patrimoniais ou rendimentos em seu nome existentes em instituições bancárias, serviços notoriais e de registros públicos, repartições públicas etc., de modo que sempre caberá a ele provar a origem lícita dos recursos empregados na aquisição. É nessa exata medida que se dá a inversão do ônus da prova.
(Editora Saraiva, 2ª ed., 2002, págs. 226/229)

Portanto, tendo ficado comprovado o acréscimo patrimonial a descoberto e não tendo o réu comprovado a origem lícita de recursos, está configurado o ato de improbidade administrativa previsto no art. 9º, VII da LIA.

Passo à aplicação das penas, previstas no artigo 12, I da Lei.

No presente caso, a aplicação da pena de perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio deve ocorrer, sem sombra de dúvida. E o próprio autor concordou com o laudo pericial, que apurou o valor de R\$ 153.452,05, no ano calendário de 2002. O réu deve, assim, ser condenado ao pagamento deste valor.

O autor pleiteia, ainda, a aplicação da pena de multa civil de três vezes o valor do acréscimo patrimonial, também prevista no artigo 12. Sustenta que, nos termos do previsto no art. 8º da LIA, esta pena é transmissível aos herdeiros.

Vejamos o que diz o artigo:

Art. 8º - O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança.

O autor, ao desistir de alguns pedidos em razão do falecimento do réu, manteve este. Na oportunidade, determinei o prosseguimento do feito em relação ao pedido de aplicação da multa, citando o referido art. 8º, bem como decisão retratando o entendimento do autor.

Contudo, melhor analisando a questão, entendo que a multa não deve ser aplicada aos herdeiros. Isso porque a multa civil tem caráter *punitivo*. E, conforme garantido pela própria Constituição da República – art. 5º, XLV – “*nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executada, até o limite do valor do patrimônio transferido.*”

MARIO PAZZAGLINI FILHO, na obra LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMENTADA, ao tratar das sanções, afirma o seguinte a respeito da multa civil:

A multa civil não tem natureza indenizatória, mas simplesmente punitiva. E, perante a sua índole genuinamente corretiva, não se estende aos sucessores do agente condenado por improbidade administrativa.
(editora Jurídica Atlas, 3ª ed., 2006, pág. 152)

Cito, adotando este entendimento de caráter punitivo da multa, os seguintes julgados:

PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. INEXECUÇÃO PARCIAL DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE A MUNICIPALIDADE E A FUNASA. MELHORIAS SANITÁRIAS E OBRAS RELATIVAS AO SISTEMA DE ABASTECIMENTO

DE ÁGUA. INSPEÇÃO IN LOCO REALIZADA PELO ÓRGÃO CONVENIENTE APONTANDO IRREGULARIDADES CONTEMPORANEAMENTE AOS FATOS APURADOS. POSTERIOR APROVAÇÃO COM RESSALVAS DA CORTE DE CONTAS DA UNIÃO. ENTENDIMENTO QUE NÃO VINCULA O PODER JUDICIÁRIO. INDEPENDÊNCIA DAS INSTÂNCIAS. CONDUTA QUE SE AMOLDA AOS PRECEITOS INSERTOS NA LEI DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. ARTS. 10, INCISO XI, E 11, INCISO VI. ELEMENTO CULPOSO CONFIGURADO. *ÓBITO DO AGENTE POLÍTICO DEMANDADO. CONDENÇÃO DO ESPÓLIO TÃO-SOMENTE À SANÇÃO DE RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. INDISPONIBILIDADE DOS BENS DA MASSA. CARÁTER PERSONALÍSSIMO DAS DEMAIS REPRIMENDAS. AFASTAMENTO DA MULTA. REFORMA DA SENTENÇA.*

1...

2. Ainda durante o curso do processo sobreveio o falecimento do réu, o que resultou na habilitação do espólio para integrar a lide no polo passivo da demanda.

...

8. Em vista do falecimento da parte demandada, impõe-se imputar aos seus herdeiros, na esteira do preceitua o art. 8º da Lei de Improbidade Administrativa (“o sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente está sujeito às cominações desta lei até o limite do valor da herança”).

9. Dada a imprescritibilidade do ressarcimento ao erário, estabelecida no art. 37, parágrafo 5º, da Constituição da República, e *em razão do caráter eminentemente personalíssimo da multa, apenas as sanções de cunho patrimonial podem ser transferidas aos sucessores.* Precedentes do STJ. 10. Apelos do Parquet Federal e da FUNASA parcialmente providos. (AC 2007.81.00009949-3, 3ªT do TRF da 5ª Região. J. em 6.8.15, DJ de 14.8.15, Rel: PAULO MACHADO CORDEIRO - grifei)

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA. SANÇÕES. CONDENÇÃO CUMULATIVA. POSSIBILIDADE. PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E PROPORCIONALIDADE. MULTA CIVIL E RESSARCIMENTO INTEGRAL DO DANO. NATUREZA DIVERSA.

1. A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a aplicação das penalidades previstas no art. 12 da Lei n. 8.429/92 exige que o magistrado considere, no caso concreto, “a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”. Assim, é necessária a análise da razoabilidade e proporcionalidade em relação à gravidade do ato de improbidade e à cominação das penalidades, as quais podem ser aplicadas cumulativas ou não.

2. No caso dos autos, o Tribunal de origem, mantendo a sentença de primeiro grau, condenou os recorrentes a perderem as funções públicas, suspensão dos direitos políticos, pagamento de multa civil e vedação de contratarem com o poder público, com a efetiva consideração dos limites fixados na legislação e observância dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. 3. *A multa civil não se confunde com a penalidade de ressarcimento integral do dano, pois possui natureza jurídica diversa. Enquanto esta visa a recomposição do patrimônio público afetado, aquela tem caráter punitivo do agente ímprobo.* Agravo regimental improvido. (AGRESP 2009.01.24152-9, 2ªT do STJ, j. em 21.10.10, DJ de 9.11.10, Rel: HUMBERTO MARTINS - grifei)

Diante disso, entendo inaplicável ao caso a pena de multa.

JULGO, pois, PROCEDENTE a presente ação para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto artigo 9, VII da Lei n. 8.429/92 por NAGIB ELIAS ESPER e aplicar a seu ESPÓLIO a seguinte pena prevista no artigo 12, I da mesma Lei: perda dos valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio no montante de R\$ 153.452,05, valor este relativo ao ano-calendário 2002.

Diante disso, e tendo em vista que o próprio autor passou a considerar o valor do dano o acima mencionado, determino a adequação da liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens em nome do réu, para limitá-la ao valor da condenação de R\$ 153.452,05 (ano calendário 2002), mais a multa civil de 3 vezes esse valor.

Tendo sido bloqueados bens em montante superior a esse, caberá à parte ré comprovar tal fato, para que se proceda ao desbloqueio do excedente.

O valor deve ser corrigido nos termos do Provimento n. 64/2005 da CORE até a citação. A partir da citação, incidem juros moratórios, nos termos do artigo 406 do Código Civil. Estes, por serem calculados pela taxa SELIC, abrangem tanto o índice da inflação do período, como a taxa de juros real. Confira-se, a propósito, o seguinte julgado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. JUROS DE MORA PELA TAXA SELIC. ART. 39, § 4º, DA LEI 9.250/95. PRECEDENTES DESTA CORTE.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. *Aplica-se a taxa SELIC, a partir de 1º.1.1996, na atualização monetária do indébito tributário, não podendo ser cumulada, porém, com qualquer outro índice, seja de juros ou atualização monetária.*

3. Se os pagamentos foram efetuados após 1º.1.1996, o termo inicial para a incidência do acréscimo será o do pagamento indevido; no entanto, havendo pagamentos indevidos anteriores à data de vigência da Lei 9.250/95, a incidência da taxa SELIC terá como termo a quo a data de vigência do diploma legal em tela, ou seja, janeiro de 1996. Esse entendimento prevaleceu na Primeira Seção desta Corte por ocasião do julgamento dos EREsp 291.257/SC, 399.497/SC e 425.709/SC.

4. Recurso especial parcialmente provido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ.

(RESP nº 1.111.175, 1ª Seção do STJ, j. em 10/06/2009, DJE de 01/07/2009, Relatora Ministra DENISE ARRUDA - grifei)

Tendo em vista que esta ação foi proposta pelo Ministério Público Federal, não há que se falar em condenação em honorários advocatícios.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

São Paulo, 30 de maio de 2019.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AÇÃO CIVIL DE
IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA****0022691-31.2014.4.03.6100**

Embargante: NAGIB ELIAS ESPER - ESPÓLIO

Embargada: SENTENÇA DE FLS.

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: NAGIB ELIAS ESPER - ESPÓLIO

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 26ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/07/2019

SENTENÇA

Trata-se de embargos de declaração opostos pela parte ré, sob o argumento de que a sentença embargada incorreu em erro ao apontar, como variação patrimonial, o valor do laudo pericial e não dos esclarecimentos periciais, que a reduziu para R\$ 152.914,94.

Afirma, ainda, que a sentença foi omissa por ausência de motivação para a adoção integral das conclusões do laudo pericial e por não apreciar a alegação de descaracterização de ato de improbidade, que exige o enriquecimento ilícito e que ele seja vinculado ao exercício do cargo público.

Alega que a sentença deixou de analisar o elemento subjetivo do suposto ato de improbidade, já que não houve indicação de dolo ou culpa do réu, bem como deixou de fundamentar a determinação da correção monetária, que está em desacordo com a previsão contida na Lei nº 6.889/91.

Alega, ainda, que houve contradição na sentença, já que esta deveria ter sido de parcial procedência por não ter sido acatado o pedido de condenação em multa civil.

Por fim, acrescenta que a sentença não se manifestou sobre a revogação dos efeitos da liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens.

Pede que os embargos de declaração sejam acolhidos.

O MPF manifestou-se sobre os embargos de declaração, requerendo sua rejeição.

É o breve relatório. Decido.

Conheço os embargos por tempestivos.

Com exceção da última alegação, as demais têm caráter nitidamente infringente e devem ser objeto do recurso cabível.

No entanto, entendo que assiste razão à parte embargante com relação aos efeitos da decisão liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens, em face da redução do valor da condenação.

Assim, acolho em parte os embargos de declaração opostos para fazer constar do tópico final da sentença Id 17893142, o que segue:

JULGO, pois, PROCEDENTE a presente ação para reconhecer a prática do ato de improbidade administrativa previsto artigo 9, VII da Lei n. 8.429/92 por NAGIB ELIAS ESPER e aplicar a seu ESPÓLIO a seguinte pena prevista no artigo 12, I da mesma Lei: perda dos valores

acrescidos ilicitamente ao patrimônio no montante de R\$ 153.452,05, valor este relativo ao ano-calendário 2002.

Diante disso, e tendo em vista que o próprio autor passou a considerar o valor do dano o acima mencionado, determino a adequação da liminar, que decretou a indisponibilidade dos bens em nome do réu, para limitá-la ao valor da condenação de R\$ 153.452,05 (ano calendário 2002), mais a multa civil de 3 vezes esse valor.

Tendo sido bloqueados bens em montante superior a esse, caberá à parte ré comprovar tal fato, para que se proceda ao desbloqueio do excedente.

No mais, segue a sentença tal qual lançada.

P.R.I.

Juíza Federal SÍLVIA FIGUEIREDO MARQUES

EMBARGOS À EXECUÇÃO

0063507-66.2015.4.03.6182

Embargante: CLARO S.A.

Embargada: FAZENDA NACIONAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª EXECUÇÕES FISCAIS DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: ROBERTO LIMA CAMPELO

Disponibilização da Sentença: TRASLADO 02/09/2019

SENTENÇA

Relatório

Claro S.A. opôs embargos à execução em face da Fazenda Nacional, ajuizada para haver débito inscrito sob nº 80 2 15 005907-50, referente a Imposto de Renda Retido na Fonte referente ao período entre 08/01/2003 a 28/09/2004.

A parte embargante requer a procedência dos embargos e a extinção da execução alegando inexistência do crédito tributário, posto que incide, no caso, isenção tributária conferida pelo Regulamento de Melbourne sobre o assunto.

Afirma que o crédito em cobro se refere a Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as remessas de dinheiro ao exterior a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas no exterior para completar a ligação internacional originada no Brasil.

Ademais, alega que a base de cálculo do imposto de renda deve ser aquela decorrente do encontro de contas entre a remuneração devida e a remuneração paga na sistemática do *tráfego entrante e tráfego sainte*.

Por fim, eventualmente, requer a não aplicação de juros e multa pelo não recolhimento devido do tributo, já que a Receita teria modificado seu entendimento sobre o critério de arrecadação e recolhimento do tributo em cobro.

Inicial, procuração e documentos juntados (fls. 02/702 e 708).

O Juízo recebeu os embargos às fls. 710, *com efeito suspensivo*, e determinou a intimação da embargada para impugnação.

Intimada, a Fazenda Nacional postulou pela improcedência dos embargos (fls. 713/727).

Em réplica, a parte embargante reforçou os argumentos anteriormente traçados. Houve pedido de produção de prova (fls. 750/765).

É o breve relatório.

Decido.

Fundamentação

Indefiro o pedido de provas. Assim como o pedido em geral no processo civil precisa de comprovação de interesse de agir, o pedido de provas também o exige.

A produção de prova pericial contábil em particular tem como interesse de agir uma crise na relação jurídica sobre o valor aritmético-contábil de alguma grandeza devida. Nesses casos, as partes comprovam perante o juízo que há uma divergência intolerável entre as contas do requerente, de um lado, e do requerido, de outro.

No caso concreto, a parte embargante não apresentou planilha de cálculos para estabelecer o valor devido e, portanto, não oportunizou à parte contrária contrapor os cálculos.

Em verdade, a controvérsia é meramente jurídica e, em caso de procedência total, em tese, não será devido tributo algum e, em caso de procedência parcial, pelo acolhimento de pedido sucessivo, a diferença de cálculos refletirá exatamente a questão jurídica, de tal modo que, em caso de eventual procedência, a solução é modificar o critério da autuação –decolar parte da base de cálculo ou tão somente da multa e juros, algo que demanda o mínimo de cálculos aritméticos, podendo ser feito pelas partes sob a eventual análise da contadoria do fórum, na própria execução fiscal.

Assim, tratando-se de controvérsia eminentemente jurídica, o processo comporta julgamento antecipado nos termos do art. 355, I, do CPC.

I – Inexigibilidade do crédito: isenção do crédito tributário:

A inexigibilidade do crédito tributário está fundamentada em suposta isenção tributária prevista em tratado internacional. A controvérsia é, portanto, jurídico-legal.

Não há dúvidas de que a Constituição e a Convenção da União Internacional sobre Telecomunicações (UIT), aprovadas em Genebra, em 1992, e Quioto, em 1994, foram incorporadas ao nosso ordenamento jurídico através do Decreto Legislativo nº 67, de 15.10.98, e do Decreto Presidencial nº 2.962, de 23. 02.99, o que torna o Brasil membro da UIT.

Outrossim, são instrumentos da UIT a sua constituição, convenção e os regulamentos administrativos, ficando seus membros obrigados a aterem-se às suas disposições, conforme dispõem seus artigos 4, item 29.1; 6, item 37.1; 54, itens 215.1 e 216.2.

O art. 54, item 216.2 estatui o seguinte enunciado prescritivo:

A ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção ou a adesão às mesmas, em razão dos artigos 52 e 53 do tratado, inclui também o consentimento de se obrigar pelos Regulamentos Administrativos, adotados pelas Conferências Mundiais competentes antes da data da assinatura da presente Constituição e da Convenção. Tal consentimento se entende como sujeição a toda reserva manifestada no momento da assinatura dos citados Regulamentos ou a qualquer revisão posterior dos mesmos, sempre e quando ele se mantenha no momento de depositar o correspondente instrumento de ratificação, de aceitação, de aprovação ou de adesão.

É nesse ponto que vem ao debate a alegada isenção tributária prevista no art. 45, item 6.1.3 e item 1.6 do Anexo 1, do Regulamento Administrativo de Melbourne, que a seguir é transcrito:

Art. 6.1.3 - Sempre que a legislação de um país prever a aplicação de um tributo sobre a tarifa de percepção, pelo provimento de serviços internacionais de telecomunicações, esse tributo somente se aplicará aos serviços internacionais de telecomunicações faturados a clientes desse país, a menos que seja acordado ao contrário, para atender a circunstâncias especiais. Item 1.6 do Anexo 1 do RTI - Quando uma administração (ou agentes operadores privados autorizados) estiver sujeita a um imposto ou a uma taxa fiscal sobre as quotas-partes de repartição ou sobre outras remunerações que lhe sejam devidas, ela não deverá por sua vez impor um imposto ou uma taxa fiscal sobre as outras administrações (ou agentes operadores privados autorizados.)

Nesse sentido, no plano internacional, não restam dúvidas de que o Regulamento Administrativo de Melbourne, de 1988, é instrumento da UIT, que estabelece os princípios gerais sobre a prestação e operação de serviços internacionais de telecomunicações oferecidos

ao público em geral e os meios básicos de transporte internacionais para a prestação desses serviços, conforme art. 1.1.1 do Regulamento.

O Regulamento prevê ainda uma isenção tributária, prevista no art. 6.1.3 e se refere aos tributos incidentes sobre os valores pagos a título de *tarifa de percepção*, que, nos termos do item 2.9 do regulamento, é o valor que as operadoras estabelecem e recebem *de seus clientes* pelo uso de serviços internacionais de telecomunicações.

Contudo, o Regulamento não é restrito quanto aos tributos que incidem sobre a tarifa de percepção. Não é claro se a isenção se aplicaria somente sobre o tributo que incide sobre o serviço cobrado pela tarifa ou também o tributo que incide sobre a renda auferida com a tarifa.

Não parece, entretanto, que deva ser aplicada a interpretação restritiva prevista no art. 111 do CTN, dada a possibilidade de imprecisão da tradução da expressão “*tributo sobre a tarifa de percepção*”. Essa expressão pode, muito bem, albergar todo e qualquer tributo que incida sobre aquela tarifa, posto que não houve ressalva ou restrição nesse sentido. Onde o legislador não fez ressalva, não cabe ao intérprete fazê-lo. Ademais a interpretação restritiva encontra limites no próprio texto, logo, não é capaz de, validamente, restringir um sentido ou alcance de uma expressão e, assim, contrariar a própria norma jurídica ali plasmada.

Para todos os efeitos, a isenção, em tese, se aplicaria a tributos que não incidam necessariamente sobre o serviço em si, mas também sobre a renda que se obtém com esse serviço.

Por fim, o art. 45, item 6.1.3 prevê uma obrigação entre as operadoras consistente em que uma operadora não repassará à outra o valor do imposto que eventualmente incidir sobre as repartições ou outras remunerações que sejam devidas entre as operadoras de telecomunicação.

Entretanto, no plano do Direito Constitucional, o Regulamento citado não foi internalizado, o que importa dizer que a isenção não é vigente no Brasil.

Isso porque o art. 54, item 216.2 quando estatui que a ratificação, aceitação ou aprovação da presente Constituição e da Convenção inclui também o consentimento de se obrigar pelos Regulamentos Administrativos cria uma obrigação no plano internacional para o país, podendo o Brasil ser responsabilizado por meio de sanções previstas no Direito Internacional por eventual descumprimento, caso, por exemplo não ratifique ou aplique os instrumentos acessórios.

Contudo, tal enunciado prescritivo não se aplica *automaticamente* ao direito interno, porque o art. 49, I, da Constituição Federal atribui ao Congresso Nacional a competência exclusiva para resolver definitivamente sobre tratados, acordos ou atos internacionais que acarretem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Por sua vez, de acordo com o art. 14, §1º da Lei de Responsabilidade Fiscal estatui que a isenção é uma forma de renúncia de receita, o que, por conseguinte gera impacto no patrimônio nacional.

Fundamental nesse ponto transcrever o inteiro teor do Decreto Legislativo nº 67/98:

O Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo nº 67/98, aprovou os textos dos Atos Finais de Conferência de Plenipotenciários Adicional, Constituição da União Internacional de Telecomunicações - UIT, de Genebra, em 22 de dezembro de 1992, e dos “Atos Finais de Conferência de Plenipotenciários”, da União Internacional de Telecomunicações - UIT, de Quioto, em 13 de outubro de 1994, *estabelecendo reserva expressa aos acordos complementares* que acarretassem encargos ou compromissos gravosos ao patrimônio nacional.

Embora a reserva expressa não fosse necessária, já que o art. 49, I, da Constituição Federal impede qualquer compromisso a ser assumido pelo Brasil, no plano interno, sem a chancela

do Congresso Nacional, o fato é que o Regulamento de Melbourne não foi internalizado no Brasil e, por conseguinte, a isenção nele prevista, não está em vigor no país.

Nesse sentido, sobre a fundamental necessidade de incorporação dos tratados ao direito interno, declara Francisco Rezek¹:

No estágio presente das relações internacionais, *é inconcebível que uma norma jurídica se imponha ao Estado soberano à sua revelia*. Para todo Estado, o direito das gentes é o acervo normativo que, no plano internacional, tenha feito objeto de seu consentimento, sob qualquer forma. Dessarte, sem prejuízo de sua congênita e inafastável internacionalidade, deve o tratado compor, desde quando vigente, a ordem jurídica nacional de cada Estado-parte. Assim poderão cumpri-lo os particulares, mas sob ciência e vigilância daqueles, e de seus representantes. *Assim poderão garantir-lhe a vigência juízes e tribunais, qual fazem em relação aos diplomas normativos de produção interna.* (grifos não originais)

O Supremo Tribunal Federal tem firme jurisprudência no sentido de que o tratado deve ser incorporado ao direito brasileiro, não adotando a teoria monista, mas sim a dualista, na modalidade temperada, já que exige um ato formal do Estado para internalizar o acordo internacional no Brasil, que no caso é um decreto e não um lei em sentido formal e material, o que o difere do dualismo puro. Nesse sentido: ADI 1480 MC, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 04/09/1997, DJ 18-05-2001 PP-00435 EMENT VOL-02031-02 PP-00213.

Sendo assim, em havendo encargo ou compromisso para o Estado Brasileiro, cada regulamento deve seguir o mesmo processo de internalização pelo qual o tratado principal ou de referência passou.

Ademais, o próprio Congresso Nacional fez reservas expressas ao tratado criador da UIT, de modo que, do ponto de vista do direito interno, deve prevalecer sobre as normas internacionais.

Em síntese: A interpretação que leva à conclusão de que a internalização do tratado principal importa a internalização dos regulamentos administrativos é inconstitucional por violar o art. 49, I, da Constituição Federal, por ofensa à competência exclusiva do Congresso Nacional para ratificar tratados.

De se perceber ainda que o Regulamento sequer fora traduzido para o português, o que implica logicamente dizer, que não passou formal e especificamente por um processo de internalização e sequer fora promulgado e publicado pelo Chefe do Executivo, o que importa também dizer que, sem a devida publicidade inerente ao processo de internalização, o Regulamento não vincula ou obriga. Nas palavras de Rezek², o papel da promulgação e publicação do tratado no País:

O ordenamento jurídico, nesta república, é integralmente ostensivo. Tudo quanto o compõe – resulte de produção legislativa internacional ou doméstica – presume publicidade oficial e vestibular. Um tratado regularmente concluído depende dessa publicidade para integrar o acervo normativo nacional, habilitando-se ao cumprimento por particulares e governantes, e à garantia de vigência pelo judiciário. Não faz sentido, no Brasil, *a ideia de que a publicidade seja dispensável quando o fiel cumprimento do pacto internacional possa ficar a cargo de*

1 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.78.

2 REZEK, José Francisco. *Direito Internacional Público – Curso Elementar*, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2008, p.78.

limitado número de agentes do poder público: mais ainda que a do particular, a conduta do governante e do servidor do Estado pressupõe 'base jurídica' apurável pelo sistema de controle recíproco entre poderes, e, dessarte, jamais reservada ao conhecimento exclusivo dos que ali pretendem fazer repousar a legitimidade de seu procedimento. (Grifos não originais)

Em consulta à jurisprudência do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, verifica-se que há certa divergência quanto à questão, mas reputo insuperável a *não internalização no Brasil do referido regulamento*.

No sentido da internalização: TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApelRemNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 323234 - 0003519-79.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADORA FEDERAL MARLI FERREIRA, julgado em 04/04/2019, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/04/2019; TRF 3ª Região, QUARTA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 338391 - 0001637-14.2011.4.03.6100, Rel. JUIZ CONVOCADO FERREIRA DA ROCHA, julgado em 07/03/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/04/2018.

No sentido da não internalização: Nesse sentido: (TRF 3ª Região, TERCEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 333646 - 0006596-62.2010.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL ANTONIO CEDENHO, julgado em 20/10/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:28/10/2016)

II – Inexigibilidade do crédito: não ocorrência do fato gerador do tributo:

Nesse sentido, no plano internacional, não restam dúvidas de que o Regulamento Administrativo de Melbourne, de 1988, é instrumento da UIT, que estabelece os princípios gerais sobre a prestação e operação de serviços internacionais de telecomunicações oferecidos ao público em geral e os meios básicos de transporte internacionais para a prestação desses serviços, conforme art. 1.1.1 do Regulamento.

O mesmo regulamento, no Anexo 1, normatiza as relações entre as operadoras nas chamadas internacionais. Caso um cliente de determinada empresa de telecomunicações de um certo país inicie uma chamada internacional, para que esta se complete, é necessária a utilização dos serviços de uma outra empresa do mesmo ramo de outro país. A primeira deverá pagar à segunda uma remuneração a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas. As chamadas originadas no Brasil compõem o tráfego entrante; as chamadas iniciadas em qualquer outro país e completadas aqui compõem o *tráfego sainte*.

A questão que resta controvertida é determinar qual a *base de cálculo* sobre a qual incidirá a alíquota do imposto de renda. Para a parte embargante deve ser aquela decorrente do *encontro de contas* entre a remuneração devida e a remuneração paga na sistemática do *tráfego entrante* e *tráfego sainte*. Para o Fisco, a base de cálculo é o total do serviço prestado pela embargante à operadora no exterior, desprezando o referido *encontro de contas*.

Essa relação comercial é regida por um *contrato internacional* entre as empresas de telecomunicações e, ao final de cada período de execução, é feito um encontro de contas entre as empresas cedentes e cessionárias das linhas de transmissão e, havendo saldo devedor, deverá remeter esse dinheiro ao exterior em favor da cedente.

Nesse sentido, o acordo firmado entre as operadoras tem natureza jurídica de contrato privado regido por normas de direito internacional privado. Por outro lado, a relação jurídica de tributação é regida pela legislação tributária e não pode ser derogada por cláusulas contratuais, seja porque a relação jurídica estabelecida em relação a um terceiro nesses ajustes, no caso o Estado, seja porque por óbvio uma cláusula contratual não poder alterar norma jurídica positivada e cogente, seja porque o art. 123 do CTN expressamente estabelece que as s convenções particulares, relativas à responsabilidade pelo pagamento de tributos, não

podem ser opostas à Fazenda Pública, para modificar a definição legal do sujeito passivo das obrigações tributárias correspondentes.

Sendo a relação jurídica estabelecida entre Fisco e contribuinte, resta tão somente analisar a questão da base de cálculo. A abrangência da base de cálculo de um tributo depende de seu conceito constitucional, do recorte da base econômica prevista na lei, menos eventuais deduções legais e isenções expressamente previstas.

O conceito constitucional de renda é “disponibilidade de riqueza nova, havida em momentos distintos... é o acréscimo patrimonial experimentado pelo contribuinte, ao longo de um determinado tempo” (CARRAZZA, Roque Antônio. A natureza meramente interpretativa do art. 129 da Lei nº 11.196/05, o imposto de renda, a contribuição previdenciária e a sociedades de serviços profissionais).

Nesse sentido, a contraprestação recebida pela operadora estrangeira pelos serviços de telecomunicação cedidos à embargante é renda do ponto de vista constitucional. Com a remessa externa, houve a disponibilidade econômica, nos moldes do art. 43, *caput* e I, do Código Tributário Nacional

Portanto, a remuneração auferida e recebida pela prestação de serviços está incluída no conceito constitucional de renda fato gerador material da hipótese de incidência do Imposto de Renda nos termos do art. 43, *caput* e I, do CTN.

Ademais, de acordo com o art. 7º da Lei nº 9.779, de 19 de janeiro de 1999, os rendimentos da prestação de serviços, pagos, creditados, entregues, empregados ou remetidos a residentes ou domiciliados no exterior, sujeitam-se à incidência do imposto de renda na fonte à alíquota de vinte e cinco por cento.

A legislação não permite qualquer dedução no que se refere ao valor a ser remetido, ou seja, não há permissão para se efetuar um prévio encontro de contas, de forma que, deve ser interpretado literalmente o artigo no sentido de que a base de cálculo do IRRF será a *totalidade* dos rendimentos remetidos ao exterior.

Por fim, como se concluiu nesta decisão, as isenções previstas no Regulamento Administrativo de Melbourne não estão em vigor no Brasil.

Por todas essas razões, a base de cálculo do IRRF no caso deve ser a totalidade dos valores pagos pelo serviço prestado pela embargante à operadora no exterior, desprezando o referido *encontro de contas*.

III – Inexigibilidade do crédito quanto a juros e multa: mudança de entendimento da administração fazendária:

O período em que ocorreram os fatos geradores vai de 08/01/2003 a 28/09/2004.

Portanto, o Ato Interpretativo da Secretaria da Receita Federal nº de 15/10/2004, logicamente não pode se aplicar ao caso concreto se, e somente se, havia em favor da parte embargante algum ato da Administração que acolhesse conduta contraditória e que possa ser encaixado no art. 146 do CTN.

Nos termos dos arts. 46 a 50, a consulta fiscal tem eficácia limitada ao contribuinte consultante e o põe a salvo de procedimento administrativo fiscal pela conduta admitida pelo Fisco. Nesses termos, a consulta fiscal se enquadra como ato administrativo que se insere no art. 146 do CTN.

Contudo, a consulta fiscal de fls. 571/581 foi proposta pela então Telemar Norte Leste S.A., que foi transformada na Oi S.A., não tendo referência com a embargante.

Desse modo, não há de se aplicar a consulta em favor da embargante.

Por fim, deve ser rejeitada prontamente quanto à alegação de que o Processo Administrativo nº 15374.000029/00-85 protegeria a parte embargante contra a ação fiscal que culminou com a constituição dos créditos em cobro.

É que, naquele processo foi discutida questão absolutamente diversa da debatida aqui. De acordo com as fls. 54/61, a controvérsia se limitou ao debate qual o *aspecto temporal* – se sujeito ao regime de caixa ou de competência - do Imposto de Renda Retido na Fonte incidente sobre as remessas de dinheiro ao exterior a título de contraprestação pela cessão de redes de telefonia utilizadas no exterior para completar a ligação internacional originada no Brasil.

A questão dos autos é completamente diversa e se limita à existência ou não de isenção e quanto ao *aspecto quantitativo* (base de cálculo) do IRRF.

Portanto, não há que se falar em aplicação do precedente administrativo.

Dispositivo

Ante todo o exposto, julgo IMPROCEDENTES os embargos, extinguindo o processo com resolução do mérito, com base no disposto no artigo 487, inciso I do Código de Processo Civil.

Deixo de condenar a embargante em *honorários advocatícios*, visto que o encargo legal do Decreto-Lei nº 1.025/69 substitui a condenação do devedor na verba honorária, nos termos da Súmula 168 do extinto TFR, reafirmada no julgamento do REsp 1.143.320/RS, processado sob o rito do art. 543-CPC pela Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça.

Custas não incidentes a teor do disposto no art. 7º da Lei nº 9.289/96.

Havendo recurso de qualquer das partes, nos termos do art. 1.009 do CPC, intime-se a parte contrária para apresentação de eventuais contrarrazões, desde que tenha advogado constituído nos autos e, determino a *remessa dos autos ao TRF da 3ª Região*.

Prossiga-se na execução fiscal em apenso, *trasladando-se* cópia da presente sentença para os referidos autos.

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

São Paulo,

Juiz Federal ROBERTO LIMA CAMPELO

AÇÃO PENAL

0007612-78.2016.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: CARLOS ROBERTO CUNHA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE ARARAQUARA - SP
Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/07/2019

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal denunciou CARLOS ROBERTO CUNHA (qualificado na denúncia) pela prática dos crimes de lesão corporal (art. 129), restrição de liberdade mediante cárcere privado (art. 148, § 1º, I) constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal). Segundo a denúncia (fls. 93-94) o engenheiro Hildebrando Francisco Braga foi designado perito pelo Juízo da 3ª Vara do Trabalho de Araraquara, nos autos da Reclamatória Trabalhista nº 11931-68.2015.5.15.0151, tendo sido incumbido de aferir as condições de trabalho de empregada doméstica que prestou serviços para o reclamado CARLOS ROBERTO. Em 02 de setembro de 2016, por volta das 8h, o perito, acompanhando da reclamante, se dirigiu ao imóvel localizado na Alameda Fratucci, 384, em Gavião Peixoto, a fim de realizar a perícia. Chegando no local foi recebido com impropérios desferidos pelo denunciado, que descambaram para o desacato. Diante do clima de animosidade, o perito disse que não faria a perícia e se dirigiu à saída do imóvel. Contudo, CARLOS ROBERTO impediu sua saída, trancando o portão que dava acesso à residência, agrediu-o com socos e pontapés e o constrangeu a realizar a perícia. A fim de se livrar daquela situação, o perito acompanhou CARLOS ROBERTO até a casa e simulou a execução da perícia, quando enfim foi liberado.

A denúncia foi recebida em 20/02/2018.

Na resposta à denúncia (fls. 137-152), a Defesa alegou que os fatos não se passaram tais quais descritos pelo MPF. Sustentou que o acusado não ofendeu o perito, não cerceou sua liberdade, não o constrangeu a executar a perícia e muito menos o agrediu — nesse particular, a Defesa pondera que as lesões sofridas pelo perito decorrem de uma queda accidental.

O pedido de absolvição sumária foi rejeitado, uma vez que as matérias agitadas pela Defesa dizem respeito ao mérito (fl. 156).

A audiência de instrução foi realizada em 28 de novembro de 2018, ocasião em que foram ouvidos os ofendidos, cinco testemunhas e realizado o interrogatório (fls. 172-177).

Em alegações finais (fls. 181-187), o Ministério Público Federal discorreu sobre as provas colhidas, concluindo que os fatos narrados na denúncia foram comprovados, de modo que o réu deve ser condenado nos termos da inicial acusatória. Destacou que a versão sustentada pelo réu no interrogatório, no sentido de que as lesões sofridas pelo perito foram em decorrência de uma queda accidental é inverossímil, além de não encontrar suporte nos autos. Pugnou pela condenação do réu ao pagamento de indenização mínima pelos danos causados.

A Defesa, por sua vez (fls. 190-193), revisitou a alegação de que os fatos não se passaram na forma descrita na denúncia. Disse que houve um mal-entendido entre o perito e o réu acerca da realização da perícia, mas que não descambou para o campo das ofensas e muito

menos da violência. Sustenta que os portões permaneceram abertos o tempo todo, de modo que não procede a imputação de cárcere privado ou de constrangimento ilegal. Em meio às alterações com o réu, o perito se desequilibrou e caiu, daí advindo as lesões referidas no exame de corpo de delito.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Imputa-se ao réu a prática dos crimes de lesão corporal (art. 129), restrição de liberdade mediante cárcere privado (art. 148, § 1º, I) constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal).

No depoimento que prestou em juízo, a vítima Hildebrando Francisco Braga narrou que foi designado para realizar uma perícia na residência do réu, cujo objeto eram as condições de trabalho da reclamante, que prestava serviços no local, dedicando-se sobretudo aos cuidados da mãe do acusado. Como de praxe, avisou antecipadamente o advogado do reclamado a respeito da data e horário para a realização da diligência. Chegando ao local da perícia, acompanhado da reclamante, no horário programado, tocou a campainha e ninguém atendeu. O perito então ligou para o advogado e depois de um tempo o portão eletrônico foi aberto (“... *pressuponho que ele [o advogado] ligou e avisou o pessoal*”). Foram atendidos pelo réu, que desde logo se mostrou contrariado com a realização da perícia, denotando um comportamento hostil, reclamando de forma genérica que o perito, o juiz e o advogado queriam tirar dinheiro dele etc. Baseado em sua experiência, pressentiu que aquele não era o melhor momento para a realização da perícia. Alertou a reclamada e avisou o reclamante de que a diligência se realizaria em outro dia. Dito isso, se dirigiu à saída, sendo que no caminho foi surpreendido com um murro pelas costas, que o derrubou. Quando estava no chão foi atingido por um pontapé e um soco — o depoente foi categórico ao negar que tenha escorregado ou se ferido por acidente. A agressão foi gratuita, sem anúncio ou mesmo discussão prévia. Depois disso, o acusado trancou (ou mandou trancar) os portões e disse para a vítima que a perícia seria realizada de qualquer jeito, que se a diligência não fosse executada naquele momento o perito não sairia mais dali. Sem ter alternativa, o depoente simulou a realização da perícia, visitou alguns cômodos, fez apontamentos etc. — “... *eu achei que fosse morrer lá... nunca senti um negócio desse tipo*”. Antes, contudo, avisou a reclamada para que procurasse ajuda, mas a polícia só tomou providências depois de sua liberação, quando procurou ajuda no posto de atendimento da Polícia Militar. A vítima lembra que antes de o réu descer, a reclamada e a esposa do acusado tiveram uma breve alteração, mas nada muito significativo, não a ponto de inflamar os ânimos do acusado. O depoente também confirmou as ofensas propaladas pelo acusado, que disse que “*perito, juiz, advogado... é tudo safado, que quer tomar meu dinheiro*”. O perito acredita que depois das agressões ficou de 10 a 15 minutos impossibilitado de sair da residência. Só foi liberado depois de convencer o agressor de que executou a perícia — “... *pensei comigo, se eu não faço a perícia apanho ou ele me mata... completamente à mercê dele, sozinho...*”. Depois que entrou na casa não foi mais agredido, e quando deu a perícia por encerrada alguém abriu o portão. Depois do ocorrido foi à Justiça do Trabalho e relatou o ocorrido ao juiz, que o destituiu da reclamatória trabalhista. Não ouviu a reclamante comentar que era obrigada a limpar excrementos ou que a mãe do acusado esfregava seus dejetos na parede. Nem deu tempo de conversar sobre o objeto da perícia. As agressões foram presenciadas pela esposa do reclamado. Não tem certeza, mas acredita que a reclamante também presenciou as agressões.

A reclamante Aparecida Conceição Guilherme Hepe disse que na ocasião o réu estava bem nervoso, certamente preocupado com sua mãe, que é muito doente. O perito esclareceu

que era uma perícia de rotina, que seria rápido, mas mesmo assim o reclamante ficou alterado. O perito então disse que se fosse assim ele não faria seu trabalho, que ele tinha mais coisas para fazer. O réu então ficou nervoso disse que “*não, agora você vai fazer a perícia*”, mas o perito disse que não faria, e quando estava saindo foi agredido pelo acusado. A depoente ficou com medo e saiu correndo, buscando auxílio na casa de seu filho que morava ali perto, mas não tinha ninguém. Ligou para a polícia e voltou à casa do réu, e do lado de fora viu o perito machucado. Acredita que o réu teve essa reação por causa da mãe. A reclamatória trabalhista segue em andamento. Lido o depoimento prestado na fase policial, confirmou suas declarações. Admite que teve uma discussão com a esposa do acusado, quando esta a acusou de furto. Não tem queixa do réu do período em que trabalhou na sua casa, exceto pela acusação de furto expressada pela esposa de CARLOS ROBERTO. Confirmou que o caminho até o portão era acidentado e coberto de pedriscos. Negou ter dito que a mãe do acusado jogava excrementos na parede, até porque isso não era verdade, pois a idosa se higienizava no banheiro. Viu o acusado estender a mão para auxiliar o perito a se levantar. Atualmente um dos filhos da depoente trabalha para o réu.

A testemunha Paulo César dos Santos é policial militar e atuou na ocorrência que deu origem à ação penal. Disse que na data dos fatos o engenheiro Hildebrando Francisco Braga compareceu à base da Polícia Militar em Gavião Peixoto, ensanguentado e dizendo que fora agredido pelo réu. O depoente e seu colega Pedro Luís Fernandes procuraram o acusado, que disse que houve apenas uma discussão com o perito, e que este caiu sobre uns arbustos, quando se feriu. Seguindo orientação do delegado de polícia civil, onde a ocorrência foi apresentada, deram voz de prisão ao réu e o conduziram com a vítima e a testemunha à Delegacia de Polícia Federal em Araraquara.

A testemunha Joselaine Amanda de Brito já foi empregada na empresa do réu, que funciona no mesmo local onde se deu o entrevero com o perito. Não presenciou os fatos, mas sabe que os portões do local sempre são mantidos abertos. Abonou a conduta do réu, que sempre foi um bom patrão, costuma auxiliar os necessitados e se preocupa muito com o bem-estar da mãe.

O depoente Jorge Eduardo Santos também é funcionário na empresa do réu, há cerca de dez anos. Disse que os portões na propriedade do réu, onde ele mora e onde também funciona a empresa, costumam ficar abertos desde cedo, por volta das cinco da manhã, quando chegam os primeiros funcionários. Afirmou que sempre foi tratado com respeito pelo réu. Não presenciou os fatos, mas desconhece episódios em que o acusado tenha atuado de forma agressiva. Confirmou que o réu é muito cuidadoso com o bem-estar da mãe.

A esposa do acusado (Rosana Maria Santana Cunha) presenciou os fatos. Disse que não foram avisados da realização da perícia, de modo que foram pegos de surpresa. Perguntou ao perito o motivo para a realização da perícia, e este respondeu que o exame era para verificar a manipulação de produtos químicos pela reclamante. Nesse momento a reclamante começou a dizer que a sogra da depoente fazia suas necessidades nas roupas, que jogava fezes nas paredes e outras coisas que não são verdades. Isso deixou a depoente e seu marido indignados, clima que piorou quando o perito disse que não faria mais a perícia. Até onde viu, o perito se machucou por acidente, ao cair quando estava saindo da casa. Em sua visão, o perito foi algo arrogante, pouco profissional. Confirmou que a perícia foi realizada, bem como afirmou que em momento algum o perito foi impedido de sair da propriedade. A perícia se deu de forma regular, inclusive com a interação do perito com a sogra da depoente. A depoente não acompanhou a perícia.

Segue a transcrição livre das declarações prestadas pelo réu em juízo:

As acusações não são verdadeiras. Na verdade, a gente nem sabia da perícia. Quando chegou a Aparecida e o perito. Ele disse que precisava ver minha mãe, que a Aparecida estava pedindo insalubridade, dizendo que minha mãe jogava excrementos na parede. Eu a questionei então se ela estava chamando minha mãe de porca. Achei isso sem cabimento, porque sempre tratei a Aparecida com carinho, sempre a vi como uma excelente cuidadora... fiquei muito magoado com isso. Até porque sempre tratei bem meus funcionários.

Mas mesmo achando que isso era errado, fui lá abrir a casa da minha mãe para a perícia. Aí o perito disse que não iria mais fazer a perícia, que iria embora. Isso e a sugestão de que minha mãe é porca me deixou indignado, me magoou muito. [Perguntado se alguém chamou sua mãe de porca ou se isso é uma conclusão do depoente a partir do objeto da perícia] entendi que chamaram minha mãe de suja.

Não falei as ofensas descritas na denúncia. Em nem me dei conta que ele era perito quando chegou. Pensei até que era advogado. Jamais falaria essas coisas. Sinto até vergonha de mim por estar aqui. Sou brasileiro, trabalho.... achei que iria morrer e nunca iria pisar num fórum. É mentira que agredi o perito. O que aconteceu é que ele caiu... ele é um tipo muito impetuoso... acha que porque está numa posição de autoridade.... ele saiu tipo impetuoso e caiu no chão. Nunca briguei na vida, nunca bati no meu neto, no meu filho... Não fui eu quem causou as lesões no perito. Até o ajudei a se levantar. Percebi que ele estava assustado. Quando ele caiu eu nem estava tão perto, senão eu teria evitado sua queda.

O que aconteceu é que a Aparecida fez um drama, saiu gritando e isso assustou o perito, e nisso ele caiu. Depois que o levantei, o convenci a fazer a perícia, que era importante ele ter contato com minha mãe. E ele concordou, foi falar com minha mãe, olhou os cômodos da casa. Depois me deu os parabéns, disse que não havia problema algum, que minha mãe estava muito bem cuidada. Eu jamais bateria em alguém mais velho. Eu não enxergo de um olho e do outro enxergo muito pouco.

Ele foi fazer a perícia ensanguentado mesmo. Eu ofereci para ele se lavar, até álcool ofereci, mas ele recusou tudo.

Eu não fechei o portão. O portão ficou aberto o tempo todo. A Aparecida não viu nada... fez todo aquele clima.

O que vale é a consciência que a pessoa tem. Nunca fiz coisa errada. Tenho muita responsabilidade nas costas, tem mais de 200 famílias que dependem de mim.

O que estou passando aqui é a pior humilhação de minha vida.

Quando a polícia foi lá eu perguntei se alguma vez eles tinham visto eu brigar. Agora, se a pessoa caiu, faz tudo aquilo ali, leva para um caminho errado... não tem como a gente julgar o ser humano hoje em dia.

[Na parte final da intervenção do juiz, passou-se o seguinte diálogo]:

Juiz: Essa história que o senhor está me contando, de que num determinado dia apareceu um perito, que por alguma razão desistiu de fazer a perícia; quando estava indo embora ele escorregou e caiu e se machucou; depois disso o senhor o ajudou a se levantar; então ele foi à casa do senhor, fez a perícia e foi embora, tudo dentro da normalidade. Isso é a verdade?

Acusado: Isso é a verdade.

Juiz: Foi exatamente isso que aconteceu?

Acusado: Isso que aconteceu.

[Questionamentos da Defesa a partir de 22min]

O problema de tudo é a Aparecida. Eu disse para ela, ela foi morar na minha casa por causa do filho dela, que usava drogas e batia nela. E mesmo depois disso tudo arrumei serviço para o filho dela.

A gente tem que fazer as coisas pra Deus. Depois vai ter o julgamento. Eu sou inocente.

Não sei se o perito tem uma razão para ter feito isso. Eu acho que no seu imaginário ele acredita que eu bati nele.

Pois bem.

A conjugação dos elementos contidos no inquérito com a prova colhida em audiência permite reconstituir a cadeia de eventos que se sucedeu na manhã dos fatos. Em minha avaliação, a história que as provas contam é a seguinte.

O engenheiro Hildebrando foi nomeado perito em reclamatória trabalhista movida por Aparecida Conceição contra CARLOS ROBERTO. Aparecida foi empregada doméstica na residência da mãe de CARLOS ROBERTO, localizada na mesma propriedade onde o acusado mora e onde está instalada sua empresa. A inicial da reclamatória (fls. 68-74) informa que, entre outras demandas típicas nesse tipo de ação, a reclamada pleiteava o pagamento de insalubridade, em razão da manipulação de produtos químicos de limpeza sem o fornecimento de EPI. O objeto da perícia era precisamente o ambiente de trabalho de Aparecida, o que implicava examinar a casa da mãe do acusado.

Como é de praxe nesses casos, o perito comunicou os advogados das partes acerca do agendamento da perícia, conforme atesta o e-mail da fl. 74. Entretanto, tudo indica que houve uma falha de comunicação entre o reclamado e seu advogado, já que a parte não estava sabendo que a perícia seria realizada naquela manhã. Por conta disso, houve certa demora até que o perito e a reclamada fossem autorizados a ingressar na propriedade do réu, um terreno muito amplo, onde está localizada sua residência, a de sua mãe (onde a perícia se realizaria) e sua empresa, que atua no ramo de prestação de serviços — as fotos das fls. 154-155 dão uma ideia das dimensões da propriedade, em especial do caminho percorrido da entrada do terreno até a área residencial; as instalações comerciais não aparecem nas fotos, mas pelo que se depreende dos depoimentos do réu e das testemunhas de defesa, no local há um escritório e uma prédio operacional, talvez um barracão, onde ficam guardados os veículos.

Após serem admitidos, o perito e a reclamada se dirigiram à casa do acusado. Desde o início CARLOS ROBERTO se mostrou incomodado com a presença do perito e da reclamada. Nesse ponto começam as contradições entre a narrativa do perito e a do réu e de sua esposa. A controvérsia neste ponto diz respeito aos motivos da irritação de CARLOS ROBERTO e a forma e a medida como essa impaciência foi extravasada.

Segundo consta na denúncia, que por sua vez se baseia no depoimento prestado pelo perito no dia dos fatos, o acusado proferiu ofensas à reclamante Aparecida e logo passou a investir contra o perito, proferindo impropérios como *“perito é tudo safado, sem vergonha”*, que *“perito vem aqui para tomar dinheiro”* e que *“não tem o que fazer, vai na casa de quem está trabalhando para atrapalhar”*. Em seu depoimento, o perito confirmou que o acusado proferiu ofensas dirigidas a todos os atores da reclamatória trabalhista, que em sua visão estavam mancomunados com o objetivo de amolá-lo e de tirar-lhe dinheiro: *“perito, juiz, advogado... é tudo safado, que quer tomar meu dinheiro”*.

Já o réu alegou que a altercação se centrou em Aparecida, pois esta teria insinuado que sua mãe fazia as necessidades na cama, obrigando a reclamada a lidar com os excrementos. Ainda segundo o acusado, ao fazer tais afirmações Aparecida quis dizer que sua mãe era uma porca, uma suja. O próprio réu admite que nesse momento ficou nervoso, incomodado com as sugestões de que a família não dispensava os devidos cuidados com a higiene da anciã, mas negou que sua exasperação tenha sido transferida ao perito. Até admite que se irritou com o auxiliar do juízo, mas não de forma gratuita, apenas porque estava incomodado com a realização da perícia, mas sim pela postura prepotente que teria sido adotada por Hildebrando. Mas apesar disso, negou que tenha desrespeitado o perito, muito menos que tenha dito as ofensas descritas na denúncia e confirmadas pelo ofendido em seu depoimento.

Apesar do esforço do réu em “suavizar” seu comportamento naquela ocasião, as circunstâncias indicam que a versão que corresponde à realidade é a apresentada pelo perito.

Como se sabe, a reclamatória trabalhista é um processo com alta carga de tensão entre as partes, característica que é exacerbada nas ações que se debruçam sobre vínculos de emprego domésticos. A proximidade entre patrão e empregado, a circunstância de o mesmo espaço configurar o ambiente de trabalho para um e o lar para outro e a tradição muito nossa de ver o prestador de serviço doméstico como alguém da família — se não pelos bônus da posição, seguramente pelos ônus — tudo isso contribuiu para aumentar a tensão em um processo naturalmente conflituoso, não raro em níveis fronteirços à passionalidade. No mais das vezes, o rompimento de um vínculo empregatício doméstico traz a reboque uma fiada de ressentimentos, que se potencializam quando a relação entre patrão e empregado é revisitada na Justiça do Trabalho.

Tudo isso é do conhecimento do engenheiro Hildebrando, que há mais de 20 anos realiza perícias para a Justiça do Trabalho. As mais de duas décadas de experiência seguramente o deixaram calejado para as intempéries que podem suceder quando o perito se apresenta na casa do reclamado, ainda mais quando acompanhado da reclamante, como se passa nesse caso. Sendo assim, é razoável supor que o perito não se deixaria impressionar pelo nervosismo ou animosidade do reclamante, ou mesmo por críticas a sua função ou seu trabalho, a não ser que o discurso assumisse a roupagem de ofensa que avançasse a fronteira do razoável.

Em suma, entendo que, a despeito de negar o fato, as provas indicam que o réu proferiu ofensas ao perito, no mínimo chamou-o de *safado*. Se essas ofensas constituem crime de desacato é questão que será analisada mais adiante. Por ora, o que importa é que o ambiente que se formou a partir daí inviabilizou a realização da perícia, o que foi comunicado pelo perito às partes.

Depois de dizer que não faria mais a perícia, Hildebrando e a reclamante Aparecida se dirigiram para a saída. Quando estavam a caminho do portão por onde haviam entrado, o réu deu um soco no perito, que foi lançado ao chão. Mesmo caído, sofreu novas agressões (chutes e pontapés), tendo por resultado as escoriações detalhadas no laudo de lesão corporal das fls. 42-45 e nas imagens das fls. 83-85.

Uma vez cessadas as agressões, CARLOS ROBERTO obrigou o perito a se dirigir à casa de sua mãe para realizar a perícia. Para assegurar seu objetivo, fechou o portão por onde o réu entrara, e por onde Aparecida conseguiu escapar quando tiveram inícios as agressões a Hildebrando.

Apesar de sujo e ensanguentado, o perito se submeteu à vontade do acusado, ao menos nas aparências. Temendo o descontrole do acusado, executou um simulacro de perícia, no qual fez anotações, visitou cômodos e interagiu com a mãe de CARLOS ROBERTO. Só depois de se dar por satisfeito com a conclusão da “perícia” é que o réu abriu o portão e liberou Hildebrando.

Tão logo saiu da propriedade do réu, a vítima procurou a Polícia Militar para relatar o ocorrido. Em razão dos indícios das agressões, os policiais foram até a propriedade do réu e lhe deram voz de prisão.

Definida a narrativa dos acontecimentos, passo a examinar a adequação típica dos fatos, momento em que também serão enfrentadas as teses defensivas.

A materialidade do crime de lesão corporal está demonstrada pelo laudo pericial das fls. 42-45 e pelas imagens juntadas às fls. 83-87. A conjugação desses elementos aponta que o engenheiro Hildebrando Francisco Braga foi vítima de lesão corporal de natureza leve, con-

sistentes em escoriações no lábio superior, várias no antebraço esquerdo e na face anterior de ambos os joelhos, além de hematomas no lábio superior e cotovelo esquerdo.

Em que pesem os elementos indicando a prática do delito de lesão corporal, CARLOS ROBERTO saiu-se com a seguinte explicação para os ferimentos: o perito escorregou e se machucou na queda.

A alegação do réu não faz o menor sentido, mais que isso, beira a desfaçatez. Em primeiro lugar, essa versão se baseia apenas em sua palavra e na de sua esposa, sendo que esta não presenciou o que efetivamente ocorreu. E em segundo, a tese do escorregão está em dissonância com os depoimentos da reclamada Aparecida (que presenciou a agressão) e da vítima, cuja palavra deve ser prestigiada. Ambos foram categóricos ao afirmar que as lesões decorrem das agressões perpetradas pelo réu. Até é possível que algumas escoriações tenham sido causadas pela queda de Hildebrando no chão coberto de pedriscos (é o caso das escoriações nos joelhos), mas o que levou a vítima ao solo foi um soco desferido pelo réu.

De mais a mais, não é crível imaginar que o réu tenha se lesionado por acidente e depois, sabe-se lá por que razão, tenha inventado que foi agredido pelo acusado, ainda logrando convencer a reclamada Aparecida a embarcar nessa pantomima. Ou seja, não bastasse não encontrar suporte nas provas, a tese do escorregão desafia o senso comum.

O crime de desacato também está demonstrado por prova segura.

Quando o perito Hildebrando se apresentou na residência do réu estava investido de função pública, atuava como auxiliar do juiz do Trabalho que o designou para a realização de perícia técnica, não havendo dúvida de que essa qualificação chegou ao conhecimento do réu. Além disso, as ofensas irrogadas (do tipo “*perito é tudo safado, sem-vergonha*”) estão relacionadas ao exercício da função do ofendido e tinham o nítido propósito de menosprezar a figura do auxiliar do juízo — segundo o depoimento do ofendido em juízo, sobrou até para o juiz do Trabalho, mas a sentença se aterá ao narrado na denúncia.

Logo, estão preenchidas as elementares do tipo do art. 331 do Código Penal, que tipifica a conduta de “*desacatar funcionário público no exercício de sua função ou em razão dela*”.

Conforme dito em outro momento, o réu negou ter ofendido o perito chamando-o de “*safado, sem-vergonha*” ou coisa do tipo. Admitiu ter tido uma discussão acalorada com Aparecida, e deu a entender que pode ter feito um comentário mais ríspido ao perito, mas não as ofensas descritas na denúncia, confirmadas pelo ofendido em juízo e lidas no interrogatório — rememorando suas palavras: “*Jamais falaria essas coisas. Sinto até vergonha de mim por estar aqui*”.

Porém, na linha do que já assentado no segmento que tratou da ordenação dos fatos, as ofensas foram confirmadas pelo perito Hildebrando e pela reclamada Aparecida.

Além disso, conforme já referido, a larga experiência do engenheiro Hildebrando em perícias para a Justiça do Trabalho, que não raras vezes são executadas em ambientes de tensão, não o levaria a abandonar a diligência por conta de mera grosseria ou falta de educação do reclamado. Nada indica que Hildebrando seja da têmpera de pessoa a que Magalhães Noronha¹ se referia como sendo “... *alfenim, com sensibilidade à flor da pele que, à menor contrariedade oposta, se sinta ofendido (...) criaturas que, sem exata noção de suas funções, se empolgam pelo cargo, lembrando o caso daquele agente de polícia que, sofrendo inadvertido pisão de uma pessoa, prendeu-o por ter ela pisado... o pé da lei*”. Logo, se o perito avaliou que não havia mais condições de realizar a perícia, foi porque o desrespeito manifestado por CARLOS

1 — Direito penal. v. 4 — São Paulo : Saraiva, 1987-1988, p. 305.

ROBERTO ultrapassou o limite do aceitável, mesmo levando em consideração a margem de tolerância aplicável em razão da tensão própria das perícias em ambiente doméstico. E de fato, salvo, talvez, numa hipótese de retratação completa e imediata do ofensor, não há como ser chamado de *safado* ou de *sem-vergonha* e seguir trabalhando como se nada tivesse acontecido, engolindo em seco as ofensas.

As provas indicam que o réu CARLOS ROBERTO estava bastante nervoso com a realização da perícia, um pouco porque não foi avisado com antecedência sobre a realização da diligência, falha que deve ser colocada na conta de seu advogado, e outro tanto pelo reencontro com Aparecida, já que tudo indica que a rescisão do vínculo não foi amistosa. Da mesma forma, é certo que o réu e sua esposa bateram boca com Aparecida, sendo que a controvérsia se limita ao objeto da querela, já que Aparecida alega que a chamaram de ladra, ao passo que CARLOS ROBERTO sustenta que a reclamante disse que sua mãe se sujava com os próprios excrementos, o que ele recebeu como grave ofensa — *“Eu a questioneei então se ela estava chamando minha mãe de porca (...) entendi que chamaram minha mãe de suja”*.

Enfim, não há dúvida de que os fatos se passaram em um ambiente carregado, de altíssima tensão, o que deve ter influenciado o ânimo dos presentes. Em cenários assim, de ânimos exaltados, é mais do que natural o emprego de palavras ríspidas de parte a parte, já que o autocontrole emocional absoluto é virtude distribuída com parcimônia na humanidade. Porém, mesmo dando todos os descontos pelo calor do momento, as ofensas perpetradas pelo acusado contra o perito ultrapassaram o limite do razoável e tinham o evidente propósito de desprestigiar a função pública exercida pelo ofendido naquele momento. Tanto é assim que embora proferidos diretamente ao engenheiro Hildebrando, os impropérios lançados por CARLOS ROBERTO foram temperados com o emprego de pronome indefinido que visava abarcar a classe de agentes públicos no qual o ofendido estava inserido — *perito é tudo safado, sem-vergonha*.

Sendo assim, tenho por comprovada a prática do crime de desacato.

Da mesma forma, as provas não deixam dúvida da prática do crime de constrangimento ilegal. Após ter cessado as agressões a Hildebrando, quando este deixava a propriedade do acusado, CARLOS ROBERTO impôs ao perito que se dirigisse à casa de sua mãe e executasse a perícia. A fim de assegurar seu intento, o réu fechou o portão eletrônico por onde Hildebrando entrara com Aparecida.

Não vendo alternativa de fuga e certamente premido pelo temor de novas agressões, sobretudo em razão do ânimo exaltado de CARLOS ROBERTO, o perito se submeteu aos caprichos do réu. Dirigiu-se à casa da mãe do acusado e executou um simulacro de perícia, visitando os cômodos que compunham o ambiente de trabalho de Aparecida, fazendo apontamento e até interagindo com a mãe de CARLOS ROBERTO, que deve ter achado estranha a visita daquele senhor de prancheta na mão, sujo e ensanguentado. Só depois que deu por encerrada a *perícia* é que a vítima foi liberada para sair da propriedade.

Tais fatos amoldam-se à descrição típica do crime de constrangimento ilegal:

Art. 146 - Constranger alguém, mediante violência ou grave ameaça, ou depois de lhe haver reduzido, por qualquer outro meio, a capacidade de resistência, a não fazer o que a lei permite, ou a fazer o que ela não manda:

Pena - detenção, de três meses a um ano, ou multa.

Pela dinâmica dos fatos, o acusado não se valeu de violência para a prática do crime de constrangimento ilegal, ao menos não diretamente. O que levou a vítima a se submeter às

ordens do acusado foi o temor de novas agressões, motivação que se enquadra na elementar “grave ameaça”. Esse registro é importante para assentar a existência, no caso concreto, de concurso de crimes entre a lesão corporal e o constrangimento ilegal, uma vez que inicialmente o réu foi agredido, e só depois que as agressões cessaram é que a vítima passou a ser constrangida a executar a perícia.

Cabe anotar que, na prática, essa distinção entre os delitos não é relevante, já que o parágrafo segundo do art. 146 determina que “*Além das penas cominadas, aplicam-se as correspondentes à violência*”, configurando hipótese especial de cúmulo material, semelhante ao sistema aplicado no concurso forma impróprio. Ou seja, mesmo que a violência seja aplicada como meio para a execução do constrangimento ilegal (o que não ocorre neste caso), deve ser infligida a pena correspondente ao constrangimento e à violência, de forma cumulativa, a despeito de se tratar de crime único.

Não há evidência de que, uma vez cessadas as agressões, o réu tenha ameaçado a vítima expressamente, prometendo de viva voz a prática de algum mal, caso este resistisse à execução da perícia. Contudo, as circunstâncias mostram que a vítima tinha todas as razões para se sentir ameaçada. Afinal, acabara de ser agredida e se encontrava sozinha com seu algoz, sem alternativa clara de fuga, já que o portão por onde entrara e por onde tentava escapar quando foi derrubado estava fechado. Tendo em vista esse contexto, não haveria como se exigir do perito que resistisse às ordens de CARLOS ALBERTO, que pagasse para ver. Em suas palavras: “*pensei comigo, se eu não faço a perícia apanho ou ele me mata... [estava] completamente à mercê dele, sozinho*”.

Não obstante as evidências apontando a prática do crime de constrangimento ilegal, o réu negou ter coagido o perito a realizar a perícia. Segundo essa versão, depois de ter sido auxiliado pelo réu a se levantar do chão, após sua queda “*acidental*”, Hildebrando mudou de ideia e resolver fazer a perícia, de forma espontânea, sem pressão do acusado. E mesmo estando o perito sujo e ensanguentado, a perícia foi realizada, em clima de absoluta normalidade. Ainda de acordo com o réu, Hildebrando dispensou as sugestões de se limpar ou ao menos passar álcool nas feridas.

A negativa do réu está isolada nos autos e sequer faz sentido. Não é crível que o perito tenha concordado espontaneamente em realizar a perícia, muito menos que tenha executada a diligência em clima de tranquilidade e ensanguentado. Se estivesse agindo de forma voluntária, no mínimo teria se recomposto antes de dar início aos trabalhos. Além disso, se a perícia tivesse sido executada de forma voluntária, a diligência resultaria em laudo aproveitável, o que não ocorreu, pois na primeira oportunidade que teve o perito levou os fatos ao Juiz do Trabalho e requereu sua destituição do encargo.

Cabe abrir um parêntesis para registrar que o fato de Hildebrando ter apenas simulado a realização da perícia, isto é, ter vistoriado cômodos e feito apontamentos que não resultaram num laudo efetivamente encartado na reclamatória trabalhista, não desnatura a prática do crime de constrangimento ilegal. Assim se dá porque na perspectiva do coator o ato foi realizado de forma plena. Tanto é assim que a vítima só foi liberada depois que o acusado se deu por satisfeito com a realização da perícia, momento em que provavelmente já estava com os ânimos mais serenados e sentindo as primeiras pontadas do arrependimento por ter perdido a cabeça daquele jeito.

Em suma, tenho por comprovada a prática do crime de constrangimento ilegal.

Resta analisar a imputação referente ao cárcere privado. Quanto a isso, o MPF articula que o réu trancou o portão de saída da propriedade, restringindo a liberdade do perito por

alguns minutos, até se convencer de que a diligência foi concluída.

De fato, as provas mostram que o perito foi impedido de deixar a propriedade do réu. Quando se dirigia à saída, foi agredido pelo acusado, que também comandou o fechamento do portão eletrônico por onde o perito entrou e por onde pretendia sair. A reclamante Aparecida por pouco também não ficou retida, tendo conseguido sair da propriedade momentos antes do portão ser fechado.

O réu nega o trancamento do portão. Em resumo, sustenta que sua propriedade possui três portões que permanecem abertos o dia todo, desde o início da manhã, quando chegam os primeiros funcionários de sua empresa. A alegação foi repetida pelas testemunhas indicadas pelo réu e encampada pela Defesa técnica, que nas alegações finais pontuou que “... *ficou sovemente demonstrado que existe na chácara, local do incidente, vários portões de saída*”.

O advérbio constitui um exagero. Apesar dos indicativos de que havia mais de um portão na propriedade, a Defesa poderia, sem grande esforço, por meio de imagens e croquis, comprovar a existência e, principalmente, a exata localização das vias de acesso.

De toda sorte, mesmo dando de lambuja que na chácara havia outras entradas, o fato objetivo é que o portão de acesso à área residencial da propriedade estava fechado quando o perito e a reclamante chegaram, o que foi confirmado por ambos. Tanto é assim que tiveram que aguardar alguns minutos até que a entrada fosse autorizada. Hildebrando e Aparecida também foram categóricos ao relatar que o portão foi fechado, não se sabe se pelo próprio réu ou por outra pessoa, logo depois das agressões perpetradas por CARLOS ROBERTO. Aparecida só conseguiu sair porque correu quando o acusado derrubou Hildebrando.

Outro aspecto que deve ser levado em consideração é que a existência de outras vias de acesso não favorecia a vítima naquela situação. Se havia outro portão aberto, por certo essa saída não estava ao alcance de Hildebrando. O perito tentou sair pelo mesmo portão por onde havia entrado, e quando esse acesso foi fechado, viu-se sem alternativa.

Entretanto, embora configurada a momentânea restrição à liberdade, na realidade do caso concreto essa conduta acabou absorvida pelo crime de constrangimento ilegal. A dinâmica dos fatos revela que o portão foi fechado para assegurar a coação dirigida ao perito, serviu como um ingrediente a mais de pressão para obrigá-lo a executar a perícia, contra sua vontade. Ou seja, no presente caso a privação momentânea da liberdade contribuiu para diminuir a resistência da vítima, intensificando o temor causado pela ameaça.

Sendo assim, em relação ao crime de cárcere privado (art. 148 do Código Penal) o réu deve ser absolvido, nos termos do art. 386, III do CPP.

Por outro lado, provadas a materialidade e a autoria delitiva, não havendo causa que exclua o crime ou isente o réu de pena, impõe-se a condenação de CARLOS ROBERTO CUNHA nas sanções do art. 129, 146 e 331 do Código Penal.

Passo à *dosimetria das penas*.

A) *Lesão corporal*

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* — aqui compreendida não mais como elemento integrante da estrutura analítica do crime, mas sim como medida do grau de censurabilidade da conduta — se mostra no nível médio e o réu não apresenta *antecedentes*.

As agressões perpetradas causaram à vítima escoriações e hematomas, lesões superficiais que não afetaram de forma significativa a rotina do ofendido, tampouco demandaram intervenção médica que fosse muito além da simples limpeza dos ferimentos. Assim, as *consequências* devem ser tidas como neutras.

As *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro. As provas apontam que o *motivo* foi o descontrole momentâneo do acusado, motivado por um descontentamento geral com a realização da perícia e, provavelmente, com o ajuizamento da ação. Embora o réu tenha sugerido que o perito se portou de forma arrogante, não se apurou nada de concreto que indique que o *comportamento da vítima* concorreu para a prática do crime. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena-base* no mínimo, em 3 meses de detenção.

Ausentes atenuantes.

A vítima nasceu em 25/05/1956, de modo que na data dos fatos contava com 60 anos completos. As imagens do laudo de lesão corporal e das fls. 83 e 85 denotam que Hildebrando ostenta as características próprias da idade. Nessa ordem de ideias, é evidente que o réu sabia (ou deveria saber) que a pessoa que agrediu contava com mais de 60 anos, de modo que se aplica a agravante do art. 61, *h* do Código Penal. Em razão disso, exaspero a pena-base em 1/6, fixando a pena provisória em 3 meses e 15 dias de detenção.

Não incidem causas de aumento ou de diminuição, de modo que fixo a pena definitiva para o crime de lesão corporal em *3 meses e 15 dias de detenção*.

B) Constrangimento ilegal

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* se mostra no nível médio, o réu não possui *antecedentes*, o crime não deixou *consequências*, as *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro, o *motivo* não foi esclarecido, o *comportamento da vítima* foi indiferente para a prática do crime e não há elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena-base* no mínimo, em 3 meses de detenção.

Ausentes atenuantes. Pelas mesmas razões expostas na dosimetria da lesão corporal, incide a agravante do art. 61, *h* do Código Penal. Em razão disso, exaspero a pena-base em 1/6, fixando a pena provisória em 3 meses e 15 dias de detenção.

Não incidem causas de aumento ou de diminuição, de modo que fixo a pena definitiva para o crime de lesão corporal em *3 meses e 15 dias de detenção*.

Cumprir registrar que o preceito secundário do art. 146 do CP é misto alternativo, de modo que a sanção pode resultar em pena privativa de liberdade, de três meses a um ano, ou multa. Entretanto, considerando que a pena final superou o mínimo, bem como que o constrangimento ilegal foi praticado em concurso com outros crimes, entendo que a substituição da pena privativa de liberdade por pena de multa não é suficiente para a reprovação merecida.

C) Desacato

As circunstâncias judiciais demonstram que a *culpabilidade* se mostra no nível médio, o réu não apresenta *antecedentes* e o crime não deixou *consequências*.

As *circunstâncias* em que praticado o delito não fogem do corriqueiro. As expressões proferidas pelo acusado são censuráveis — como é próprio de todo xingamento — porém a ofensa não alcançou níveis que revelem especial grau de reprovabilidade da conduta. É certo que ninguém gosta de ser chamado de *safado*, mas há ofensas bem piores que isso, com maior potencial de humilhação e desprestígio do ofendido e da função que exerce.

O *motivo* parece estar relacionado ao aborrecimento do réu com a reclamatória trabalhista, causa que repercute de forma neutra. O *comportamento da vítima* foi indiferente para a prática do crime e não há elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena-base* no mínimo, em 6 meses de detenção.

Ausentes atenuantes. Pelas mesmas razões expostas na dosimetria da lesão corporal, incide a agravante do art. 61, *h* do Código Penal. Embora o bem protegido do delito de desacato seja a Administração Pública, especialmente nas dimensões da moralidade e probidade administrativa, o funcionário público desacatado é, ao lado do Estado, sujeito passivo do delito. Logo, as condições pessoais do agente desacatado devem ser levadas em consideração na dosimetria, inclusive para exasperar a pena na hipótese de o alvo da ofensa se tratar de agente público idoso, pois verificado o nexo lógico- causal entre a conduta do agente e a maior proteção que se busca conferir aos maiores de 60 anos. Em razão disso, exaspero a pena-base em 1/6, fixando a pena provisória em 7 meses de detenção.

Não incidem causas de aumento ou de diminuição, de modo que fixo a pena definitiva para o crime de lesão corporal em *7 meses de detenção*.

Condeno o réu também ao pagamento de 10 dias multa. Em seu interrogatório o réu informou que sua empresa possui mais de 200 empregados, que duzentas famílias dependem de seu negócio. Tais dados sinalizam que o réu é empresário bem-sucedido, o que permite a fixação do dia multa em valor acima do mínimo usualmente aplicado – adianto que as informações trazidas no interrogatório servirão de fundamento para a revogação da assistência judiciária gratuita. Por conseguinte, fixo o dia multa em 1/5 do salário mínimo vigente em setembro de 2016.

Concurso material

Embora praticados no mesmo contexto, os crimes de lesão corporal, desacato e constrangimento ilegal foram cometidos por ações distintas e com desígnios autônomos. Logo, aplica-se a regra do cúmulo material prevista no art. 69 do Código Penal, o que resulta na pena de 1 ano e dois meses de detenção.

Substituição da pena

O inciso I do art. 44 obsta a substituição da pena privativa de liberdade nos casos em que o crime for cometido mediante violência ou grave ameaça, ainda que a pena privativa de liberdade seja inferior a 4 anos. No presente caso, apesar do réu ter sido condenado à pena privativa de liberdade de apenas 1 ano e dois meses de detenção, a aplicação literal dessa restrição impediria a substituição, uma vez que a condenação resulta de concurso materiais de crimes onde se insere lesão corporal leve e constrangimento ilegal.

Sucede que a aplicação da norma deve levar em consideração sua finalidade. No caso da regra para a substituição da pena privativa de liberdade pela restritiva de direitos, o objetivo da norma é evitar o encarceramento do condenado a pena de curta duração e cujas condições pessoais informem que sua liberdade não representa risco evidente à sociedade.

Tendo em vista esse desiderato, não parece razoável excluir a possibilidade de substituição da pena nos casos em que a violência ou grave ameaça possui escassa gravidade, com baixa repercussão no meio social. A necessidade de delimitar o alcance das expressões *violência* ou *grave ameaça* se torna ainda mais patente quando se leva em consideração que diversos crimes que tem a violência ou a grave ameaça como elementares (caso da lesão corporal leve

e do constrangimento ilegal) são delitos de menor potencial ofensivo.

Nada como um exemplo para demonstrar o paradoxo que resulta da aplicação literal da restrição do art. 44, I do CP. Imagine-se um infrator a quem se imputa o crime de lesão corporal leve (pena de 3 meses a um ano) e outro acusado de moeda falsa (pena de 3 a 12 anos). No primeiro caso, o denunciado poderá ser beneficiado com a transação ou suspensão condicional do processo, mas em caso de condenação, não terá direito à substituição da pena, ainda que fixada no mínimo. Já o segundo infrator não terá direito a nenhum dos benefícios da Lei 9.099/1995, mas se for condenado a pena não superior a 4 anos, terá direito à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos.

Ainda sobre o tema, oportuno transcrever a lição de CEZAR ROBERTO BIRRENCOURT², justamente a propósito da substituição da pena nos casos de condenação por lesão corporal leve, constrangimento ilegal e ameaça:

Contudo, recomenda-se prudência no exame de todos os requisitos, mas especialmente deste, sob pena de imaginar-se, equivocadamente, que não mais poderiam ser beneficiados com penas restritivas de direitos, entre outros, os crimes de lesão corporal leve dolosa (art. 129), de constrangimento ilegal (art. 146) e de ameaça (art. 147), pois são praticados com violência — o primeiro — ou com grave ameaça à pessoa — os outros dois. No entanto, essa limitação, criada pela lei em exame, não se aplica a crimes como os enunciados, pelo simples fato de se incluírem na definição de “infrações de menor potencial ofensivo” (art. 61 da Lei n. 9.099/95) e, por conseguinte, deverão continuar recebendo o mesmo tratamento disciplinado pela Lei dos Juizados Especiais, com direito às sanções que lá, na seara dos juizados, são, efetivamente, penas alternativas, e não, simplesmente, substitutivas, como ocorre no bojo do Código Penal, a despeito do alarde sobre sua natureza alternativa.

Seguindo essa mesma linha de raciocínio, transcrevo passagem de voto do Ministro Nilson Naves, proferido em precedente que tratava de caso semelhante ao ora julgado:

Como se trata de lesão leve e de simples ameaça, a ofensa resultante daquela e a decorrente desta não dizem respeito à violência e à grave ameaça a que se refere o inciso I do art. 44 do Cód. Penal. Violência e grave ameaça são resultantes de atos mais graves do que os decorrentes dos tipos legais dos arts. 129 e 147. Na lesão leve (ou simples), até poderá haver alguma violência, mas não a violência impeditiva da substituição de uma pena por outra; do mesmo modo, relativamente à ameaça, até porque, sem ameaça, nem sequer existiria o tipo legal. Com isso, estou entendendo que lesão corporal leve (ou simples) e ameaça admitem, sempre e sempre, sejam substituídas as penas. Explico-me melhor quanto ao disposto no inciso I: sendo lesão corporal de natureza leve, diferente é a violência se violência há; sendo ameaça, é óbvio que ameaça haverá de ocorrer. (STJ, Sexta Turma, HC 87644, Rel. Min. Nilson Naves, j. 04/12/20074).

Ademais, a questão da forma de cumprimento da pena neste caso deve ser analisada na perspectiva de quem olha pela janela, ou seja, com os olhos postos na realidade que orienta a aplicação da norma. Tendo em vista a notória carência de vagas em instituições própria para a execução de penas do regime aberto, que devem ser cumpridas em casas do albergado, é muito provável que a pena de detenção acabe sendo convertida em prisão domiciliar, talvez com monitoramento eletrônico ou sujeita a fiscalizações rotineiras.

2 Tratado de direito penal, I — 17 ed. — São Paulo : Saraiva, 2012, p. 648-649.

Tendo em vista esse panorama, não faz sentido impor o recolhimento domiciliar ao acusado, com os previsíveis gastos referentes à fiscalização e monitoramento do rigor carcerário, em vez de encaminhá-lo para prestar serviços em instituição útil à comunidade, associado ao desembolso de prestação pecuniária, reprimenda particularmente eficiente na função de expiar as culpas, dado que seu efeito inibidor chega à consciência do agente pegando atalho pelo bolso. Com efeito, entre (i) mandar o réu para casa apenas com a obrigação de manter carregada a bateria da tornozeleira eletrônica ou (ii) para um asilo, creche ou escola para ser útil a seus pares, mil vezes a segunda opção.

Em suma, tenho que no presente caso a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito é indicada sob todos os aspectos, pois permite sancionar adequadamente o crime, na medida em que impõe ao condenado a cota de sacrifício proporcional à sua falta, porém de modo útil à sociedade.

Sendo assim, substituo a pena privativa de liberdade aplicada por duas restritivas de direito, sendo uma de prestação de serviços à entidade pública, nos termos do art. 46 do Código penal, pelo período igual ao da condenação, ou seja, 1 ano e 2 meses, e uma de prestação pecuniária, consistente no pagamento do valor equivalente a 8 salários mínimos vigentes à época do pagamento, sendo quatro à vítima Hildebrando Francisco Braga e quatro a entidades públicas beneficentes, cabendo ao Juízo das Execuções Penais indicar a entidade assistencial e o local da prestação de serviços.

Os valores destinados ao ofendido deverão ser depositados em conta judicial. Uma vez integralizados os quatro salários mínimos, o beneficiário deverá ser intimado a levantar o dinheiro por meio de alvará. Caso o destinatário não atenda à notificação no prazo fixado pelo juízo da execução, ou se expressamente renunciar à parte que lhe toca, seu quinhão será integralizado ao montante destinado a entidades beneficentes.

Indenização para reparação de danos

Nas alegações finais o Ministério Público Federal requereu a fixação de indenização mínima para a reparação de eventuais danos causados.

Sucede que o pedido só foi formulado em sede de alegações finais, após o encerramento da instrução, sem que tenha sido oportunizado o debate da matéria sob o crivo do contraditório. Também deve ser levado em consideração que a vítima direta dos crimes é pessoa maior e capaz, com plenas condições de buscar eventual reparação contra o réu, bem como que o requerimento do MPF acabou acolhido de forma parcial, por via diversa, com a destinação de parte da prestação pecuniária da pena substitutiva ao ofendido.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo *PROCEDENTE EM PARTE* a denúncia para o fim de:

1) *CONDENAR* o réu *CARLOS ROBERTO CUNHA* à pena de *1 ano e 2 meses de detenção* e ao pagamento de dez dias multa, arbitrado o dia multa em 1/5 do salário mínimo vigente em setembro de 2016, pela prática dos crimes de lesão corporal (art. 129), constrangimento ilegal (art. 146) e desacato (art. 331, todos do Código Penal). A pena privativa de liberdade fica substituída por restritiva de direitos, nos termos da fundamentação.

2) *ABSOLVER* o réu *CARLOS ROBERTO CUNHA* da imputação de cárcere privado (art. 148 § 1º, I do Código Penal), o que faço com fundamento no art. 386, III do Código de Processo Penal.

O regime inicial para cumprimento da pena, se necessário, será o aberto.

O réu poderá recorrer em liberdade. Tendo em vista o julgamento do feito, revogo a

medida cautelar de comparecimento periódico.

Considerando as informações trazidas pelo réu em seu interrogatório a respeito do porte de sua empresa, reconsidero a decisão que concedeu o benefício da assistência judiciária gratuita e determino que as custas sejam pagas pelo condenado.

Após o trânsito em julgado desta sentença, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e oficie-se à Justiça Eleitoral em cumprimento ao disposto no artigo 15, III, da Constituição Federal.

Encaminhe-se cópia da sentença ao ofendido (art. 201, § 2º do CPP).

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

Araraquara, 23 de maio de 2019.

Juiz Federal MÁRCIO CRISTIANO EBERT

PROCEDIMENTO COMUM**5001327-52.2017.4.03.6183**

Autora: EDNA MARIA CONRADO VEIGA

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 9ª VARA PREVIDENCIÁRIA EM SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 05/06/2019

SENTENÇA*Vistos, em inspeção.*

Trata-se de ação de rito ordinário proposta por EDNA MARIA CONRADO VEIGA objetivando o recebimento do benefício da pensão por morte (NB 173.206.811-6) em razão do falecimento de sua suposta companheira MYRIAM FOGAÇA DA SILVA, falecida em 07/10/2006, com início de pagamento desde a data de entrada do requerimento administrativo (DER) em 13/03/2015.

Alega a parte autora que residiu muitos anos com a instituidora do benefício, convivendo como casal em união estável.

Foram concedidos à autora os benefícios da assistência judiciária gratuita, bem como determinada a citação do INSS (Id 1215567).

Citado, o INSS apresentou contestação. Preliminarmente, alegou a ocorrência de prescrição quinquenal. No mérito, pugnou pela improcedência da demanda, argumentando que prova exclusivamente testemunhal não pode ser admitida para fins de comprovação da união estável e da consequente dependência econômica (Id 1706890).

Em réplica, a parte autora requereu a produção de prova testemunhal (Id 3551594).

Foi realizada audiência de instrução e julgamento para colheita do depoimento pessoal da autora, bem como das testemunhas arroladas por ela, nos termos da Assentada de Id 7888625.

Após, a parte autora apresentou suas razões finais, juntando aos autos documentos retratando sua situação econômica atual (Id 8417430).

Vieram os autos conclusos para sentença.

*É o relatório. Decido.***PRELIMINARMENTE****DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL**

Tendo em vista a data do requerimento administrativo do benefício em 13/03/2015 e a data da propositura da ação em 11/04/2017, não há que se falar em prescrição quinquenal, na medida em que sequer há parcelas que antecedem o quinquênio atual.

MÉRITO**DA PENSÃO POR MORTE**

A pensão por morte é um benefício previdenciário, previsto na Lei nº 8.213/91, com o escopo de amparar aqueles que dependiam economicamente do segurado falecido.

Assim como na determinação das normas que regem a sucessão no direito civil, também no direito previdenciário a data do óbito é que definirá as regras para a concessão do benefício

de pensão por morte. Cuida-se do princípio *tempus regit actum*, prezado na Súmula n. 340 do Superior Tribunal de Justiça: “A lei aplicável à concessão de pensão previdenciária por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado”.

A partir da vigência da Lei n. 9.528, de 10.12.1997 (D.O.U. de 11.12.1997), o regramento da pensão por morte, prevista no artigo 74 da Lei n. 8.213/91, tomou a seguinte feição:

Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data: [Redação dada pela Lei n. 9.528/97]

I – do óbito, quando requerida *até trinta dias* depois deste;

II – do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;

III – da decisão judicial, no caso de morte presumida. [Incisos I a III incluídos pela Lei n. 9.528/97]

A Medida Provisória n° 664, de 30 de dezembro de 2014, posteriormente convertida na Lei n° 11.135, de 17 de junho de 2015, alterou significativamente alguns aspectos da pensão por morte. No entanto, conforme o enunciado da Súmula n° 140 do C. Superior Tribunal de Justiça, a lei aplicável à concessão de pensão por morte é aquela vigente na data do óbito do segurado.

No presente caso, o óbito ocorreu em 07/10/2006, antes da vigência da Lei n° 13.135/2015, que alterou o artigo 77 da Lei n° 8.213/91, passando a criar períodos diversos de vigência do benefício previdenciário de pensão por morte, o que não se aplica, contudo, ao presente caso. Deve, portanto, ser aplicada a legislação anterior à atual.

Em suma, os requisitos legais para a concessão do benefício são: a) o óbito e a condição de segurado do instituidor da pensão; (b) a condição de dependente (presumida ou não) de quem requer o benefício.

CASO SUB JUDICE

DO ÓBITO E DA QUALIDADE DE SEGURADO

A Sra. MYRIAM FOGAÇA DA SILVA faleceu em 07/10/2006, conforme certidão de óbito de Id 1067389.

De acordo com consulta ao CNIS (em anexo), à época do óbito estava em gozo do benefício previdenciário de auxílio-doença – NB 31/504.253.595-7, com DIB em 09/09/2004 e DCB em 07/10/2006 (data do óbito).

Portanto, estando em gozo de benefício previdenciário, mantinha a qualidade de segurada da Previdência Social, a teor do artigo 15, inciso I, da Lei n° 8.213/91.

DA QUALIDADE DE DEPENDENTE

A parte autora requer o benefício na qualidade de companheira, conforme previsão contida no artigo 16, inciso I, da Lei n. 8.213/1991. Reconhecida essa condição, a dependência econômica será presumida. Tais regras são extensíveis à união homoafetiva, como reconhecido pelo próprio INSS nos termos da Portaria n° 513 do Ministério da Previdência Social, de 9 de dezembro de 2010:

O MINISTRO DE ESTADO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL, no uso das atribuições constantes do art. 87, parágrafo único, inciso II, da Constituição, tendo em vista o PARECER n° 038/2009/DENOR/ CGU/AGU, de 26 de abril de 2009, aprovado pelo Despacho do Consultor-Geral da União n° 843/2010, de 12 de maio de 2010, e pelo DESPACHO do Advogado-Geral da União, de 1° de junho de 2010, nos autos do processo n° 00407.006409/2009-11,
Resolve:

Art. 1º Estabelecer que, no âmbito do Regime Geral de Previdência Social - RGPS, os dispositivos da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, que tratam de dependentes para fins previdenciários *devem ser interpretados de forma a abranger a união estável entre pessoas do mesmo sexo*.

Art. 2º O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS adotará as providências necessárias ao cumprimento do disposto nesta portaria. (g.n.)

Cabe citar ainda o seguinte trecho de decisão proferida pelo Eminentíssimo Desembargador Federal Souza Ribeiro, do E. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em 25 de agosto de 2014 (APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO Nº 0008761-71.2003.4.03.6183/SP):

No que se refere ao reconhecimento de união estável homoafetiva, ou seja, entre pessoas do mesmo sexo, para fins de equiparação desse tipo de união à união familiar heterossexual, bem como para fins de concessão de direitos, considerados iguais aos companheiros de quaisquer dessas relações estáveis, o tema não comporta mais qualquer debate jurídico, tendo em vista decisão do Plenário do E. Supremo Tribunal Federal na ADI n. 4.277, em 05/5/2011, e, no esteio do julgado da Magna Corte, firmou-se a jurisprudência daquele Tribunal Superior e deste C. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Confira-se:

“AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. UNIÃO HOMOAFETIVA. LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DO RECONHECIMENTO E QUALIFICAÇÃO DA UNIÃO CIVIL ENTRE PESSOAS DO MESMO SEXO COMO ENTIDADE FAMILIAR. DIREITO À PERCEPÇÃO DO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE. RECONHECIMENTO. APLICAÇÃO DAS REGRAS E CONSEQUÊNCIAS JURÍDICAS VÁLIDAS PARA A UNIÃO ESTÁVEL HETEROAFETIVA. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONSONÂNCIA COM O ENTENDIMENTO DO PLENÁRIO DESTA CORTE. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O preceito constante do art. 1.723 do Código Civil - “é reconhecida como entidade familiar a união estável entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família” - não obsta que a união de pessoas do mesmo sexo possa ser reconhecida como entidade familiar apta a merecer proteção estatal. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, proferiu esse entendimento no julgamento da ADI 4.277 e da ADPF 132, ambas da Relatoria do Ministro Ayres Britto, Sessão de 5.5.11, utilizando a técnica da interpretação conforme a Constituição do referido preceito do Código Civil, para excluir qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como entidade familiar, entendida esta como sinônimo perfeito de família. Reconhecimento este, que deve ser feito segundo as mesmas regras e com idênticas consequências da união estável heteroafetiva.

2. Em recente pronunciamento, a Segunda Turma desta Corte, ao julgar caso análogo ao presente, o RE n. 477.554-AgR, Relator o Ministro Celso de Mello, DJe de 26.08.11, em que se discutia o direito do companheiro, na união estável homoafetiva, à percepção do benefício da pensão por morte de seu parceiro, enfatizou que “ninguém, absolutamente ninguém, pode ser privado de direitos nem sofrer quaisquer restrições de ordem jurídica por motivo de sua orientação sexual. Os homossexuais, por tal razão, têm direito de receber a igual proteção tanto das leis quanto do sistema político-jurídico instituído pela Constituição da República, mostrando-se arbitrário e inaceitável qualquer estatuto que puna, que exclua, que discrimine, que fomenta a intolerância, que estimule o desrespeito e que desiguala as pessoas em razão de sua orientação sexual. (...) A família resultante da união homoafetiva não pode sofrer discriminação, cabendo-lhe os mesmos direitos, prerrogativas, benefícios e obrigações que se mostrem acessíveis a parceiros de sexo distinto que integrem uniões heteroafetivas.” (Precedentes: RE n. 552.802, Relator o Ministro Dias Toffoli, DJe de 24.10.11; RE n. 643.229, Relator o Ministro Luiz Fux, DJe de 08.09.11; RE n. 607.182, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de

15.08.11; RE n. 590.989, Relatora a Ministra Carmen Lúcia, DJe de 24.06.11; RE n. 437.100, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 26.05.11, entre outros).

3. (...).

4. In casu, o acórdão originariamente recorrido assentou: “EMENTA: ADMINISTRATIVO. CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA. BENEFÍCIO DE PENSÃO PREVIDENCIÁRIA. PRELIMINAR DE IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. REJEITADA DIANTE DO INFORMATIVO Nº 0366, DO STJ. MÉRITO. RELAÇÃO HOMOAFETIVA. RECONHECIMENTO COMO BENEFÍCIO DE PENSÃO POS MORTEM. POSSIBILIDADE. REEXAME NECESSÁRIO IMPROVIDO, APELO VOLUNTÁRIO PREJUDICADO. DECISÃO UNÂNIME. 1 - Ineficácia da prejudicial de impossibilidade jurídica do pedido, união homoafetiva é reconhecida pelos Tribunais Pátrios, apesar de inexistir ordenamento legal. Possibilidade de ser concedido o benefício previdenciário nos casos de relação homoafetiva. Informativo de nº 0366, da Quarta Turma do Superior Tribunal de Justiça reconhece a Possibilidade Jurídica do Pedido. 2 - Faz jus apelada à percepção do benefício de pensão por morte o autor logrou êxito em comprovar, efetivamente, sua vida em comum com o falecido segurado, como se more uxório, mantendo residência conjunta, partilhando despesas, além da aquisição de bens, tais como um imóvel que foi adquirido por ambos, e deixado ao autor. 3 - Pleito do apelado em conformidade com o Princípio Constitucional da Igualdade, da dignidade da pessoa humana e da promoção do bem de todos, sem preconceitos ou quaisquer outras formas de discriminação, previsto no inciso I, do Art. 5º da Carta Magna, posto que a união homoafetiva merece ser tratada como uniões heterossexuais. 4 - Incontestável direito do apelado à percepção de pensão por morte nos termos assegurados pela Constituição da República de 1988 e a própria IN/INSS nº 025/2000, vez que presentes os requisitos necessários ao gozo desse direito. 5 - Reexame necessário improvido, prejudicado o apelo voluntário para manter incólume a decisão recorrida. 6 - Decisão unânime.”

5. Agravo regimental a que se nega provimento.

(STF, 1ª Turma, Ag no RE n. 607.562, Rel. Min. Luiz Fux, j. 18/9/2012)

PREVIDENCIÁRIO. PENSÃO POR MORTE. (...). UNIÃO ESTÁVEL HOMOAFETIVA. STATUS JURÍDICO DE ENTIDADE FAMILIAR. QUALIDADE DE SEGURADO. CONDIÇÃO DE DEPENDENTE. COMPANHEIRO. TERMO INICIAL.

I - (...).

III - O Supremo Tribunal Federal - na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4277 julgada em 05/05/2001 - reconheceu o status jurídico de entidades familiares às relações homoafetivas. Diante desse quadro, a concessão de benefícios previdenciários aos casais homoafetivos dar-se-á nos mesmos moldes para com os casais heteroafetivos, devendo-se exigir dos primeiros o mesmo que se exige dos segundos. No caso de pensão por morte, a qualidade de segurado do de cujus, o vínculo de afetividade e a dependência econômica presumida.

IV - O autor logrou comprovar nos autos, tanto documental quanto testemunhalmente, a união estável homoafetiva entre ele e o falecido, sendo que, na condição de companheiro, a dependência econômica é presumida, nos termos do § 4º, do artigo 16, da Lei nº 8.213/91.

V - O termo inicial do benefício é a data do óbito, ou seja, 11.12.2008 uma vez que o pedido foi efetuado dentro do prazo de trinta dias antes do óbito, nos termos do art. 74, inciso I, da Lei nº 8.213/91 (v. fl. 34). VI - Preliminares rejeitadas. Apelação dos réus improvidas.

(TRF 3ª Região, 10ª Turma, AC n. 1.636.871, Rel. Juiz Fed. Conv. David Diniz, j. 31/01/2012)

PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. ART. 74 DA LEI 8.213/91. UNIÃO HOMOAFETIVA. REQUISITOS PRESENTES. BENEFÍCIO DEVIDO.

1. (...).

2. A união afetiva estabelecida entre homossexuais merece tratamento isonômico aos dispensado às uniões heterossexuais em respeito ao princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana e o da promoção do bem de todos sem preconceito ou discriminação.

3. É totalmente compatível com o sistema previdenciário o reconhecimento do direito à pensão por morte à companheira homossexual nos termos do artigo 74 da Lei 8.213/91.

4. Não há motivos técnicos, jurídicos ou quaisquer outros para se exigir, no caso da união homoafetiva, a dependência econômica exclusiva da companheira sobrevivente, eis que a situação se subsume na regra do §4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91. O tratamento da questão, portanto, deve ser idêntico ao do concubinato heterossexual: a dependência não necessita ser exclusiva, sendo, portanto, presumida.

5. Comprovada a união homoafetiva, presume-se a dependência econômica da autora em relação a “de cujus”, nos termos do §4º do artigo 16 da Lei nº 8.213/91, bem como presentes os demais requisitos previstos no artigo 74, “caput”, da mesma lei, é devido o benefício de pensão por morte.

6. (...) Tutela antecipada concedida.

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, AC n. 971.499, Rel. Juiz Fed. Conv. Leonel Ferreira, j. 30/3/2009)

CONSTITUCIONAL. PREVIDENCIÁRIO. (...). PENSÃO POR MORTE. COMPANHEIRO. HOMOSSEXUAIS. TRABALHADOR URBANO. PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS. CONCESSÃO. ARTS. 74 A 79 DA LEI Nº. 8.213/91. UNIÃO ESTÁVEL COMPROVADA. DEPENDÊNCIA ECONÔMICA PRESUMIDA. QUALIDADE DE SEGURADO.

1 - (...).

3 - Companheiro do segurado, que teve por comprovada a vida em comum, tem a sua dependência econômica presumida em relação a ele, por lhe serem assegurados, face ao princípio da igualdade, os mesmos direitos previdenciários atribuídos aos heterossexuais e a mesma prerrogativa de concorrência em relação aos demais dependentes elencados no inciso I do art. 16 da Lei de Benefícios.

4 - O direito de acesso dos homossexuais aos benefícios previdenciários em face de seus companheiros segurados é questão já decidida em sede da Ação Civil Pública nº 2000.71.00.009347-0/RS, de abrangência nacional, conforme decisão proferida pelo mesmo TRF4 (Ag nº 2000.04.01.044144-0).

5 - Diversas correspondências particulares, postadas e enviadas ao mesmo endereço, não deixam dúvidas de que ali coabitavam o autor e o de cujus. Além disso, as provas carreadas aos autos demonstram que ambos frequentavam os mesmos clubes sociais, com relação de dependência.

6 - Comprovada a existência de relação homoafetiva por mais de 25 anos, da qual decorre a união estável entre o autor e o de cujus até a data do óbito, através do conjunto probatório acostado aos autos, a dependência econômica é presumida, nos termos do art. 16, I, §4º, da Lei de Benefícios.

7 - Comprovada a qualidade de segurado e demonstrada a condição de dependência, é de se conceder o benefício, nos termos do art. 201, V, da Constituição Federal e da Lei nº 8.213/91.

7 - (...).

(TRF 3ª Região, 9ª Turma, ApelReex n. 1.263.988, Rel. Des. Fed. Nelson Bernardes, j. 14/4/2008)”

Desta feita, o companheiro deve comprovar sua união estável e se assim o fizer, a dependência econômica com relação ao “de cujus” será presumida, exatamente como ocorre entre os casais heteroafetivos.

A petição inicial não foi instruída com documentos aptos a constituírem início de prova material da união estável que se pretende comprovar, havendo apenas declaração assinada pelo médico Nelson Hamerschlak atestando que durante toda a doença, tratamento e internações de MYRIAM no Hospital Israelita Albert Einstein (primeira internação ocorrida em 29 de março de 2006 e segunda internação de 11 de maio a 07 de outubro de 2006 – data do óbito)

testemunhou que a paciente esteve acompanhada de EDNA MARIA CONRADO VEIGA, companheira de MYRIAM e que sempre foi presente e a auxiliou em todo seu processo de doença. No entanto, devido à declaração ser extemporânea aos fatos, equipara-se à prova testemunhal, não podendo ser considerada como início de prova material.

Quanto à necessidade de início de prova material para comprovação da existência de união estável, diferentemente do exigido na via administrativa pela autarquia previdenciária, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que o “tempo de serviço” é a única circunstância de fato que reclama a apresentação de prova material, podendo a união estável ser comprovada por qualquer meio de prova, inclusive a prova exclusivamente testemunhal. Vejamos:

1. A decisão rescindenda entendeu que a legislação previdenciária não faz qualquer restrição quanto à admissibilidade da prova testemunhal, para comprovação da união estável, com vista à obtenção de benefício previdenciário. 2. Quanto à violação literal de dispositivo legal, constata-se a impossibilidade de rescisão do julgado, uma vez que o relator decidiu a matéria baseado em posicionamento firme deste Tribunal Superior, de que a prova testemunhal é sempre admissível, se a legislação não dispuser em sentido contrário, e que a Lei nº 8.213/91 somente exige prova documental quando se tratar de comprovação do tempo de serviço. (AR 3.905/PE, Rel. Min. Campos Marques (Desembargador Convocado do TJ/PR), Terceira Seção, j. 26/06/2013, DJe 01/08/2013)

No mesmo sentido, a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais editou a Súmula 63: “A comprovação de união estável para efeito de concessão de pensão por morte prescinde de início de prova material.”

Desse modo, conforme observa Sérgio Murilo Wanderley Queiroga no Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (Brasília: Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários, 2016), diferentemente da esfera administrativa,

(...) a jurisdição pressupõe prerrogativa de se ditar soluções de caráter definitivo a determinados conflitos expostos à sua cognição, de modo que os órgãos jurisdicionais devem se cercar de todos os elementos necessários a uma ampla e justa cognição do fato, assegurando o exaurimento das garantias do contraditório e da ampla defesa. Isso inclui a ideia da liberdade de produção das provas, exposta no art. 332 do Código de Processo Civil de 1973 e no art. 369 do CPC de 2015.

Dessa forma, no âmbito judicial, a exigência do chamado “início de prova material” constitui exceção, e não a regra, tendo em vista a liberdade de produção de provas. Sendo exceção, a necessidade de um acervo mínimo de prova documental para a garantia de um direito pela via jurisdicional deve estar expressamente prevista na legislação. (Comentários às súmulas da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, 2016, p. 330-331)

Além do mais, considerando a peculiaridade do caso concreto, por se tratar de união homoafetiva em uma época em que os preconceitos e discriminação de nossa sociedade eram ainda maiores (ou mais explícitos) do que nos dias atuais, situação agravada pela ausência de proteção e reconhecimento do Estado às relações e aos direitos homoafetivos no período em que o relacionamento se desenvolveu, somada ao fato da parte autora ser pessoa pública – pois era jogadora de vôlei da seleção brasileira, podendo ter sua carreira afetada caso o relacionamento fosse divulgado –, entendo que a exigência de prova documental no presente caso

fere o princípio da razoabilidade presente em nosso ordenamento jurídico, não devendo uma questão processual (e que, como exposto, não encontra respaldo na jurisprudência majoritária dos Tribunais) se sobrepor a direitos fundamentais, ainda mais quando esses direitos foram tardiamente oficializados pelo Estado, tendo como marco histórico o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4277 e da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 132 ocorrido em maio de 2011. Entendimento contrário também constituiria verdadeira prova diabólica, uma vez que o contexto social e os aspectos pessoais da autora tornam a obtenção de qualquer prova documental excessivamente difícil ou até mesmo impossível, o que é vedado por nosso ordenamento processual, como pode se extrair do §2º, art. 373, do Código de Processo Civil de 2015.

Assim, não se pode novamente negar à parte autora uma proteção jurídica que já lhe foi negligenciada por anos, sendo papel do judiciário e do Estado, amparados nos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e cidadania, bem como no direito fundamental à liberdade, facilitar o reconhecimento e a proteção das relações amorosas que os cidadãos, como indivíduos e a seu juízo, livremente desenvolverem, não sendo função do Estado determinar qual relacionamento afetivo é possível ou não, nem estabelecer regras excessivamente formais e irrazoáveis para sua comprovação.

Desse modo, em sintonia com a liberdade de produção de provas (art. 369 do CPC de 2015) e também com a livre convicção motivada na apreciação e valoração das provas garantida ao julgador, entendo plenamente possível a comprovação da união estável discutida nos presentes autos por meio de prova exclusivamente testemunhal.

Em seu depoimento pessoal, a parte autora afirmou que conheceu sua companheira MYRIAM em 1996 em um chat que acessava na internet durante sua recuperação de cirurgias que sofreu nos joelhos. Na época, MYRIAM morava em Boston e após retornar ao Brasil conheceu pessoalmente a parte autora na cidade de Campinas. Declarou que em 1997 começaram a morar juntas na cidade de Belo Horizonte, onde a autora estava jogando vôlei profissionalmente, tendo o relacionamento durado até a morte de MYRIAM em 2006. A autora esclareceu que como era jogadora profissional de vôlei até o final da década de 90, jogando em clubes e na seleção brasileira, o que exigia viagens frequentes, durante mencionado período da união estável moraram em várias cidades (a exemplo de Belo Horizonte e Macaé), tendo MYRIAM que viajar frequentemente a São Paulo devido ao seu trabalho de fotógrafa. Alega que também devido ao fato de ser jogadora de vôlei da seleção brasileira, mantinham um relacionamento muito discreto, aberto somente para as famílias e amigos no âmbito da vida privada, pois se a relação homoafetiva viesse a público, além do preconceito e discriminação, poderia prejudicar sua carreira de jogadora, com a perda de contratos e de patrocínios, pois a situação não era bem aceita na época. Informa que após a sua aposentadoria das quadras, ela e sua companheira MYRIAM se mudaram definitivamente para São Paulo e viveram juntas em um apartamento da família de MYRIAM. Durante o período em que o pai da autora esteve doente, também viveram juntas em Maceió, alternando temporadas na capital alagoana e em São Paulo. Declara que MYRIAM a ajudou com o pagamento de sua faculdade e que as rendas se complementavam, sendo que o suporte econômico que MYRIAM fornecia aumentou após o encerramento da carreira de jogadora de vôlei. Informou, ainda, que acompanhou MYRIAM durante toda a doença, desde o primeiro diagnóstico de leucemia, e que estava presente no momento do falecimento, segurando sua mão no hospital.

A testemunha Luciana Antonello Xavier afirmou ter conhecido a autora por intermédio de MYRIAM, que havia conhecido em um chat na internet em 1998. Esse chat deu origem a um grupo de amigas e passaram a se encontrar também presencialmente. Alega que nessa época

MYRIAM já tinha um relacionamento com a autora, que moraram juntas nas cidades em que EDNA jogava vôlei e posteriormente em São Paulo, em um apartamento situado na Avenida Paulista, esquina com a Brigadeiro. A testemunha informa que frequentava o apartamento de MYRIAM e EDNA e que o pai de MYRIAM apoiava o relacionamento da filha com EDNA. Disse que levou um tempo para ser apresentada a EDNA por ela ser uma pessoa conhecida e que não podia se expor por causa de patrocínios, que o relacionamento de EDNA e MYRIAM era mantido em sigilo em público, apesar de todos do grupo de amigos próximos saberem. Afirma que a relação amorosa de EDNA e MYRIAM continuou até o falecimento de MYRIAM. A testemunha declarou que sempre visitava MYRIAM no hospital e que EDNA sempre estava ali acompanhando MYRIAM, que não arredava. Em resposta às perguntas do patrono da autora, disse que MYRIAM e EDNA sempre se apresentaram a ela como um casal, que mesmo após o término da carreira esportiva de EDNA, o relacionamento foi mantido sem alarde, mas que todo o círculo de amizade e a família de MYRIAM sabiam e aceitavam. Afirma que chegou a participar de festas familiares da autora e de MYRIAM e que nessas situações elas sempre se portavam como um casal. Informou ter conhecimento que após o falecimento de MYRIAM a situação econômica de EDNA ficou mais difícil, mudando para pior. Em resposta à Procuradora Federal representante do INSS, a testemunha afirmou que EDNA dependia economicamente de MYRIAM.

A testemunha Cristiane dos Santos Coelho afirma que conheceu MYRIAM há 20 anos em um grupo grande de mulheres que se comunicavam pela internet em uma sala de bate-papo e que ali descobriram afinidades que consolidou uma amizade que saiu do virtual para o presencial. Informa que conheceu EDNA porque a autora namorava MYRIAM, que era o grande vínculo do grupo, uma fotógrafa, pessoa muito articulada e que convivia em muitos grupos. Afirma que quando conheceu EDNA, ela já namorava MYRIAM há algum tempo, antes da testemunha entrar nesse grupo em 1998/1999, bem como que a autora e MYRIAM já moravam juntas em São Paulo e nas cidades que EDNA jogava vôlei. Disse que foi em algumas festas na casa delas, das quais participava a família de MYRIAM que adotou a esposa EDNA e a todas as amigas. Declara que o apartamento era situado na Avenida Paulista em um andar alto e que se lembra de algumas paradas gays em que se reuniam no apartamento e ficavam lá de cima jogando confetes. Afirma que permaneceram juntas até a morte de MYRIAM. Em resposta às perguntas formuladas pelo advogado da parte autora, disse que MYRIAM e EDNA sempre se apresentaram para ela como um casal e que havia um protocolo entre as amigas de total cuidado com o nível de intimidade do casal porque EDNA era uma atleta de performance nacional e naquele momento havia e ainda hoje há inúmeras restrições a qualquer “sair do armário”, então havia entre elas um trato muito cauteloso de preservar a intimidade de EDNA para que ela não fosse prejudicada, a exemplo de perda de patrocínios. Afirma que nas festas que mencionou, EDNA e MYRIAM se comportavam mais do que como casal, se comportavam como uma família. Declara que após o óbito de MYRIAM, EDNA teve uma grande perda financeira e que, apesar de serem muito discretas, era óbvio que o sustento de EDNA dependia da composição de rendas com MYRIAM, pois a renda de EDNA não era suficiente para o seu sustento durante grande parte do período em que permaneceram juntas. Em resposta à Procuradora Federal representante do INSS, a testemunha disse que não sabe se MYRIAM deixou algum bem para EDNA, mas que provavelmente deixou alguma coisa afetiva, como algum objeto que compraram juntas em uma viagem. Disse manter contato até hoje com EDNA, um contato não muito íntimo, mas fraterno.

A testemunha Maria Alzira Marzagão Monfré disse que conhece EDNA desde 1998 ou 1999 e que já era casada com MYRIAM. Conheceu primeiro MYRIAM através do chat e

posteriormente conheceu EDNA. Declara que EDNA e MYRIAM viviam em vários lugares, pois EDNA viajava bastante por conta dos jogos, mas que especialmente depois que EDNA parou de jogar, estabeleceram residência em São Paulo, na Avenida Paulista. A testemunha afirma que frequentava a casa do casal, que EDNA e MYRIAM sempre estavam juntas, com a presença da família de MYRIAM, com quem conviviam bastante. Informa que EDNA permaneceu junto de MYRIAM até o falecimento dessa, sendo que EDNA foi uma grande companheira no período da doença de MYRIAM, dando suporte. Em resposta ao advogado da parte autora, afirmou que a situação financeira de EDNA se agravou após o óbito de MYRIAM, que a renda das duas eram compartilhadas e que certamente EDNA teve uma perda significativa, até mesmo porque as viagens de EDNA diminuíram. Em resposta à Procuradora do INSS, respondeu que mantém contato ocasional com EDNA, que sempre se encontram quando possível e que acredita que a situação financeira atual de EDNA é a mesma de depois da morte de MYRIAM, uma situação de poucos recursos, diferente de como havia antes.

Verifico que as declarações das testemunhas esclareceram de maneira contundente que de fato a de cujus e a autora viveram em união estável desde 1998 até 07/10/2006, data do falecimento de MYRIAM FOGAÇA DA SILVA.

Conclui-se, assim, que a prova testemunhal colhida em juízo permite comprovar e reconhecer a união estável entre EDNA MARIA CONRADO VEIGA e MYRIAM FOGAÇA DA SILVA, dando direito, conseqüentemente, ao benefício previdenciário de pensão por morte pleiteado pela parte autora.

DA DATA DE INÍCIO DO BENEFÍCIO – DIB

Com relação à data de início do benefício, o artigo 74 da Lei n.º 8.213/91, em sua redação original previa o seguinte:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data do óbito ou da decisão judicial, no caso de morte presumida.

Somente com o advento da Lei n.º 9.528, de 10/12/97, o legislador ordinário alterou a disciplina da matéria, passando o artigo 74 da Lei 8.213/91 a ostentar a seguinte redação:

A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

- I - do óbito, quando requerida *até trinta dias* depois deste;
- II - do requerimento, quando requerida após o prazo previsto no inciso anterior;
- III - da decisão judicial, no caso de morte presumida.

No caso dos autos, o óbito ocorreu em 07/10/2006 e o requerimento administrativo foi formalizado em 13/03/2015.

Desta feita, tendo em vista que o requerimento administrativo foi apresentado mais de 30 dias após o óbito e que o INSS não promoveu a devida justificativa administrativa necessária para o reconhecimento da união estável, a autora tem direito ao recebimento do benefício da pensão por morte (NB 173.206.811-6) desde a DER em 13/03/2015.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE o pedido formulado na inicial, com resolução de mérito, nos termos do artigo 487, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015, para con-

denar a ré a conceder à parte autora, de forma vitalícia, o benefício de pensão por morte NB 173.206.811-6, com DER/DIB em 13/03/2015, nos termos acima expostos.

Condeno, ainda, o INSS a pagar os valores devidos desde a DIB, em 13/03/2015, devidamente atualizados e corrigidos monetariamente, na forma do Manual de Orientação de Procedimentos para os cálculos na Justiça Federal vigente e normas posteriores do Conselho da Justiça Federal.

As prestações em atraso devem ser corrigidas monetariamente, desde quando devida cada parcela e os juros de mora devem incidir a partir da citação, nos termos da lei.

Considerando-se o caráter alimentar do benefício, nos termos do artigo 497 do NCPC, concedo a tutela específica da obrigação de fazer, para que o benefício seja concedido no prazo de 45 (quarenta e cinco dias).

Condeno também o INSS a arcar com os honorários advocatícios, os quais, sopesados os critérios legais (incisos do § 2º do artigo 85 do Código de Processo Civil de 2015), arbitro no percentual legal mínimo (cf. artigo 85, § 3º), incidente sobre a diferença do valor das parcelas vencidas, apuradas até a presente data, nos termos da Súmula 111 do Superior Tribunal de Justiça. A especificação do percentual terá lugar quando liquidado o julgado (cf. artigo 85, § 4º, inciso II, da lei adjetiva).

Sem custas para a autarquia, em face da isenção de que goza.

Deixo de determinar a remessa necessária, nos termos do artigo 496 do Código de Processo Civil de 2015, visto que, no presente caso, é patente que o proveito econômico certamente não atingirá, nesta data, o limite legal indicado no inciso I, do § 3º, do artigo mencionado. Além disso, trata-se de medida que prestigia os princípios da economia e da celeridade processual.

Comunique-se a AADJ.

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

Juiz Federal OTÁVIO HENRIQUE MARTINS PORT

Tópico síntese do julgado:

- Beneficiário(a): EDNA MARIA CONRADO VEIGA
- CPF: 814.832.367-49
- Benefício concedido: pensão por morte em razão do falecimento de sua companheira, Sra. MYRIAM FOGAÇA DA SILVA, falecida em 07/10/2006. NB 173.206.811-6, com DER e DIB em 13/03/2015;
- Renda mensal: a calcular, pelo INSS;
- Tutela: Sim.