

Sentenças



AÇÃO PENAL**0009384-40.2010.4.03.6103**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: R.F.H.O. E OUTROS

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

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 06/10/2016

Trata-se de ação penal por meio da qual imputa-se aos acusados a prática de concussão (art. 316 do Código Penal), bem como, no que tange aos denunciados D.M.E. e L.A.T.A., também de inserção de informações falsas em documento público (art. 299 do Código Penal). Segundo a denúncia, em suma, teriam os processados, cada um desempenhando determinada função em estrutura criminosa, exigido a quantia de R\$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais) para que cessasse uma investigação informal em desfavor de empresário do setor do comércio de combustíveis, de modo que, desatendida a exigência pelo empresário, este sofreria a imputação de adulteração de combustíveis e seu filho seria criminalmente perseguido por envolvimento com drogas.

Os agentes da Polícia Federal ora acusados (D.M.E. e L.A.T.A.) teriam realizado visitas clandestinas e buscado valer-se de expedientes de intimidação, tudo para constranger o empresário F.Q. a pagar a quantia exigida.

Os advogados R.F.H.O. e F.A.H.O. Augusto de Oliveira desempenhariam a função de intermediários na negociação espúria. Já o Delegado, ora réu, estaria ciente e acobertando a prática delitiva, inclusive sendo beneficiário da vantagem indevida.

Eis o resumo da acusação, sendo o exame das particularidades dos fatos e a análise de sua comprovação reservada ao momento da fundamentação desta decisão.

Prosseguindo-se no relatório, cumpre consignar que foram apresentadas respostas à acusação e decidiu-se no sentido de inexistir óbice ao desenvolvimento do processo penal, seja por inépcia, questão prejudicial ou ausência de prova do crime, recusando-se, ainda, existir causa de absolvição sumária. Na decisão pela continuidade da ação penal enfatizou-se a independência das esferas administrativa e judiciária, continuando-se o processo criminal mesmo que existente absolvição na seara funcional-disciplinar, bem como não se abortou a persecução criminal para que se permitisse a dilação probatória em juízo, entendendo-se prematuro o estancamento do processo judicial.

Houve produção de prova oral em juízo, ouvindo-se testemunhas, tanto de arroladas pela acusação, quanto pela defesa, tendo sido realizado, por fim, o interrogatório dos acusados.

Foram apresentadas alegações finais, primeiro pelo MPF, depois pela defesa dos acusados.

Antes do encerramento do breve relato, cumpre consignar que houve o deferimento e efetivação de ordem de busca e apreensão, desvelamento do sigilo telefônico e de interceptação telefônica nos autos complementares 0009381-85.2010.4.03.6103. Foi autorizada, ainda, a infiltração de policiais (fl. 21-verso), não tendo sido concretizada tal empreitada probatória.

Eis a síntese do processado.

O feito transcorreu sem qualquer nulidade, bem como revela-se desnecessária a produção de outras provas ante o brilhantismo da instrução presidida pelo eminente Juiz Federal

Ricardo de Castro Nascimento. A coleta segura da prova e o árduo trabalho levado a efeito pelo magistrado agora me poupam da repetição de outros atos, sendo suficiente o acervo documentado para a compreensão dos fatos.

Portanto, impõe-se a cognição do mérito.

Primeiramente, cumpre apresentar linhas gerais dos tipos penais cuja incidência é postulada pela acusação, bem como aspectos jurídico-penais relativos à imputação.

De início, cita-se aqui a previsão legal do crime de concussão:

Art. 316. Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida:

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Note-se que a ausência de entrega por F.Q. da quantia cuja exigência é alegada pelo MPF não implica na forma tentada do delito, constituindo-se o atendimento da coação mero exaurimento do delito. Nesse sentido, dentre outros, Cezar Roberto Bitencourt:¹

Consuma-se o crime de concussão com a simples *exigência* do sujeito ativo, ou seja, no momento em que o sujeito passivo toma conhecimento de seu conteúdo. O crime capitulado no art. 316, *caput*, do Código Penal é formal e consuma-se com a mera imposição do pagamento indevido, não se exigindo o consentimento da pessoa que a sofre nem sequer a consecução do fim visado pelo agente. Com efeito, não é necessário que se efetive o recebimento da vantagem exigida; se ocorrer, esta representará somente o *exaurimento* do crime, que se encontrava perfeito e acabado com a imposição do sujeito ativo.

Isso posto, cumpre ainda observar que a linha divisória entre a concussão e corrupção passiva é tênue, pois da solicitação à exigência e vice-versa passa-se sem que haja um limite claro. A ameaça de fraudar-se um flagrante de tráfico caso não paga a propina constitui-se, sem dúvida, em exigência a caracterizar concussão, mas o pedido de vantagem indevida para abortar investigação já aproxima-se mais da corrupção passiva, pois não se intima a vítima a ceder sob pena de grave mal, mas de mero desempenho normal da atividade policial pelo servidor acusado. O absurdo consistente na concussão (crime mais grave) ter pena máxima menor do que a corrupção passiva (crime menos grave) foi muito bem observada por Cezar Roberto Bitencourt² que de forma arguta criticou as reformas tópicas e assistemáticas do legislador que geram esse tipo de incoerência.

Feita a digressão acima, deve-se ter em vista que, a despeito de tratar-se de crime próprio, a realização da espécie por particular é admitida no Brasil por força do art. 30 do Código Penal, cuja redação é a que segue:

Art. 30. Não se comunicam as circunstâncias e as condições de caráter pessoal, salvo quando elementares do crime.

Assim, as condições de caráter pessoal que compõem o próprio tipo incriminador esten-

1 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 5*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 105 (itálico no original).

2 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 5*. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 100.

dem-se aos que não possuem tais qualidades. De outro modo, pode-se dizer que elementares são aquilo que compõe o suporte fáctico, sem os quais aquele crime não se configuraria, podendo, ainda, tornar-se outro.³ Utilizando a distinção aristotélica, pode-se dizer que elementar é o que se revela essencial ao tipo penal, em contraposição ao que lhe é meramente accidental. Por isso, aquele que se ajusta com servidor público na atividade criminosa responde pelo mesmo crime, e por isso o particular pode ser responsabilizado criminalmente por crime próprio de agente estatal.

Quanto ao outro delito sobre a qual versa a acusação, a saber, o de falsidade ideológica, segue a sua previsão legal:

Art. 299. Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, com o fim de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante:
Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa, se o documento é público, e reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa, se o documento é particular.

O mesmo teria ocorrido no momento em que confeccionada a informação 013/2011 que serviria para dar ares de licitude, de forma retroativa, à investigação paralela.

A imputação deste segundo crime é tão obscura que se chegou a ponto de em alegações finais ser imputada a mesma ao réu E.M.A. que sequer havia sido denunciado por tal prática – e isso sem sequer cogitar-se de aditamento da acusação.

Postos os contornos gerais das premissas da quais se parte para analisar autoria e materialidade, cumpre descer aos meandros do caso.

Quanto ao réu E.M.A., o mesmo não pode ser responsabilizado pelo mero fato de ser autoridade superior aos réus D.M.E. e L.A.T.A., pela participação societária em empreendimentos, pela propriedade de veículos automotores superiores aos comumente possuídos pelos demais brasileiros, pelo incremento patrimonial, bem como pelas amizades que possui. Tudo isso pode ser discutido, especialmente tendo em vista o cargo público ocupado pelo réu, mas certamente não nesta ação penal que trata de fato diverso e cujas circunstâncias acima indicadas não têm o condão de provar, sequer de forma indiciária, estar em concurso de pessoas com os demais réus para a exigência de valores para não se investigar fatos relacionados a conhecido e bem-sucedido empresário e sua respectiva família. Basta pensar, por exemplo, que na medida em que a acusação versa sobre intento criminoso do qual não resultou o pagamento de propina, então a evolução patrimonial é fato absolutamente independente do crime imputado. O patrimônio amealhado sem fonte comprovada somente é indício quando o crime ocorreu antes do aumento patrimonial e quando do delito emergiu dinheiro sujo – nunca quando do crime não adveio vantagem pecuniária.

Nem mesmo os comprovantes de transferência apreendidos com F.A.H.O. ou a periodicidade de telefonemas prova a participação do réu E.M.A. nos acontecimentos aos réus imputados. Se F.A.H.O. era amigo, advogado e cuidava de interesses de E.M.A., então se explica a posse dos documentos encontrados em poder deste último. Aliás, se E.M.A. fosse corrupto e

3 Nesse sentido, exemplificativamente: BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal. Volume 1*. 19ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 574, COSTA, Fernando José da; COSTA JÚNIOR, Paulo José. *Curso de Direito Penal*. 12ª ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 186, CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal. Volume 1*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 374, DELMANTO, Celso et al. *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 180 e 941, CALLEGARI, André Luís in: JALLI, Mauricio Schaun; GRECO FILHO, Vicente (Coord.) et al. *Código Penal Comentado*. São Paulo: Manole, 2016, p. 140.

utilizasse interpostas pessoas para os achaques, então seria natural a movimentação financeira em sentido inverso, ou seja, o dinheiro deveria fluir para E.M.A., ao invés do contrário. Por outro lado, uma sequência de telefonemas entre colegas de trabalho e amigos, sem que se tenha o conteúdo das conversas, nada prova, sendo absurdo crer que por meio de tal inferência se coloque alguém atrás das grades e se apeie de modo infamante alguém de cargo público. Desse modo, não se pode dizer nem que estava de conluio, nem que se omitiu dolosamente para deixar acontecer atuação delitiva. Por derradeiro em relação a tal acusado, chama-se aqui a atenção que mesmo admitindo-se que os fatos se deram da forma ventilada na acusação, ainda assim teria havido a ameaça de levar ao conhecimento de E.M.A. a investigação, ou seja, mesmo na pior das hipóteses nega-se que o réu soubesse do procedimento dos agentes e advogados.

Portanto, mostra-se imerecida pelo réu E.M.A. a condenação postulada pelo MPF, mostrando justo o édito absolutório pela completa ausência de provas em seu desfavor.

Do mesmo modo que se disse em relação ao corréu E.M.A., são igualmente irrelevantes as imputações defensivas no que tange à vítima e sua família. Se o empresário F.Q. já teve postos fechados – que foram reabertos por ordem judicial – e se um ou ambos filhos fumam maconha ou consomem outras drogas, isso não tem importância para a investigação da ocorrência de concussão e superveniente falsidade ideológica. Então, se é “Chico misturinha” ou “Chico sei-lá-o-quê”, isso não tem importância. A tentativa de desmoralizar o denunciante não é bem-sucedida na medida em que não é crível que se invente uma história do tipo simplesmente para constranger os policiais e resguardar-se de eventual investigação. A propósito, o tipo de atividade empreendida por F.Q. é tipicamente fiscalizada pela Agência Nacional do Petróleo, pelo PROCON, pela Receita Federal, pela Receita Estadual e pela Polícia Civil, o que torna pouco crível que o empresário armasse uma farsa para incomodar e acoar servidores públicos e advogados com os quais não tinha desavença prévia e dos quais não tinha razão para reear atuação fiscalizadora. Do mesmo modo, não tinha por que inventar narrativa fantasiosa por receio de prisão do filho, pois uso de drogas não é da competência investigatória da Polícia Federal e, mesmo se fosse capitulada a conduta como tráfico, ainda assim seria atribuição da Polícia Civil, pois nada insinua que seja tráfico internacional. Aliás, este magistrado nem mesmo crê em tráfico algum, pois o jovem é dono das lojas de conveniência dos postos de gasolina e herdeiro de um negócio multimilionário, sendo inverossímil que buscasse algum lucro com alguma venda de drogas. Se fosse para falar em drogas, seria caso de considerar-se as inúmeras ligações telefônicas interceptadas e transcritas nos autos que pesam em desfavor de outros personagens da operação “Pré-sal”.

Retomando a análise da comprovação do ocorrido e de seus coautores, tem-se que a periodicidade de ligações nada prova em desfavor dos acusados. Nem mesmo o conteúdo interceptado revela o envolvimento na empreitada criminosas, não decorrendo de falas como “Então, malandro. Ele vai ver o relatório amanhã na mesa dele. O relatório pra fuder logo com a vida de todo mundo” a assunção da exigência indevida aduzida pela acusação.

Pesa contra os agentes o *modus operandi*, consistente no caráter oficioso da investigação (sem OMP ou inquérito) e do caráter atípico da investigação, focada em notas fiscais e na ausência de atuação conjunta com instituições com *know-how* nesse tipo de dilação probatória (ANP, Receitas Federal e Estadual, etc.), inclusive sem que se obtivesse amostra de combustíveis, já que a suspeita era de adulteração. Entretanto, isso foi averiguado e punido administrativamente e não permite, por si só, a ligação dos réus D.M.E. e L.A.T.A. com a solicitação de vantagem indevida. O testemunho de Roseli no sentido de que os policiais teriam dito que o seu marido estaria “dificultando as coisas” também não atesta seguramente que se trataria do

retardamento do pagamento de propina, podendo ser que os policiais estivessem insatisfeitos pela ausência de cooperação do investigado com a própria investigação. Portanto, em relação a tais réus a absolvição se impõe por falta de provas suficientes para a condenação, pois ainda que existam indícios de que haveria participação dos mesmos, isso não foi comprovado a ponto de tornar segura a convicção de modo a permitir o édito condenatório.

A prova indiciária pode autorizar a condenação, mas sua consistência e convergência devem ser de tal modo convincentes que tornem incrível versão diferente daquela sinalizada pelas provas indiretas. Como ensina Danilo Knijnik⁴ “o modelo de constatação aplicável ao processo penal indiciário é o da prova incompatível com qualquer hipótese de inocência”.

De outra banda, caso houvesse uma conversa telefônica de um acusado para o outro combinando detalhes sobre o modo de pagamento, utilização da filmagem ou ajustando a porcentagem cabível a cada um sobre o achaque, então seria viável a procedência do pleito. Entretanto, isso inexistente, restando a imposição do veredicto absolutório.

Já em relação especificamente à falsidade ideológica, o édito absolutório igualmente se impõe, não se vislumbrando a inserção de dados falsos, mas mera tentativa de regularizar investigação em curso que estava sem a devida formalização.

Ante o exposto, pode ser questionado: então por que o Delegado Pereira recusou-se a ratificar a atuação dos agentes?

A resposta é simples: a atuação dos agentes estava sob suspeita, sendo natural o receio de chancelar-se uma investigação que estava sendo liderada por outro Delegado e cujo conteúdo, além de desconhecido do *delta*, também era duvidoso.

É possível que os fatos tenham se dado conforme descreve a acusação, tendo os réus D.M.E. e L.A.T.A. atuados mancomunados para extorquir o empresário por meio de interpostas pessoas?

Sim. É possível que isso tenha ocorrido de tal modo, mas a sentença condenatória exige comprovação muito maior do que a plausibilidade e também superior à verossimilhança. Somente pode-se condenar com convicção que tenha afastado dúvida razoável. Mais vale absolver um culpado do que condenar um inocente.

A verdade factual encontra-se no passado, momento este ao qual não temos acesso direto, mas que depende de uma reconstrução por meio de provas. Inexistindo a possibilidade de cognição do fato em si, que já foi, devemos nos contentar com, no máximo, uma aproximação, e que, pendendo dúvida razoável, seja o acusado absolvido.

O volume de laudas e de diligências não me impressiona. Não é o montante de páginas que se revela suficiente para condenar-se. Pelo contrário. A ausência de prova inequívoca mesmo diante de tantas diligências é que revela a fragilidade do acervo probatório em desfavor dos réus E.M.A., D.M.E. e L.A.T.A..

Nem se diga, ainda, que os F.A.H.O. e R.F.H.O. não teriam como saber das diligências investigativas sem que D.M.E. e L.A.T.A.s estivessem em acordo de vontades com os advogados. Em uma cidade pequena, a visita de uma viatura da Polícia Federal é motivo de muitos comentários, sendo plenamente possível inferir-se a investigação independentemente da informação ter vindo dos policiais para os causídicos. Aliás, ainda que os advogados tenham sabido das investigações por algum comentário de algum dos policiais federais, isso não coloca estes últimos em concurso de pessoas, pois o vazamento da investigação, se houve, não se confunde com

4 KNIJNIK, Danilo. *A Prova nos Juízos Cível, Penal e Tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 55 (itálico no original).

o conluio para achacar o empresário F.Q..

Desse modo, dada a dúvida remanescente sobre a participação dos policiais federais no delito, impõe-se a absolvição.

Já em relação aos acusados R.F.H.O. e F.A.H.O. a situação é muito diferente.

O testemunho de O.F. somado aos laudos que apontam terem sido as filmagens realizadas de dentro do Ford/Fusion utilizado pelo pai dos réus, bem como o reflexo no vidro da mesma bermuda utilizada por F.A.H.O. no dia da busca e apreensão constituem-se em acervo probatório contundente e insofismável. O número do chassi, o carro estacionado na frente da casa dos acusados, a bermuda camuflada utilizada na filmagem ser a mesma utilizada por F.A.H.O. quando da busca e apreensão, bem como a inverossimilhança de que O.F. e F.Q. tivessem inventado a história toda, tudo isso impõe o édito condenatório.

A busca de O.F. por R.F.H.O. para que este advogasse para F.Q. não é crível, pois nem mesmo havia investigação formalizada, revelando-se prematura e incomum a contratação de advogado em tal momento. A contratação foi negada veementemente por F.Q.. Se houvesse mínima intenção de contratação, então seria assinada procuração em favor do advogado para que este consultasse com tranquilidade os autos de inquérito, mas chama a atenção que R.F.H.O. sequer se preocupou com isso, não tendo ido ver do que se trataria a investigação, mas, antes, já teria anunciado o preço de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) para o serviço que sequer sabia qual realmente seria. Se a tratativa era essa, de onde surgira a gravação dos caminhões descarregando? Qual o sentido do próprio O.F. gravar as imagens e depois levar o empresário F.Q. a denunciar a extorsão? O que O.F. ganharia com isso? Se O.F. quisesse capitalizar com a intermediação, bastaria propor a R.F.H.O. que houvesse uma parceria, de forma que R.F.H.O. recebesse os R\$ 100.000,00 (cem mil reais) desejados e, então, O.F. incluiria sua parte “x”, ofertando-se o serviço à F.Q. pela soma de “x” mais os R\$ 100.000,00 de R.F.H.O..

Foi incisivamente apontada a “retratação” de O.F. em juízo. Entretanto, o que ocorreu não foi exatamente uma retratação. De igual modo, a declaração em sede correicional, ainda que em um primeiro momento apócrifa, também não pode ser desconsiderada, conforme passo a explicar.

O.F. informou e acompanhou F.Q., ou seja, deu a informação e contribuiu ativamente para que chegasse à Corregedoria o ocorrido. Ainda que em um primeiro depoimento, não tenha quisto assinar suas declarações, as mesmas foram certificadas por servidores com fé pública e o próprio O.F. posteriormente veio a ratificá-las.

A hesitação em juízo não se confunde com retratação. O.F. foi claro ao dizer que destruíram seu celular ao ser inquirido sobre seu comportamento contraditório e é claro que ele viu no perecimento do aparelho uma ameaça à sua pessoa. Não se pode ser ingênuo de crer que é fácil depor contra certos réus, sendo a atitude de O.F. compreensível, nem de longe chegando ao falso testemunho ou à denúncia caluniosa. Note-se, ainda, que a absolvição administrativa e a possibilidade de ser responsabilizado civilmente, conforme inclusive anunciado pelo réu R.F.H.O. em audiência, fizeram O.F. esmorecer.

Portanto, as provas são suficientes para que se tenha como comprovada a atuação dos réus F.A.H.O. e R.F.H.O., mas a que título seriam condenados, se os réus servidores públicos restaram absolvidos?

O crime de tráfico de influência prevê perfeitamente o comportamento dos réus F.A.H.O. e R.F.H.O. que solicitaram dinheiro para influir no curso da investigação, bem como exigiram a vantagem indevida para evitar prisão fraudulenta por tráfico de drogas. Veja-se o art. 332 do

Código Penal:

Art. 332. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, vantagem ou promessa de vantagem, a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público no exercício da função:

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

Inclusive os Delmanto⁵ citam precedentes jurisprudenciais de casos muito similares a este:

Advogado e delegado: Configura o delito do art. 332, parágrafo único, a conduta de advogado que, no exercício profissional, a pretexto de influir na atuação do delegado de polícia, obtém para si, de seu cliente, vantagem indevida (TJSP, RJTJSP 122/466), incidindo a causa de aumento se o agente diz que o dinheiro será repassado à autoridade policial (TJSE, RT 827/692).

Veja-se que a subsunção é tão perfeita que a legislação prevê majorante na qual o caso se encaixa como uma mão em uma luva:

Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada ao funcionário.

A condenação por tráfico de influência decorre diretamente da ausência de prova do concurso de pessoas de F.A.H.O. e R.F.H.O. com os policiais D.M.E. e L.A.T.A. – o que torna inviável a condenação por concussão que é crime próprio a exigir que pelo menos um dos envolvidos seja servidor público. A condenação por tipo diverso, sem qualquer alteração do fato e sem o acréscimo de fundamentação jurídica extravagante, é possível sem *mutatio* ou *emendatio libelli*, decorrente não de mudança ou correção do libelo, mas de decorrência lógica e natural de que algum elemento da imputação não restou comprovado, diante da comprovação, porém, de outros, que remanescendo justificam a condenação por tipo penal diverso. Nesse sentido, a voz abalizada - e insuspeita de defender uma visão de processo penal descomprometida com as garantias do acusado – de Aury Lopes Jr.:⁶

Explicamos: se não existe alteração do objeto, especificamente o elemento objetivo, pois a sentença se limitou a julgar o fato imputado, e apenas existem elementos que a instrução não comprovou a ocorrência, não há problemas.

Exemplos:

1. Quando é imputada a prática de peculato a alguém e, no curso da instrução, comprova-se que o agente não é servidor público. Nesse caso, é perfeitamente possível ao juiz condenar o réu por apropriação indébita, independentemente de qualquer aditamento, exatamente porque não houve alteração do fato narrado na acusação.
2. A denúncia atribui a alguém a prática de um crime de roubo, pois teria subtraído para si determinada coisa alheia móvel, mediante violência ou grave ameaça. No curso da instrução comprova-se a autoria e a subtração, mas não logra a acusação demonstrar a ocorrência de violência ou grave ameaça. Nesse caso, está o juiz autorizado a condenar por furto, sem prévia manifestação das partes.

5 DELMANTO, Celso *et al.* *Código Penal Comentado*. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 991.

6 LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.108.

Em ambos os casos não houve, na sentença, decisão incongruente, mas apenas uma redução da imputação por ausência de provas. E, como o tipo penal era decomponível, possível a condenação por outro delito, pois o afastamento da elementar, por falta de prova, conduz a uma atipicidade relativa.

Assim, comprovado o achaque ao empresário e família, bem como ausentes provas de que os policiais federais consentiram com a cobrança ilícita, revela-se impositiva a condenação de ambos réus, F.A.H.O. e R.F.H.O., pelo crime de tráfico de influência que se consumou já no momento da solicitação da vantagem indevida, pois o pagamento, se tivesse ocorrido, seria mero exaurimento do *iter criminis*.

Passo, então, a dosar as reprimendas, começando pelo réu R.F.H.O..

Na fixação da pena-base de R.F.H.O., tem-se que:

- a) a culpabilidade é extremamente elevada, dado que foi R.F.H.O. quem fez o contato com O.F. para propor-lhe o pacto criminoso;
- b) os antecedentes criminais não desabonam o acusado;
- c) sobre a conduta social nada há que imponha elevação da reprimenda;
- d) a personalidade do agente não apresenta traço que aconselhe maior resposta penal;
- e) os motivos foram os normais ao tipo penal (obtenção de dinheiro);
- f) as circunstâncias foram muito graves, pois o acusado valeu-se da condição de advogado para praticar o delito, sujando a imagem da classe, bem como aproveitando-se do prestígio de seu pai e de seus amigos;
- g) as consequências do crime foram graves, pois abalaram uma família inteira, aterrorizaram o advogado O.F., bem como mancharam a imagem da Polícia Federal e da Advocacia;
- h) o comportamento da vítima em nada contribuiu ao delito.

Assim, a pena-base, dada a culpabilidade, as circunstâncias e consequências desabonatórias, impõem a fixação da reprimenda em 3 anos e 10 meses.

Nada influencia na segunda fase da dosimetria, mantida a reprimenda tal como dosada na etapa anterior, restando a pena-base em 3 anos e 10 meses.

Por fim, para chegar-se à pena definitiva, aplica-se a majorante de um meio, alcançando-se a soma de 5 anos e 9 meses.

Inviável a substituição ou suspensão da pena, dado o montante da mesma e da gravidade concreta do delito.

A pena de multa, por sua vez, é dosada por meio de metodologia bifásica, na qual em um primeiro momento é fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa à luz da culpabilidade em sentido lato apreciada na forma do art. 59 do Código Penal, bem como tendo igualmente em vista a gravidade do crime em si, de forma que a primeira fase espelhe a proporcionalidade entre a reprimenda não-corporal, seu destinatário e o fato no qual o mesmo esteve envolvido, ao passo que em um segundo momento impõe-se a fixação do valor do dia-multa tendo em vista a situação econômica do apenado (art. 60 do Código Penal). E assim no caso em tela a sanção pecuniária é fixada tendo em vista dada a culpabilidade bem acentuada e a gravidade considerável da prática delitativa, arbitrando-se o montante de 100 (cem) dias-multa, cada um no valor mínimo de 1 (um) um salário mínimo, dada a situação financeira do réu.

Por outro lado, na fixação da pena-base de F.A.H.O., tem-se que:

- a) a culpabilidade é elevada, dado que foi F.A.H.O. quem fez as filmagens para intimidar F.Q.;
- b) os antecedentes criminais não desabonam o acusado;
- c) sobre a conduta social nada há que imponha elevação da reprimenda;
- d) a personalidade do agente não apresenta traço que aconselhe maior resposta penal;
- e) os motivos foram os normais ao tipo penal (obtenção de dinheiro);
- f) as circunstâncias foram graves, pois o acusado agiu aproveitando-se do prestígio de seu pai e de seus amigos;
- g) as consequências do crime foram graves, pois abalaram uma família inteira, aterrorizaram o advogado O.F., bem como mancharam a imagem da Polícia Federal e da Advocacia;
- h) o comportamento da vítima em nada contribuiu ao delito.

Assim, a pena-base, dada a culpabilidade, as circunstâncias e consequências desabonatórias, impõem a fixação da reprimenda em 3 anos de reclusão.

Nada influencia na segunda fase da dosimetria, mantida a reprimenda tal como dosada na etapa anterior, restando a pena-base em 3 anos de reclusão.

Por fim, para chegar-se à pena definitiva, aplica-se a majorante de um meio, alcançando-se a soma de 4 anos e 6 meses de reclusão.

Inviável a substituição ou suspensão da pena, dado o montante da mesma e da gravidade concreta do delito.

A pena de multa, por sua vez, é dosada por meio de metodologia bifásica, na qual em um primeiro momento é fixada entre 10 (dez) e 360 (trezentos e sessenta) dias-multa à luz da culpabilidade em sentido lato apreciada na forma do art. 59 do Código Penal, bem como tendo igualmente em vista a gravidade do crime em si, de forma que a primeira fase espelhe a proporcionalidade entre a reprimenda não-corporal, seu destinatário e o fato no qual o mesmo esteve envolvido, ao passo que em um segundo momento impõe-se a fixação do valor do dia-multa tendo em vista a situação econômica do apenado (art. 60 do Código Penal). E assim no caso em tela a sanção pecuniária é fixada acima do mínimo, dada a culpabilidade acentuada e a gravidade da prática delitativa, arbitrando-se o montante de 70 (setenta) dias-multa, cada um no valor mínimo de 1/5 (um quinto) de salário mínimo, dada a situação financeira do réu.

O regime prisional inicial de ambos réus é o semi-aberto, compatibilizando-se o estímulo à reflexão e à conscientização com a socialização reintegradora à sociedade. Regime mais favorável implicaria em punição pífia perante a gravidade do fato. Regime mais severo parece exagerado para o fomento dos fins da pena.

Assim, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE A AÇÃO PENAL, condenado:

a) o réu R.F.H.O. ao cumprimento de 5 (cinco) anos e 9 (nove) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 100 (cem) dias-multa à razão de 1 (um) salário mínimo cada.

b) o réu F.A.H.O. ao cumprimento de 4 (quatro) anos e 6 (seis) meses de reclusão, em regime inicial semiaberto, bem como ao pagamento de 70 (setenta) dias-multa à razão de 1/5 (um quinto) de salário mínimo cada.

O pleito condenatório é improcedente no que tange aos réus E.M.A., D.M.E. e L.A.T.A., vez que em desfavor do primeiro não existem provas de atuação criminosa (art. 386, V, do CPP), assim como em relação aos outros dois a parca prova existente é insuficiente para a con-

denação (art. 386, VII, CPP).

Com o trânsito em julgado, inicie-se a execução das penas e proceda-se às anotações de praxe. De igual modo, extraia-se cópia desta sentença e de outras peças necessárias ao processo administrativo ético-disciplinar junto à OAB/SP.

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

De Mogi das Cruzes/SP para Caraguatatuba/SP, em 26 de setembro de 2016.

Juiz Federal Substituto TIAGO BITENCOURT DE DAVID

EXECUÇÃO FISCAL

0004750-21.2011.4.03.6182

Exequente: FAZENDA NACIONAL
Executados: TENDA DA BAHIA COMÉRCIO DE ARTIGOS FOLCLÓRICOS LTDA. E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA DE EXECUÇÕES FISCAIS - SP
Juiz Federal: RENATO LOPES BECHO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2017

Vistos.

A executada GILDA AZEVEDO apresenta exceção de pré-executividade alegando, em síntese, ilegitimidade passiva ante a ausência de procedimento para apuração da responsabilidade; prescrição parcial dos créditos vencidos até 2005, em relação à empresa; prescrição parcial dos créditos vencidos até 10/2008, em relação à excipiente e prescrição para o redirecionamento (fls. 150/182).

Intimada a se manifestar, a exequente defende a regularidade da cobrança, da inclusão da excipiente no polo passivo da ação e pugna pelo indeferimento da exceção de pré-executividade (fls. 187/247).

É o relatório. Decido.

Da prescrição do crédito

A prescrição vem regulada no Código Tributário Nacional em seu artigo 174, que cito para facilitar o acompanhamento da fundamentação:

A ação para cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva.

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

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

II - pelo protesto judicial;

III - por qualquer ato judicial que constitua em mora o devedor;

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

Neste ponto, deve ser analisada a hipótese de suspensão descrita no art. 2º, § 3º, da Lei 6830/80. Referido parágrafo cria hipótese de suspensão do prazo prescricional por 180 dias a partir da inscrição do débito em dívida ativa. Entretanto, considero este parágrafo inconstitucional por ofensa ao artigo 146, III, b, da CF/88 que estabelece que “cabe à lei complementar estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários” (grifei).

Neste sentido, não poderia uma lei ordinária federal estabelecer nova hipótese de suspensão da prescrição tributária não estipulada pelo CTN ou por lei complementar. Portanto, deixo de aplicar referida hipótese de suspensão conforme entendimento da Primeira Turma do STJ, cuja interpretação da LEF segue o mesmo sentido:

I - As hipóteses contidas nos artigos 2º, § 3º e 8º, § 2º, da Lei nº 6.830/80 não são passíveis de suspender ou interromper o prazo prescricional, estando a sua aplicação sujeita aos limites impostos pelo artigo 174 do Código Tributário Nacional, norma hierarquicamente superior.

II - “A LEF (Lei 6.830/80) determina a suspensão do prazo prescricional pela inscrição do débito na dívida ativa (art. 2º, § 3º). O CTN, diferentemente, indica como termo *a quo* da prescrição a data da constituição do crédito (art. 174), o qual só se interrompe pelos fatos listados no parágrafo único do mesmo artigo, no qual não se inclui a inscrição do crédito tributário” (REsp nº 178.500/SP, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 18.03.2002, pág. 00194).

III - Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 189150 / SP ; AGRVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 1998/0069729-2 Relator(a) Ministro FRANCISCO FALCÃO (1116) Órgão Julgador T1 - PRIMEIRA TURMA Data do Julgamento 17/06/2003 Data da Publicação/ Fonte DJ 08.09.2003 p. 220)

No que se refere ao termo de interrupção da contagem do prazo prescricional, a Lei Complementar 118 de 09 de fevereiro de 2005 alterou o artigo 174, parágrafo único do CTN que passou a ter a seguinte redação:

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

Parágrafo único. A prescrição se interrompe:

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

Assim, o despacho do juiz que ordena a citação passou a ter efeito interruptivo na contagem do prazo prescricional.

Todavia, meu posicionamento é no sentido de que a interrupção da prescrição se dá com a efetiva citação pessoal feita ao devedor e não com o despacho que determina a citação na execução. Entendo que se a prescrição fosse interrompida com o despacho do juiz determinando a citação, estaria ferido o princípio constitucional do devido processo legal e da ampla defesa, pois o contribuinte seria prejudicado com a suspensão de um prazo extintivo de direito sem que tenha conhecimento desse fato. Considerando que o tempo entre o despacho determinando a citação e sua efetivação pode demorar anos ou décadas, posto a cargo dos exequentes, o contribuinte poderia se desfazer de documentos fiscais em cinco anos, acreditando no artigo 195, § único, do CTN. Se for citado muitos anos após, não terá condições materiais para se defender.

Não obstante o meu posicionamento sobre o tema, no REsp. 1.120.295/SP, o art. 174, § único, I, do CTN, foi afastado por incoerência, aplicando-se os §§ 1º e 2º do art. 219 do CPC então vigente. Confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. [...] 13. Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN). 14. O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional. [...] 17. Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação

do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC). [...] 19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. STJ. 1ª Seção. REsp. 1.120.295-SP, Rel. Min. Luiz Fux. Un. J. 12/05/2010, publ. 21/05/2010.

Todavia, os julgadores não se atentaram para os §§ 3º e 4º do art. 219 do CPC, que possuíam a seguinte redação:

§ 3º Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.
 § 4º Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição.

O Código de Processo Civil de 2015, por sua vez, inovou nosso ordenamento em diversos pontos. Para os fins do quanto aqui decidido, destacamos seu art. 489, notadamente no seguinte:

Art. 489. São elementos essenciais da sentença: [...]

§ 1º. Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que: [...]

V – se limitar a invocar precedente ou enunciado de súmula, sem identificar seus fundamentos determinantes nem demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos;

VI – deixar de seguir enunciado de súmula, jurisprudência ou precedente invocado pela parte, sem demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento.

Esses dois incisos positivam, entre nós, a doutrina ou teoria dos precedentes e justificam uma análise comparativa entre nosso ordenamento jurídico e o inglês, ainda que feito muito brevemente, mas cujo resultado poderá alterar o rumo da jurisprudência tributária.

Nos países que adotam o sistema jurídico do *Civil Law*, a legislação é a principal fonte do direito. Conhecemos suas regras clássicas de interpretação, como a gramatical, a teleológica, a histórica e a sistemática, por exemplo. Também faz parte de nosso vocabulário e conhecimento técnico-jurídico a subsunção do fato à norma. E há elementos de interpretação razoavelmente novos, notadamente no ambiente do Direito Constitucional, como a interpretação conforme a Constituição. Todos esses dados e elementos interpretativos têm uma raiz comum: eles partem de textos aprovados por pessoas eleitas para tanto, como no caso da Constituição, surgida no âmbito da Assembleia Nacional Constituinte.

Por outro lado, nos países que adotam o sistema jurídico do *Common Law*, como a Inglaterra (seu berço), os Estados Unidos e outros que sofreram mais de perto a influência inglesa, a fonte primeira do direito é a jurisprudência. Nesse sistema, as decisões judiciais foram sendo construídas desde épocas imemoriais (J. W. EHRLICH. *Ehrlich's Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959, p. 25), quando aplicavam os princípios gerais de direito (como o *pacta sunt servanda*) e os costumes locais, e foi tomando corpo, notadamente a partir do Século XIII (Winston S. CHURCHILL. *A history of the english-speaking peoples*. V. I. Londres: Bloomsbury, 2015 [1. ed. Londres: Cassell, 1956], p. 137).

No *Common Law*, no âmbito aqui destacado, a nomenclatura acima mencionada (interpretação sistemática, subsunção etc.) vai ser substituída por outras, relacionadas à decisão judicial anterior utilizada como paradigma para o julgamento, ou seja, o precedente. Por exem-

plo, a identificação de qual parte do julgado anterior contém a razão de decidir (*ratio decidendi*), que forma a própria regra jurídica (os “fundamentos determinantes” do citado inc. V do § 1º do art. 489); a parte que é relevante para o caso anterior (*obiter dictum*), mas que não gera precedente obrigatório (*binding*), ainda que tenha efeito persuasivo (*persuasive*), etc.

Essa teoria vai mencionar a aplicação (*applying*) da decisão anterior (“o caso sob julgamento se ajusta” ao precedente, conforme redação do citado inc. V do § 1º do art. 489), a “distinção” (*distinguishing*) do caso presente com o anterior (inc. VI, citado), a “superação do entendimento” (*overruling*) da decisão pretérita (inc. VI, citado) e outros, conforme veremos em seguida. É a esse conjunto de regras de hermenêutica que damos o nome de teoria do precedente. Vejamo-la.

A principal regra da teoria do precedente é a aplicação da decisão anterior ao caso presente, via analogia. Assim, identifica-se que, dados os mesmos aspectos fundamentais de um acontecimento *sub judice* com os identificados em um julgado anterior, a decisão dada será a mesma que já fora firmada.

Com isso, confere-se segurança jurídica à sociedade, sendo que os precedentes podem ter sido firmados, na Inglaterra, na Idade Média, por exemplo. Assim, os operadores do direito têm condições de prever qual será o resultado de um julgamento, pois conhecem as decisões dadas para hipóteses similares. Acaso haja necessidade de mudança no entendimento consolidado, os julgadores ingleses deixam para o Parlamento tomar essa decisão.

Mas os pontos mais interessantes da teoria compõem a hipótese de o precedente não ser aplicado. Isso corre, na circunstância mais simples, quando não há precedente. Nesse caso, o julgador inglês deve aplicar o direito natural e os princípios gerais de direito para a solução da controvérsia. E pode ser que, no futuro, essa decisão vire um precedente.

A possibilidade teórica seguinte é a do precedente não permitir a analogia, pelas circunstâncias serem distintas, o que faz surgir a distinção entre o caso passado e o presente. Confira-se a explicação doutrinária:

Um precedente pode não ser considerado relevante para o caso a ser julgado, hipótese em que se diz que o precedente é distinguível. Ele pode ser considerado não relevante porque há um ou mais fatos materiais no prévio caso (operação considerada necessária pelas regras legais) que estão ausentes no caso presente ou porque há um ou mais fatos materiais no presente caso que não constavam no caso prévio (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5). Tradução livre, nossa. No original consta: “[...] a precedent may not be considered relevant to the case in hand, in which case the precedent is said to be distinguishable. It may not be considered relevant either because there is one or more material facts in the previous case (considered necessary for the operation of the legal rule) which are absent in the present case or because there is one or more material facts in the present case which are absent in the previous case”.

Chamamos a atenção para o fato de que, nas cortes inglesas, não é suficiente mencionar que os casos são diferentes. Espera-se que os juízes demonstrem, racionalmente, os pontos em que há dissonância entre a decisão anterior e a que está sendo apreciada. No CPC, a regra está no citado art. 489, § 1º, inc. V. De fato, esse texto considera não fundamentada decisão que deixe de “demonstrar que o caso sob julgamento se ajusta àqueles fundamentos”. Quando houver referido ajuste, estaremos diante do *applying*. Quando não, será o caso do *distinguishing*.

O próximo nível, mais complexo, é a desaprovação ou a superação do precedente, sendo o primeiro deles muito sutil: “Se o precedente é desaprovado, a regra legal estabelecida no caso anterior pode manter seu status como um precedente (apesar de poder ser indesejável que ele seja seguido em casos futuros)” (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5. Tradução livre, nossa. No original consta: “If a precedent is disapproved, the legal rule established in the earlier case may retain its status as a precedent (although it may be unlikely it will be followed in future cases)”. Já na superação (*overruling*) o julgado anterior deixa de valer para o caso presente e para o futuro. Confira-se:

Quando um precedente é superado, toda regra legal estabelecida no caso anterior cessa de ter efeito. (Superar um precedente de caso anterior não pode ser confundido com a reversão da decisão no caso, que ocorre quando uma corte superior no mesmo processo decide, em apelação, com uma decisão diferente daquela alcançada pela corte mais baixa). Pode não ser fácil afirmar se um precedente foi desaprovado ou superado (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 5).

Como já indicamos, a “superação” consta no final do inc. VI do § 1º do citado art. 489 do CPC.

Por fim, surge a situação extrema, que é o centro de nossas atenções: a decisão anterior considerada errada, ou descuidada (*per incuriam*), não gera precedente. Vejamos essa hipótese com mais vagar.

O conhecimento do direito, conforme Blackstone, deriva da experiência, do estudo e do longo costume de se aplicar as decisões judiciais de seus predecessores. É parte do *Common Law* que os juízes apliquem os precedentes, tanto nos aspectos procedimentais quanto de mérito, exceto quando há fortes motivos para não fazê-lo. Em suas palavras:

Também essas regras admitem exceção quando a decisão anterior for evidentemente contrária à razão. Mas em tais casos os novos juízes não fingem fazer uma nova lei, mas sustentam que a anterior foi uma deturpação. Se for considerado que a decisão anterior é manifestamente absurda ou injusta, isso é declarado, não que a decisão anterior era ruim, mas que não era direito; isto é, que não era um direito costumeiro do reino, como foi erroneamente considerado (J. W. EHRLICH. *Ehrlich's Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959, p. 26. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Yet this rule admits of exception, where the former determination is most evidently contrary to reason. But even in such cases the subsequent judges do not pretend to make a new law, but to vindicate the old one from misrepresentation. If it be found that the former decision is manifestly absurd or unjust, it is declared, not that such a sentence was bad law, but that it was not law; that it is not the established custom of the realm, as has been erroneously determined”. Os destaques são nossos.).

Em outras palavras, o *Common Law* é baseado na razão e o que for flagrantemente contrário a ela não faz parte desse direito, ao contrário do que acontece nos países que adotam o *Civil Law*. Especificamente sobre decisões judiciais que descumprem esse princípio, Blackstone reforça:

A doutrina do direito então é essa: os precedentes e as regras têm que ser seguidas, a menos que flagrantemente absurdas ou injustas; ainda que suas razões não sejam óbvias à primeira

vista, nós as mantemos como uma deferência aos tempos antigos e não supondo que eles agiram totalmente sem consideração. No geral, contudo, nós devemos aplicar a regra geral, “que as decisões das cortes de justiça são, à evidência, o que é o common law” (J. W. EHRLICH. *Ehrlich's Blackstone*. Nourse: San Carlos [Califórnia, EUA], 1959, p. 26-27. Tradução livre, nossa. No original, consta: “Evidence of common law: judicial decisions – The doctrine of the law then is this: that precedents and rules must be followed, unless flatly absurd or unjust: for though their reason be not obvious at first view, yet we owe such a deference to former times as not to suppose they acted wholly without consideration. Upon the whole, however, we may take it as a general rule, ‘that the decisions of courts of justice are the evidence of what is common law’”).

Discutida teoricamente, a decisão paradigmática para afastar um precedente considerado *per incuriam*, em tempos modernos, somente foi dada em 1944 (Colin MANCHESTER; David SALTER. *Manchester and Salter on exploring the law: the dynamics of precedent and statutory interpretation*. Londres: Sweet & Maxwell, 2011, p. 18), em decisão assim exarada:

Corte de Apelação – Obrigação de seguir decisões prévias.

A Corte de Apelação está obrigada a seguir suas próprias decisões e aquelas de cortes de coordenada jurisdição, e o “plenário” está, nesse sentido, na mesma posição a respeito das divisões da corte compostas por três membros. As únicas exceções a esta regra são: – (1.) A corte é obrigada a decidir qual dentre duas de suas decisões conflitantes deve ser seguida; (2.) a corte é obrigada a se recusar a seguir uma decisão sua que, apesar de não expressamente superada, não poder, em sua opinião, ser mantida frente a uma decisão da Câmara dos Lordes; (3.) a corte não é obrigada a seguir uma decisão sua se considerar que a decisão foi dada *per incuriam*, por exemplo, onde uma lei ou uma regra que tenha o efeito de uma lei que poderia afetar a decisão não foi levada em consideração pela corte anteriormente (INGLATERRA. Corte de Apelação. *Young & Bristol Aeroplane Company Limited*. Julgado em 6, 7 e 8 de junho e 28 de julho de 1944. *UK Law Online*. Disponível em www.leeds.ac.uk/law/hamlyn/youngv.htm. Consultado em 11.02.2016. Tradução livre, nossa. No original consta: “Court of Appeal – Obligation to follow previous decisions. The Court of Appeal is bound to follow its own decisions and those of courts of co-ordinate jurisdiction, and the ‘full’ court is in the same position in this respect as a division of the court consisting of three members. The only exceptions to this rule are: – (1.) The court is entitled and bound to decide which of two conflicting decisions of its own it will follow; (2.) the court is bound to refuse to follow a decision of its own which, though not expressly overruled, cannot, in its opinion, stand with a decision of the House of Lords; (3.) the court is not bound to follow a decision of its own if it is satisfied that the decision was given *per incuriam*, e.g., where a statute or a rule having statutory effect which would have affected the decision was not brought to the attention of the earlier court”).

Nesse processo que, como indicado, é um marco na teoria do precedente, Lord Donaldson afirmou:

A importância da regra do *stare decisis* em relação às próprias decisões da Corte de Apelação, dificilmente podem ser exageradas. Nós, agora, às vezes, temos oito divisões [turmas ou sessões] e, sem essas regras, o direito poderá rapidamente vir a ser totalmente incerto. Contudo, a regra não é sem exceção, embora muito limitada... Todavia, esta Corte tem que ter muito fortes razões para considerar justificável não aplicar suas próprias decisões (Tradução livre, nossa. No original consta: “The importance of the rule of *stare decisis* in relation to the Court of Appeal’s own decisions can hardly be overstated. We now sometimes sit in eight divisions and, in the absence of such a rule, the law would quickly become wholly uncertain.

However, the rule is not without exceptions, albeit very limited... Nevertheless, this court must have very strong reasons if any departure from its own previous decisions is to be justifiable”).

É esse espírito que deve ser buscado pela sociedade brasileira, notadamente após o Código de Processo Civil de 2015. Quando o Poder Judiciário deixar de levar em consideração uma decisão legislativa ou um precedente, em decisão descuidada, esse julgado não deve ser considerado como precedente e deve ser superado.

Conforme apontado, no REsp 1.120.295/SP, conquanto tenha recebido o efeito dos recursos repetitivos, o egrégio Superior Tribunal de Justiça deixou de apreciar a causa sob a disciplina dos §§ 3º e 4º do artigo 219 do CPC/1973. E, nos termos do artigo 489, § 1º, incisos V e VI, do Código de Processo Civil/2015, essa lacuna faz com que o julgado no REsp 1.120.295/SP não deva ser aplicado, não se constituindo em um precedente.

Relembremos: O Código de Processo Civil de 1973 determina que:

Art. 219: A citação válida torna prevento o juízo, induz litispendência e faz litigiosa a coisa; e, ainda quando ordenada por juiz incompetente, constitui em mora o devedor e interrompe a prescrição.

§ 1º. A interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação.

§ 2º. Incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subsequentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário.

§ 3º. Não sendo citado o réu, o juiz prorrogará o prazo até o máximo de 90 (noventa) dias.

§ 4º. Não se efetuando a citação nos prazos mencionados nos parágrafos antecedentes, haver-se-á por não interrompida a prescrição. (grifo nosso)

Da leitura unificada desses parágrafos, interpreta-se que a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura (distribuição) da ação, se a citação for realizada em até cem dias. Se a citação ocorrer após cem dias contados da distribuição, a interrupção da prescrição ocorrerá somente com a efetiva citação.

Esclareço que somente essa conclusão restaura o primado do princípio da estrita legalidade em matéria tributária, que é um alicerce na nossa Constituição Federal, fazendo com que as escolhas legislativas sejam a principal fonte do Direito Tributário brasileiro.

Aplicando esse entendimento, passo a análise do caso *sub judice*.

No presente caso, os valores referem-se a créditos constituídos por declaração do contribuinte entregues em 29/04/1997 (8157128 – fls. 217), 28/04/1998 (3105031 – fls. 217), 30/05/2006 (6857433 – fls. 216), 25/05/2007 (6261864 – fls. 216), 29/05/2008 (7010754 – fls. 216), 02/04/2009 (0299190 – fls. 234) e 25/09/2009 (0068152 – fls. 234).

De acordo com a documentação juntada aos autos pela exequente, o contribuinte/executado aderiu a programa de parcelamento da dívida em 12/2001, rescindido em 06/2003, realizou nova adesão em 11/2003, rescindido em 09/2006 e o por fim aderiu a novo parcelamento em 09/2006 que foi rescindido em 11/2009 (fls. 218/247).

O parcelamento do débito tributário é ato inequívoco que importa no seu reconhecimento pelo devedor, interrompendo a prescrição, nos termos do art. 174, parágrafo único, inciso IV do CTN:

Art. 174, parágrafo único: A prescrição se interrompe:

IV – por qualquer ato inequívoco ainda que extrajudicial, que importe no reconhecimento do débito pelo devedor.

Considerando que o último parcelamento requerido pela parte foi rescindido em 11/2009 (fls. 232), nesse momento reiniciou a contagem do prazo prescricional. Assim, chega-se à conclusão de que, sendo o prazo prescricional de cinco anos (art.174 do C.T.N.), e tendo a citação do executado se consumado em 13/04/2011 (fls. 87), antes, portanto, de decorrido o prazo de 100 (cem) dias indicados nos parágrafos do artigo 219 do CPC/73, a interrupção da prescrição deve retroagir à data da propositura da execução fiscal que se deu em 18/01/2011.

Ante o exposto, não há que se falar em prescrição dos créditos tributários, pois entre o reinício da contagem do prazo prescricional (11/2009) e o ajuizamento da ação (18/01/2011), não transcorreu prazo superior a 5 (cinco) anos.

Por fim, entendo que, pela data dos fatos, o artigo 240 do Código de Processo Civil de 2015 não é aplicável.

Da Ilegitimidade Passiva

O Supremo Tribunal Federal, em decisão relatada pelo eminente Ministro Joaquim Barbosa, entendeu que os princípios do contraditório e da ampla defesa, que compõem o devido processo legal, devem ser aplicados no procedimento de responsabilização tributária:

... Os princípios do contraditório e da ampla defesa aplicam-se plenamente à constituição do crédito tributário em desfavor de qualquer espécie de sujeito passivo, irrelevante sua nomenclatura legal (contribuintes, responsáveis, substitutos, devedores solidários etc)... (Ag Regimental no RE 608.426-PR, 2ª Turma, j. 04/10/2011, DJe de 21/10/2011)

Da decisão do STF, constata-se que a constituição do crédito tributário é um procedimento administrativo, nos termos em que fixados pelo legislador (art. 142 do CTN), sobre o qual repousam as garantias constitucionais que o princípio do devido processo legal alberga (Constituição Federal, art. 5º, incs. LIV e LV).

Vale dizer: a exigência de impossibilidade de inadimplemento do crédito tributário será identificada na execução fiscal, mas a culpa do apontado como responsável pelo estado de insolvência do contribuinte ou do substituto tributário terá que ser averiguada em processo de conhecimento.

Assim, no caso do art. 134 do CTN, deve ser aberto um procedimento administrativo para apurar a atuação culposa do responsável (terceiro), que tenha levado o contribuinte à insolvência em relação a um específico crédito tributário. A insolvência será verificada no processo de execução fiscal. Como a execução fiscal não é o local apropriado para a busca do direito – e sim para a satisfação do credor –, a única maneira de se dar cumprimento à Constituição Federal será a abertura de um procedimento administrativo, onde se iniciará com a informação da procuradoria fazendária da impossibilidade da obrigação tributária por parte do contribuinte, identificada no processo de execução fiscal. Em seguida, a autoridade processante dará início ao procedimento administrativo de responsabilização, notificando o apontado como responsável para se defender. O procedimento administrativo, a partir daí, deve ser processado nos termos da legislação. À execução fiscal, de seu turno, deve ser aplicado o art. 40 da Lei 6.830/80, ficando o executivo fiscal sobrestado até o término do procedimento administrativo ou da ocorrência da prescrição intercorrente, o que acontecer primeiro.

No caso do art. 135 do CTN, sua aplicação exige a realização, pelo apontado como responsável (terceiro) de um negócio jurídico lícito, em nome do contribuinte, mas contra seus interesses, que faça nascer uma obrigação tributária. Nesses casos deve o próprio contribuinte informar à Administração Tributária que referido negócio jurídico lícito, em seu nome, feriu a legislação que rege a conduta das pessoas relacionadas no mencionado artigo do CTN. Após, será instaurado um procedimento administrativo típico, nos termos da legislação de regência. Ao seu término, deverá ser constituído (ou revisto) o crédito tributário, em nome do responsável tributário (responsabilidade pessoal), se os fatos alegados ficarem provados, ou do contribuinte, acaso se julgue pela inaplicabilidade do art. 135 do CTN.

Por fim, na aplicação da Súmula 435 do STJ, quando ficar provado, na execução fiscal, o encerramento irregular da sociedade, deve o procurador fazendário provocar o procedimento administrativo, enquanto a execução fiscal segue para o arquivo sobrestado (artigo 40 da Lei de Execuções Fiscais), nos termos como ocorre na aplicação do art. 134 do CTN.

Considerando que não foram respeitados os conteúdos mínimos contidos no princípio do processo legal (contraditório e ampla defesa), ante a ausência de procedimento de responsabilização, não há que se permitir o redirecionamento da cobrança executiva do contribuinte para o terceiro, ora excipiente.

Da prescrição para o redirecionamento

Entendo que, para fins de redirecionamento do feito, é necessário que a citação do sócio seja efetivada no prazo de 05 anos a contar da citação da empresa executada, sob pena de prescrição. Melhor dizendo, o prazo prescricional de 05 anos para a citação do sócio começa a fluir da data da efetiva citação da empresa executada.

Contudo, a matéria encontra-se submetida ao rito dos recursos repetitivos (RESP 1.201.993/SP, Rel. Min. Herman Benjamim), nos termos do art. 543-C do CPC/73.

Anoto que a suspensão realizada na forma do artigo 543-C do CPC/73 era dirigida apenas aos tribunais de 2ª instância, que deveriam suspender a tramitação dos recursos até a conclusão do julgamento do tema declarado como de repercussão geral, não se aplicando aos feitos em tramitação na 1ª instância.

Com o advento do CPC/2015, alterações significativas foram realizadas no que tange ao processamento e gestão de feitos que envolvam matéria repetitiva, afetando todos os órgãos jurisdicionais. Algumas das hipóteses de sobrestamento de feitos, em qualquer grau de jurisdição, foram expostas nos arts. 1.036, § 1º e 5º; 1037, § 2º; 313, IV; 982, I e 1029, § 4º.

Vale destacar que o art. 927, III, estabelece que “os juízes e tribunais observarão (...) os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recurso extraordinário e especial repetitivos”.

Assim, em que pese a ausência de previsão legal expressa no sentido de suspender os feitos em primeiro grau, ante o reconhecimento de repercussão geral na vigência do Código de Processo Civil de 1973, por medida de cautela, deixo de apreciar a questão até o julgamento final do REsp nº 1.201.993/SP, para evitar possível decisão em desacordo com a proferida, futuramente, pela instância superior, na forma do art. 927, III, do CPC/2015.

Decisão

Posto isso, defiro em parte o pedido formulado na exceção de pré-executividade oposta, para reconhecer a ilegitimidade passiva de Gilda Azevedo.

Remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações.

Deixo, por ora, de condenar a exequente ao pagamento de honorários advocatícios ao patrono da excipiente, tendo em vista que a questão sobre a “possibilidade de fixação de honorários advocatícios, em exceção de pré-executividade, quando o sócio é excluído do polo passivo da execução fiscal, que não é extinta” encontra-se suspensa, conforme determinado no REsp 135.8837/SP (Tema 961), submetido ao regime de recursos repetitivos (art. 1.037, II, CPC).

Por fim, considerando o baixo valor do feito, conforme parâmetro estabelecido pela própria exequente (Portaria PGFN nº 396, de 20/04/2016), suspendo o curso da execução fiscal com fundamento no artigo 40 da Lei 6.830/80.

Aguarde-se provocação no arquivo.

Int.

São Paulo, 16 de janeiro de 2017.

Juiz Federal RENATO LOPES BECHO

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL**0004305-88.2013.4.03.6131**

Embargante: MASSA FALIDA DE COMPANHIA AMERICANA INDUSTRIAL DE ÔNIBUS - CAIO

Embargada: UNIÃO FEDERAL - FAZENDA NACIONAL

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 04/10/2016

Vistos, em sentença.

São embargos à execução fiscal movimentados por MASSA FALIDA DE COMPANHIA AMERICANA INDUSTRIAL DE ÔNIBUS – CAIO em face da UNIÃO FEDERAL – FAZENDA NACIONAL, em que se pleiteia a desconstituição do ato administrativo de lançamento fiscal dirigido em face da ora requerente. Sustenta a embargante, em suma, que o lançamento fiscal contra si dirigido incide em ilegalidade intransponível porquanto figurou como tomadora de serviços de empresas prestadoras que se encontravam sob regime de tributação diferenciada, a saber, o SIMPLES FEDERAL. Que, sendo esta a conjuntura, não caberia a retenção do percentual de 11% sobre o valor da nota fiscal/ fatura a título de contribuição previdenciária, porque o montante respectivo já se encontra incorporado aos recolhimentos efetivados sob a égide do sistema simplificado; aduz que a descaracterização da atividade das prestadoras de serviços da embargante foi feita sem base legal, e que não há como sustentar, nessas condições o ato administrativo de lançamento; por fim, argumenta com o descabimento da cobrança de juros e multa fiscal, considerando tratar-se a embargante de massa falida. Junta documentos às fls. 33/193.

Recebidos os embargos (*fls. 216*), à vista da intimação do síndico da penhora no rosto dos autos da falência da embargante (cf. *fls. 155* e certidão de *fls. 156* dos autos da execução que tramitam no apenso), abriu-se oportunidade para impugnação da embargada, o que se deu às fls. 220/236, com documentos às fls. 237/238. A embargada sustenta a plena validade e higidez da exação aqui em comento, defendendo a legalidade do procedimento administrativo de constituição do crédito previdenciário aqui em testilha, e sustentando a exata coincidência entre a situação de fato ensejadora da tributação e a hipótese material ventilada no caso concreto, o que perfaz o requisito da incidência de todas as espécies tributárias que são exigidas da contribuinte, bem assim a compatibilidade de suas alíquotas. Quanto ao mais, bate-se pela legalidade da aplicação de juros multa moratória ao débito em aberto, tendo em vista que os créditos aqui causa são anteriores à abertura da falência da executada.

Réplica às fls. 241/259.

Às fls. 277/298, capeadas pela petição de fls. 275/276, a embargada exhibe cópia do procedimento administrativo de constituição do crédito fiscal, complementada pela documentação de fls. 318/327. Em atenção ao que restou decidido às fls. 267/268 destes autos, complementado pela decisão de fls. 303 e 339, a Secretaria da Receita Federal encaminha aos autos a documentação de fls. 343/346, expediente sobre o qual a embargante se manifesta às fls. 348/349, com documentação às fls. 350/352-vº. Intimada a se manifestar a respeito, a embargada atravessa petição às fls. 354/355, com documentação às fls. 356/364.

Inicialmente indeferido à embargante o benefício da Assistência Judiciária, restou o mesmo a ela concedido, consoante se extrai do expediente que consta de fls. 366/434-vº, ca-

peado pela certidão de fls. 365.

Inicialmente distribuídos os embargos junto ao Anexo Fiscal da Justiça Estadual da Comarca de Botucatu, os autos foram encaminhados a este Juízo Federal, a partir da instalação da Vara.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

Não há preliminares a decidir, nulidades a proclamar, anulabilidades ou irregularidades a suprir ou sanar. Oportuno consignar, nesse passo, que ambas as CDA's que aparelharam o feito executivo aqui em epígrafe ostentam plenos requisitos de validade formal, na medida em que descrevem, circunstanciadamente, os montantes pretendidos na execução, acompanhados dos respectivos fundamentos legais do débito. Todas as hipóteses concretas da tributação em que incidiu o sujeito passivo da obrigação tributária estão claramente expostas na inicial da execução, bem como todas as incidências legais que a exequente acredita vertentes à espécie. Nada há, nisso, que impeça, dificulte ou prejudique o exercício do direito de defesa por parte do executado/ embargante, o que cumpre o requisito processual de fundo constitucional do *due process of law*. Observo, de outro giro, que, em nenhum momento e de nenhuma forma, se exige que a CDA venha acompanhada de planilha de cálculo de juros de mora ou de índices de atualização a demonstrar a evolução do débito. Exige-se apenas o montante principal e a forma de calcular os encargos e atualização, requisito que se encontra plenamente satisfeito pelos títulos que aparelham a execução. Apenas com esses dados já é possível ao devedor efetuar a impugnação daquilo que lhe está sendo exigido. Nesse sentido, existe torrencial posicionamento jurisprudencial: Processo: AC 00233502720074039999 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 1200195, Relator(a): DESEMBARGADORA FEDERAL CONSUELO YOSHIDA, TRF3, 6ª T., Data da Decisão: 08/08/2013, Data da Publicação: 16/08/2013; Processo: AI 00044431820134030000 – AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 498354, Relator(a): DESEMBARGADOR FEDERAL CARLOS MUTA, TRF3, 3ª T, Data da Decisão: 06/06/2013, Data da Publicação: 14/06/2013; Processo: AC 00282953820024036182 – AC - APELAÇÃO CÍVEL – 174186, Relator(a): JUIZ CONVOCADO PAULO SARNO; TRF3, 4ª T., Data da Decisão: 02/05/2013, Data da Publicação: 10/05/2013.

Dito isto, verifica-se estar-se diante de um feito bem processado, partes legítimas e bem representadas, os autos estão em termos para julgamento pelo mérito, até porque todas as provas necessárias ao deslinde da causa já constam dos autos. Passo, pois, ao exame do mérito da questão posta em julgamento.

O cerne da discussão jurídica aqui entabulada se refere ato administrativo de lançamento fiscal aqui levado a efeito pela autoridade tributária, que, com relação a empresas que prestam serviços à embargante, exigiu das mesmas a apresentação do valor correspondente à retenção de 11% incidente sobre as notas fiscais/ faturas por ela emitidas, sendo que, ao que se alega, as mesmas se encontram adjungidas ao SIMPLES.

Os embargos aqui movimentados pela executada não procedem, *data maxima venia*.

Embora, rigorosamente, não reste nenhuma dúvida quanto à higidez da tese de direito afirmada pela embargante, isto é, de que não é exigível das prestadoras de serviços optantes pelo SIMPLES a retenção de 11% sobre o valor da nota fiscal/ fatura a título de contribuição previdenciária (porque o montante respectivo já se encontra incorporado aos recolhimentos efetivados sob a égide do sistema simplificado), também não é menos certo, na esteira de

induvidosa jurisprudência, que essa inexigibilidade não se aplica às pessoas jurídicas que atuam nos segmentos de prestação de serviços de vigilância, limpeza, conservação e locação de mão-de-obra, na forma do que prescreve o *art. 17, XII, da LC nº 123/06*. Por diversos precedentes nesse sentido, cito o seguinte, do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO LEGAL. CPC, ART. 557, § 1º. APLICABILIDADE. PEDIDO DE REFORMA DE DECISÃO.

1. Nos termos do art. 17, XII, da Lei Complementar nº 123/06, não poderá optar pelo Simples Nacional a empresa que realize cessão ou locação de mão de obra. A empresa cedente de mão de obra que optou pelo Simples Nacional, a despeito da vedação legal, sujeita-se à retenção de 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal ou fatura dos serviços prestados.

2. A impetrante, conforme consta da Cláusula Segunda do Instrumento Particular de Constituição de Sociedade Ltda. (fl. 16), tem por finalidade: A sociedade tem por objetivo social da empresa é prestação de serviços de portaria, zeladoria, controladoria de acesso, fiscal de piso, monitoramento eletrônico, limpeza especializada, recepção, terceirização de serviços em geral. Como se verifica, trata-se de empresa cedente de mão-de-obra, que deve se sujeitar à retenção de 11% (onze por cento) do valor da nota fiscal ou fatura dos serviços prestados nos termos da Lei Complementar nº 123/06 e alterações posteriores.

3. Agravo legal provido para dar provimento à apelação da União, reformar a sentença e denegar a segurança, com resolução do mérito, com fundamento no art. 487, I, do Código de Processo Civil (g.n.).

[AMS 00053010420134036126, DESEMBARGADOR FEDERAL ANDRÉ NEKATSCHALOW, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 04/07/2016].

No mesmo sentido, alinham-se outros precedentes: AMS 00053028620134036126, DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, TRF3 - QUINTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 05/07/2016; AMS 00146528420104036100, DESEMBARGADOR FEDERAL SOUZA RIBEIRO, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 20/04/2016; AMS 2008.34.00.035136-0, DESEMBARGADOR FEDERAL REYNALDO FONSECA, TRF1 - SÉTIMA TURMA, e-DJF1 DATA: 16/01/2015 PAGINA: 318; AC 00018093820114036105, DESEMBARGADOR FEDERAL NINO TOLDO, TRF3 - DÉCIMA PRIMEIRA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA: 15/06/2015.

Pois bem. Sucede que, analisando o lançamento que foi levado a cabo no âmbito do presente executivo fiscal, verifica-se, desde logo, que a constituição do débito relativo a *duas das prestadoras de serviços* aqui em causa deu-se ao tempo em que *as mesmas não se encontravam aderidas ao SIMPLES FEDERAL* (Lei nº 9.317/96). No que tange à prestadora SIGN & MAKING SINALIZAÇÃO INSTANTÂNEA LTDA. – EPP informa o ofício da Receita Federal aqui acostado às fls. 343 que essa empresa aderiu à modalidade simplificada de tributação aos 01/01/2006, havendo informado término dessa opção aos 30/06/2007. Com relação à empresa SCALLA SERVIÇOS LTDA. – EPP, verifica-se que *nunca* foi optante do SIMPLES FEDERAL, vindo apenas a jungir-se à sistemática do SIMPLES NACIONAL, com opção a partir de 01/07/2007. Como os fatos impositivos das obrigações subjacentes ao crédito tributário aqui em epígrafe se firmaram relativamente ao período que medeou entre as competências 01/97 a 12/98, verifica-se que, ainda que integralmente prevalecente a tese jurídica desposada na inicial dos embargos, ela não seria aplicável – por absoluta extemporaneidade – às prestadoras aqui em testilha, visto que, à época dos fatos geradores respectivos, não se encontravam essas empresas aderidas ao regime especial de tributação. Com estas considerações, nem serão necessários maiores encômios à argumentação para concluir que, com relação a estas duas

empresas, a situação de fato revelada nos autos não corresponde à tese jurídica desenvolvida na inicial dos embargos, motivo suficiente para que, com relação a estas duas contribuintes, em especial, já seja possível aportar na conclusão pela improcedência da pretensão desenhada nos embargos.

COM RELAÇÃO À EMPRESA IRMÃOS LOPES LTDA. – EPP. DESCARACTERIZAÇÃO COMO PRESTADORA DE SERVIÇOS. INEXISTÊNCIA DE ATIVIDADE EMPRESARIAL ORGANIZADA. LANÇAMENTO. PRECEDENTES.

Naquilo que se relaciona com a prestadora de serviços IRMÃOS LOPES LTDA. – EPP, veja-se que, embora o período da tributação seja compatível com o interregno em que essa empresa esteve adjungida à sistemática do SIMPLES FEDERAL (com opção da contribuinte em 01/01/1997 e término em 30/06/2007, considerado o lançamento para o interstício que vai de 01/97 a 12/98), a *razão jurídica* que levou à constituição do débito em face da ora embargante foi *diversa*. Segundo decorre do substancioso levantamento fiscal levado a efeito pela autoridade tributária aqui em questão, o débito foi levantado por solidariedade, uma vez que configurada a prestadora de serviços como empresa cedente de mão-de-obra, sujeita, portanto, à retenção de 11% sobre a nota-fiscal/ fatura, ainda que aderente a regime diferenciado de tributação.

Colhe-se do minucioso esclarecimento prestado pela autoridade fiscal que, no caso específico, verbis (fls. 324 e 361):

Os prestadores de serviços: IRMÃOS LOPES LTDA., PAISAGEM COMÉRCIO DE PLANTAS ORNAMENTAIS LTDA., E MOLDECAR PROTÓTIPOS BOTUCATU LTDA., *no período fiscalizado, mantiveram empregados cedidos prestando serviços nas instalações da “CAIO”, e negligenciando o disposto no artigo 9º, alínea “f”, “in fine” da Lei 9.317 de 05/12/96, apresentaram GRPS só de empregados, estando então sendo cobradas as contribuições da empresa e seguro de acidentes de trabalho; (g.n.).*

Mais adiante, prossegue o parecer da fiscalização, verbis (fls. 324/325 e 361/362):

O débito foi levantado por SOLIDARIEDADE, consoante disposições do artigo 896 parágrafo único do Código Civil Brasileiro e do artigo 124 incisos I e II parágrafo único do Código Tributário Nacional (CTN), combinados com o artigo 31 parágrafos 1º a 4º da Lei 8.212/91 e alterações posteriores, que não comportam benefício de ordem, estando constituído com base nos artigos 20, 22 incisos I e II, alínea “b”, 28 inciso I, 30 incisos I e alíneas “a” e “b”, 31 parágrafos 2º a 4º, 33 parágrafos 3º e 5º, todos da Lei 8.212 de 24 /07/91, e alterações posteriores.

Esclarecendo-se, por fim, o seguinte (fls. 326 e 363):

Os serviços prestados à “CAIO” são característicos de “cessão de mão de obra” pois os prestadores colocaram, à disposição da “CAIO”, em suas instalações de empregados que realizaram serviços de limpeza, montagem de moldes, instalação de rede de computadores, transporte de chassis, vigilância, jardinagem, serralheria em linha de montagem, pintura de letreiros em ônibus e manutenção asfáltica do pátio da indústria, conforme definição do artigo 31 § 2º da Lei 8.212/91, redação original:

“Art. 31. O contratante de quaisquer serviços executados mediante cessão de mão-de-obra, inclusive em regime de trabalho temporário, responde solidariamente com o executor pelas obrigações decorrentes desta lei, em relação aos serviços a ele prestados, exceto quanto ao disposto no art. 23.

§ 1º.....

§ 2º Entende-se como cessão de mão-de-obra a colocação, à disposição do contratante, em suas dependências ou nas de terceiros, de segurados que realizem serviços contínuos cujas características impossibilitem a plena identificação dos fatos geradores das contribuições, tais como construção civil, limpeza e conservação, manutenção, vigilância e outros assemelhados especificados no regulamento, independentemente da natureza e da forma de contratação”.

Cumpra salientar que, a Auditoria Fiscal solicitou e reiterou a *apresentação dos documentos tais como contrato de prestação de serviços, Notas Fiscais, Folhas de Pagamentos e Guias de Recolhimento, que não foram apresentados, tanto que a base de lançamento foram as informações contábeis, como informado no relatório de fatos geradores, onde constam as contas contábeis que registraram os fatos geradores.*

Registre-se ainda que, nem na fase de discussão administrativa, foram anexados quaisquer outros documentos que permitissem eventual revisão de ofício do lançamento fiscal. (g.n.)

Pois bem. Em face disso, e considerando as presunções que, de ordinário, adornam todo e qualquer ato administrativo no geral, e o ato de lançamento fiscal, no particular, competia ao interessado, no curso do processo, desfazer a validade de tais razões, pena de ver prevalecer, contra si, os efeitos da presunção *juris tantum* de veracidade e legitimidade do ato praticado pela autoridade tributária. Nesse sentido, indubitavelmente, a orientação da jurisprudência, sendo de se mencionar, por todos os inúmeros precedentes nesse sentido, o seguinte, do E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO:

TRIBUTÁRIO E ADMINISTRATIVO - ANULATÓRIA DE DÉBITO PREVIDENCIÁRIO - RETENÇÃO DE 11% DO VALOR DA NOTA FISCAL OU FATURA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS - ART. 31 DA LEI 8212/91, COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 9711/98 - RECURSO DO INSS E REMESSA OFICIAL PROVIDOS.

1. Todo ato expedido pela Administração Pública no desempenho da função administrativa reveste-se de *presunção relativa de acerto, visto que o princípio da legalidade impõe que a Administração aja somente de acordo com a lei.* Em assim sendo, *não se pode aceitar a pura e simples argumentação de que determinado ato administrativo encontra-se maculado. Cabe ao administrado produzir provas que prestem de suporte a essa alegação.*

2. O débito refere-se à retenção de 11% sobre nota fiscal ou fatura, relativa a prestação de serviços prestados por cedentes de mão-de-obra à empresa ECB - IMPLEMENTAÇÃO DE NEGÓCIOS LTDA, incorporada pela autora, que deixou de ser efetuada nos meses de janeiro de 2000 a julho de 2002, como se vê do relatório fiscal de fls. 73/75.

3. A Lei 9711/98, ao dar nova redação ao art. 31 da Lei 8212/91, não criou nova contribuição sobre o faturamento, nem modificou sua base de cálculo ou alíquota, mas instituiu uma nova forma de arrecadação, em que atribui à empresa contratante da mão-de-obra a responsabilidade, por substituição, pela retenção dos 11% do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços. Precedentes do Egrégio STJ.

4. O Egrégio STF já decidiu no sentido de que a nova redação dada pela Lei 9711/98 ao art. 31 da Lei 8212/91 não afronta os princípios insculpidos nos arts. 148, 150, IV e § 7º, 154, IV, e 195, § 4º, da atual CF.

5. Acerca da contratação de serviços de construção civil, estabelece o § 1º do art. 220 do Dec. 3048/99 que não se considera cessão de mão-de-obra a contratação de empresa construtora que assuma a responsabilidade direta e total pela obra ou repasse o contrato integralmente. No caso dos autos, na via administrativa, foram excluídos, do lançamento, as empresas que se incluíam nessa hipótese, como se vê de fl. 184.

6. Nenhuma das empresas que prestaram serviço à empresa incorporada pela autora e que foram mantidas no lançamento havia optado pelo SIMPLES (vide fl. 185, item “31.2”).

7. Não constam, do lançamento fiscal, empresas que prestam serviços de assessoria e consultoria, bem como foram excluídos do débito, objeto do lançamento, os valores relativos a empresas prestadoras de serviço que estavam desobrigadas da retenção em questão, por força de decisão judicial, como se vê da referida decisão administrativa (fl. 185, item “31”).
8. Considerando que a autora *não trouxe, aos autos, elementos capazes de demonstrar a ilegalidade do ato que motivou a constituição do crédito previdenciário, impõe-se a rejeição do pedido de nulidade do ato administrativo.*
9. Os juros de mora devem incidir sobre o valor corrigido do débito e têm como finalidade compensar o credor pelo prazo de inadimplência do devedor, desde a data do vencimento da dívida e até o efetivo pagamento.
10. A taxa de 1% a que se refere o § 1º do art. 161 do CTN se aplica, apenas, ao caso de não haver lei específica dispoendo de maneira diversa, o que não ocorre no caso de créditos tributários, em que a Lei 9065/95 determina, expressamente, a cobrança de juros equivalentes à taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia - SELIC.
11. A imposição de multa moratória decorre de lei e nada mais é do que uma pena pecuniária aplicada em todos os casos de inadimplência do devedor, incidindo sobre o valor principal corrigido.
12. Deve a autora, na qualidade de sucessora da empresa devedora, arcar com o pagamento da multa moratória por não ter a empresa incorporada recolhido a contribuição na época devida, visto que tal verba se inclui na expressão “multa moratória”. Precedente do Egrégio STJ (REsp nº 32967 / RS, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 20/03/2000, pág. 59).
13. Os encargos de sucumbência são ônus do processo e devem ser suportados pelo vencido. Assim, no caso, deve a autora arcar, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, com o pagamento de custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 10% do valor atualizado atribuído à causa.
14. Recurso e remessa oficial providos. Sentença reformada (g.n.).
[APELREEX 00016230620064036100, DESEMBARGADORA FEDERAL RAMZA TARTUCE, TRF3 - QUINTA TURMA, DJF3 DATA: 14/05/2008].

E essa prova, no caso concreto, passou longe de ser feita. Para além de insistir com os termos tese já desposada na inicial, a embargante não manejou desfazer a solidez da premissa em que se embasou o lançamento aqui questionado, na medida em que não comprovada situação de efetiva prestadora de serviços à embargante, que não possa ser tida por mera empresa cedente de mão-de-obra, a elidir a incidência da norma tributária que dispõe sobre a solidariedade passiva. Deveras, ao que tudo está a indicar, a suposta empresa terceirizada aqui em causa, desempenha atividade típica de serviços de montagem de carrocerias de ônibus diretamente na linha de produção da embargante (cf. informação de *fls. 360*, em nenhum momento contestada pela embargante, a empresa foi classificada no código de lançamento S12 – Serviços de Serralheria na Linha de Montagem), que, em verdade, simplesmente cedia os empregados para desempenho de atividade específica na linha de produção da tomadora, sem emprego de nenhum meio, material ou equipamento de sua propriedade, e, de consequência, sem arcar com as despesas e custos inerentes à atividade respectiva. Neste cenário, evidentemente, não seria razoável havê-la como uma autêntica prestadora de serviços, já que sua atividade se restringe a um *trecho* ou *segmento* particular da *linha de produção da própria tomadora*, sem que tenham sido exibidos, sequer, os termos em que lavrado o contrato de prestação de serviços entre ambas, ou mesmo de qualquer sobrevida independente dessa empresa em relação à tomadora de seus serviços aqui embargante. *É idêntica* a situação do lançamento relativo à *empresa prestadora de serviços de transporte*, em que, por razões absolutamente similares, restou descaracterizado o instituto da prestação

de serviços, conflagrando relação de emprego camuflada¹.

De fato. É unanimidade entre os comercialistas brasileiros que a atividade de empresa encerra uma série de atividades coordenadas dirigidas à consecução do objeto social, e que a falta de qualquer delas, impede o reconhecimento da atividade como empresarial. Nesse sentido, discorrendo sobre o conceito de empresário, alerta o respeitado FÁBIO ULHOA COELHO:

Empresário é definido na lei como o profissional exercente de “atividade econômica *organizada* para a produção ou circulação de bens ou de serviços” (CC, art. 966). Destacam-se da definição a noção de profissionalismo, atividade econômica *organizada* e produção ou circulação de bens ou serviços. (g.n.)

[Manual de Direito Comercial – Direito de Empresa, 19 ed., rev., at., São Paulo: Saraiva, 2007, p.11].

Mais adiante enfatizando a relevância do elemento organização para a caracterização da atividade empresarial, sustenta este festejado comercialista que:

A empresa é atividade organizada no sentido de que nela se encontram articulados, pelo empresário, *os quatro fatores de produção: capital, mão-de-obra, insumos e tecnologia*. Não é empresário quem explora atividade de produção ou circulação de bens ou serviços sem alguns desses fatores. O comerciante de perfumes que leva ele mesmo, à sacola, os produtos até os locais de trabalho ou residência dos potenciais consumidores explora atividade de circulação de bens, fá-lo com intuito de lucro, habitualidade e em nome próprio, mas não é empresário, porque em seu mister não contrata empregado, não organiza mão-de-obra. A tecnologia, ressalte-se, não precisa ser necessariamente de ponta, para que se caracterize a empresarialidade. Exige-se apenas que o empresário se valha dos conhecimentos próprios aos bens ou serviços que pretende oferecer ao mercado – sejam estes sofisticados ou de amplo conhecimento – ao estruturar a organização econômica.

[*op. cit.*, pp.13-14]

Bem por esta razão é que, se não é possível, por um lado, considerar empresária uma sociedade que não ostente quaisquer empregados, qualquer mínima organização de mão-de-obra, também não há como enquadrar, como empresária do setor de serralheria ou de transporte, uma sociedade que conte, exclusivamente, com quadro de mão-de-obra para suplementação de terceiros, sem qualquer insumo, equipamento ou veículo, que lhe permita – ainda que para um cliente único – desempenhar de forma autônoma, autárquica, o seu objeto social.

Daí porque, tenho que andou bem a orientação administrativa no sentido de se caracterizar a atividade da contribuinte como empresa terceirizada, autônoma na prestação de serviços específica, a partir da circunstanciada análise de todos os elementos empresariais afetos à ora embargante. Razão pela qual, tenho por correto o lançamento efetuado em face da aqui contribuinte, já que plenamente factível o enquadramento da sua prestadora de serviços como empresa cedente de mão-de-obra, o que ativa a cláusula legal que permite o lançamento em face da ora embargante por solidariedade passiva em relação à obrigação tributária aqui em espécie.

1 Colhe-se do procedimento administrativo fiscal juntado aos autos às fls. 319/327 e, novamente, às fls. 356/364, que se operou o lançamento, por solidariedade, em relação à empresa JACITUR TRANSPORTES LTDA. (código de lançamento: So6-serviços de transporte de *chassis*), por descaracterização de prestação autônoma de serviços (fls. 322 e 324-item [6]). Observe-se que, em lide estabelecida entre a ora embargada e a dita prestadora de serviços (JACITUR), coerentemente, aportou-se, em sentença de primeiro grau já proferida neste juízo (*Proc. nº 0003429-36.2013.403.6131*), na mesma conclusão aqui indicada, pela inexistência de prestação de serviços, e, sim, conflagração de relação patronal desvirtuada.

Em sendo assim, o mero fato de as empresas prestadoras de serviços apresentarem Certidões Negativas de Débito em seus respectivos nomes emitidas pela autoridade tributária em nada altera a responsabilidade da embargante, presente o que dispõe a conjugação da norma do *art. 128 do CTN c.c. o art. 33 da Lei nº 8.212/91*.

Não prospera o argumento deduzido nesta parte dos embargos.

DOS JUROS E MULTA MORATÓRIA DEVIDOS PELA MASSA. POSSIBILIDADE DA COBRANÇA. EXIGIBILIDADE CONDICIONADA À EXISTÊNCIA DE SALDO NA EXECUÇÃO CONCURSAL. PRECEDENTES DO C. STJ.

Na linha daquilo que venho sustentando em casos congêneres, entendo que sob a égide da atual legislação falimentar, os juros moratórios incidentes sobre os débitos da massa são, sim, devidos, mesmo que posteriores à quebra, ficando a sua exigibilidade, entretanto, condicionada à existência de ativos para o pagamento dos credores subordinados. No caso dos autos, veja-se que os juros moratórios incidem sobre débitos anteriores á decretação da quebra, de sorte que, apenas por isso, já se mostram exigíveis. Colaciono precedente do E. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Processo: RESP 200000441031 – RESP - RECURSO ESPECIAL – 258314

Relator(a): JOÃO OTÁVIO DE NORONHA

Sigla do órgão: STJ

Órgão julgador: SEGUNDA TURMA

Fonte: DJ DATA: 06/03/2006 PG: 00270

Decisão

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Francisco Peçanha Martins e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Ementa

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. MASSA FALIDA. MULTA MORATÓRIA E JUROS. AFASTAMENTO. SÚMULAS Nº 192 E 565 DO STF. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. SÚMULA Nº 83/STJ.

1. A multa moratória constitui pena administrativa, de modo que não incide no crédito habilitado em falência. (Súmulas nº 192 e 565 do STF)
2. A incidência dos juros moratórios, após a decretação da falência, fica condicionada à suficiência do ativo para pagamento do principal.
3. “Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida” (Súmula nº 83/STJ).
4. Recurso especial não-conhecido (g.n.).

Data da Decisão: 06/12/2005

Data da Publicação: 06/03/2006

No mesmo sentido, os seguintes precedentes, todos do STJ: RESP 200401631061/RESP - RECURSO ESPECIAL – 702940, Relator(a): NANCY ANDRIGHI, STJ, 3ª T., DJ 12/12/2005, p. 378; RESP 200100228984/RESP - RECURSO ESPECIAL – 306052, Relator(a): FRANCISCO PEÇANHA MARTINS, STJ, 2ª T., DJ 05/12/2005, p. 263; RESP 200301276264/RESP - RECURSO ESPECIAL – 572836, Relator(a): ELIANA CALMON, STJ, 2ª T., DJ 07/11/2005, p. 193.

Dessas considerações decorre ser absolutamente incorreta a posição aqui externada pela

credora fiscal, no que incluiu no crédito constituído em face da executada, os juros de mora anteriores à data da quebra, porque somente em momento posterior do processo falimentar é que será possível afirmar, com certeza, se o ativo do espólio será suficiente para saldar tais encargos, tudo a depender do cotejo entre o produto da arrecadação e o pagamento dos credores em concurso.

Exatamente o mesmo é o panorama com relação à *multa moratória* incidente sobre os fatos impositivos verificados após a decretação da quebra da contribuinte. *Primeiro* porque o fato impositivo da obrigação tributária aqui em espécie é *anterior* à decretação da falência da executada. *Em segundo lugar*, porque, nesses casos, e à semelhança daquilo que ocorre com os juros, vem se entendendo que esta é devida, condicionada a sua exigência à demonstração de que, ao cabo do processo concursal, sobejam ativos para liquidá-la. Nesse sentido: APELREEX 00033958320104058500, Desembargador Federal Ivan Lira de Carvalho, TRF5 - Segunda Turma, DJE - Data: 01/09/2015 - Página: 42.

É improcedente, pois, o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTES os presentes embargos à execução fiscal, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC.

Sem condenação em honorários, tendo em vista que já integram o débito exequendo (*art. 1º do DL nº 1.025/69*). Sem condenação em custas, tendo em vista a Assistência Judiciária aqui deferida em favor da embargante, bem assim a isenção desses emolumentos nessa fase do procedimento (*arts. 5º e 7º da Lei nº 9.289/96*).

Traslade-se a sentença, por cópias simples, para os autos da execução fiscal em apenso (*Processo nº 0004304-06.2013.403.6131*), certificando-se os efeitos em que recebido eventual recurso, ou, se o caso, o trânsito em julgado.

P.R.I.

Botucatu, 29 de setembro de 2016.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL**0002997-90.2016.4.03.6105**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: WELLINGTON DINIZ PEREIRA

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

Juíza Federal: VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 22/08/2016

Vistos em sentença.

1- RELATÓRIO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, nos autos da ação penal 0003787-50.2011.403.6105, ofereceu *DENÚNCIA* em desfavor de *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, vulgo “Geguerê”, qualificado nos autos, como incurso nas penas dos artigos 334 e 288, c.c. art. 69, todos do Código Penal. No bojo da denúncia também constaram como codenunciados: Pedro Luiz Zanqueta, Odair Aparecido de Souza, Nilton Da Rocha Castro, Kledson Rodrigues Tenorio, Nilva Marcia dos Santos, Anderson Freitas Brito Cirino, Tiago Mendes de Araújo, Thiago Cardoso Rodrigues, Sidney Aparecido dos Santos, Eberjeferson Aparecido dos Santos, Dionny Vitor dos Santos.

Em síntese, narra a denúncia que:

1- BREVE SÍNTESE DA ATIVIDADE INVESTIGATÓRIA E SÍNTESE DA ACUSAÇÃO

Em 08 de fevereiro de 2011, o Núcleo de Operações da Delegacia da Polícia Federal em Campinas/SP elaborou a informação nº 095, narrando que a análise criminal conjunta de diversos inquéritos policiais pretéritos versando sobre contrabando de cigarros constatou o envolvimento direto ou indireto de JEFERSON RICARDO RIBEIRO, de MAURO MENDES DE ARAÚJO e de DANIEL DA SILVA, dentre outros, que estariam coordenando a distribuição ilícita de cigarros procedentes do exterior na região de Campinas/SP. Já no início da investigação, era sabido que o principal ponto de distribuição dessas mercadorias é a região anexa ao Terminal Central Viaduto Cury, no centro de Campinas, lugar popularmente conhecido como “Camelódromo do Terminal Cury”. (...)

Com base nas investigações, a Polícia Federal elaborou relatórios de análise policial e relatórios de diligência policial, nos quais apurou, em apertada síntese, que Jefferson Ricardo Ribeiro, Mauro Mendes de Araújo e Daniel da Silva comandam núcleos atacadistas autônomos especializados na distribuição e mercancia, na cidade de Campinas e região, de cigarros provenientes do Paraguai, e atuam como cabeças de organizações criminosas, promovendo, dirigindo, organizando, instigando e executando crimes de *contrabando*, *quadrilha* ou *bando e lavagem de capitais*. O grupo dos atacadistas possui fornecimento direto das fontes da fronteira com o Paraguai.

Outrossim, de notável importância para a consecução da empreitada criminosa, a atuação de diversas pessoas, que conforme o acervo probatório colhido, não agiam de forma eventual e fortuita, muito pelo contrário, compunham uma associação permanente e estável, voltada ao cometimento de crimes. (...)

2- CONDUTAS CRIMINOSAS DOS DENUNCIADOS

I- Núcleo criminoso vinculado a Jeferson Ricardo Ribeiro:

O acusado JEFERSON RICARDO RIBEIRO é líder de uma das organizações criminosas voltadas à prática do crime de contrabando de cigarros em Campinas e região. Como tal, promoveu, organizou e dirigiu a atividade dos demais membros da organização criminosa nos crimes de quadrilha e contrabando de cigarros.

Quanto aos denunciados WELLINGTON DINIZ PEREIRA (Geguerê) e ODAIR APARECIDO DE SOUZA (Careca), constatou-se, durante as investigações, que ambos eram subordinados ao denunciado JEFERSON e responsáveis pelo carregamento de veículos com cigarros contrabandeados, transporte e comercialização de cigarros contrabandeados.

Exemplificadamente, constata-se, de diálogos ocorridos no dia 12 de junho do corrente ano, conversas telefônicas feitas por JEFERSON em que se pode constatar sua liderança na organização criminosa, bem como a participação de WELLINGTON e ODAIR. Com efeito, naquele dia, pessoa não identificada liga para JEFERSON, avisando que já estão em determinado local, ao que JEFERSON responde que mandará um “menino” para lá (índice 22059017). Ato contínuo, o denunciado JEFERSON telefona para o denunciado ODAIR (Careca) e dá ordens para que ele (Careca), juntamente com o “Geguerê” (WELLINGTON), vão ao encontro do caminhão carregado com cigarros (índice 22059027).

Em relação ao denunciado ODAIR, conforme o Relatório de Diligência nº 01, além dos áudios de conversas telefônicas interceptadas citadas, foi encontrado, estacionado em frente ao seu endereço residencial, o caminhão Mercedes Benz, placa BYG-2873, bem em frente a casa, que fica em uma esquina. Esse caminhão está em nome de HIDEO YOSHIDA, sogro do acusado JEFERSON RIBEIRO.

Quanto ao acusado NILTON DA ROCHA CASTRO, conhecido por “Bombinha”, também restou demonstrada sua participação na organização criminosa liderada por JEFERSON, na medida que é responsável pela comercialização dos cigarros contrabandeados, adquirindo os cigarros de JEFERSON e repassando “no varejo”.

Antes da Operação Exaustor, em 26/05/2009, NILTON DA ROCHA CASTRO e Diego Gonçalves Melo foram presos em flagrante pela DIG de Campinas, descarregando cigarros contrabandeados, no “Camelódromo” do Viaduto Cury, da Perua Kombi placa CGM3497, para a banca número 20, tendo sido apreendidos 25.010 maços de cigarros. Naquela ocasião, o denunciado JEFERSON RICARDO RIBEIRO compareceu ao DP afirmando ser o dono da banca e dos cigarros, sendo autuado em flagrante.

Além desse fato, durante as investigações constatou-se que os denunciados JEFERSON e NILTON (Bombinha) negociaram, por diversas vezes, cigarros contrabandeados.

Por fim, quanto ao acusado KLEDSON RODRIGUES TENORIO (Cabrito), constatou-se, durante as investigações, que sua função, na organização criminosa liderada pelo acusado JEFERSON, era a de fornecer e adquirir cigarros contrabandeados na região de Indaiatuba. (...) *Dessa forma, os denunciados JEFERSON RICARDO RIBEIRO, WELLINGTON DINIZ PEREIRA, NILTON DA ROCHA CASTRO, KLEDSON RODRIGUES TENÓRIO e ODAIR APARECIDO DE SOUZA associaram-se de forma estável, em quadrilha, para o fim de cometer crimes de contrabando.*

3) WELLINGTON DINIZ PEREIRA, vulgo “Geguerê”

No período de fevereiro a setembro de 2011, o denunciado WELLINGTON DINIZ PEREIRA vendeu, expôs à venda e manteve em depósito, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabia ser produto de introdução clandestina no país (cigarros contrabandeados).

Durante as investigações policiais, entre os dias 14 e 19 de março de 2011, foi constatada a prática do crime de contrabando pelo denunciado. No Relatório de Diligência nº 05, verifica-se fotografia do acusado, “carregando” um veículo Zafira com caixas de cigarros contrabandeados. O acusado também foi fotografado, no dia 28 de março de 2011, carregando caixas de cigarros contrabandeados no trajeto entre o camelódromo e o estacionamento “Parada Central” (Relatório de Diligência nº 07) (...).

No curso da investigação foi decretada a prisão temporária do acusado, conforme decisão de fls. 123/146, todavia o mandado não foi cumprido, haja vista a fuga do réu, conforme fls. 256/256-verso.

O Ministério Público Federal postulou, em manifestação de fls. 670/695, dentre outras diligências, pela conversão da medida cautelar acima, em prisão preventiva, o que foi deferido por este juízo, nos termos da decisão de fls. 702/703. A mesma decisão arbitrou fiança no valor de cem (100) salários mínimos.

Às fls. 1086/1109, a defesa do acusado comparece aos autos requerendo a redução da fiança, alegando que ele não possui condições de pagá-la nos termos em que foi fixada.

Após manifestação do órgão ministerial (fls. 1247/1254), este juízo manteve a decisão que decretou a prisão preventiva de Wellington Diniz Pereira, até que fosse recolhida a fiança arbitrada, conforme fls. 1258/1260.

A denúncia ofertada pelo MPF, lastreada em inquérito policial, foi *recebida* em 11 de outubro de 2011 (fls. 1449/1452).

Após inúmeras tentativas frustradas, O réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* foi CITA-DO COM HORA CERTA (fls. 1977/1978).

Foi determinada a nomeação de defensor dativo para o réu, a fim de atuar em sua defesa, nos termos da decisão de fls. 1981. A *resposta à acusação* foi apresentada às fls. 2004/2005, pelo defensor dativo nomeado. Alegou que enfrentaria o mérito da causa na fase de alegações finais. Não foram arroladas testemunhas de defesa.

Por decisão proferida em 23/07/2014, foi determinado o *prosseguimento do feito*, conforme fls. 2048/2054, tendo sido designada audiência para oitiva de testemunhas comuns, arroladas pelo Ministério Público Federal e demais réus.

A intimação do réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* para comparecer ao ato restou frustrada, conforme certidão de fls. 2144 e nele compareceu apenas o defensor dativo – Dr. Marcos Vinicius Alves da Silva, conforme fls. 2156.

Em 24/04/2015, o Centro de Detenção Provisória de Campinas informou a este juízo que o acusado Wellington Diniz Pereira se encontrava lá detido e requereu a este juízo o envio do mandado de prisão preventiva expedido em desfavor do réu para fins de cumprimento (fls. 2258). Informou, ainda, que a prisão decorrera de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015 (fls. 2275).

Com a prisão do réu, este foi cientificado sobre o ocorrido nos autos, conforme decisão de fls. 2276, o que foi cumprido conforme certidão de fls. 2290.

Às fls. 2291 o réu informa que possui defensor e que não deseja ser assistido por defensor público. Em razão disso foi determinada a intimação do réu para que esclarecesse se o defensor que peticionou às fls. 1976 comunicando a renúncia ao patrocínio da causa foi substituído por outro defensor, haja vista que o réu está representado nos autos por defensor dativo.

Em resposta às fls. 2317 o réu informa que possui outro defensor. Em contato da secretaria deste juízo com o defensor indicado, este informou que não representava o réu (fls. 2318).

Em consequência, o defensor dativo foi intimado acerca da prisão do réu (fls. 2319).

Às fls. 2321/2322 consta procuração outorgada pelo réu a defensor constituído, o qual fez carga dos autos, conforme termo de fls. 2323. Em decorrência, o defensor dativo foi destituído, nos termos da decisão de fls. 2383.

A fim de garantir maior celeridade processual ao réu preso *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, porquanto nos autos da ação penal 0003787-50.2011.403.6105 ainda restavam cerca de dezoito testemunhas dos demais corréus a serem ouvidas, foi determinado o *desmembramento* do feito para o referido réu, nos termos da decisão de fls. 2417/2418, o que deu origem

a estes autos de nº 0002997-90.2016.403.6105. Pela mesma decisão foi designada audiência de instrução e julgamento para o dia 05 de maio de 2016, às 15h30min, e determinadas outras providências.

Por decisão de fls. 2428, atendendo determinação contida na Resolução 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, na mesma data acima mencionada foi incluída a realização de audiência de custódia do réu.

Em 05/05/2016, foi realizada a audiência de custódia (mídia em apenso específico – fls. 06) e o interrogatório do réu (mídia de fls. 2453).

Na fase do artigo 402 do CPP, as partes nada requereram.

No período de 16 a 25 de maio de 2016 houve Correição Geral Ordinária neste Juízo, tendo os autos sido requisitados pela Corregedoria do Egrégio Tribunal Regional da 3ª Região para serem correicionados, sendo que a devolução deles a este juízo ocorreu no dia 25/05/2016, conforme certidão de fls. 2455.

Encerrada a instrução processual, o MPF ofertou *memoriais* às fls. 2459/2475, pugnando pela **CONDENAÇÃO** do réu nos termos da denúncia. Requereu sejam considerados, na aplicação da pena, a grande quantidade de cigarros apreendida, os elevados valores de avaliação das mercadorias e dos montantes de tributos que deixaram de ser arrecadados, o que demonstra a maior gravidade dos crimes, e assim, que suas consequências transcenderam o que de ordinário se observa no cometimento desse delito. Ressalta, ainda, o nível de organização e a apurada logística empreitada pelas quadrilhas, tendo por principal escopo impedir a atuação do aparelho estatal. Por fim, requereu seja considerada, negativamente, a personalidade do acusado, visto que escolheu, como meio de vida, a prática do crime de contrabando.

A defesa constituída do réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, por intermédio dos ilustres advogados constituídos, Dr. Paulo Antônio Said e Dr. Gabriel Marques Furquim, ofertou *memoriais* às fls. 2477/2502, pugnando pela sua **ABSOLVIÇÃO** nos termos do artigo 386, incisos III e VII, do CPP. Alegaram ausência de tipicidade material, ante a aplicação do princípio da adequação social, por ser a conduta em exame “socialmente aceita e tolerada pelas autoridades estatais fiscalizatórias”. Subsidiariamente, requereu a fixação da pena no mínimo legal, sob alegação de serem as circunstâncias judiciais favoráveis ao acusado. Alega ser a confissão espontânea do fato principal uma aceitação da responsabilidade penal por parte do réu, atributo especial da personalidade e pugna pela aplicação da atenuante da confissão espontânea (art. 65, inciso III, do Código Penal). Requer ainda fixação de regime aberto e substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

Folha de antecedentes criminais em apenso próprio.

É, no essencial, o relatório.

Vieram-me os autos **CONCLUSOS PARA SENTENÇA**.

2 – FUNDAMENTAÇÃO

Inicialmente, cumpre tecer algumas considerações sobre o que se denominou “Operação Exaustor”.

Instaurou-se inquérito policial para a apuração de fatos que caracterizariam, em tese, a prática dos crimes de contrabando (artigo 334) e quadrilha (artigo 288), ambos do Código Penal, entre outros delitos. Tal instauração se deu a partir de informações policiais que apuraram a existência de uma organização criminosa instalada na região metropolitana de Campinas-SP, cuja atividade ilícita principal seria a importação e mercancia de expressiva quantidade de ci-

garros de procedência estrangeira.

Consta das apurações que os membros dessa organização criminosa adquiriam cigarros oriundos do Paraguai, de fornecedores não identificados, e, a seguir, distribuía essa mercadoria no “camelódromo” de Campinas, situado nas imediações do Viaduto Cury, Terminal Central de ônibus.

Houve a formalização de diversos pedidos de ação controlada, afastamentos de sigilos fiscais, bancários, interceptações telefônicas, apreensões de mercadorias, prisões preventivas, e com base nas investigações, a Polícia Federal elaborou inúmeros relatórios de análise policial e de diligências policiais, dos quais constam fotos, conversas, contas bancárias, fornecedores, bens apreendidos, e tantos outros elementos a indicarem a materialidade delitiva e os indícios de autoria relativos a cada um dos denunciados.

As investigações criminais levadas a efeito divisaram a existência de três segmentos de mercancia ilícita de cigarros de origem espúria, liderados pelos investigados-atacadistas *Jefferson Ricardo Ribeiro, Mauro Mendes de Araújo e Daniel da Silva*.

Embora concorrentes e aparentemente independentes, tais grupos utilizavam a mesma estrutura de mercado informal para desenvolver suas atividades ilícitas, sendo que abaixo de cada um dos atacadistas existia toda uma estrutura de pessoas e logística, para viabilizar a aquisição e distribuição do produto ilícito, sendo divisados e classificados os agentes desse mercado criminoso como sendo: 1) *Atacadistas*: donos das mercadorias, responsáveis por providenciar a sua aquisição e coordenar a logística da Organização; 2) *Gerentes Operacionais*: responsáveis pelo recebimento, guarda, depósito e distribuição local das mercadorias; 3) *Motoristas e carregadores*: responsáveis pelo transporte das mercadorias, geralmente oriunda da região de Foz do Iguaçu/PR ou Guaíra/PR, bem como pela entrega local do estoque armazenado, aos “clientes” da organização; 4) *Varejistas*: responsáveis pelo recebimento fracionado e comercialização pulverizada das mercadorias.

As investigações demonstraram o grande poder econômico e financeiro dessa Organização, que mantinha regular aquisição de cigarros procedentes do Paraguai, com frequência de carga aproximada de uma carreta por semana, para abastecimento e distribuição ilícita na região de Campinas/SP, fato esse demonstrado pelas apreensões de carretas, veículos batedores, veículos de carga (tipo Vans), e grande quantidade de cigarros, que resultaram na lavratura de quatro autos de prisão em flagrante delito e inquéritos policiais autônomos, a saber, IPL 496-2011, IPL 526-2011, IPL 579-2011 e IPL 598/2011 (conforme se infere de fls. 464/542 do anexo do IPL 0202/2011 – volume III – gravado em mídia digital). O auto circunstanciado do volume IV do anexo acima referido, fls. 652/653, descreve minuciosamente essa situação:

Pelo verificado, praticamente toda semana aporta em nossa região pelo menos uma ou duas cargas de cigarros paraguaios, as quais são preferencialmente descarregadas em cidades vizinhas a Campinas/SP, porém não muito distantes, para não onerar os custos de transporte. Os locais de preferência para estocagem parecem ser as cidades de Indaiatuba, Sumaré, Hortolândia, Monte-Mor e Jaguariúna. A lógica para a escolha dos locais seria porque essas cidades são próximas a Rodovias que chegam a região de Campinas, que é o centro de distribuição. Os depósitos de estocagem da mercadoria são preferencialmente barracões alugados não muito longe das Rodovias de forma a não ser necessário circular com os caminhões por dentro das cidades escolhidas. Uma carreta com um reboque comporta entre 400 a 450 caixas e no caso de um BITREM, ou seja, uma carreta com dois reboques comporta entre 700 a 800 caixas. As cargas são enviadas “a prazo”, ou seja, para serem pagas nos dias subsequentes ao seu recebimento. Isso faz com que a mercadoria gire rapidamente. Uma carga de 800 caixas não de-

mora mais que uma semana para ser distribuída aos pequenos atacadistas e varejistas, clientes dos grandes atacadistas investigados. Subsequentemente os fornecedores encaminham números de contas bancárias de terceiros, para que diariamente sejam depositados valores auferidos pela venda da mercadoria. Os atacadistas recolhem de seus clientes quase todos os dias os valores devidos, em espécie ou cheques e, após contabilizarem, depositam o acertado nas contas indicadas. Essa atividade financeira foi explicada em detalhes no Relatório de Análise Policial 008/2011, de 22/06/2011.

O poder econômico dessa organização criminosa também pode ser ilustrado através de um fragmento do relatório de análise policial nº 008/2011 (fl. 420, volume III, do anexo), no que tange à movimentação financeira da atividade ilícita investigada:

(...) No que se refere a JEFERSON e DANIEL, muitas contas são indicadas pelos fornecedores via mensagem (SMS) e após ambos realizarem os depósitos é comum passarem um fax para o fornecedor, com o comprovante do mesmo. Devido a essa rotina, em poucos dias foi possível conhecermos algumas dessas contas usadas, as quais aparentemente pertencem a “laranjas” indicados pelos fornecedores.

A Organização possuía também grande poder de corrupção. Isso se denota pelo indiciamento de policiais militares envolvidos na prática de contrabando de cigarros, fatos esses apurados no bojo do IPL 9-0496-2011 (vide volume III, fls. 464/483 do anexo), e também pelo relatório de diligência policial 08/2011, fl. 180 dos autos 0004639-74.2011.403.6105, que denota a realização de serviços de segurança por policiais:

Sobre o possível segurança não identificado, o volume na cintura sugere que o indivíduo possa andar armado, o que reforçaria também a ideia de ser um policial. Repare no boné com o logo da Polícia Militar.

Nas filmagens é possível perceber e entender o momento em que VALMIR diz que não pode fazer nada, mas que “fulano” poderia porque o cara é da civil. Neste contexto, é possível que VALMIR esteja referindo-se a sua condição de Guarda Civil sem acesso a pesquisas de dados, placas de carros, etc, diferente de um Policial Civil. Portanto, há indícios que levam a crer que a segurança do local também possa ser realizada por policiais.

O relatório de diligência policial 07/2011 (fl. 138 do apenso), e as transcrições de interceptações telefônicas a seguir, corroboram o envolvimento de agentes da Segurança Pública nos fatos:

Na sequência, indivíduo suspeito de ser segurança no local repreende mendigo, e depois se retira do local à 06:50h no veículo FIAT PALIO placa EKN 3142, que está registrado em nome de VALMIR LOPES, CPF 138.208.178-24. Segundo os bancos de dados disponíveis, há indícios fortes de que VALMIR seja servidor da Prefeitura Municipal de Campinas, talvez servidor da guarda Municipal de Campinas, reforçando a suspeita de envolvimento de elementos da Segurança Pública de Campinas (fl. 138 do apenso).

Índice: 21982871

Operação: CAS-EXAUSTOR

Nome do alvo: JEFERSON CLARO

Fone do Alvo: 1994547651

Localização do Alvo:

Fone de contato: 19-9314.7050

Localização do Contato:

Data: 02/06/2011

Horário: 16:37:41

Observações: +@@JEFERSON X HNI

Transcrição: JEFERSON diz que quando o CARECA foi embora os “negos” tavam no TALITA...ele tá bravo...JEFERSON pergunta quanto HNI está pagando na mercadoria que recebe 425,00 no TE e no SAN MARINO e 410 no EIGHT...a outra que veio antes foi a mesma coisa...JEFERSON pergunta se HNI não possui um lugar com (para descarregar)...ele divide a mercadoria com HNI...HNI diz que tem um lugar “FILÉ”...JEFERSON diz que recebe a 395 (a caixa)...HNI diz que lá (na cidade) não tem FEDERAL nem nada, só tem CIVIL e ele tá pagando...JEFERSON diz que ele vai manda um BI (TREM) e cada um fica com 400...HNI diz que fechou...pergunta do TE e do SAN MARINO...JEFERSON diz que o TE é 146 e 148 o SAN MARINO...com dólar de lá (PARAGUAI) que tá 1,74...HNI está pegando em FOZ...JEFERSON fala que lá em cima é mais caro...2 centavos mais caro... (fl. 428 do apenso).

Índice: 21885787

Operação: CAS-EXAUSTOR

Nome do alvo: RÁDIO JEFERSON

Fone do Alvo: 11931196

Localização do Alvo: 428-2

Fone de contato: 23326*37

Localização do Contato:

Data: 18/05/2011

Horário: 19:21:51

Observações: +@@JEFERSON X HNI

Transcrição: JEFERSON diz que a PM caiu para dentro...é tudo MILITAR, dos seus...vê se pelo menos tira os carros...vê o que HNI faz, é tudo dos seus...HNI diz que vai ver o que pode fazer...xavecar o cara pelo menos para fazer um acerto...tirar o carro dele...prende a GRANDONA e pende a mercadoria...quer tirar a pequena que está no nome dele... (fl. 668 do apenso).

Índice: 21885787

Operação: CAS-EXAUSTOR

Nome do alvo: RÁDIO JEFERSON

Fone do Alvo: 11931196

Localização do Alvo: 3480-2

Fone de contato: 14*540789

Localização do Contato:

Data: 18/05/2011

Horário: 19:31:45

Observações: +@@JEFERSON X HNI

Transcrição: JEFERSON diz que estava descarregou um BO em Sumaré e a VIATURA do TÁTICO invadiu lá...pergunta se HNI conhece alguém de lá...HNI pergunta se é de SUMARÉ...JEFERSON confirma...HNI diz que tem o RÁDIO do cara mas está no quartel...JEFERSON quer que faça um contato com alguém para ver se alivia para eles... (fl. 668 do apenso).

Índice: 21885897

Operação: CAS-EXAUSTOR

Nome do alvo: RÁDIO JEFERSON

Fone do Alvo: 11931196

Localização do Alvo: 2386-3

Fone de contato: 14*540789

Localização do Contato:

Data: 18/05/2011

Horário: 19:36:13

Observações: +@@HNI X JEFERSON

Transcrição : HNI diz que achou um rádio do polícia do 48 mais está desligado...JEFERSON pergunta se conhece alguém de SUMARÉ...HNI diz que está tentando ligar para LUIS FERNANDO...JEFERSON está preocupado pois vão apreender todos os carros dele de novo (fl. 668 do apenso).

Índice: 21885935

Operação: CAS-EXAUSTOR

Nome do Alvo: RADIO JEFERSON

Fone do Alvo: 119104467

Localização do Alvo: 408-3

Fone de Contato:

Localização do Contato:

Data: 18/05/2011

Horário: 19:41:06

Observações: @ HNI X JEFERSON

Transcrição: HNI diz que não consegue falar com ele (PM)...fala para ligar para o ANDRETA... JEFERSON diz que vai tentar (fl. 669 do apenso).

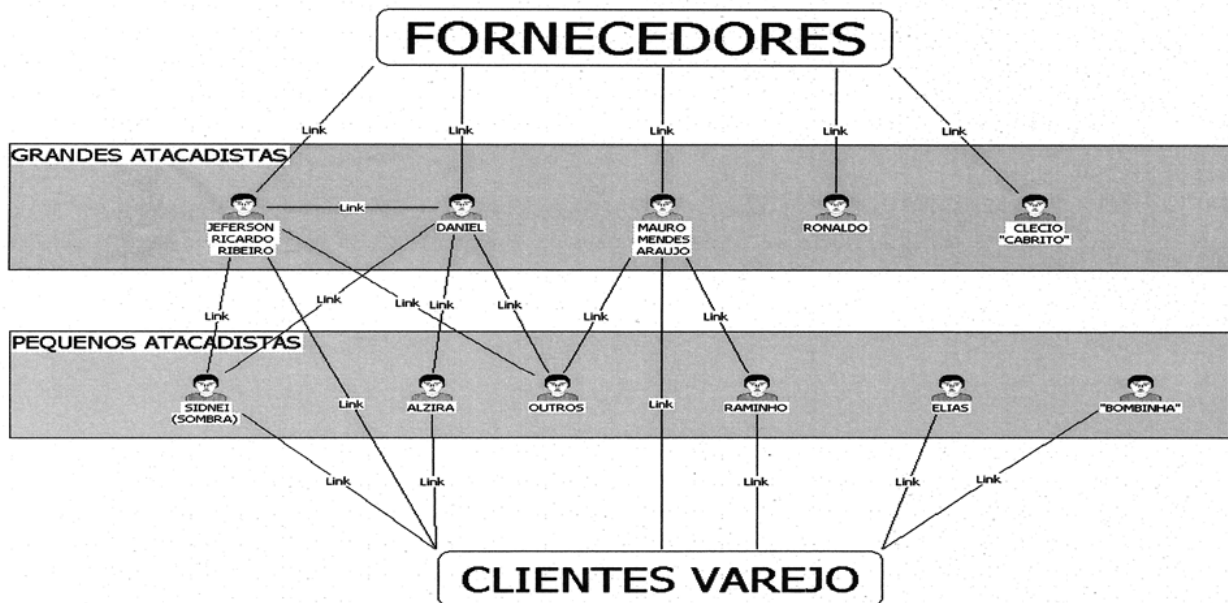
A prisão em flagrante delito de Ronaldo Jorge da Silva, atacadista ligado a Jeferson Ricardo Ribeiro, que, de posse de uma carreta carregada com caixas de cigarros de procedência estrangeira, ofereceu aos policiais a quantia de R\$ 16.400,00 (dezesesseis mil e quatrocentos reais) para não darem continuidade à ocorrência, denota também o poder corruptivo dos agentes (fls. 496/521, volume III, anexo).

A Organização Criminosa possuía também grande poder de mobilidade, pois, como já ressaltado, os investigados adquiriam cigarros procedentes do Paraguai, todavia, para dificultar o rastreamento de seus passos, essa Organização mantinha contatos fracionados entre si, de modo que o exportador do Paraguai entregava os cigarros a intermediários, e estes os entregava aos adquirentes. Assim é que os atacadistas investigados dirigiam-se às cidades de Foz do Iguaçu/PR e Guaíra/PR e Novo Mundo/MS, com o objetivo de viabilizar a aquisição e distribuição de cigarros em Campinas/SP, tal como documentado e comprovado no relatório de análise policial 08/2011, acostado às fls. 419/439, volume III do anexo. Tais circunstâncias revelam a efetiva capacidade de mobilização da organização criminosa para importação de cigarros do Paraguai.

Além disso, a Organização mantinha em depósito cigarros contrabandeados em vários “boxes” dentro do “camelódromo” em Campinas, que funcionavam como estoque diário de abastecimento dos clientes. Existiam ainda depósitos provisórios para descarregamento das cargas, quando aportavam na região metropolitana de Campinas. Nesses entrepostos, a carga permanecia ali depositada por pouco tempo, e depois era transferida para entrepostos menores, de no máximo 200 caixas cada, para posterior comercialização pulverizada, de modo a minimizar a perda com eventual apreensão decorrente de ação policial (fl. 664, volume IV, apenso do IPL 0202/2011).

Por fim, a organização criminosa possuía um grupo operativo, atuando como verdadeiros agentes de mercado, o que restou demonstrado no auto circunstanciado de fls. 654, volu-

me IV do anexo, em que apresenta-se um mapeamento telegráfico da divisão de trabalho dos membros da organização criminosa em grandes e pequenos atacadistas, na seguinte forma:



Colocadas essas premissas sobre a investigação, denominada “Operação Exaustor”, e do funcionamento básico da Organização Criminosa, sem questões preliminares, passo a analisar o mérito da causa.

De acordo com a denúncia, o Ministério Público Federal imputa ao acusado a prática dos crimes previstos nos artigos 334 e 288, c.c. art. 69, todos do Código Penal, a saber:

Contrabando ou descaminho

Art. 334 Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria: Pena - reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º - Incorre na mesma pena quem:

(...)

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

Quadrilha ou bando

Art. 288 - Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena - reclusão, de um a três anos.

2.1 Do crime de quadrilha ou bando:

O crime de quadrilha ou bando, atualmente denominado associação criminosa, por sua natureza, é autônomo e se perfaz independentemente da prática dos crimes a que os agentes objetivam perpetrar a partir da união associativa, sendo prescindível a comprovação de que houve o seu cometimento por integrantes da associação.

Para a configuração do delito do artigo 288 do Código Penal, não é necessário que todos os agentes se conheçam, bastando que tenham ciência da existência dos demais, e que tenham o propósito de integrar o bando, de forma estável e permanente, para o cometimento da empreitada criminosa.

Assim, a associação estável e permanente, composta por mais de três pessoas (redação anterior à dada pela Lei 12.850/2013), com o fim de praticar crimes, é suficiente para o exaurimento da conduta referida no tipo penal.

Em razão das peculiaridades do delito, analiso a materialidade e a autoria conjuntamente.

2.1.1 Materialidade e autoria

A materialidade e a autoria delitivas restam comprovadas pelo conjunto probatório, especialmente pelas ações policiais controladas, afastamentos de sigilos fiscais, bancários, interceptações telefônicas, apreensões de mercadorias, prisões preventivas, e relatórios de análise policial e de diligências policiais, dos quais constam fotos, conversas, contas bancárias, fornecedores, bens apreendidos, e tantos outros elementos a indicarem o cometimento do delito.

O *modus operandi* delineado no item 2 acima, demonstra a existência de uma rede intrincada de agentes, com hierarquia e divisão de funções bem estabelecidas, que cooperaram, em unidade de desígnios, para o cometimento dos delitos de contrabando, corrupção ativa, lavagem de dinheiro, etc, visando, principalmente, o comércio fraudulento de cigarros oriundos do Paraguai.

No topo da pirâmide criminosa, havia agentes que possuíam contatos de fornecimento de mercadorias na região da fronteira com o Paraguai, com condições financeiras suficientes a investir na estocagem, transporte e distribuição dos cigarros, e responsabilidade direta sobre um grupo de pessoas que lhes eram subordinadas, e lhe auxiliavam na operacionalização, transporte, estocagem e comercialização das mercadorias.

Após vários relatórios de diligências policiais, relatórios de inteligência, interceptações telefônicas (autos nº 0004639-74.2011.403.6105), flagrantes de apreensões de cigarros, mandados de busca e apreensão e decretação de prisões, constatou-se que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* compunha um dos núcleos criminosos que distribuía ilicitamente cigarros contrabandeados do Paraguai na região de Campinas, associando-se de forma estável e permanente a Jeferson Ricardo Ribeiro, Odair Aparecido de Souza, Kledson Rodrigues Tenório e Nilton da Rocha Castro, para o fim de cometer crimes.

Já no início das investigações que desencadearam a chamada “Operação Exaustor” da Polícia Federal de Campinas, mais especificamente na Informação 095/2011 NO/DPF/CAS/SP, datada de 08/02/2011 (fls. 02/24), consta o acusado *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* como integrante de um dos grupos criminosos que atuavam no contrabando de cigarros do Paraguai para a região de Campinas.

Neste sentido, a mencionada Informação especificou, perante a análise de inquéritos e procedimentos investigatórios desde o ano de 2007, a existência de três núcleos criminosos, um deles chefiado por Jeferson Ricardo Ribeiro.

Através das provas carreadas aos autos, verifica-se uma típica divisão de tarefas entre os membros participantes do grupo criminoso comandado por Jeferson Ricardo Ribeiro. Dentro da organização criminosa, *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, o “Geguerê”, e Odair Aparecido Ribeiro, o “Careca”, eram responsáveis pela distribuição dos produtos em diversas bancas do centro de Campinas, bem como entregas para clientes de outras cidades, os quais geralmente vinham ao “camelódromo” buscar as encomendas. Quando necessário, “Careca” e “Geguerê” se dirigiam até pontos entrepostos para busca de mais mercadorias, com o fim de abastecer diversos “boxes” que o grupo mantinha no “camelódromo”, mercadoria esta que serviria de estoque diário.

A realização dessa tarefa pode ser constatada pelas fotos acostadas às fls. 25, 39, 40, 41, 63, 64, 89, 90, 91, 104, 106, 116, 117, 118, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 191, 192, 207, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360 dos autos n. 0004639-74.2011.403.6105.

Ademais, conforme constou da sentença penal condenatória proferida por este juízo, nos autos da ação penal 0014171-72.2011.403.6105, cujo extrato processual ora determino a juntada, por ocasião de seu interrogatório, JEFERSON RICARDO RIBEIRO admitiu a apreensão de cigarros em Indaiatuba-SP e nominou alguns dos funcionários que trabalhavam para ele, dentre eles, Odair Aparecido de Souza (o “Careca”) e *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* (“Geguerê”) - fl. 2646.

As seguintes transcrições de diálogos mantidos com Jeferson Ricardo Ribeiro, demonstram que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* (abaixo nominado *GERERE* e *GEGUERÊ*) integrava o núcleo criminoso por ele chefiado. Frise-se que os trechos abaixo são apenas alguns, dos inúmeros constantes dos autos que também fazem prova nesse sentido.

Índice : 22015043

Operação : CAS-EXAUSTOR

Nome do Alvo : JEFERSON CLARO

Fone do Alvo : 1994547651

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 19-92706852

Localização do Contato :

Data : 08/06/2011

Horário : 05:56:35

Observações : @ *GERERE X JEFERSON*

Transcrição :GERERE diz que ARNALDO quer pegar 06 caixas...pagar duas e pagar 04 amanhã cedo...JEFERSON diz que ele deve um negócio atrás...20...o preço agora é 450... (fl. 678 do apenso).

Índice : 22126729

Operação : CAS-EXAUSTOR

Nome do Alvo : HNI 4574

Fone do Alvo : 1991434574

Localização do Alvo :

Fone de Contato : 19-92706852

Localização do Contato :

Data : 20/06/2011

Horário : 19:05:20

Observações : + @ *CARECA X JEFERSON*

Transcrição : HNI diz que o “buraco caiu”...JEFERSON diz que não acredita...não é possível...ainda bem que ele não entrou...*GEGUERÊ está no posto*...aquele primeiro posto vindo de SALTO...JEFERSON manda ele ir embora para casa...só faltava o carro de JEFERSON estar no local...ir na casa dele se o carro de JEFERSON estiver lá é para pegar...

Além dos índices de interceptação telefônica, a participação de *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* na quadrilha, sob o comando de Jeferson Ricardo Ribeiro, foi confirmada, em juízo, pelos depoimentos das testemunhas de acusação, conforme mídia de fls. 2166.

Em seu interrogatório, *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* reconheceu que a acusação é verdadeira, conforme mídia de fls. 2453.

Ante o exposto, comprovada está a autoria do delito previsto no artigo 288 do Código Penal, recaindo ela sobre o réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*.

2.2 Do crime de contrabando:

O delito previsto no artigo 334, primeira parte, do Código Penal, denominado de contrabando, consiste em uma norma penal em branco, que exige outra complementar, de mesma ou diferente hierarquia jurídica, para definir a relação de mercadorias de importação/exportação proibida, de forma relativa ou absoluta.

É necessário ressaltar, que no contrabando tipifica-se a conduta da internalização e/ou externalização de mercadoria que não poderia vir a ser importada e nem sequer exportada, sem o cumprimento de exigências legais, por revelar inconveniente ao interesse público (saúde, segurança nacional, tranquilidade pública, mercado nacional etc), ou então por ser proibida. No descaminho, no entanto, tipifica-se a conduta de iludir o pagamento dos tributos incidentes na importação e/ou exportação lícita.

No caso do contrabando de cigarros, por tratar-se de mercadoria com proibição relativa de importação ou/e exportação, a complementação é efetuada através das normas de extensão previstas nos artigos 3º do Decreto-lei nº 399/68; 45, 49, §4º, e 51 da Lei nº 9.532/97, bem como dos artigos 6º-A e 12 do Decreto-lei nº 1.593/77.

O bem jurídico protegido, no delito de contrabando de cigarros, abrange tanto o erário, quanto as políticas públicas de proteção à indústria nacional e à saúde pública. Assim, em face da lesão jurídica, na espécie, não restringir-se apenas à evasão fiscal, não há como excluir a tipicidade material tão somente sob esse prisma e aplicar o princípio da insignificância. Nesse sentido confirmam-se os precedentes abaixo colacionados:

PENAL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. DESCAMINHO. MERCADORIAS IMPORTADAS. OFENSA AO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. INSIGNIFICÂNCIA. PARÂMETRO. DÉBITO TRIBUTÁRIO SUPERIOR A DEZ MIL REAIS. RESP Nº 1.112.748TO. REPRESENTATIVO DA CONTROVÉRSIA. NÃO APLICAÇÃO DA PORTARIA MF Nº 75/2012. CIGARROS. TUTELA DA SAÚDE PÚBLICA. [...] 2. Em recente julgado desta Corte, confirmou-se o entendimento de ser insignificante para a Administração Pública o valor de dez mil reais, trazido no art. 20 da Lei nº 10.522/2002, como já havia sido decidido pela Terceira Seção deste Tribunal, ao julgar o REsp nº 1.112.748TO, representativo da controvérsia. 3. Portaria emanada do Poder Executivo não possui força normativa passível de revogar ou modificar lei em sentido estrito. Precedentes. 4. Em relação à importação de cigarros, não se trata apenas da análise do caráter pecuniário do imposto sonegado, mas sim da tutela da saúde pública, sendo rígido o controle de importação. 5. Agravo regimental improvido. (AgRg no AREsp 309.692PR, Rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, 6ªT, DJe 27/2/2014, destaqueei);

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. CRIME DE CONTRABANDO DE CIGARRO. ALTO GRAU DE REPROVABILIDADE DA CONDUTA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE. PRECEDENTES DESTA CORTE E DO STF. DECISÃO MANTIDA POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. Tratando-se de cigarros importados com elisão de impostos, não há apenas lesão ao erário e à atividade de arrecadação do Estado, mas a outros bens jurídicos, notadamente a saúde pública, sendo inaplicável, portanto, o princípio da insignificância, diante do maior grau de reprovabilidade da conduta. Precedentes do STJ e STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1378063/PR, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, QUINTA TURMA, julgado em 25/06/2013, DJe 01/07/2013)

Nesse sentido, em se tratando de crime de contrabando, não se mostra cabível a aplicação do princípio da insignificância à espécie delitiva, conforme os precedentes jurisprudenciais mencionados.

Há que acrescentar que devido as suas peculiaridades, o comércio de cigarros possui um regime jurídico próprio. O controle governamental é feito no âmbito do produtor e do importador, razão pela qual é exigido um registro especial na ANVISA, para poder comercializar cigarros.

Diante disso, somente podem realizar este comércio as empresas constantes da listagem publicada pelo Ministério da Fazenda.

Esta listagem traz as marcas de cigarros admitidas no país, as quais, para tanto, devem ter um selo de controle, conforme preconiza a Instrução Normativa RFB nº 770, de 21 de agosto de 2007.

Assim, a importação de cigarros realizada por pessoa física ou jurídica que não esteja na listagem divulgada pela Receita Federal, bem como cujo objeto material seja marca não admitida no país, caracteriza a existência do delito de contrabando, conforme se depreende dos fatos abaixo descritos.

2.2.1 Materialidade

Afora o quanto já exposto acima, sobre o funcionamento da organização criminosa, formada para praticar, dentre outros, crimes de contrabando de cigarros, especificamente no caso da materialidade do delito imputado ao réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, o qual se resume a vender, expor à venda e manter em depósito, em um *box* de propriedade de Jeferson Ricardo Ribeiro, no “Camelódromo” do Terminal Cury, no período de fevereiro a setembro de 2011, no exercício de atividade comercial, mercadoria que sabia ser produto de introdução clandestina no país (fl. 1369), as imagens acostadas às fls. 25, 39, 40, 41, 63, 64, 89, 90, 91, 104, 106, 116, 117, 118, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 191, 192, 207, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360 dos autos nº 0004639-74.2011.403.610, bem como os relatórios de diligência policial nº 04/2011 (fls. 31/52); 06/2011 (fls. 95/108); 08/2011 (fls. 161/211); 09/2011 (fls. 212/215) e 18/2011 (fls. 348/364 dos autos 4639-74.2011.403.6105), comprovam a materialidade delitiva.

O relatório de diligência nº 05/2011, por sua vez, mostra fotografia do acusado “carregando” um veículo Zafira com caixas de cigarros contrabandeados. O acusado também foi fotografado, no dia 28 de março de 2011, carregando caixas de cigarros contrabandeados no trajeto entre o camelódromo e o estacionamento “Parada Central” (Relatório de Diligência nº 07/2011). No relatório de diligências nº 14, também constam fotografias em que o denunciado, juntamente com Odair Aparecido de Souza, descarrega caixas de cigarros de origem paraguaia, no dia 14 de abril de 2011.

Os cigarros apreendidos nos autos principais (de onde estes foram desmembrados) são da marca San Marino, TE, Eight, Rodeo, etc, de origem Paraguaia, que, de acordo com o disposto no art. 20 da Resolução RDC nº 90/07, da ANVISA, e respectiva relação de marcas de cigarros, não podem ser comercializadas no país.

Dos autos não consta nenhum documento comprobatório da regular importação dessas mercadorias. Pelo contrário, os autos de infração, apreensão e guarda fiscal de fls. 1828/1902, lavrados pela Delegacia da Receita Federal do Brasil, com diversas penas de perdimento aplicadas, denotam a origem ilícita das mercadorias apreendidas no bojo da denominada “Operação Exaustor”.

Comprovada está, pois, a *materialidade* do delito previsto no artigo 334 do Código Penal.

2.2.2 Autoria

Já no início das investigações que desencadearam a chamada “Operação Exaustor” da Polícia Federal de Campinas, mais especificamente na Informação 095/2011 NO/DPF/CAS/SP, datada de 08/02/2011 (fls. 02/24), consta o acusado *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* como suspeito de integrar um dos grupos criminosos que atuavam no contrabando de cigarros do Paraguai para a região de Campinas.

Neste sentido, a mencionada Informação especificou, perante a análise de inquéritos e procedimentos investigatórios desde o ano de 2007, a existência de três núcleos criminosos, um deles chefiado por Jeferson Ricardo Ribeiro.

Após vários relatórios de diligências policiais, relatórios de inteligência, interceptações telefônicas (autos nº 0004639-74.2011.403.6105), flagrantes de apreensões de cigarros, mandados de busca e apreensão e decretação de prisões, constatou-se que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* compunha um dos núcleos criminosos que distribuía ilicitamente cigarros contrabandeados do Paraguai na região de Campinas, associando-se de forma estável e permanente a Jeferson Ricardo Ribeiro, Odair Aparecido de Souza, Kledson Rodrigues Tenório e Nilton da Rocha Castro, para o fim de cometer crimes.

As transcrições de diálogos mantidos com Jeferson, chefe do núcleo criminoso, transcritas no item 2.1 acima, demonstram que *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* integrava o referido núcleo.

Dentro da organização criminosa, *WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, o “Geguerê”, e Odair Aparecido de Souza, o “Careca”, eram responsáveis pela distribuição dos produtos em diversas bancas do centro de Campinas, bem como entregas para clientes de outras cidades, os quais geralmente vinham ao “camelódromo” buscar as encomendas. Quando necessário, “Careca” e “Geguerê” se dirigiam até pontos entrepostos para busca de mais mercadorias, com o fim de abastecer diversos “boxes” que o grupo mantinha no “camelódromo”, mercadoria esta que serviria de estoque diário.

Ao longo das investigações criminais, verificou-se a presença atuante *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* no Terminal Central Viaduto Cury, atuando nos carregamentos e descarregamentos de cigarros e no transporte de caixas de cigarros de origem estrangeira, conforme pode ser aferido pelas fotos acostadas às páginas acima mencionadas (item 2.2.1).

Além dos índices de interceptação telefônica, a participação de *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* no delito de contrabando, sob o comando de Jeferson Ricardo Ribeiro, foi confirmada, em juízo, pelos depoimentos das testemunhas de acusação, conforme mídia de fls. 2166.

Em seu interrogatório, o réu reconheceu que a acusação é verdadeira. Vejamos:

A acusação é verdadeira sim. Eu estava praticando crime de contrabando, mas a minha função era só a de entregar as caixas. Essa era a parte que eu fazia. Eu conheci o Jeferson no Centro da cidade. Ele era meu patrão. Ele tinha uma banca lá e ficava vendendo. Ele era camelô. Eu ganhava R\$ 100,00 por dia. Eu pegava as caixas no Centro, no Viaduto Cury, e entregava em outros lugares, dez caixas em um lugar, dez em outro. Quem me fornecia as caixas era o Jeferson mesmo. As caixas ficavam guardadas dentro das bancas. As pessoas para quem eu levava as caixas eram clientes dele. Eu fazia pelo menos três viagens por dia, de manhã. Às vezes eu ficava o dia inteiro lá, mas era mais na parte da manhã. Eu trabalhei com ele mais ou menos cinco meses. Não sei quem fornecia os cigarros para o Jeferson. Não sei se as pessoas para quem eu entregava os cigarros iriam revendê-los ou consumi-los. Conheço Odair Aparecido de Souza, o Careca. Eu o ajudava a fazer esse serviço de entrega. Ele também era funcionário do Jeferson. Conheci Odair lá no Centro mesmo. Quando eu comecei a fazer esse serviço Odair já o fazia. Meu apelido era Geguerê sim. (...) Os cigarros ficavam expostos nas bancas. (...) A Zafira eu usava para carregar e entregar. Ela era do Jeferson (mídia de fls. 2453).

Por fim, anoto que este Juízo teve a oportunidade de processar e julgar outro feito relacionado à “Operação Exaustor” (0014171-72.2011.403.6105) - *extrato processual anexo, com a íntegra da sentença* - onde consta que, por ocasião de seu interrogatório, Jeferson Ricardo Ribeiro admitiu a apreensão de cigarros em Indaiatuba-SP (Auto de apreensão e guarda fiscal de fls. 1867/1870) e declarou que possuía funcionários que trabalhavam para ele, dentre eles, Odair Aparecido de Souza (“Careca”) e WELLINGTON DINIZ PEREIRA (Geguerê).

Ante o exposto, comprovada está a autoria do delito previsto no artigo 334 do Código Penal, recaindo ela sobre o réu WELLINGTON DINIZ PEREIRA.

3. Dosimetria da pena

Passo à dosimetria das penas.

3.1 Do crime de formação de quadrilha

Na primeira fase de aplicação da pena, no tocante às circunstâncias judiciais, examinando a culpabilidade considerada como juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que sua intensidade transcendeu a normalidade, haja vista a constante dedicação do réu às atividades comerciais ilícitas da quadrilha, conforme demonstram as investigações policiais (fotos e interceptações telefônicas), fazendo disso seu meio de vida.

Os motivos do crime não foram abordados, mas a conduta social do réu é desabonadora, porquanto voltada a esquivar-se de suas obrigações perante a sociedade. De fato, desde a decretação de sua prisão, em 15/08/2011 (fls. 123/146), o réu ficou foragido por quase quatro anos (fl. 256/256v^o), vindo a ser preso em decorrência de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015, por crime de contrabando de cigarros, apurado nos autos do processo 0006098-72.2015.403.6105 (fls. 2275).

A personalidade é voltada à prática de crimes, pois, conforme se infere da certidão de fls. 13/28 do apenso de antecedentes criminais, o réu possui condenação transitada em julgado, por delito de contrabando, praticado em 08/08/2010. Nada a comentar sobre comportamento da vítima, que não teve influência na prática dos delitos. Em relação aos antecedentes, embora constem inquéritos e processos penais em seu nome, não há condenação com trânsito em julgado em nenhum deles, incabível sua aplicação como circunstância desfavorável.

Quanto às consequências delitivas, excederam as consideradas normais para o tipo. A associação em quadrilha resultou na prática de delitos de contrabando de milhares de maços

de cigarros que representam elevado perigo à saúde pública, assim como alto prejuízo ao Fisco Nacional que, no presente caso, deixou de arrecadar mais de um milhão de reais em tributos federais (fls. 1828/1902).

Além disso, as circunstâncias delitivas transcenderam os padrões normais para a espécie, pois houve articulação de várias pessoas, utilização de variados números de telefone a fim de eliminar os indícios do crime, bem como mobilização de veículos e locais diversos de depósito, todos envolvidos nas operações da quadrilha.

Assim, nesta primeira etapa, em razão dos elementos desfavoráveis ao réu, acima elencados (culpabilidade, conduta social, personalidade, consequências e circunstâncias) fixo a pena-base em 02 (dois) anos e 03 (três) meses de reclusão.

Na *segunda fase de aplicação da pena*, verifico que o réu confessou o delito em seu interrogatório (mídia de fl. 2453), fornecendo ao juízo detalhes da ação criminosa que ajudaram a esclarecer o seu contexto fático, atribuindo aos demais réus a tarefa que cada um efetivamente desempenhou.

A confissão espontânea, frise-se, traz ao processo uma série de benefícios que tornam a prestação jurisdicional mais célere e eficaz, além de evidenciar a autoria do fato, tornando-a inequívoca.

Ela acarreta economia e celeridade processuais pela dispensa da prática dos atos que possam ser considerados desnecessários ao deslinde da questão.

Também acrescenta seguranças material e jurídica ao conteúdo do julgado, pois a condenação reflete de maneira inequívoca a verdade real, buscada inexoravelmente pelo processo penal.

Nos termos do enunciado 545 da Súmula do STJ, “quando a confissão for utilizada para a formação do convencimento do julgador, o réu fará *jus* à atenuante prevista no art. 65, III, *d*, do Código Penal”.

Dessa forma, diminuo a pena base para *01 (um) ano e 10 (dez) meses de reclusão*, a qual, na ausência de circunstâncias agravantes, causas de diminuição e de aumento, torno definitiva.

3.2 - Do crime de contrabando

Na *primeira fase de aplicação da pena*, no tocante às circunstâncias judiciais, examinando a culpabilidade considerada como juízo de reprovação exercido sobre o autor de um fato típico e ilícito, verifico que sua intensidade transcendeu a normalidade, haja vista a dedicação diária às atividades ilícitas de contrabando de cigarros, conforme demonstram as investigações policiais (fotos e interceptações telefônicas), fazendo disso seu meio de vida.

Os motivos do crime não foram abordados, mas a conduta social do réu é desabonadora, porquanto voltada a esquivar-se de suas obrigações perante a sociedade. De fato, desde a decretação de sua prisão, em 15/08/2011 (fls. 123/146), o réu ficou foragido por quase quatro anos (fl. 256/256v^o), vindo a ser preso em decorrência de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015, por crime de contrabando de cigarros, apurado nos autos do processo 0006098-72.2015.403.6105 (fls. 2275).

A personalidade é voltada à prática de crimes, pois, conforme se infere da certidão de fls. 13/28 do apenso de antecedentes criminais, o réu possui condenação transitada em julgado, por delito de contrabando, praticado em 08/08/2010. Nada a comentar sobre comportamento da vítima, que não teve influência na prática dos delitos. Em relação aos antecedentes, embora constem inquéritos e processos penais em seu nome, não há condenação com trânsito em jul-

gado em nenhum deles, incabível sua aplicação como circunstância desfavorável.

Quanto às consequências delitivas, excederam as consideradas normais para o tipo. O contrabando de milhares de maços de cigarros representam elevado perigo à saúde pública, assim como alto prejuízo ao Fisco Nacional que, no presente caso, deixou de arrecadar mais de um milhão de reais em tributos federais (fls. 1828/1902).

Além disso, as circunstâncias delitivas transcenderam os padrões normais para a espécie, pois houve articulação de várias pessoas, utilização de variados números de telefone a fim de eliminar os indícios do crime, bem como mobilização de veículos e locais diversos de depósito, todos envolvidos nas operações da quadrilha.

Assim, nesta primeira etapa, em razão dos elementos desfavoráveis ao réu, acima elencados (culpabilidade, conduta social, personalidade, consequências e circunstâncias) fixo a pena-base em 02 (dois) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão.

Na *segunda fase de aplicação da pena*, verifico que o réu confessou o delito em seu interrogatório (mídia de fl. 2453), fornecendo ao juízo detalhes da ação criminosa que ajudaram a esclarecer o seu contexto fático, atribuindo aos demais réus a tarefa que cada um efetivamente desempenhou. Diminuo, assim, a pena, para *02 (dois) anos, 04 (quatro) meses e 15 (quinze) dias de reclusão*, a qual, na ausência de circunstâncias agravantes, causas de diminuição e de aumento, torno definitiva.

3.3 Aplicação da regra do artigo 69 do Código Penal, aos crimes de associação criminosa e contrabando

O delito de quadrilha ou bando é crime formal, de consumação antecipada ou de resultado cortado, ou seja, consoma-se no momento em que se concretiza a convergência de vontades, independentemente da realização ulterior do fim visado.

Em síntese, a consumação se verifica no momento em que os agentes se associam para a prática de crimes, ainda que nenhum delito venha a ser efetivamente praticado.

Portanto, a associação criminosa é juridicamente independente dos delitos que venham a ser cometidos pelos agentes reunidos no agrupamento espúrio, e subsiste autonomamente.

Por este motivo, os membros que praticarem os crimes para cuja execução a quadrilha foi constituída, sujeitam-se, nos termos do artigo 69 do Código Penal, à regra do concurso material.

Desta feita, procedo à somatória das penas aplicadas, o que resulta em *04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão*.

3.4 Regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade

Apesar da quantidade da pena imposta autorizar, em tese, o cumprimento inicial da pena em regime semiaberto, as circunstâncias delitivas acima mencionadas recomendam a fixação do *REGIME FECHADO*, nos termos do que preconiza o artigo 33, § 3º, c.c. artigo 59, do Estatuto Repressor. Deixo de aplicar o regramento estabelecido no artigo 387, § 2º, do CPP, pois incompatível com a fixação de regime nos moldes acima justificados.

3.5 Pena substitutiva

Nos termos do artigo 44, I, do Código Penal, tendo em vista a quantidade da pena privativa de liberdade, mostra-se inaplicável a sua substituição por pena restritiva de direitos.

3.6 Custas Processuais

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais, nos termos do artigo 804 do CPP.

4. *Dispositivo*

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE* a pretensão punitiva estatal para:

1 - *CONDENAR WELLINGTON DINIZ PEREIRA*, já qualificado, como incurso nas sanções do artigo 288 e do artigo 334, § 1º, alíneas “c” e “d”, na forma do artigo 69, todos do Código Penal. Fixo a pena privativa de liberdade em *04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 15 (quinze) dias de reclusão*, a ser cumprida inicialmente em *REGIME FECHADO*.

Em cumprimento ao artigo 387, § 1º, do Código de Processo Penal, mantenho a prisão preventiva decretada em desfavor do réu *WELLINGTON DINIZ PEREIRA* (fls. 702/703), assim como a exigência de fiança no importe de 100 salários mínimos, pelos seguintes fundamentos.

A prisão preventiva do réu foi decretada às fls. 702/703, considerando a sua fuga à execução da prisão temporária. Desde a decretação de sua prisão, em 15/08/2011 (fls. 123/146), o réu ficou foragido por quase quatro anos (fl. 256/256vº), vindo a ser preso em decorrência de flagrante delito ocorrido em 15/04/2015, por crime de contrabando de cigarros, apurado nos autos do processo 0006098-72.2015.403.6105 (fls. 2275). Não tendo o réu, até a presente data, recolhido a fiança, não há garantias de que não virá, futuramente, a furtar-se ao cumprimento de suas obrigações, frustrando a aplicação da lei penal.

Condeno o réu ao pagamento das custas processuais.

Não há valor mínimo para reparação de danos à vítima, consagrado no artigo 387, inciso IV, do CPP.

Com o trânsito em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados, proceda-se às providências necessárias para a formação do processo de Execução Penal e comunique-se a condenação ao Egrégio Tribunal Regional Eleitoral de São Paulo para os fins do artigo 15, inciso III, da Magna Carta. Oficie-se ainda ao departamento competente para fins de estatísticas e antecedentes criminais, e remetam-se os autos ao SEDI para as devidas anotações.

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

Campinas, 19 de agosto 2016.

Juíza Federal VALDIRENE RIBEIRO DE SOUZA FALCÃO

MANDADO DE SEGURANÇA**0006385-53.2016.4.03.6120**

Impetrante: MARCELO TADEU DOS SANTOS

Impetrados: DIRETOR DA POLÍCIA FEDERAL SECCIONAL DE ARARAQUARA/SP
E UNIÃO FEDERAL

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO SECRETARIA 06/10/2016

I – RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Marcelo Tadeu dos Santos contra ato do Delegado da Polícia Federal em Araraquara no qual se pede que a autoridade coatora seja obrigada a homologar e registrar certificado de curso de formação de vigilante, com data retroativa dentro do prazo máximo exigido por lei para tanto, qual seja, 13/07/2016, e proceda à imediata expedição do certificado e sua entrega, devidamente homologado.

Em resumo, o impetrante narra que entre 09/05/2016 e 13/05/2016 realizou curso de reciclagem no MESP – Centro de Aperfeiçoamento e Formação de Vigilantes e obteve da instituição declaração de conclusão com prazo de 60 dias de validade e informação de que o certificado seria encaminhado à polícia federal responsável pelo registro e homologação cujo prazo final foi em 13/07/2016. Em 22/06/2016 recebeu convocação de entrega de certificado pela empresa empregadora, porém, a autoridade negou a homologação do certificado do curso sob o argumento de que possui processo criminal contra si instaurado (nº 0003866-57.2014.726.0347).

Defende, porém, que não há condenação com trânsito em julgado havendo clara ofensa ao princípio constitucional da presunção de inocência. Além disso, informa que foi demitido de uma das empresas para as quais prestava serviços ante a ausência do certificado homologado.

A autoridade coatora prestou informações defendendo a legalidade do ato cujo fundamento foi a Portaria nº 3.233/2012-DG/DPF e juntou certidão de citação em cartório da ação penal nº 0003866-57.2014.8.26.0347 (fls. 31/33).

A União se deu por ciente (fl. 35).

O MPF opinou pela concessão da segurança ressaltando que o porte de arma e afins deve passar novamente pelo escrutínio da autoridade policial (fls. 40/42).

Vieram os autos conclusos.

II – FUNDAMENTAÇÃO

A questão controvertida neste mandado de segurança é a seguinte: a existência de ação penal em curso é óbice à homologação e registro de certificado em curso de reciclagem de vigilante?

De minha parte a resposta é: depende.

Como bem colocado pelo Ministério Público Federal, a solução para esse problema passa pela ponderação de dois valores em jogo: de um lado, a segurança pública (direito coletivo) e de outro o princípio da presunção de inocência (direito individual). E conforme demonstrado no parecer do MPF, nota-se uma tendência da jurisprudência atual dos tribunais superiores em prestigiar o princípio da presunção de inocência, de modo a afastar a existência de ações

penais em curso do rol de óbices à homologação e registro de certificado de reciclagem de vigilante.

Contudo, sempre presente o respeito a quem entende de forma diversa, penso que o tema debatido neste mandado de segurança não comporta uma solução padrão aplicável à generalidade dos casos, baseada apenas na ponderação em abstrato do princípio da presunção de inocência. Ao contrário, este é daqueles dilemas em que as peculiaridades do caso concreto possuem especial peso para o encaminhamento da solução. Resumindo em dois exemplos rasteiros uma ideia que será desenvolvida nos parágrafos que seguem, não é razoável obstar o registro do curso de reciclagem de vigilante porque o candidato responde a uma ação penal na qual é acusado do delito de apropriação indébita previdenciária (168-A do CP), assim como é temeroso conceder esse registro para um indivíduo que é réu em ação penal pelo crime de homicídio. Visto de longe, a situação dos candidatos é idêntica (ambos são tecnicamente primários), mas quando a análise se faz pelas lentes do caso concreto, quanta diferença...

Os requisitos para o exercício da profissão de vigilante estão previstos no art. 16 da Lei 7.102/2004, rol que inclui a exigência de “VI – não ter antecedentes criminais registrados”. No plano infralegal, essa norma é regulamentada pelo art. 155 da Portaria 3.233/2012 do Departamento de Polícia Federal. No que interessa à matéria colocada em discussão, o art. 109 da referida portaria estabelece que o vigilante deve demonstrar “VI - ter idoneidade comprovada mediante a apresentação de certidões negativas de antecedentes criminais, sem registros indiciamento em inquérito policial, de estar sendo processado criminalmente ou ter sido condenado em processo criminal de onde reside, bem como do local em que realizado o curso de formação, reciclagem ou extensão: da Justiça Federal; da Justiça Estadual ou do Distrito Federal; da Justiça Militar Federal; da Justiça Militar Estadual ou do Distrito Federal e da Justiça Eleitoral;”.

Está claro que a Portaria 3.233/2012 conferiu uma interpretação à exigência legal de ausência de antecedentes criminais registrados bastante ampliada, fugindo um pouco do conceito técnico-penal de ausência de antecedentes, que leva em consideração apenas os registros decorrentes de condenações criminais transitada em julgado; — essa ideia está sintetizada na súmula nº 444 do STJ: *É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base*. Resta saber se nesse ponto a norma regulamentar cumpriu bem sua função de orientar o agente público no desempenho das atribuições que lhe são afetas ou ultrapassou os limites de sua função, instituindo restrição onde não podia.

Em minha avaliação, a portaria está em sintonia com o propósito da lei que fixa os requisitos para o exercício da atividade de vigilante e cujo alcance deve ser definido de acordo com as peculiaridades dessa profissão. Entre outros atributos, do profissional da área de vigilância exige-se um temperamento equilibrado, dotado de refinado autocontrole e apurado senso de avaliação, capaz de responder de forma adequada a situações de tensão, especialmente para tomar decisões sobre o se, quando e em que medida deve fazer o uso da força. Por aí se vê que a atribuição de proteger vidas e patrimônio não pode ser confiada a qualquer um, ainda mais se no desempenho dessa missão o profissional trabalhar armado; — e o artigo 19 da Lei 7.102/2004 assegura ao vigilante o porte de arma, quando em serviço.

Nessa ordem de ideias, parece-me razoável obstar o registro do Certificado de Reciclagem nos casos em que o interessado é réu em ação penal em curso, ainda que não julgada de forma definitiva. Não se trata de neutralizar os efeitos do princípio da presunção de inocência, muito menos de antecipar os efeitos de eventual condenação (que pode nem ocorrer), mas sim de diminuir o escopo de atuação dessa garantia em casos em que o interesse da coletividade

se sobrepõe ao interesse individual. Aliás, essa é uma distinção importante que deve ser feita quanto à amplitude do princípio da não culpabilidade. No âmbito da ação penal, os antecedentes são valorados apenas na dosimetria da pena — não se decide se o réu deve ser condenado ou absolvido com base em sua ficha corrida, senão pela prova contida nos autos — repercutindo intensamente no plano individual do réu e de forma muito branda no interesse da coletividade. Porém, quando se trata de analisar as informações sobre a vida pregressa do indivíduo com o objetivo de analisar sua adequação para o exercício de atividade que envolve o emprego de força e até mesmo o porte de arma de fogo, o sinal se inverte, de modo que o interesse da coletividade se revela bem mais saliente que o do indivíduo.

Mudando o que deve ser mudado, a ponderação que deve ser feita no registro do curso de vigilante é semelhante àquela realizada na prisão em flagrante. A quantidade, a natureza e até mesmo a antiguidade de registros criminais anteriores, ainda que relacionados a procedimentos em curso, pode ser determinante para a soltura ou a manutenção da prisão do flagrado, ou mesmo para calibrar as medidas cautelares substitutivas da prisão aplicáveis ao caso concreto. Ou seja, tanto para orientar o destino do preso em flagrante como para o registro do curso de reciclagem de vigilante, o conteúdo da ficha criminal do interessado pode refletir um padrão de segurança; pode também ser uma advertência.

Não obstante considerar legítima a regra segundo a qual procedimentos criminais em curso podem servir de justificativas idôneas para indeferir o registro do curso de reciclagem pela autoridade policial federal, ou seja, que nesse ponto a Portaria 3.233/2012 do Departamento de Polícia Federal não exorbitou da competência regulamentar, a validade da norma exige bom senso da autoridade que a aplicará; — daí o “depende” na resposta que conferi à pergunta que abre a fundamentação. Como o objetivo da regra ora em discussão é impedir o acesso à atividade de vigilante por indivíduos cuja vida pregressa sinalize para a incompatibilidade com os atributos exigidos para o cargo, deve se reconhecer que nem todo registro criminal servirá de óbice à homologação do curso de reciclagem, mas apenas aqueles que denotem incompatibilidade com a profissão de vigilante. É o caso, por exemplo, dos antecedentes que sinalizam para a prática de crimes envolvendo violência ou ameaça, que pela natureza costumam ser cometidos por indivíduos com baixo autocontrole, tendentes a comportamentos agressivos e que, por conta desses indicativos, não demonstram confiança para que se lhes ponha uma arma nas mãos com o objetivo de proteger vidas e patrimônios. Por outro lado, não é razoável que o réu em ação penal que focaliza crime tributário desperte, por isso, preocupação quanto a sua compatibilidade para o exercício da atividade de vigilante. Percebe-se, portanto, que o alcance da norma dependerá das peculiaridades do caso concreto, tomando-se por base o princípio da proporcionalidade e mirando a finalidade perseguida pelo legislador quanto às restrições para o exercício da atividade de vigilante.

Cumpra observar que essa ponderação está implicitamente autorizada pela Portaria 3.233/2012 do Departamento de Polícia Federal, uma vez que ela própria identifica hipóteses em que a existência de registros criminais não acarretará a recusa ao registro do curso. Essas exceções constam no § 4º do art. 155, que estabelece que “Não constituem obstáculo ao registro profissional e ao exercício da profissão de vigilante: I — o indiciamento ou processo criminal por crime culposos; II — a condenação criminal quando obtida a reabilitação criminal fixada em sentença; III — a condenação criminal quando decorrido período superior a cinco anos contados da data de cumprimento ou extinção da pena; e IV — a instauração de termo circunstanciado, a ocorrência de transação penal, assim como a suspensão condicional do processo”.

Sem olvidar que não é essa a corrente que prevalece na jurisprudência do STJ e do STF,

transcrevo precedentes que vão ao encontro da ideia defendida nesta decisão:

CONSTITUCIONAL. ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. VIGILANTE. PARTICIPAÇÃO EM CURSO DE RECICLAGEM. AÇÃO PENAL EM CURSO. DELITO INCOMPATÍVEL COM A CONFIABILIDADE NECESSÁRIA AO EXERCÍCIO DA PROFISSÃO. APELAÇÃO E REMESSA OFICIAL PROVIDAS. 1. Nos termos do artigo 32, § 8º, do Decreto nº 89.056/83, o profissional de vigilância, para o desempenho das atividades de segurança pessoal privada e escolta armada, deverá frequentar cursos de reciclagem, com aproveitamento, a cada período de dois anos. 2. O apelado teve obstada sua participação no referido curso por estar respondendo à ação penal em razão da prática do delito previsto no artigo 14, *caput*, da Lei nº 10.826/2003 - Estatuto do Desarmamento. 3. Diante das especificidades do caso, tem pertinência tal impedimento, pois é um verdadeiro contrassenso que alguém persista no emprego de vigilante quando está sendo investigado pela prática de crime previsto no Estatuto do Desarmamento (portar, deter, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição, de uso permitido, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar) com caráter inafiançável. 4. A nota distintiva do vigia (ou vigilante) patrimonial é a confiabilidade da pessoa que deve exercer a tarefa de vigiar o patrimônio alheio; se esse alguém é acusado formalmente de investir contra as leis penais, por enquanto esvazia-se a confiabilidade e isso deve ser o suficiente para impedir a reciclagem, não sendo lícito supor que a Constituição assegure uma imunização completa de toda e qualquer pessoa em face das condutas antissociais que perpetra na vida. 5. É certo que a Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça e a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal afastam a consideração de processos e inquéritos em andamento para fins de juízo de maus antecedentes, mas essa compreensão deve se limitar ao cenário da Jurisdição Criminal, isto é, na 1ª fase da dosimetria da pena não se levam em conta aqueles feitos ainda inconclusos para o fim de exasperar a reprimenda. 6. Não há que se falar em direito líquido e certo a persistir na função de vigilante patrimonial em benefício de quem responde a processo, mesmo que não esteja ainda condenado por essa conduta. 7. Apelação e remessa oficial providas. (TRF 3ª Região, 6ª Turma, AMS 0009966-10.2014.4.03.6100/SP, rel. Des. Federal Johanson Di Salvo, j. 19/05/2016).

MANDADO DE SEGURANÇA. VIGILANTE. HOMOLOGAÇÃO DE CERTIFICADO DE CURSO DE RECICLAGEM. AÇÃO PENAL EM CURSO. 1- Considerando que há relação entre a conduta criminosa imputada ao autor (dirigir sob efeito de bebida alcoólica) e a possibilidade de portar arma de fogo no exercício da profissão de vigilante e que se trata de mandado de segurança, não havendo, portanto, condições de aferir se, no caso concreto, realmente não havia risco da conduta do autor nem a relação direta com o exercício do cargo de vigilante; prudente manter a decisão administrativa que indeferiu a homologação do certificado de conclusão do curso de reciclagem de vigilante ao autor, ao menos até que a punibilidade da ação penal tenha sido extinta. 2- Reforma da sentença. (TRF4, APELREEX 5004223-60.2014.404.7116, QUARTA TURMA, Relator CANDIDO ALFREDO SILVA LEAL JUNIOR, juntado aos autos em 10/11/2015).

Descendo para a hipótese dos autos, verifico que o impetrante responde a ação penal na qual lhe é imputada a prática dos delitos previstos no art. 129 § 9º do Código Penal, art. 21 *caput* do Decreto-lei 3.688/1941 e 147 do CP por duas vezes, todos combinados com o art. 7º *caput* da Lei 11.340/2006. Trocando em miúdos, o réu é acusado da prática dos crimes de lesão corporal e ameaça, bem como da contravenção de vias de fato, delitos que teriam sido cometidos, em tese, no contexto de violência doméstica contra mulher. E na linha da diretriz há pouco esboçada, a circunstância de o impetrante responder a ação penal que tem como pano de fundo

infrações penais praticadas por meio de violência e ameaça contraindica a homologação do certificado do curso de reciclagem para vigilante.

Tudo somado, o pedido deve ser rejeitado, mantendo-se a decisão administrativa que indeferiu a homologação do curso de reciclagem de vigilante.

III - DISPOSITIVO

Diante do exposto, DENEGO A SEGURANÇA, extinguindo o feito com resolução de mérito, nos termos do art. 487, I, do CPC.

Sem honorários advocatícios conforme o disposto no artigo 25, Lei 12.016/09.

Sem custas, uma vez que o impetrante é beneficiário da justiça gratuita.

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

Araraquara, 26 de setembro de 2016.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

MANDADO DE SEGURANÇA**0006641-96.2016.4.03.6119**

Impetrante: POLENGHI INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA.
Impetrados: INSPETOR CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS-SP E OUTROS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP
Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 30/01/2017

Trata-se de mandado de segurança impetrado por POLENGHI INDÚSTRIAS ALIMENTÍCIAS LTDA em face do INSPETOR-CHEFE DA ALFÂNDEGA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE SÃO PAULO, SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL DA 8ª REGIÃO FISCAL, CHEFE DA UNIDADE DE VIGILÂNCIA AGROPECUÁRIA DO AEROPORTO INTERNACIONAL DE GUARULHOS ou a autoridade que lhe faça as vezes, vinculado à SUPERINTENDÊNCIA FEDERAL DE AGRICULTURA NO ESTADO DE SÃO PAULO, na qual postula, em pedido de liminar, seja determinado à Receita Federal que se abstenha de aplicar qualquer tipo de sanção decorrente do armazenamento das mercadorias objeto da Licença de Importação nº 15/0946603-1 e HAWB 724 4642 6262 20003163, conforme estabelecido pelo MAPA, notadamente quanto à sanção relativa à suspensão da habilitação de exercício no comércio exterior. Requer, ao final, a concessão da ordem, bem como autorização para transportar as mercadorias para empresa habilitada para sua destruição.

Sustenta, em suma, que em 07/03/2015 importou amostras de queijos da empresa PANNONTEJ ZRT, com sede na Hungria e que os produtos não foram armazenados adequadamente por ocasião da chegada no Aeroporto Internacional de Guarulhos, com a deterioração da carga.

Aduz que o Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento - MAPA lavrou Termo de Ocorrência sob nº 6386/2015, impondo à impetrante que procedesse a devolução das mercadorias à origem no prazo de trinta dias.

Informa que, para evitar os custos desnecessários com a remessa dos produtos, requereu ao MAPA a destruição no próprio aeroporto, por meio de autoclave, contudo, referido órgão constatou que as mercadorias possuem como destinação única a destruição em zona primária e que o aeroporto de Guarulhos havia desativado o incinerador desde 2007.

Aduz que o MAPA recomendou à impetrante e à concessionária GRU Airport que procedessem à devolução das mercadorias à origem e notificou a impetrante para apresentar comprovante de destruição dos produtos ou de sua devolução, em 10 dias, sob pena de aplicação de multa e suspensão da habilitação para operar no comércio exterior.

Prossegue a impetrante afirmando que, em razão da impossibilidade de destruição dos produtos no aeroporto de Guarulhos ou de sua retirada da zona primária, protocolizou pedido de devolução das mercadorias perante a Equipe de Controle de Carga da Receita Federal do Brasil sob nº 10814.723947/2015-66, deferido em 29/06/2015. Contudo, viu-se impossibilitada de cumprir a determinação do MAPA, em razão de comunicado do Governo do Distrito de Veszprém aduzindo risco de segurança alimentar em caso de devolução dos produtos à fábrica da PANNONTEJ ZRT.

Aduz a impetrante que repassou tal informação à RFB e ao MAPA e requereu a liberação da mercadoria para que fosse destruída em local adequado, por empresa habilitada. Contudo,

o MAPA determinou o armazenamento dos produtos em container refrigerado até a instalação das autoclaves no aeroporto de Guarulhos, sobrevivendo o arquivamento do procedimento 10814.723947/2015-66.

Ainda assim, em 22/02/2016 teve lavrado contra si Auto de Infração nº 0817600/00075/16, com aplicação de multa pelo descumprimento da aludida obrigação, e a impetrante apresentou impugnação.

Em 03/05/2015 foi lavrado novo Auto de Infração (0817600/00171/16), com aplicação de multa pelo mesmo fato, o que deu azo à nova defesa administrativa.

Salienta, ainda, que protocolizou ofício junto ao MAPA, requerendo alternativa para destruição das mercadorias, sem resposta.

Teme a impetrante sofrer a pena de suspensão do RADAR, asseverando inexistir qualquer ato a ensejar tal suspensão. Veicula, por fim, a possibilidade de destruição da mercadoria fora da zona primária.

A inicial veio acompanhada de procuração e documentos de fls. 21/270.

À fl. 280 foi afastada a possibilidade de prevenção e determinada à emenda da inicial para retificação do valor da causa e recolhimento das custas complementares.

A impetrante manifestou-se às fls. 282/283 e recolheu as custas complementares.

Às fls. 289/290 a liminar foi parcialmente deferida para “tão somente para determinar que as autoridades coatoras se abstenham de aplicar à impetrante a penalidade de suspensão de habilitação para operar no comércio exterior em decorrência do armazenamento dos produtos objeto da Licença de Importação nº 15/0946603-1 e HAWB 724 4642 6262 20003163, até ulterior decisão deste Juízo”.

Petição da impetrante com tradução do documento às fls. 304/307.

Informações do Inspetor Chefe da Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos (fls. 315/327), após fazer a síntese dos fatos que levaram a impetração do presente writ, afirmou que os autos de infração lavrados em relação à LI nº 15/0946603-1 serão revisados de ofício, declarados nulos pela própria administração em razão de vício na motivação, uma vez que houve prorrogação do prazo concedido para destinação da mercadoria em vista da inexistência de autoclave. Sustenta, que há, neste sentido, perda superveniente de interesse processual em relação à Receita Federal, um vez que revisará, de ofício, os autos de infração, bem como não a impossibilidade de se desfazer da carga não pode ser imputada a esse órgão federal.

A Chefe da Superintendência do MAPA em São Paulo informou (fls. 329/350) que “devido ao volume de produtos armazenados aguardando destruição em zona primária, entendemos que não será possível a destruição nos fornos autoclaves, pois tratam-se de 65.021kg de produtos armazenados em 11 contêneires. Tal preocupação foi encaminhada à Coordenação Geral do Vigiagro – CGVigiagro/DAS/MAPA, motivada ainda, pelo questionamento da GRU Airport, conforme consta nos anexos, a qual continuamos no aguardo de um resposta.”

Às fls. 367/368, parecer do MPF pela desnecessidade de pronunciamento na demanda em vista da inexistência de interesse público a justificar a manifestação ministerial.

É o relatório do necessário. DECIDO.

Recebo a manifestação de fls. 282/283 como emenda à inicial. Anote-se.

Nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição Federal, conceder-se-á mandado de segu-

rança para proteger direito líquido e certo, não amparado por habeas corpus ou habeas data, quando o responsável pela ilegalidade ou abuso de poder for autoridade pública ou agente de pessoa jurídica no exercício de atribuições do Poder Público.

Considerando as particularidades do mandado de segurança, mostra-se necessário, desde já, fixar os parâmetros daquilo que pode ser considerado direito líquido e certo, o que permitirá uma análise mais pertinente a respeito do caso concreto.

Quando acontecer um fato que der origem a um direito subjetivo, esse direito, apesar de realmente existente, só será líquido e certo se o fato for indiscutível, isto é, provado documentalmente e de forma satisfatória. Se a demonstração da existência do fato depender de outros meios de prova, o direito subjetivo surgido dele existirá, mas não será líquido e certo, para efeito de mandado de segurança. Nesse caso, sua proteção só poderá ser obtida por outra via processual. (Lopes da Costa, Direito processual civil brasileiro, v. 4, p. 145; Sálvio de Figueiredo Teixeira, Mandado de segurança; apontamentos, Revista Trimestral de Jurisprudência dos Estados, 46:15; Celso Barbi, Proteção processual dos direitos fundamentais, Revista da Amagis, 18:21)

Ainda sobre o direito líquido e certo, esclarecedora a lição de Leonardo José Carneiro da Cunha:

Na verdade, o que deve ter como líquido e certo é o fato, ou melhor, a afirmação de fato feita pela parte autora. Quando se diz que o mandado de segurança exige a comprovação de direito líquido e certo, está-se a reclamar que os fatos alegados pelo impetrante estejam, desde já, comprovados, devendo a petição inicial vir acompanhada dos documentos indispensáveis a essa comprovação. Daí a exigência de a prova, no mandado de segurança, ser pré-constituída. À evidência, o que se exige, no mandado de segurança, é que a afirmação da existência do direito seja provada de logo e, além disso, de maneira irrefutável, inquestionável, sem jaça, evidente, de molde a não remanescer qualquer dúvida a seu respeito. (*in A Fazenda Pública em Juízo*. 8ª Ed. SP: Dialética, 2010. p.457/458.)

Restou, suficientemente, demonstrado, pelo conjunto probatório carreado aos autos, a impossibilidade absoluta da impetrante devolver o produto importado para seu país de origem (fls. 306/307), não sendo possível o atendimento do disposto no art. 46 da Lei nº 12.715/2012.

Lado outro, a impetrante, por motivos alheios à sua vontade, encontra-se, desde a autuação pelos órgãos fiscalizatórios e aduaneiros pátrios, impossibilitada de cumprir a dicção prevista no §2º do art. 46 da Lei nº 12.715/2012, que determina a destruição da mercadoria.

Causa espécie a este Juízo, da singela análise do acervo probatório, especialmente das informações e documentos juntados pela Superintendência do MAPA, de que até a presente data o Aeroporto Internacional de São Paulo, maior do Brasil e da América do Sul, não possui instalado e em funcionamento fornos de autoclaves. Mais espanto causa a informação paradoxal de que mesmo se tais equipamentos estivessem em funcionamento não seria possível a destruição da carga autuada da impetrante objeto da LI nº 15/0946603-1, conhecimento aéreo nº HAWB 7244642626220033163, *uma vez que a capacidade dos fornos autoclaves será, diariamente, atingida com a destruição dos resíduos de bordo das aeronaves*.

Em síntese, não há fornos autoclaves instalados e quando forem, um dia, instalados, já operarão com sua capacidade máxima.

As autoridades sanitárias e aduaneiras, ora impetradas, com fulcro, em tese, na Lei 12.715/2012, exigem, sob pena de diversas sanções administrativas e pecuniárias, inclusive a

suspensão da habilitação de exercício do comércio exterior, que, não sendo possível a devolução da mercadoria, que esta seja destruída na zona primária do Aeroporto Internacional.

Todavia, se constata, de forma ululante, a impossibilidade absoluta de sua cumprir a determinação administrativa, uma vez que, conforme as próprias informações da autoridade impetrada sanitária, não há fornos autoclaves instalados no Aeroporto de Guarulhos e, mesmo que estes estivessem instalados, não poderiam ser usados para destruição da dita mercadoria.

Indaga-se, como destruir a mercadoria na zona primária e cumprir a determinação administrativa?

Para este Juízo, conforme pleiteado na inicial, é óbvio que a Administração Pública Federal não pode exigir que a destruição se dê no âmbito da zona primária se não há equipamentos para tanto instalados e em funcionamento, nem se pode exigir que o administrado fique, indefinidamente, a mercê de um posicionamento estatal sobre o tema.

Se não bastasse, verifica-se da dicção do art. 46, §2º da Lei nº 12.715/2012 que não há determinação de que a destruição da mercadoria, cuja importação não seja autorizada por órgão anuente, se dê na zona primária, tal exigência é uma inovação administrativa sem respaldo legal.

Insta observar que, em hipótese semelhante, as autoridades administrativas da Receita Federal e do MAPA no Aeroporto de Viracopos/Campinas autorizaram a destruição da mercadoria, em obediência ao comando da Lei nº 12.715/2012, fora da zona primária, uma vez que, também, naquele aeroporto internacional não há fornos autoclaves instalados (fls. 258/270).

As regras relativas ao poder de polícia administrativo devem ser necessárias, proporcionais e eficazes, sob pena de caracterizarem deslegítimo arbítrio estatal. Sobre os limites do poder de polícia, fundamental a lição de José dos Santos Carvalho Filho:

(...) Embora há muito já se reconheçam limites para o exercício do poder de polícia, é forçoso admitir que novos parâmetros têm sido concretamente aplicados, como os concernentes à dignidade humana, à proporcionalidade e ao conteúdo dos direitos fundamentais. A observação é de todo acertada: há uma linha, insuscetível de ser ignorada, que reflete a junção entre o poder restritivo da Administração e a intangibilidade dos direitos (liberdade e propriedade, entre outros) assegurados aos indivíduos. Atuar aquém dessa linha demarcatória é renunciar ilegítimamente a poderes públicos; agir além dela representa arbítrio e abuso de Poder, porque “a pretexto do exercício do poder de polícia, não se pode aniquilar os mencionados direitos.” (*in* Manual de Direito Administrativo. 28.ed. SP: Atlas, 2015. p. 87.)

Ora, nesta mesma linha de raciocínio, insta observar que a discricionariedade administrativa não deve ser confundida com arbitrariedade administrativa, trazendo ao administrado uma constante insegurança jurídica nas quais situações absolutamente semelhantes geram por parte da Administração Pública decisões díspares.

Sobre o conceito de ato discricionário, ensina Celso Antônio Bandeira de Mello:

Discricionariedade, portanto, é a margem de liberdade que remanesça ao administrador para eleger, segundo critérios consistentes de razoabilidade, um, dentre pelo menos dois comportamentos cabíveis, perante cada caso concreto, a fim de cumprir o dever de adotar a solução mais adequada à satisfação da finalidade legal, quando, por força da fluidez das expressões da lei ou da liberdade conferida no mandamento, dela não se possa extrair objetivamente, uma solução unívoca para a situação vertente. (*in* Discricionariedade e controle jurisdicional. 2. ed. 8ª tiragem. SP: Malherios, 2007. p. 48.)

Já sobre arbitrariedade administrativa Nicola Tutungi Júnior esclarece:

Deste modo, temos que, apesar de semanticamente próximas, as palavras discricionariedade e arbitrariedade no campo do direito distinguem-se pela utilização ou não de critérios (ou condicionantes) na realização de escolhas e atendimento à legalidade. Ou seja, quando se realiza uma escolha de modo desarrazoado ou sem algum tipo de critério (*rectius*: através do puro exercício de livre-arbítrio), afastando-se das previsões legais balizadoras da atuação do administrador, estaríamos diante de um ato arbitrário. Por outro lado, utilizando-se de critérios como a conveniência e a oportunidade na prática de determinado ato, e observando-se fielmente o princípio da legalidade, estaríamos diante de discricionariedade. (*in* Ação Civil Pública e políticas públicas: implicações na tensão entre o Estado-Administrador e o Estado-Juiz. UERJ. Dissertação Mestrado, 2010. p. 116. Disponível em <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp141095.pdf>. Acesso 01/03/2016.)

No caso dos autos o poder de polícia administrativo (órgãos impetrados) exige do administrado (impetrante), com violação, inclusive, ao seu direito de propriedade, conduta impossível de ser cumprida, ou seja, atua de forma desproporcional e ineficaz.

Com efeito, tem-se que a atuação fiscalizatória ultrapassou os meandros da proporcionalidade, segundo tal princípio o Estado, por meio de seus agentes, não deve agir com excesso, muito menos de modo insuficiente, na obtenção dos seus objetivos. Segundo, novamente, lição de José dos Santos Carvalho Filho:

O grande fundamento do princípio da proporcionalidade é o excesso de poder, e o fim a que se destina é exatamente o de conter atos, decisões e condutas de agentes públicos que ultrapassem os limites adequados, com vistas ao objetivo colimado pela Administração, ou até mesmo pelos Poderes representativos do Estado. Significa que o Poder Público, quanto intervém nas atividades sob seu controle, deve atuar porque a situação reclama realmente intervenção, e esta deve processar-se com equilíbrio, sem excessos e proporcionalmente ao fim a ser atingido. (*in* Manual de Direito Administrativo. 28. ed. SP: Atlas, 2015. p. 43.)

Não se pode olvidar que a proporcionalidade é composta pelos subprincípios da necessidade e adequação. Na esteira dos ensinamentos de Mendes & Coelho & Branco¹, tem-se, assim, que para a adequação – “as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos” – e para a necessidade “significa que nenhum meio menos gravoso ao indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos”.

Na clássica e conhecida afirmação atribuída a Walter Jellinek, sobre os atos da polícia administrativa na Alemanha da virada dos séculos XIX e XX, que, *mutatis mutandis*, se aplica ao caso em tela “a polícia não deve utilizar canhões para se abater pardais”², ou seja, nenhum indivíduo (administrado, pessoa física ou jurídica) deve ser tolhido de uma liberdade ou obrigada a suportar certa restrição além do ponto necessário ao atendimento do comando legal ou à satisfação do interesse público.

Observa-se, que a autoridade impetrada do MAPA, às fls. 329, encaminhou, em 28/06/2016, a preocupação sobre a informação da GRU Airport da impossibilidade de destruição da mercadoria da impetrante mesmo se instalados os fornos autoclaves à Coordenação

¹ *In* Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, 1.ed.. Brasília: Brasília Jurídica/IDP, 2002. p.250.

² Citado por Juarez de Freitas *in* Responsabilidade do Estado e o Princípio da Proporcionalidade – vedação de excessos e omissões. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais. n° 6, julho/dezembro de 2005. Belo Horizonte: Del Rey.

Geral do Vigiagro e estava aguardando resposta.

Passados mais de 06 meses, não há notícias, nos presentes autos, de qualquer resposta ou providência tomada pelo órgão de vigilância agropecuária internacional no Aeroporto de Guarulhos.

Sobre os nefastos efeitos do silêncio da Administração, observa com costumeira acuidade Celso Antônio Bandeira de Mello:

A Constituição consagra o direito de petição (art. 5º, XXXIV, “a”) e este presume o de obter resposta. Com efeito, simplesmente para pedir ninguém precisaria de registro constitucional assecuratório, pois não se imaginaria, em sistema algum, que pedir fosse proibido. *Logo, se o administrado tem o direito de que o Poder Público se pronuncie em relação a suas petições, a Administração tem o dever de fazê-lo. Se se omite, viola do Direito. Donde, o agente que silencia indevidamente comporta-se com negligência, viola o dever funcional de “exercer com zelo e dedicação as atribuições do cargo” (...). (in Curso de Direito Administrativo. 29 ed. SP: Malheiros, 2012. p. 419) Negrito nosso.*

Em relação à autuação por parte da Receita Federal do Brasil, em suas informações a autoridade impetrada esclareceu que houve equívoco na motivação do Auto de Infração, uma vez que a prorrogação do prazo para destruição se deu de forma legítima, reconhecendo, no entender deste Juízo, a pretensão da impetrante neste aspecto, não se sustentando a tese de perda superveniente do interesse processual até porque consta apenas a informação de que os atos administrativos serão revistos de ofício, mas não há comprovação da mencionada revisão e anulação dos autos de infração.

Por fim, não há que se falar em violação ao art. 2º da Constituição Federal de 1988, tendo em vista que a inércia estatal, sua atuação abusiva na esfera privada do administrado, bem como ineficiente, mas em todas as hipóteses em franca inobservância aos ditames legais e constitucionais, encontram-se sujeitas ao controle jurisdicional.

Ante o exposto, CONCEDO A SEGURANÇA pleiteada nesta ação, extinguindo o processo com resolução do mérito (art. 487, I do CPC), para determinar que:

(i) a Receita Federal do Brasil – Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos se abstenha de aplicar qualquer tipo de sanção, inclusive a suspensão da habilitação de exercício de comércio exterior, decorrente da prorrogação do prazo de armazenamento das mercadorias objeto da LI nº 15/0946603-1 (HAWB 7244642626220003163);

(ii) o Serviço de Vigilância Agropecuária no Aeroporto de Guarulhos, órgão do Ministério da Agricultura, Pecuária e Abastecimento – MAPA e a Receita Federal do Brasil – Alfândega do Aeroporto Internacional de Guarulhos, tendo como parâmetro o procedimento adotado pelos mesmos órgãos no Aeroporto de Viracopos (fls. 258/270), bem como o disposto na Portaria da Receita Federal do Brasil nº 3.010/2011 (artigos 38 e seguintes), autorizem a destruição da mercadoria acobertada pela LI nº 15/0946603-1 (conhecimento aéreo HAWB 7244642626220003163) fora da zona primária do Aeroporto de Guarulhos devendo adotar todas as medidas e cautelas para o atendimento das normas sanitárias (empresa de destruição, endereço, método a ser adotado, tipo de veículo de transporte, data da lacração do veículo, data da destruição, indicação dos fiscais que deverão presenciar a destruição, entre outras medidas que entenderem cabíveis). *Prazo para a tomada das providências: 30 dias.*

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

Revista do TRF3 - Ano XXVIII - n. 132 - Jan./Mar. 2017

Custas ex lege.

Sentença sujeita ao reexame necessário.

Oportunamente, ao arquivo.

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

Guarulhos, SP, 11 de janeiro de 2017.

Juíza Federal Substituta CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

INQUÉRITO POLICIAL**0011715-42.2016.4.03.6181**

Representante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Representados: HARRY SHIBATA E OUTROS

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

Juiz Federal: SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 04/11/2016

VISTOS EM SENTENÇA.

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia, aos 26/09/2016, em face de HARRY SHIBATA, ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS, qualificados às fls. 310/311 dos autos, como incurso nas sanções dos artigos 299, parágrafo único, c/c art. 44, II, “b” e “h” c.c art. 25 (atual art. 29), todos do Código Penal.

Narra a exordial acusatória que, no dia 17 de dezembro de 1976, os médicos legistas JOSÉ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI, *por designação do então diretor do IML*, HERRY SHIBATA, agindo em concurso e unidade de desígnios, visando assegurar a ocultação e a impunidade do crime de homicídio da vítima PEDRO VENTURA FELIPE DE ARAUJO POMAR, omitiram, em documento público, declaração de que dele devia constar, bem como inseriram declaração falsa e diversa da que deveria ser escrita no Laudo de Exame Necroscópico 59.609, com o fim de alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante. Os agentes teriam cometido o crime prevalecendo-se de seus cargos públicos.

Segundo consta da denúncia, no dia 15 de dezembro de 1976, agentes do DOI – CODI, sob o comando do tenente-coronel RUFINO FERREIRA NEVES (Falecido), após cercarem uma casa localizada na Rua Pio XII, nº 767, em São Paulo/SP, onde era realizada reunião do Comitê Central do Partido Comunista do Brasil – PC do B, prenderam diversos integrantes do comitê que participaram da reunião, quando deixaram a residência. Horas depois, já na manhã do dia 17 de dezembro, agentes da repressão não identificados “abriram fogo” contra a referida casa da Rua Pio II, vitimando de morte os senhores Ângelo Arroyo e Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar.

A versão oficial divulgada foi de que Ângelo Arroyo e Pedro Ventura Felipe de Araújo Pomar “ofereceram resistência armada e, por isso, foram mortos em tiroteio”. Porém, de acordo com órgão ministerial, tal versão seria falsa, visto que as vítimas estariam desarmadas, conforme diversos elementos existentes.

Alega-se que, para sustentar tal farsa, o falecido delegado de polícia do então DEOPS, Sérgio Fernando Paranhos Fleury, requisitou exame de corpo de delito, a pedido do DOI-CODI, visando confirmar a versão de resistência. Foi quando o denunciado HERRY SHIBATA, então diretor do IML, designou os também denunciados JOSÉ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI para elaborar o laudo necroscópico de PEDRO POMAR.

Os denunciados JOSÉ e ABEYLARD fizeram constar no laudo que o “examinado faleceu (...) ao manter tiroteio com a polícia após receber voz de prisão” e concluíram como *causa mortis* “hemorragia interna traumática produzida por instrumento perfuro contundente.”

De acordo com o Ministério Público Federal, as informações inseridas no laudo seriam inverídicas, tendo sido omitidas no laudo, ademais, menções a lesões típicas compatíveis com

* Sentença Tipo D - Resolução CJF nº 535/2008

“zona de tatuagem”, assim como ferimento perfuro contuso em região temporal anterior, indicativos de execução.

Consta ainda, que os denunciados JOSÈ GONÇALVES DIAS e ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI tinham plena ciência da falsidade das informações constantes do Laudo e que dados relevantes foram omitidos, tendo, a despeito disso, elaborado e firmado o Laudo. Além disso, aduz o MPF que HERRY SHIBATA, responsável pela designação dos legistas, tinha plena ciência da farsa e mantinha relações estreitas com os órgãos repressivos, sendo notória sua participação na elaboração de laudos necroscópicos com informações falsas ou omissos, em diversos outros casos.

Salienta, por fim, que a conduta acima foi cometida no contexto de um ataque sistemático e generalizado à população civil em um sistema de repressão política baseado em ameaças, invasões de domicílio, tortura, morte e desaparecimento dos inimigos do regime, sendo que os denunciados participavam ativamente das atividades de violação dos direitos humanos auxiliando os responsáveis por tais atos, ocultando o terror que vitimavam os cidadãos.

Assim, o delito previsto no artigo 299, do Código Penal, praticado em relação ao laudo de exame necroscópico da vítima PEDRO VENTURA FELIPE DE ARAÚJO POMAR, encontra-se, em tese, agravado, pelo objetivo de assegurar a ocultação e a impunidade de outro crime, qual seja, o homicídio praticado por agentes não identificados e/ou já falecidos.

Vieram-me os autos conclusos. Decido.

Primeiramente, reconheço a competência da Justiça Federal para processar e julgar o crime em exame (falsidade ideológica), porquanto conexo a suposto crime de homicídio praticado por agentes no exercício de função pública federal, tudo nos termos do artigo 109, inciso IV, da Constituição da República e Súmula nº 254, do extinto Tribunal Federal de Recursos, *verbis*: “Compete à Justiça Federal processar e julgar os delitos praticados por funcionário público federal no exercício de suas funções e com estas relacionadas”. Com efeito, a acusação refere-se a eventuais crimes cometidos por ex-membros das Forças Armadas, utilizando-se de bens e serviços da União, aos quais os fatos indicados na denúncia estão conexos, conforme visto acima. Além disso, inúmeros tratados internacionais preveem, nos termos a seguir elencados, a obrigação do país em reprimir esses crimes, o que atrai a competência da justiça federal, a teor do art. 109, III, da Constituição Federal.

Há nos autos indícios suficientes da materialidade delitiva e de autoria, consubstanciados no laudo de exame de corpo de fls. 59/60, na análise do laudo necroscópico realizada pelo médico Antenor Chicarino de fls. 61, no parecer da Câmara dos deputados referente ao requerimento do reconhecimento da morte de Pedro Ventura Felipe de Araujo Pomar, de fls. 24/28, bem como nas diversas publicações veiculadas na imprensa e livros acerca do episódio denominado popularmente como “massacre da Lapa” ou “chacina da Lapa”, em especial a reportagem que veiculou entrevista com Maria Trindade (sobrevivente ao episódio) de fls. 171, os trechos de livros, de fls. 173/177 (A Casa da Vovó), 179/182 e 188/193 (Massacre na Lapa) e 237/239 (Direito à memória e à verdade); Relatório da Comissão nacional da Verdade de fls. 201/206; e do programa Memorial “lugares da Memória” da Resistência de São Paulo, de fls. 259/265.

Todos esses elementos constantes dos autos dão conta de que a versão oficial registrada no laudo necroscópico produzido pelos acusados não corresponderia à verdade dos fatos e se destinaria a acobertar crime de homicídio praticado por agentes do governo militar. A denúncia aponta uma série de circunstâncias de que não teria havido necessidade daquela invasão seguida de disparos, uma vez que a casa estava sob vigilância há muito tempo, sendo que havia testemunha de que os investigados foram pegos de inopino.

Algumas considerações se fazem necessárias quanto às características do crime em tela, praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataque amplo contra grupos de oposição. Tais crimes são considerados pelo direito penal internacional, consoante tratados internacionais e decisões de órgãos e Tribunais internacionais dos quais o país faz parte, crimes contra a humanidade, o que implica regime jurídico especial, como, por exemplo, o da imprescritibilidade penal.

É importante considerar, de início, que o desenvolvimento do direito penal internacional ocorre desde o começo do século XX, seguindo um acentuado, gradual, mas constante evolução, a partir do julgamento dos crimes praticados durante a Segunda Guerra Mundial, pelo Tribunal Penal de Nuremberg e pelo Tribunal Penal de Tóquio.

Antes mesmo do advento desta guerra, já houvera a tentativa de punição do Kaiser alemão, derrotado na I Guerra Mundial, diante dos graves crimes internacionais praticados pela Alemanha naquela ocasião, mas como o referido soberano se homiziara na Holanda, sendo que este país não cedeu aos pedidos de entrega do mesmo, a tentativa de sua responsabilização diante de um Tribunal Internacional frustrou-se.

Assim, tão-somente após as atrocidades praticadas pelo nazismo, sob a liderança de Hitler, por ocasião da II Guerra Mundial, é que se criou o momento político ideal para a responsabilização individual por crimes de guerra e crimes contra a humanidade.

A “banalidade do mal”, tal como expressão de Hannah Arendt, em que se fazia o mal como um ato normal, diante de uma total inversão de valores reinantes, permitiu o surgimento de uma opinião pública internacional no sentido de que jamais se permitisse que fatos como aquele ocorressem novamente.

Isto porque, até então não se reconhecia a responsabilidade individual de militares ou de soberanos por crimes deste feito, mas tão-somente a responsabilidade estatal, no máximo de cunho indenizatório.

Foi, assim, neste caldo político que surge o Tribunal de Nuremberg, como uma tentativa dos aliados para fazer frente aos crimes praticados pelos nazistas e colaboradores e que causaram a morte de mais de seis milhões de pessoas.

Ainda tenham ocorrido críticas, tais como a de ter sido um Tribunal criado pelos vencedores e, portanto, parcial, de não ter sido estabelecido previamente aos fatos praticados, dentre outras, verdade é que a importância histórica e política do Tribunal de Nuremberg é hoje indiscutível e reconhecida por toda a doutrina de direito penal internacional, pois é a partir dele que se inicia a responsabilidade penal individual em matéria de crimes internacionais, tratando-se, portanto, de um marco na evolução da Justiça Penal Internacional.

Importante ainda lembrar-se desse paradigma para afirmar que a alegação então apresentada, durante os debates naquele Tribunal, de que seria uma Corte retroativa, criada pelos vencedores e, portanto, sem legitimidade para julgar os vencidos, restou superada, consoante firme proposição do jurista Cherif Bassiouni, no sentido de que “as atrocidades e crimes praticados já estavam definidos no direito internacional por tratados internacionais pretéritos e pelo próprio costume internacional”.

O surgimento da responsabilidade penal internacional é reflexo também da vertente “garantia” assinalada por Norberto Bobbio, de tutela dos direitos humanos no âmbito internacional, segundo a qual haveria uma fase de “promoção”, que visa a irradiar os valores dos direitos humanos; “controle”, que monitora através de relatórios, comunicações interestatais e petições individuais o cumprimento das normas internacionais nesta matéria e a “garantia”, que pode

ser definida como a jurisdicionalização nesta matéria¹. Certamente, vive-se hoje nesta terceira fase, em que as normas internacionais penais passam a valer para todos os países que compõem os chamados blocos de institucionalidade, a saber: o bloco dos países que compõem e integram a Corte Europeia de Direitos Humanos e aqueles, dentre os quais está o Brasil inserido, jungidos à Corte Americana de Direitos do Homem.

Esses chamados blocos de institucionalidade evoluíram também, a partir da criação dos Tribunais para o julgamento dos crimes na Ex-Iugoslávia e em Ruanda, em face de crimes que chocaram a opinião pública internacional, resultando finalmente na criação do Tribunal Penal Internacional, do qual o Brasil também faz parte.

As Cortes Internacionais de Direitos Humanos, tais como a Europeia e Americana, no julgamento de causas relacionadas a graves violações de Direitos Humanos, têm, nos respectivos subsistemas continentais, realizado importante mudança de enfoque na solução de problemas e demandas relacionadas aos direitos humanos. Um exemplo disso é o que recentemente ocorreu no Brasil com a Lei “Maria da Penha”, como também no julgamento dos crimes praticados na Guerrilha do Araguaia, apenas para ficar em dois exemplos.

Com efeito, conforme acentua Noberto Bobbio, referido bloco de institucionalidade no plano internacional foi responsável pela modificação da visão *ex vi principis*, até então vigente, para a visão *ex parte populi*, em que não importa a visão do príncipe, mas sim a visão do povo ou do cidadão em matéria de respeito aos direitos humanos, ou seja, uma mudança total de enfoque na matéria.

Tais Cortes de Direitos Humanos, como também os Tribunais Penais Internacionais, como o atual Tribunal Penal Internacional, formam um verdadeiro bloco institucional, conforme dito, propício a receber toda a sorte de demandas que envolvam graves violações a direitos humanos ou crimes contra a humanidade, havendo verdadeiros vasos comunicantes entre tais órgãos para a solução dos casos.

É importante destacar o arcabouço institucional sobre o qual está erigido esse bloco institucional da Justiça Penal Internacional, havendo grande importância, além da Declaração Universal dos Direitos do Homem, do Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, notadamente ao seu art. 14, das Convenções Europeia e Americana de Direitos Humanos e do Estatuto de Roma.

O Pacto Internacional de Direitos Cíveis e Políticos, ao contrário das Convenções regionais de direitos humanos, aplica-se a todos os países pertencentes à ONU, mas ainda não se encontra tão institucionalizado como as Convenções ou os Tribunais Internacionais.

Essas breves digressões são necessárias para situar o conhecimento da presente questão examinada por esta decisão, que envolve a obrigação do Brasil de seguir os tratados internacionais pactuados.

Por outro lado, a Constituição Federal possui uma série de dispositivos que veiculam a observância da proteção aos direitos humanos, a saber:

O art. 4º, II, prevê que “República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios (...) II – prevalência dos direitos humanos”.

O art. 5º, § 2º, dispõe que “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

1 N. Bobbio, *A era dos direitos*, Campus, RJ, 1992, p. 40.

E o § 3º do mesmo dispositivo: “O Brasil se submete à jurisdição de Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão”.

No caso tratado nos autos, a acusação gira em torno de crimes conexos a crimes de homicídio praticados durante a ditadura militar, em um contexto de ataques generalizados. Não restam dúvidas de que tais fatos configuram graves violações aos direitos humanos.

É certo que os massacres não ocorreriam se os agentes militares não tivessem contado com a colaboração, muitas vezes, conivente e partícipe, de civis, como profissionais das mais variadas origens, como no caso em tela, em que, nesta fase de cognição sumária, se vê indícios de autoria por parte de médicos do IML.

O Estatuto de Roma, promulgado pelo Decreto nº 4.388, de 25/09/2002, definiu os crimes contra a humanidade, os quais já eram reconhecidos como *hard law* pelo direito internacional, nos termos de seu art. 7º:

1. Para os efeitos do presente Estatuto, entende-se por “crime contra a humanidade”, qualquer um dos atos seguintes, quando cometido no quadro de um ataque, generalizado ou sistemático, contra qualquer população civil, havendo conhecimento desse ataque:

a) Homicídio;

b) Extermínio;

c) Escravidão;

d) Deportação ou transferência forçada de uma população;

e) Prisão ou outra forma de privação da liberdade física grave, em violação das normas fundamentais de direito internacional;

f) Tortura;

g) Agressão sexual, escravatura sexual, prostituição forçada, gravidez forçada, esterilização forçada ou qualquer outra forma de violência no campo sexual de gravidade comparável;

h) *Perseguição de um grupo ou coletividade que possa ser identificado, por motivos políticos, raciais, nacionais, étnicos, culturais, religiosos ou de gênero, tal como definido no parágrafo 30, ou em função de outros critérios universalmente reconhecidos como inaceitáveis no direito internacional, relacionados com qualquer ato referido neste parágrafo ou com qualquer crime da competência do Tribunal;*

i) *Desaparecimento forçado de pessoas;*

j) Crime de apartheid;

k) Outros atos desumanos de caráter semelhante, que causem intencionalmente grande sofrimento, ou afetem gravemente a integridade física ou a saúde física ou mental.

2. Para efeitos do parágrafo 10:

a) Por “ataque contra uma população civil” entende-se qualquer conduta que envolva a prática múltipla de atos referidos no parágrafo 10 contra uma população civil, de acordo com a política de um Estado ou de uma organização de praticar esses atos ou tendo em vista a prossecução dessa política;

b) O “extermínio” compreende a sujeição intencional a condições de vida, tais como a privação do acesso a alimentos ou medicamentos, com vista a causar a destruição de uma parte da população;

c) Por “escravidão” entende-se o exercício, relativamente a uma pessoa, de um poder ou de um conjunto de poderes que traduzam um direito de propriedade sobre uma pessoa, incluindo o exercício desse poder no âmbito do tráfico de pessoas, em particular mulheres e crianças;

d) Por “deportação ou transferência à força de uma população” entende-se o deslocamento forçado de pessoas, através da expulsão ou outro ato coercivo, da zona em que se encontram legalmente, sem qualquer motivo reconhecido no direito internacional;

e) Por “tortura” entende-se o ato por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa que esteja sob a custódia ou o controle

do acusado; este termo não compreende a dor ou os sofrimentos resultantes unicamente de sanções legais, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionadas;

f) Por “gravidez à força” entende-se a privação ilegal de liberdade de uma mulher que foi engravidada à força, com o propósito de alterar a composição étnica de uma população ou de cometer outras violações graves do direito internacional. Esta definição não pode, de modo algum, ser interpretada como afetando as disposições de direito interno relativas à gravidez;

g) Por “perseguição” entende-se a privação intencional e grave de direitos fundamentais em violação do direito internacional, por motivos relacionados com a identidade do grupo ou da coletividade em causa;

h) Por “crime de apartheid” entende-se qualquer ato desumano análogo aos referidos no parágrafo 1º, praticado no contexto de um regime institucionalizado de opressão e domínio sistemático de um grupo racial sobre um ou outros grupos nacionais e com a intenção de manter esse regime;

i) Por “desaparecimento forçado de pessoas” entende-se a detenção, a prisão ou o seqüestro de pessoas por um Estado ou uma organização política ou com a autorização, o apoio ou a concordância destes, seguidos de recusa a reconhecer tal estado de privação de liberdade ou a prestar qualquer informação sobre a situação ou localização dessas pessoas, com o propósito de lhes negar a proteção da lei por um prolongado período de tempo.

3. Para efeitos do presente Estatuto, entende-se que o termo “gênero” abrange os sexos masculino e feminino, dentro do contexto da sociedade, não lhe devendo ser atribuído qualquer outro significado.

Assim, forçoso reconhecer que a acusação apresentada pelo *Parquet* Federal refere-se a crime conexo com os crimes de homicídio e desaparecimento forçado de pessoas.

Imputa-se aos acusados HARRY SHIBATA, ABEYLARD QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS os crimes previstos no artigo 299, parágrafo único, c.c. art. 25 e art. 44, II, alíneas “a” e “h”, todos do Código Penal, na redação antiga, tratando-se de crime conexo, na modalidade consequencial, ao crime doloso contra a vida, praticado por agentes da repressão não identificados.

Configurada, ao menos nesta fase de cognição sumária, a natureza de crime contra a humanidade em relação aos fatos descritos na denúncia.

A partir disso, resulta que as normas penais internacionais, os julgamentos penais internacionais e o costume consideram tais crimes imprescritíveis e insuscetíveis de anista etc. Observe-se que, em matéria de direito penal internacional, o costume é *jus cogens*.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal Edson Fachin, na Extradicação 1362/DF, em que o Estado argentino requereu a Extradicação de Salvador Siciliano, acusado naquele país de prática de crimes contra a humanidade, na época da então ditadura militar, por pertencer a uma organização terrorista e paramilitar que participou ativamente na morte, desaparecimento e demais crimes contra a oposição política ao regime, assentou que o requisito da prescritibilidade não pode ser admitido para impedir a extradicação nas hipóteses de crimes contra a humanidade:

De fato, a regra da imprescritibilidade não pertence ao direito comum, mas a esse campo do Direito a que se convencionou chamar de direito penal internacional. É a seu caráter único entre os ramos tradicionais do direito que se deve reportar a produção de efeitos legais, independentemente de sua concretização pelo legislador nacional. Diversamente dos crimes comuns, as conseqüências de crimes internacionais “não surgem em um primeiro momento, mas ao longo do tempo não cessam de ampliar” (Jankalevitch, V. L'imprescritibile. Paris, Seuil, 1986, p.18). Por isso, se reportam os crimes contra a humanidade ao direito penal internacio-

nal, disciplina cuja finalidade é, como Kai Ambos, suprimir ou ao menos diminuir uma lacuna de punibilidade fática decorrente de graves violações de direitos humanos (AMBOS, Kai. A Parte Geral do Direito Penal Internacional: bases para uma elaboração dogmática. Tradução Carlos Eduardo Japiassú e Daniel Andrés Raiszan. São Paulo: Editora RT, 2008). Consequentemente, é nas fontes desse ramo do direito que se deve buscar uma interpretação do Tratado de Extradicação que seja consentânea com o atual quadro normativo do direito internacional. É nesse sentido a fundamentação do Ministério Público Federal, no parecer feito pela e. Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques relativamente à imprescritibilidade, no direito brasileiro, dos crimes contra a humanidade. Os argumentos do Ministério Público foram deduzidos nos seguintes termos (fls. 561-566):

‘No direito brasileiro, também os crimes em causa são imprescritíveis, qualificação que decorre de normas do jus cogens, que, desde muito antes da consumação dos delicto, obrigam os Estados membros da comunidade internacional a promoverem a responsabilidade criminal dos autores de crimes contra a humanidade.

Como afirmou o Procurador-Geral da República em manifestação na APDF 320/DF, “desaparecimentos forçados, execuções sumárias, tortura e muitas infrações a eles conexas já eram, na época de seu cometimento pelo regime autoritário, qualificados como crimes contra a humanidade razão pela qual sobre eles incidir as conseqüências jurídicas decorrentes da subsunção às normas cogentes de direito internacional, notadamente a imprescritibilidade e a insuscetibilidade de concessão de anistia.

As normas – cogentes de direito costumeiro internacional que fundamentam a imprescritibilidade desses delitos remontam a 1945, e constituem prova da sua existência os seguintes atos: a) Carta do Tribunal Militar Internacional (1945); b) Lei Conselho de Controle nº 10 (1945); e) Princípios de Direito Internacional reconhecidos na Carta do Tribunal de Nuremberg e nos julgamentos do Tribunal, com comentários (International Law Commission, 1950); d) Relatório da Comissão de Direito Internacional da Organização das Nações Unidas (ONU) (1954); e) Resolução 2202 (Assembleia Geral da ONU, 1966); g) Resolução 2338 (Assembleia Geral da ONU, 1967); h) Resolução 2583 (Assembleia Geral da ONU, 1969); i) Resolução 2712 (Assembleia Geral da ONU, 1970); j) Resolução 2840 (Assembleia Geral da ONU, 1971); k) Princípios de Cooperação Internacional na identificação, prisão, extradicação e punição das pessoas condenadas por crimes de guerra e crimes contra a humanidade (Resolução 3074 da Assembleia Geral da ONU, 1973).

Assim, pode-se afirmar, sem qualquer sombra de dúvidas, que os crimes contra a humanidade são ontologicamente imprescritíveis. E assim são qualificados exatamente para efeito de impedir que fatos dessa natureza, que atentam contra direitos fundamentais do homem, especialmente a dignidade humana – fundamento de todos os direitos fundamentais – fiquem impunes.

Ressalte-se que a prescritibilidade dos crimes não constitui garantia fundamental, tendo em vista que não há previsão expressa na Constituição, muito menos decorre dos seus princípios e normas implícitas.

O instituto da prescrição, como causa extintiva da punibilidade, está previsto e disciplinado na legislação ordinária, não podendo, por isso, fazer frente as normas cogentes do direito internacional a que o Brasil, por força das convenções e tratados a que aderiu, está constitucionalmente (art. 5º, §§ 2º e 3º) obrigado a observar(...).

A Resolução 33/173, da Assembleia Geral das Nações Unidas (de 20 de dezembro de 1978), sobre pessoas desaparecidas, definiu, um ano antes da Lei de Anistia brasileira, as medidas a serem tomadas pelos Estados, convocando-os a: a) dedicar recursos apropriados à busca de pessoas desaparecidas e à investigação rápida e imparcial dos fatos; b) assegurar que agentes policiais e de segurança e suas organizações sejam passíveis de total responsabilização (*fully accountable*) pelos atos realizados no exercício de suas funções e especialmente por

abusos que possam ter causado o desaparecimento forçado de pessoas e outras violações a direitos humanos; c) assegurar que os direitos humanos de todas as pessoas, inclusive aquelas submetidas a qualquer forma de detenção ou aprisionamento, sejam totalmente respeitados.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, cuja jurisdição está submetido o Estado brasileiro, nos termos do art. 62 do Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, tem reconhecido que são inadmissíveis as disposições de prescrição que tenham por objetivo impedir a investigação e punição de responsáveis por graves violações dos direitos humanos (Caso Barrios Altos versus Peru, mérito, sentença de 14 de março de 2001, art. 41). A Corte reconhece, nesses julgados, o primeiro das normas costumeiras de direito internacional.

Em relação à prática constante e uniforme para a configuração do costume internacional como *jus cogens*, observou o Ministro Edson Fachin no supra mencionado voto:

Tais práticas, como destacava Michael Akehurst (Custom as a source of international law, British Yearbook of International Law, vol. 47, n. 1 (1977), p. 21), não guardam hierarquia entre si, mas devem ser tomadas como um todo, conforme recente abordagem da própria Corte Internacional de Justiça (Imunidades Jurisdicionais do Estado, Alemanha v. Itália, Julgamento, C.I.J., Report 2012, p. 136). Isso significa que a prática deve refletir-se nos principais órgãos do Estado. A ideia de que a prática deve ser consistente, ou de um “costume constante e uniforme” (Caso do Asilo Colombiano-Peruano, Colômbia v. Peru, Julgamento, 1950, C.I.J., Reports 1950, p. 266) não deve traduzir, ademais, a obrigatoriedade de perfeição e a intolerância a algum nível de inconsistência (Atividades Militares e Paramilitares na e contra a Nicarágua, Nicarágua v. Estados Unidos, Mérito, Julgamento, C.I.J., Reports 1986, p. 14).

Como exemplos dessa prática, é possível citar o reconhecimento de jurisdição universal por parte da Espanha a fim de julgar o cidadão argentino Ricardo Cavallo acusado dos crimes de terrorismo, tortura e genocídio. Os fatos teriam ocorrido nos anos finais da década de 70 e o pedido de detenção ocorreu somente em 25 de agosto 2000, pelo juizado de instrução n. 5 da audiência nacional de Madrid. Estando o acusado no México, foi requisitada a esse país sua extradição, tendo sido deferida pela Juíza Guadalupe Luna Altamirano, do Juizado do Sexto Distrito da Cidade do México, em 11 de janeiro de 2001. A decisão foi posteriormente confirmada pela Suprema Corte de Justiça da Nação, no fallo sobre apelacion 140/2002, de 10 de junho de 2002.

A Corte Suprema do Chile autorizou, em 21 de agosto de 2013, a extradição do ex-juiz federal argentino Otilio Romano, acusado de ser cúmplice em diversos crimes qualificados pela lei argentina como sendo de lesa humanidade (...)

É importante observar no que tange às decisões de México e Chile que ambas as nações não são partes da Convenção sobre a imprescritibilidade dos Crimes contra a Humanidade.

Segundo Kai Ambos², é importante analisar os elementos constitutivos da responsabilidade individual por esses crimes. Esses se desdobram em aspectos objetivos e subjetivos. Quanto aos primeiros, é possível destacar três aspectos fundamentais.

Um primeiro aspecto digno de realce é o da *conexion causal*, ao qual não houve um enfrentamento dogmático, mas sim pragmático por parte do Tribunal de Nuremberg, analisando-se muito mais os aspectos probatórios envolvidos de modo a verificar ou não a conexão causal³.

2 K. AMBOS, Los fundamentos de la responsabilidad penal individual, in Temas de derecho penal internacional, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 126.

3 K. AMBOS, Los fundamentos de la responsabilidad penal individual, in Temas de derecho penal internacional, Madrid, Marcial Pons, 2006, nota 66, p. 127.

Um segundo aspecto é a questão da *participação*. Nos julgamentos predominou a doutrina do desígnio comum ou *common design*, própria do direito anglo-saxão, bastando que o acusado estivesse envolvido na comissão do crime, partindo-se da ideia básica de que as atrocidades, por exemplo, perpetradas contra os judeus não poderiam ter sido cometidas sem o apoio de muitas pessoas e sem uma estrutura por trás que as assegurasse. Foi uma forma de estabelecer a responsabilidade por atos meramente preparatórios⁴.

Um terceiro aspecto refere-se à questão da *expansão da imputação*, segundo a qual se estabeleceu um *dever geral dos superiores de evitar ou prevenir o desrespeito às leis da guerra por seus subordinados, quando tenham ou devam ter ciência de eventuais atos criminosos por estes praticados*. Da mesma forma, os julgamentos do Tribunal de Tóquio estabeleceram a responsabilidade dos superiores civis por atos de seus subordinados, devendo ele renunciar, caso tenha conhecimento de uma atrocidade e não possa evitá-la⁵.

Além dessa responsabilidade por mando, pode-se também falar na responsabilidade por conspiração, que foi muito criticada durante os julgamentos de Nuremberg, pois não era conhecida do direito continental, parecendo uma mera punição da intenção.

Kai Ambos, em análise aos julgamentos por crimes de guerra realizados pela jurisprudência britânica, destaca a diferença entre conspiração, desígnio comum e participação de uma organização. Na primeira, haveria um acordo para cometer delitos. Na segunda, além do acordo se exigiria a efetiva prática deles. Na terceira, exige-se o conhecimento da organização e a participação voluntária e efetiva nela⁶.

Examinados os aspectos objetivos, passemos à análise dos elementos subjetivos da responsabilidade individual (*mens rea*).

Neste campo, entende-se que se deve afastar todas as presunções, limitando-se por outro lado todas as alegações de erro de direito, admitindo-as apenas nas hipóteses em que inevitáveis⁷, o que se coaduna com a doutrina geral de direito penal nesta matéria.

Tendo em vista a relevância do bem jurídico atingido e a recente introdução desse crime no cenário jurídico mundial, bem como o fato de estar diretamente relacionado à proteção dos direitos humanos, importa lembrar, em breves linhas, algumas características da responsabilidade penal por crimes contra a humanidade.

Ao utilizar a mesma sistemática de estudo dos crimes internacionais em geral, conforme visto acima, vamos desdobrar a análise das principais questões que envolvem os crimes contra a humanidade a partir da análise de seus elementos objetivos e subjetivos.

Um primeiro elemento objetivo presente nos crimes contra a humanidade e que deve ser analisado para a sua verificação ou não, é o fato de que só se caracteriza crime contra a humanidade o ato que esteja relacionado a um sistema de terror, assim mesmo atos individuais podem ser tidos como crimes contra a humanidade, desde que praticados dentro de um contexto desse tipo⁸.

Nestes crimes verifica-se um acentuado componente ideológico, pois são utilizados para um propósito político específico, em um sistema de contexto ditatorial de violência. Outra ca-

4 *Op. cit.*, nota 66, p. 129.

5 *Op. cit.*, nota 66, p.132, apud Roling e Ruters (eds), *The Tokyo judgment: the international military tribunal for the far east (IMTFE)*, Amsterdam, 1977.

6 *Op. cit.*, nota 66, p. 133, apud UNWCC, *Law Reports XV, London, 1947-1949 (UNWCC Law Reports)*, pp.97-99.

7 *Op. cit.*, nota 67, p. 135.

8 *Op. cit.*, nota 67, p. 137.

racterística importante, é que a política que o fundamenta não precisa ser hegemônica⁹.

Alguns elementos objetivos dessa responsabilidade (*actus reus*) podem ser analisados.

O mais importante deles refere-se à *participação/cumplicidade*.

Entende-se que a participação deve ser vista de forma individualizada, de modo a verificar a contribuição para o ato criminal. A esse respeito, é interessante a referência ao famoso caso *Eichmann*, em que foi condenado como autor principal, apesar de praticado vários atos de apoio ou cooperação. Com efeito, a Corte israelense concluiu por uma nova forma de analisar a questão da macrocriminalidade, *em que não seria possível o cometimento dos crimes contra a humanidade na escala em que foram praticados, sem a colaboração de terceiros e sem uma estrutura para tal fim*. Considerou-se ainda que a responsabilidade aumenta, na medida em que aumenta o nível de comando da pessoa envolvida¹⁰.

É a aplicação da doutrina do domínio do fato, em que se pode aplicar a teoria da autoria mediata, em que determinado aparato militar pode conferir aos seus líderes ou comandantes do domínio dos atos de seus subordinados, que executam crimes ordenados ou concebidos por seus comandantes, tratando-se de verdadeiros autores fungíveis do ato¹¹.

Esses têm sido os entendimentos aplicados nos casos de repressão aos crimes contra a humanidade praticados na Argentina e no Chile, durante a ditadura militar¹².

Quantos aos elementos subjetivos do crime, os julgamentos dos crimes de guerra nazistas demonstraram que basta a presença do dolo eventual, algo entre o dolo e a culpa consciente. Em *Eichmann*, por exemplo, o autor sabia da solução final; assim, a destruição dos judeus integrou o dolo¹³.

Nos julgamentos levados a efeito pelo Tribunal para antiga Iugoslávia, seguiram-se os mesmos passos já trilhados pelos julgamentos dos crimes dos nazistas, exigindo-se para a punição a existência de uma contribuição causal para a prática do crime e uma atuação intencional e consciente, com as variações adequadas para as situações de comando, em que a responsabilidade pode se dar por atos praticados por pessoas sob comando¹⁴.

Além disso, só a presença na cena do crime não é suficiente para a responsabilidade individual, devendo ser demonstrado que o acusado sabia que sua presença teria um efeito substancial e direto no crime, sendo que este conhecimento pode ser inferido das circunstâncias, não sendo necessário provar diretamente o conhecimento do acusado, sendo que isso não se confunde com presunção, tratando-se de análise objetiva das circunstâncias do caso concreto¹⁵.

Como conclusão, pode-se dizer que os seguintes elementos, indicados nos arts. 25 a 28, do Estatuto de Roma, são universalmente reconhecidos como princípios gerais de direito penal supranacional: 1º) No âmbito objetivo, estabelece um conceito amplo de participação, incluindo a possibilidade inclusive das chamadas autorias indiretas, por meio da qual um superior hierárquico pratica um crime, em razão do domínio do fato (aparato organizado de poder); 2º) No âmbito de análise subjetiva, tem-se que o conhecimento e a intenção podem ser eventualmente provada circunstancialmente; 3º) A existência de distintas formas de expansão da

9 *Op. cit.*, nota 67, p. 138.

10 H. Arendt, *Eichmann em Jerusalém* – Um relato sobre a banalidade do mal, Companhia das Letras, São Paulo, 2006, nota 28, pp 290/322.

11 K. Ambos, *op. cit.*, nota 66, p. 140.

12 Para uma maior discussão K. Ambos, *Op.cit.*, pp. 141 e 142.

13 Para uma maior discussão K. Ambos, *Op. cit.*, pp. 142 e 143 e H. Arendt, *Op. cit.*, nota 34.

14 Para uma maior discussão, K. Ambos, *Op. cit.*, pp. 146/148.

15 K. Ambos, *Op. cit.*, nota 67, p. 148 e 153.

imputação, em que a responsabilidade por mando é mais conhecimento, mas também pode ocorrer em se tratando de omissões, como neste caso, como nas hipóteses de ação¹⁶.

Continuando na análise do presente caso concreto, é forçoso reconhecer-se ainda que, uma vez definidos como crimes contra a humanidade, ao menos nesta fase de cognição sumária, aplica-se, como dito, o primado da imprescritibilidade de tais fatos típicos.

Destaco, após esses comentários que revelam meu entendimento pela possibilidade de punição dos crimes indicados na denúncia, eis que praticados contra a humanidade e imprescritíveis, que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADPF 153, rejeitou o pedido da Ordem dos Advogados do Brasil pela revisão da Lei nº 6.683/74, decisão essa, apesar de ainda pender embargos de declaração, possui efeito erga omnes e vinculativos a todo o Judiciário Nacional, por força do disposto no art. 10, da Lei nº 9.882, de 03 dezembro de 1999.

Mesmo o entendimento acima indicado, esposado pelo Ministro Edson Fachin, no julgamento da Extradicação 1362/DF, foi levado a plenário recentemente, julgamento este ainda pendente de decisão definitiva em razão de pedido de vista de um dos Ministros, no entanto, já se formou a maioria para não se permitir a Extradicação, considerado, pois, prescritível o crime de que se trata.

Portanto, admitir-se, no caso concreto ora analisado, o processamento dos denunciados diante desse quadro jurídico que se delineia, em que não se vislumbra, por ora, nenhuma possibilidade de alteração da posição do Supremo Tribunal Federal, mesmo após a decisão da Corte Americana de Direitos Humanos na decisão sobre a guerrilha do Araguaia, se me afiguraria a imposição de uma posição pessoal deste Magistrado, dissociada do que restou estabelecido até agora pela mais alta Corte Judicial do país, em decisão com efeito vinculante.

Em decisão tomada, em 29 de setembro de 2014, na Reclamação nº 18.686/RJ, em que se recebera denúncia pela prática de crimes praticados na ditadura militar, tendo como vítima, dentre outros, Marcelo Rubens Paiva, o Ministro Teori Zavaski fez prevalecer o decido na ADPF 153, relatoria do então Ministro Eros Grau:

São relevantes os fundamentos deduzidos na presente reclamação. Em juízo de verossimilhança, não há como negar que a decisão reclamada é incompatível com o que decidiu esta Suprema Corte no julgamento da ADPF 153, em que foi afirmada a constitucionalidade da Lei 6.683/79 (Lei de Anistia) e definido no âmbito da sua incidência (crimes políticos e conexos no período de 02/09/1961 a 15/08/1979, entre outros) (...) Essa decisão do Supremo Tribunal Federal, proferida no âmbito de Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental – ADPF, é dotada de eficácia erga omnes e efeito vinculante (art. 10, § 3º da Lei 9.882/99), podendo seu cumprimento ser exigido por via de reclamação (art. 13).

Até se poderia vislumbrar por um eventual *discrímen* entre crimes praticados pelo Estado em perseguição política daqueles praticados por um Estado paralelo, que se estabeleceu nos antigos DOI-CODIs, e não contavam com o apoio da própria estrutura militar, daí o caráter marginal de suas atividades¹⁷, exatamente como se verifica no caso em tela, hipótese que não

¹⁶ *Ibid.*, p. 153.

¹⁷ Elio Gaspari em “A ditadura Encurralada, Volume 4, pág. 15, alude a essa dissonância entre a cúpula militar da época e verdadeira marginalidade criminoso que operara ao redor do regime militar: “Este livro conta com a história desses anos. Para escrevê-lo, tive a ajuda decisiva de dois dos grandes personagens do regime. Ernesto Geisel e Golbery do Couto e Silva deram-me longas, sinceras e pacientes entrevistas. Se deixei respostas sem perguntas, a culpa foi minha. Golbery, chefe do Gabinete Civil e principal articulador político de Geisel, cedeu-me também o arquivo pessoal dele. *Eram 25 caixas que estavam guardadas em sua garagem, num sítio de Luziânia, nas cercanias de Brasília. Nelas há de tudo. Desde panfletos anônimos (de autoria*

seria abrangida pela decisão na supra mencionada ADPF.

Todavia, infere-se do próprio teor da decisão do Supremo Tribunal Federal, que se entendeu pela interpretação da Lei de Anistia como um exemplo de lei-medida (*Massnahme gesetze*), ou seja, norma que disciplina diretamente determinado interesse:

O significado válidos dos textos é variável no tempo e no espaço, histórica e culturalmente. A interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos. Mas essa afirmação aplica-se exclusivamente à interpretação das leis dotadas de generalidade e abstração, leis que constituem preceito primário, no sentido de que se impõem por força própria, autônoma. Não àquelas, designadas “leis-medida” (*Massnahme gesetze*), que disciplinam diretamente determinados interesses, mostrando-se imediatas e concretas, e consubstanciam, em si mesmas, um ato administrativo especial. No caso das leis-medida interpreta-se, em conjunto com o seu texto, a realidade no e do momento histórico no qual ela foi editada, não a realidade atual. É a realidade histórico-social da migração da ditadura para a democracia política, da transição conciliada de 1979, que há de ser ponderada para que possamos discernir o significado da expressão “crimes conexos” na Lei nº 6.683. É da anistia de então que estamos a cogitar, não da anistia tal e qual uns e outros hoje a concebem, senão qual foi na época conquistada.

Enfim, o Supremo entendeu pela extensão da lei em questão para os crimes conexos praticados por agentes do Estado contra os que lutavam contra o regime de exceção, possuindo a anistia caráter bilateral, amplo e geral, excepcionando-se apenas os já condenados – e com sentença transitada em julgado – pela prática de crimes de terrorismo, assalto, seqüestro e atentado pessoal.

Em suma, este é o panorama traçado pela jurisprudência do país, a partir de sua mais alta Corte, sendo que, ainda que em dissonância com o que tem sido decidido no âmbito dos Tribunais Internacionais, conforme visto acima, pelo que o país, uma vez mantida a decisão, e tudo indica que o será, poderá ser, de algum modo, responsabilizado no âmbito internacional, senão politicamente pelo menos, verdade é que, em termos de soberania interna, não há como não garantir o cumprimento das decisões tomadas pela Suprema Corte.

O representante do Ministério Público Federal, em sua manifestação de fls. 266/307 dos autos em apenso, alude ainda à ADPF 320/DF, sob relatoria do Ministro Luiz Fux, ainda pendente de decisão, com parecer favorável da Procuradoria Geral da República, e que discutiria o chamado controle de convencionalidade, visto que a decisão na ADPF 153 ocorrera antes da decisão da Corte Americana de Direitos Humanos quanto ao caso Araguaia, em que se determinara a punição pelos crimes ali praticados. Todavia, é fato que ainda prevalece, no território nacional, a decisão anterior da ADPF 153, sendo que, ao que tudo indica, à vista do recentemente decidido, ainda que não concluído o julgamento, na Extradução 1362/DF, sob relatoria do Ministro Edson Fachin, a maioria do Supremo inclinar-se-á pela prescritibilidade dos chamados crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar. Falta, pois, plausibilidade jurídica ao pedido, ressaltando-se, por fim, que nas respectivas Reclamações, como visto em um exemplo acima transcrito, o Supremo Tribunal tem suspenso as decisões

conhecida) até um telex do general José Maria de Andrada Serpa, de janeiro de 1976, dissociando-se, como comandante da 7ª Região Militar, de uma articulação de solidariedade para com a criminalidade do DOI-CODI paulista. Se Golbery não tivesse guardado uma cópia desse telex, a mais corajosa manifestação de um general em função de comando contra a anarquia delituosa dos DOIs dormiria entre os papéis da burocracia militar” (grifo nosso).

judiciais refratárias à tese da prescritibilidade dos crimes contra a humanidade praticados durante a ditadura militar.

A situação ainda é mais dramática quando se verifica que os eventuais autores desses crimes possuem, se ainda vivos, idade elevada, sendo que talvez não haja mais tempo hábil para a responsabilização penal. O país perderia, portanto, uma oportunidade de punir eventuais autores de crimes graves praticados contra os direitos humanos, punição esta que serviria de exemplo para que fatos como esse não mais ocorressem. Frise-se que a história do Brasil demonstra um exacerbado autoritarismo, que desde meados do II Império, teima, muitas vezes, em fazer valer, sob o império da força, sua vontade, o que também, sob esse prisma, justificaria um enfrentamento, pelo devido processo legal, de crimes praticados sob o manto do autoritarismo estatal, ainda que marginal.

Todavia, bem ou mal, a sociedade optou por uma transição pacífica, através de uma anistia geral e irrestrita, sendo que as vítimas desses crimes e seus familiares, têm sido indenizadas pela União, entendendo-se pela inadmissibilidade de persecução penal em relação a esses fatos, conforme visto acima.

Portanto, ressaltando meu entendimento pessoal, tendo em vista a fundamentação supra, não há alternativa senão rejeitar a denúncia.

Posto isso, REJEITO a denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra HARRY SHIBATA, ABEYLARD DE QUEIROZ ORSINI e JOSÉ GONÇALVES DIAS, qualificados às fls. 310/311 dos autos, como incurso nas sanções dos artigos 299, parágrafo único, c/c art. 44, II, “b” e “h” c.c art. 25 (atual art. 29), todos do Código Penal, com fulcro no art. 395, incisos II e III, do Código de Processo Penal, combinado com o art. 1º, da Lei nº 6.683/79, art. 10, §3º, da Lei nº 9.882/99, bem como a decisão proferida pelo STF na ADPF 153.

Não havendo recurso, façam-se as comunicações e anotações necessárias e, ulteriormente, arquivem-se os autos.

Ciência ao Ministério Público Federal.

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

São Paulo, 4 de novembro de 2016.

Juiz Federal SILVIO CÉSAR AROUCK GEMAQUE

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0017292-50.2016.4.03.6100

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réus: RAFAEL FABRIZZI LUCAS E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 6ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP
Juíza Federal: DENISE APARECIDA AVELAR
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 01/02/2017

Vistos.

Trata-se de ação civil pública, proposta pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de RAFAEL FABRIZZI LUCAS e ROGÉRIO FABRIZZI LUCAS, objetivando, em tutela provisória de urgência, a suspensão do domínio do sítio eletrônico “Brasil Pet Shop”, por meio de expedição de ofício ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – Nic.br.

Em sede de decisão definitiva de mérito, pretende o autor seja determinado o encerramento das atividades do domínio aludido, em caráter permanente, bem como declarado o perdimento, em favor da União, de todo o patrimônio arrecadado pelos réus através da exploração do sítio eletrônico.

Sucessivamente, na hipótese de rejeição do pedido anterior, requer a determinação aos réus para que apenas permitam o cadastramento e permanência no site de vendedores que apresentem a licença ambiental para comercialização de animais emitida pelo IBAMA ou pelas Secretarias Estaduais do Meio Ambiente, devendo excluir todos os vendedores atuais e futuros que não disponham da referida autorização, sob pena de multa aos réus de R\$ 100.000,00 (cem mil reais) por cada admissão de anúncio irregular.

Aduz o *parquet* que os réus são os titulares do domínio do sítio eletrônico supracitado. Após investigação, constatou-se a existência de milhares de anúncios de comercialização de animais silvestres e exóticos, sem que os vendedores possuíssem as devidas autorizações dos órgãos ambientais.

Sustenta, assim, que cerca de 99% das transações comerciais ocorridas no sítio eletrônico são produto de crimes ambientais (previstos no artigo 29 da Lei nº 9.605/1995), de forma que deve ser decretada a liquidação forçada do *website*.

Inicial acompanhada dos documentos digitalizados em mídia encartada à fl. 11.

Pela decisão de fls. 14/15 verso, foi deferida a tutela provisória de urgência, para determinar a expedição de ofício ao “Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – Nic.br”, para que procedesse a suspensão do domínio do sítio eletrônico “Brasil Pet Shop” (procedimento tecnicamente denominado de congelamento do nome de domínio).

Citados, os réus apresentaram contestação (fls. 31/64), impugnando os fatos narrados na inicial. Alegam que os anúncios de animais silvestres identificados pelo MPF correspondem apenas a 1,3% do total de anúncios cadastrados no domínio até a suspensão das atividades. Afirmam que a lista encaminhada pelo correú Rafael ao MPF no curso da investigação criminal apenas contemplava os vendedores de animais silvestres, eis que apenas sobre estes é que recaiam suspeitas de prática de atos criminosos.

Ademais, afirmam que não existe qualquer relação contratual entre os réus e todos os interessados em anunciar no sítio da *internet*, sendo que o próprio domínio tornava expressamente pública a ausência de responsabilidade pelos produtos divulgados, e que os usuários

precisavam anuir com os termos de uso do site, nos quais consta que as negociações são livremente entabuladas entre compradores e vendedores, sendo estes últimos os únicos responsáveis pela existência, qualidade e quantidade dos produtos comercializados.

Ainda neste particular, salientam os réus que o domínio nunca interviu nas negociações, tampouco exerceu a posse ou propriedade sobre os produtos/animais negociados. Por derradeiro, evoca os termos da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), que isenta de responsabilidade os provedores de *internet* pelos conteúdos produzidos por terceiros.

Defesa acompanhada dos documentos de fls. 67/464.

Instado a se manifestar sobre o teor da defesa (fl. 465), o MPF tão somente reitera as alegações da exordial, declarando não ter provas a produzir.

Provocados a se manifestarem sobre as provas que pretendiam produzir (fl. 473), os réus também declinaram da oportunidade (fl. 474).

Os autos vieram conclusos.

É o relatório. Decido.

Primeiramente, tendo em vista o acervo documental apresentado, bem como a teor dos ônus probatórios respectivos, entendo desnecessária a produção de outras provas, razão pela qual passo ao julgamento antecipado da lide.

Não suscitadas preliminares e presentes os pressupostos processuais e condições da ação, passo à análise de mérito.

Cinge-se a controvérsia dos autos a saber se os réus, titulares do domínio de *internet* “Brasil Pet Shop” são responsáveis pelos anúncios de oferta de animais silvestres sem prévia autorização por Órgãos de controle ambiental, anúncios estes que foram objeto de investigação instaurada pelo Ministério Público Federal, autuada sob nº 1.34.001.004235/2015-11, e cujos autos foram colacionados ao presente processo através do CD encartado à fl. 11.

Tal investigação foi originada de denúncia formulada pelo IBAMA, que identificou alguns anúncios irregulares veiculados na página do referido portal. No curso das investigações, foram intimados os ora réus desta demanda para informarem quais os usuários da página que comercializavam animais silvestres, tendo sido entregue uma lista com mais de cem nomes, dos quais apenas um ostentava registro perante o IBAMA.

Amparado nestes indícios, o MPF entende que o referido domínio de *internet* é um instrumento para a prática de crimes ambientais, razão pela qual postula o cancelamento definitivo do registro junto ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, bem como o perdimento dos valores arrecadados pelos réus através da exploração do site referido.

A contratase dos corréus, por sua vez, é a de que prestam apenas serviços de “provedor” de *internet*, não se responsabilizando pelo conteúdo gerado por terceiros através do site. Ademais, afirmam que, até a decisão exarada neste processo que determinou a suspensão das atividades da página, prestavam serviços a mais de dez mil usuários, os quais comercializavam desde animais domésticos, silvestres e outros produtos, de modo que a quantidade de eventuais usuários irregulares representa apenas 1,3% do total de clientes do portal.

Ainda neste particular, sustentam os réus que a legislação de regência afasta a responsabilidade dos provedores de *internet* pelo conteúdo gerado por terceiros.

Inicialmente, faz-se necessário esclarecer que as disposições da Lei nº 12.965/2014 (Marco Civil da Internet), sobre a ausência de responsabilidade por danos gerados por terceiros, apenas se aplica aos chamados *provedores de conexão*, que são os fornecedores de

acesso à *internet*, e não aos assim denominados *provedores de aplicação* (ou de *conteúdo*), caso do domínio titularizado pelos réus desta demanda. A conclusão decorre da interpretação da norma citada, que trata dos diferentes tipos de provedores em artigos distintos, a saber, nos artigos 19 e 21, respectivamente.

Com efeito, o serviço prestado pelos corréus através do portal “Brasil Pet Shop” é o de permitir que usuários divulguem produtos através do site, o qual se torna um meio para realização de negócios, tal como diversos outros portais de comércio em atividade.

Deste modo, a cláusula de ausência de responsabilidade pelo conteúdo disponibilizado pelos usuários apenas surte efeitos em relação aos compradores dos produtos fornecidos pelos usuários do portal, a fim de imputar exclusiva responsabilidade a estes últimos pela qualidade e quantidade dos bens oferecidos.

De outro lado, tal previsão contratual não tem o condão de elidir a responsabilidade pela oferta de produtos ilícitos, ainda mais em se tratando de bens sujeitos a rigoroso controle, não apenas ambiental, como também sanitário.

A teor do senso comum (CPC/2015, art. 375), não há como conceber que os portais de compra e venda pela *internet* não exijam provas mínimas de atendimento dos usuários a exigências legais de controle da atividade. Se assim não fosse, um portal poderia servir de instrumento para comercialização de substâncias ilícitas, e pelo mero fato de apenas disponibilizar um espaço na *internet*, não responderia pelo fato.

Seria até mesmo desnecessário evocar a legislação de proteção ao meio ambiente para se concluir neste sentido, pois as operações entabuladas pelos usuários do portal e os adquirentes dos animais silvestres caracterizam-se inequivocamente como relações de consumo, o que inclui os réus desta demanda na cadeia de fornecimento, a ensejar responsabilidade pelo fato do produto.

Neste sentido, trago a lume os seguintes julgados:

RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ANÚNCIO ERÓTICO FALSO PUBLICADO EM SITES DE CLASSIFICADOS NA INTERNET. DEVER DE CUIDADO NÃO VERIFICADO. SERVIÇOS PRESTADOS EM CADEIA POR MAIS DE UM FORNECEDOR. SITE DE CONTEÚDO QUE HOSPEDA OUTRO. RESPONSABILIDADE CIVIL DE TODOS QUE PARTICIPAM DA CADEIA DE CONSUMO.

1. No caso, o nome do autor foi anunciado em sites de classificados na internet, relacionando-o com prestação de serviços de caráter erótico e homossexual, tendo sido informado o telefone do local do seu trabalho. O sítio da rede mundial de computadores apontado pelo autor como sendo o veiculador do anúncio difamante - *ipanorama.com* - é de propriedade da ré TV Juiz de Fora Ltda., a qual mantinha relação contratual com a denunciada, Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do portal O Click, que se hospedava no site da primeira ré e foi o disseminador do anúncio. Este último (O Click) responsabilizava-se contratualmente pela “produção de quaisquer dados ou informações culturais, esportivas, de comportamento, serviços, busca, classificados, webmail e outros serviços de divulgação”.

2. Com efeito, cuida-se de relação de consumo por equiparação, decorrente de evento relativo a utilização de provedores de conteúdo na rede mundial de computadores, organizados para fornecer serviços em cadeia para os usuários, mediante a hospedagem do site “O click” no site “*ipanorama.com*”.

3. Assim, a solução da controvérsia deve partir da principiologia do Código de Defesa do Consumidor fundada na solidariedade de todos aqueles que participam da cadeia de produção ou da prestação de serviços. Para a responsabilização de todos os integrantes da cadeia de consumo, apura-se a responsabilidade de um deles, objetiva ou decorrente de culpa, caso se

verifiquem as hipóteses autorizadoras previstas no CDC. A responsabilidade dos demais integrantes da cadeia de consumo, todavia, não decorre de seu agir culposo ou de fato próprio, mas de uma imputação legal de responsabilidade que é servil ao propósito protetivo do sistema.

4. No caso em apreço, o site O click permitiu a veiculação de anúncio em que, objetivamente, comprometia a reputação do autor, sem ter indicado nenhuma ferramenta apta a controlar a idoneidade da informação. Com efeito, é exatamente no fato de o veículo de publicidade não ter se precavido quanto à procedência do nome, telefone e dados da oferta que veiculou, que reside seu agir culposo, uma vez que a publicidade de anúncios desse jaez deveria ser precedida de maior prudência e diligência, sob pena de se cancelar o linchamento moral e público de terceiros.

5. Mostrando-se evidente a responsabilidade civil da empresa Mídia 1 Publicidade Propaganda e Marketing, proprietária do site O click, configurada está a responsabilidade civil da TV Juiz de Fora, proprietária do site ipanorama.com, seja por imputação legal decorrente da cadeia de consumo, seja por culpa *in eligendo*.

6. Indenização por dano moral arbitrada em R\$ 30.000,00 (trinta mil reais).

7. Recurso especial provido.

(STJ, REsp 997.993, 4ª Turma, Rel.: Min. Luis Felipe Salomão, Data do Julg.: 21.06.2012, Data da Publ.: 06.08.2012)

A situação revela-se de alta gravidade ainda, por se tratar de produtos sujeitos a aferição por Órgão de controle ambiental, a impor um maior dever de diligência por parte do portal, tanto por ocasião do cadastramento dos usuários, quanto pela fiscalização da regularidade dos produtos anunciados.

Nos termos do art. 70 da Lei nº 9.605/1998, considera-se infração administrativa ambiental toda ação ou omissão que viole as regras jurídicas de uso, gozo, promoção, proteção e recuperação do meio ambiente. Referido dispositivo foi regulamentado pelo Decreto nº 6.514/2008, que prevê, em seu art. 24, como infração contra a fauna, matar, perseguir, caçar, apanhar, coletar, *utilizar espécimes da fauna silvestre*, nativos ou em rota migratória, *sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente*.

Por sua vez, estabelece o parágrafo 3º, III, do mesmo dispositivo regulamentar, que também incide nas mesmas sanções quem vende, *expõe à venda*, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade ambiental competente.

Destarte, resta inequívoca a responsabilidade dos réus pela idoneidade do registro dos usuários que comercializavam animais silvestres através do seu portal.

Entretanto, o pedido principal formulado pelo Ministério Público, no sentido de proceder ao cancelamento do domínio referido, é desproporcional à quantidade de usuários irregulares do portal da *internet*, frente ao número total de usuários, de modo que não há como concluir que “algo em torno de 99% das transações comerciais que ocorrem no sítio eletrônico são produto de crimes ambientais”, tal como asseverado pelo autor na exordial.

Ademais, os próprios réus apresentaram, com a contestação, documentos que atestam a viabilidade de exclusão de anúncios de animais silvestres (vide fls. 80/87), o que permite algum tipo de controle dos usuários por parte dos ora requeridos.

Assim, torna-se mais adequado e proporcional o acolhimento do pedido sucessivo deduzido, nos limites em que apresentado pelo *parquet* (CPC/2015, art. 492).

Nesta esteira, diante da fundamentação ora apresentada, bem como do acolhimento do pedido sucessivo nesta ação, revogo a tutela provisória de urgência concedida às fls. 14/15 verso.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, REVOGO a tutela provisória de urgência e, nos termos do artigo 487, I, do Código de Processo Civil, JULGO PROCEDENTE EM PARTE O PEDIDO formulado pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL em face de RAFAEL FABRIZZI LUCAS e ROGÉRIO FABRIZZI LUCAS, para determinar aos réus que:

a) permitam apenas o cadastramento e a permanência, no portal “Brasil Pet Shop”, de usuários que apresentem a licença/autorização ambiental para comercialização de animais, emitida pelo IBAMA ou pelas Secretarias Estaduais do Meio-Ambiente; e

b) excluam da página referida os vendedores, atuais ou futuros, que não apresentem a regular licença/autorização, ou venha a perde-la, sob pena de multa de R\$ 1.000,00 (mil reais) por cada admissão de anúncio por usuário irregularmente cadastrado.

Em consequência, nos termos do artigo 497 do Código de Processo Civil, concedo a tutela específica para o fim de determinar aos réus o imediato cumprimento desta sentença.

Sem condenação em custas processuais e honorários advocatícios, nos termos do art. 18 da Lei nº 7.347/1985.

A presente decisão não está sujeita ao reexame necessário.

Após a intimação das partes, expeça-se ofício ao Núcleo de Informação e Coordenação do Ponto BR – NIC.br, no endereço de fl. 18, para que levante a suspensão do domínio do sítio eletrônico “Brasil Pet Shop”, determinada pela decisão de fls. 14/15 verso.

P.R.I.C.

São Paulo, 13 de janeiro de 2017.

Juíza Federal DENISE APARECIDA AVELAR

