

Sentenças



AÇÃO PENAL

0000770-32.2009.4.03.6119

Autor: JUSTIÇA PÚBLICA

Réu: MILTON SANTOS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 2ª VARA DE MOGI DAS CRUZES - SP

Juiz Federal: TIAGO BITENCOURT DE DAVID

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 17/07/2015

I – Relatório:

Trata-se de ação penal movida pelo MPF por meio da qual postula a condenação de Milton Santos nas penas previstas para o crime de contrabando ou descaminho (na redação original do art. 334, § 1º, c, do Código Penal, ou seja, antes do advento da Lei Federal 13.008/2014) tendo em vista que o réu fora surpreendido expondo à venda e mantendo em depósito 300 (trezentos) maços de cigarros de origem estrangeira.

A denúncia foi recebida (fl. 141).

Foi realizada audiência para oferta de suspensão condicional do processo que resultou inexitosa por ter o MPF retirado a proposta dada a existência de outro processo criminal em seu desfavor.

Houve resposta à acusação (fls. 195 e 196) na qual a defesa advoga que haveria prescrição em perspectiva, pois fluíram seis anos e seis meses até que fosse interrompida a prescrição.

A apreciação da resposta à acusação deu-se por meio de decisão de fls. 201 e 202, tendo sido rejeitado o pleito defensivo.

Foi realizada audiência na qual foram ouvidas testemunhas e no mesmo ato deu-se o interrogatório do acusado (fls. 224-227), tudo gravado em DVD (fl. 227).

Na fase do art. 402 foi determinada a realização de diligência para esclarecimentos de quantos e em que estado estariam outros processos criminais eventualmente existentes contra o réu.

Memoriais do MPF às fls. 251-254, enfatizando estarem demonstradas a autoria e a materialidade aptas a ensejar a condenação por contrabando, pois a importação irregular de cigarros a tal espécie delitiva estaria subsumida.

Memoriais da defesa às fls. 261-264, advogando, em suma, a ocorrência de atipicidade formal (ausência de introdução clandestina dos cigarros no país), material (ausência de lesão significativa ao bem jurídico penalmente tutelado) e prescrição em perspectiva (nem mesmo uma hipotética e injustificável pena mínima em dobro escaparia da prescrição).

II – Fundamentação:

II – A) Preliminarmente:

O feito tramitou sem sobressaltos, inexistindo nulidade ou razão que impeça a cognição do mérito da causa.

II – B) Do mérito:

Inicialmente, cumpre a cognição da autoria e da materialidade para exame da existência de lastro probatório que conforte a narrativa exposta na exordial acusatória.

A autoria foi admitida pelo próprio réu, não havendo controvérsia sobre sua atuação no fato.

Já a materialidade emerge da admissão da conduta e do laudo de fls. 7-9 que discriminou pormenorizadamente os 24 (vinte e quatro) pacotes de cigarro – com 10 (dez) maços cada - apreendidos.

Isso posto, cumpre a cognição da subsunção dos fatos à *fattispecie* emanada do art. 334, § 1º, c, do Código Penal (antes do advento da Lei Federal 13.008/2014), *in verbis*:

§ 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;

Formalmente, não há dúvida de que a conduta subsume-se ao tipo penal, vez que o acusado estava comercializando mercadorias que não ingressaram regularmente. Repelida a primeira tese defensiva, portanto.

Já a questão da insignificância da conduta, tal como ventilada pela defesa, também não pode ser acolhida da maneira como advogada.

O interesse em tela não é meramente fiscal. Se o fosse, certamente seria caso de absolvição na medida em que a tributação sonegada na importação de 24 pacotes de cigarros é pífia quando tem-se em vista os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) adotados como parâmetro recentemente em sede jurisprudencial.

A comercialização de bens que dependem de autorização especial, ou seja, que se submetem a um regime de relativa proibição, consubstancia o crime de contrabando – e não de descaminho – a ferir bem jurídico outro que não apenas o erário, a saber, a saúde pública, a segurança pessoal, etc. No caso dos cigarros, resta evidente que a tutela via criminalização por meio da tipificação como contrabando tem como norte a proteção primeiramente da saúde pública – e secundariamente do interesse fiscal. Portanto, em princípio, a incidência penal seria de contrabando no caso da importação/comercialização de cigarros estrangeiros sem autorização.

Já a comercialização em território nacional de cigarros fabricados para exportação implica em violação de proibição absoluta, igualmente caracterizadora do contrabando, implicando em concorrência desleal ao produto nacional feito para venda doméstica e também prejudicando a coletividade na medida em que implica na ausência de arrecadação devida.

Assim, a comercialização irregular de cigarros importados caracteriza o crime de contrabando – e não de descaminho.

Uma vez que a conduta praticada é subsumível ao tipo penal de contrabando, impõe-se a análise *in concreto* do potencial perigo para a saúde pública. Isso porque a norma proibitiva não é um valor por si só, sendo condição de possibilidade da intervenção penal a constatação de que algum bem jurídico é colocado em risco concreto de lesão, não bastando a conveniência do uso do Direito Penal simplesmente para ratificar uma intervenção administrativa. Como bem percebido por Eugenio Raúl Zaffaroni e Nilo Batista:¹

Existe um fenômeno relativamente recente, ou seja, a chamada administrativização do direito

1 ALAGIA, Alejandro; BATISTA, Nilo; SLOKAR, Alejandro; ZAFFARONI, E. Raúl. *Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2011, p. 50.

penal, que se caracteriza pela pretensão de um uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas (em especial no âmbito fiscal, societário, previdenciário etc.), o que banaliza o conteúdo da legislação penal, destrói o conceito limitativo de bem jurídico, aprofunda a ficção do conhecimento da lei, põe em crise a concepção do dolo, vale-se de responsabilidade objetiva e, em geral, privilegia o estado em sua relação com o patrimônio dos habitantes.

É claro que não se desconhece a expansão pela qual vem passando o Direito Penal, sendo bastante interessante a análise de Jesús-María Silva Sánchez² no sentido de que na medida em que as sanções não sejam privativas de liberdade seriam aceitáveis certas relativizações dos fundamentos clássicos penais e processuais penais. Entretanto, tal flexibilização não pode servir pura e simplesmente como uma autorização para uma segunda punição administrativa mediante ameaça de prisão por descumprimento, até mesmo porque a fragmentariedade e a subsidiariedade da tutela criminal restariam esvaziadas. Por isso, mesmo ante a possibilidade ampla de substituição por penas não-corporais, ainda assim a aferição da real potencialidade lesiva a determinado bem jurídico se impõe.

Sobre o ponto são esclarecedoras as palavras de Claus Roxin:³

XI. La subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos

De lo dicho hasta ahora se desprende ya que la protección de bienes jurídicos no se realiza sólo mediante el Derecho penal, sino que a ello há de cooperar el instrumental de todo el ordenamiento jurídico. El Derecho penal sólo es incluso la última de entre todas las medidas protectoras que hay que considerar, es decir que sólo se puede hacer intervenir cuando fallen otros medios de solución social del problema – como la acción civil, las regulaciones de policía o jurídico-técnicas, las sanciones no penales, etc. -. Por ello se denomina la pena como la “ultima ratio de la política social” y se define su misión como protección subsidiaria de bienes jurídicos. En la medida em que el Derecho penal sólo protege uma parte de los bienes jurídicos, e incluso ésa no siempre de modo general, sino frecuentemente (como el patrimonio) sólo frente a formas de ataque concretas, se habla también de la naturaliza “fragmentaria” del Derecho penal.

Esta limitación del Derecho penal se desprende del principio (sic) de proporcionalidade, que a su vez se puede derivar del principio del Estado de Derecho de nuestra Constitución: Como el Derecho penal possibilita las más duras de todas las intromisiones estatales em la libertad del ciudadano, sólo se le puede hacer intervenir cuando otros médios menos duros no prometan tener um éxito suficiente. Pues supone una vulneración de la prohibición de exceso el hecho de que el Estado eche mano de la afilada espada del Derecho penal cuando otras medidas de política social puedan proteger igualmente o incluso com más eficacia um determinado bien jurídico. Por ejemplo, las infracciones contractuales habituales se pueden compensar muy bien mediante la acción civil y medidas de ejecución forzosa, por lo que sería inadecuado intervenir em esos casos com el Derecho penal. Sólo si alguien perjudica mediante engano y com ánimo de lucro a la outra parte de um negocio, el bien jurídico del patrimonio individual se ve menoscabado de modo tan consistente que entra em juego el tipo penal de estafa (§ 263). Aquí hay que ubicar también el problema políticocriminal de la delimitación entre hechos punibles y contravenciones. Em virtud de la subsidiariedade de la protección jurídicopenal de bienes jurídicos, el legislador debe estatuir uns contravención allí donde uma sanción no

2 SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução de Luiz Otávio de Oliveira Rocha. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 189 e 191.

3 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Tradução da 2ª edição alemã para o espanhol por Diego Manual Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson/Civitas, 2008, p. 65-67.

penal baste para asegurar el fin que persigue. Así sucede sobre todo en caso de delitos que suponen sólo um menoscabo insignificante de bienes jurídicos (cf. los §§ 111 ss. OWiG). Pero también hay que considerar esa posibilidad cuando una conducta, pese a causar um daño a veces considerable, sólo muestra um escasso contenido de desvalor ético; así em el caso de la imprudencia insignificante, que hoy se castiga muchas veces como infracción criminal, su sanción como contravención podría cumplir la misma función de protección, tanto más cuanto que el deber de indemnización civil despliega un considerable efecto preventivo. En otros casos – p. ej. en algunas formas de conductas nocivas para el medio ambiente – los deberes y sanciones administrativas pueden ser a menudo más eficaces que la persecución penal, que en estos casos frecuentemente tropieza con dificultades para aclarar la responsabilidad individual. También ofrece posibilidades que con mucho no se han agotado aún a efectos de política jurídica la sustitución de soluciones penales por soluciones del Derecho civil. Así tendría pleno sentido – excepto en caso de reincidencia repetida – que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento; y para los hurtos en las empresas, en vez de encomendar tales casos a la Justicia penal, se debería disponer de una regulación jurídica para una “justicia en la empresa” de carácter interno, como la que ya se practica hoy – pero sin suficientes garantías jurídicas – en la mayoría de los casos.

A diferencia de lo que ocurre en la cuestión de la protección de bienes jurídicos, en que el legislador está sometido a obligados límites relativamente estrictos, la idea de subsidiariedad deja abierto un amplio margen de juego al arbitrio del legislador. Es cierto que teóricamente el principio de proporcionalidad es un principio constitucional básico, por lo que la punición de una infracción insignificante podría ser nula por vulnerar la prohibición de exceso; pero en la práctica hay que negar la inconstitucionalidad mientras el legislador tenga disponibles para infracciones de escasa gravedad penas correlativamente benignas. Y si no hay certeza sobre si otros medios más leves (como las meras sanciones civiles) prometen o no un éxito suficiente, al legislador le está atribuida además una prerrogativa de estimación. Por ello el principio de subsidiariedad es más una directriz políticocriminal que un mandato vinculante; es una cuestión de decisión de política social fijar hasta qué punto el legislador debe transformar hechos punibles en contravenciones o si considera adecuada la desincriminación p. ej. del hurto en locales comerciales o en las empresas. Pero de todos modos el concepto material de delito también hace posible en la medida expuesta una crítica legislativa fundada, que es imprescindible para el progreso del Derecho penal.

Não se trata, portanto, de uma análise apenas do montante de eventual prejuízo financeiro, mas de uma análise que envolve se realmente há efetivo risco de lesão a determinado bem jurídico, seja este de ordem patrimonial, seja de ordem moral, de modo que se trata de um crivo pelo qual toda intervenção penal deve passar, independentemente da espécie de interesse juridicamente protegido.

E a real potencialidade lesiva deve ser aferida concretamente, não devendo ser feita a análise abstrata do tipo penal, sob pena de açodadamente ser reconhecida uma inconstitucionalidade indevida, pois é possível que em uma apressada afirmação de que determinado crime viola a subsidiariedade e não se revela tutela realmente necessária ao bem jurídico acabe sendo ignorada a efetiva proporcionalidade da repressão criminal ante a gravidade da conduta especificamente considerada. E é por isso que Pierpaolo Cruz Bottini⁴ aduz que a análise cabe ao magistrado em cada caso, não se podendo determinar *ex ante* a (des)necessidade de determinados tipos penais – aliás, trata-se de posicionamento bastante afinado com a equidade (*epieikeia*) aristotélica que prestigia as nuances do caso concreto e enseja a cognição mediante

4 BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Crimes de Perigo Abstrato*. 3ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 156 e 184.

cotejo dialético entre a abstração normatiza e a concretude dos fatos *sub judice*.

Quando visto o laudo pericial no sentido de que os 24 pacotes de cigarros não eram fruto de falsificação, sendo produtos produzidos e ao que tudo indica consumidos normalmente em outro país, conclui-se que não apresentam risco anormal para os consumidores que não aqueles inerentes ao uso do tabaco, tal como já ocorre em relação aos produtos nacionais em maior ou menor grau. Tratavam-se simplesmente de cigarros paraguaios internalizados irregularmente, sem que se depreendesse qualquer risco para a saúde humana que não os conhecidos males próprios do tabagismo. Ou seja, dadas as circunstâncias concretas do caso, não se vislumbrou um risco que não os típicos da espécie de mercadoria, não tendo o autor colocado a coletividade em situação de maior perigo do que normalmente existe em qualquer comercialização de cigarros.

Nem se diga que havia um pacote que era nacional para exportação (Derby/Souza Cruz), pois um único conjunto de dez maços não é capaz de abalar nem o erário e nem a concorrência nacional, revelando-se absolutamente insignificante.

No mesmo sentido do quanto aqui desenvolvido, veja-se precedente do TRF4:

PENAL E PROCESSO PENAL. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO. CIGARROS. CONTRABANDO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE. SITUAÇÃO EXCEPCIONAL. DENÚNCIA REJEITADA. MANUTENÇÃO DA DECISÃO.

Embora se esteja diante de contrabando de cigarros que, ordinariamente, não possibilita a aplicação do princípio da insignificância, o caso dos autos traz a hipótese de ínfima quantidade contrabandeada, revelando-se mínima a lesão à arrecadação fiscal, à saúde pública e à atividade industrial brasileiras, eis porque, em caráter excepcional, deve ser mantida a sentença que rejeitou a denúncia ante a incidência do princípio da insignificância.

(TRF4, RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO Nº 5000344-56.2015.404.7004/PR, julgado em 27.05.2015)

Ainda no mesmo julgado são citados vários outros precedentes aqui reproduzidos:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. CONTRABANDO. TRANSPORTE DE CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. QUANTIDADE MÍNIMA DE MERCADORIAS. DANO À SAÚDE PÚBLICA. NÃO OCORRÊNCIA.

1. Aplica-se o princípio da insignificância ao crime de descaminho considerando (a) o somatório de tributos iludidos (II e IPI), (b) o parâmetro fiscal de R\$ 20 mil, estabelecido pela Portaria MF nº 75/2012.

2. Em se tratando de contrabando, o reconhecimento da insignificância para fins de exclusão da tipicidade não ocorre na seara da ilusão tributária, mas na relevância ou não da prática delituosa para o direito penal.

3. A importação de 160 (cento e sessenta) maços de cigarros não é relevante para o direito penal, pois: a) não representa perigo social; (b) não representa uma conduta de alto grau de reprovabilidade; (c) apresenta grau de periculosidade mínimo; e (d) causaria dano inexpressivo ou nulo à saúde pública, assim como a outros bens jurídicos tutelados pelo tipo penal.

4. Recurso criminal em sentido estrito improvido.

(TRF4, 5007996-67.2014.404.7002, 8ª Turma, dec. un, Rel. João Pedro Gebran Neto, 09/09/2014). (sem grifos no original).

PENAL. RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. CONTRABANDO E DESCAMINHO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. CIGARROS. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA MANTIDA.

1. A introdução ilícita de cigarros estrangeiros ou de cigarros nacionais dirigidos à exportação em território nacional afeta a saúde pública e os consumidores, não autorizando, como

regra, a aplicação do princípio da insignificância. Precedentes do Supremo Tribunal Federal. Tratando-se, porém, de quantidade de cigarros muito pouco expressiva, de reduzido valor comercial, não se justifica a persecução penal, sendo possível excepcionar a regra e considerar a conduta, do ponto de vista penal, insignificante.

2. Recurso em sentido estrito desprovido.

(TRF4, 5004441-76.2013.404.7002, Oitava Turma, Relator p/ Acórdão Sergio Fernando Moro, juntado aos autos em 26/09/2013). (sem grifos no original).

PENAL. PROCESSO PENAL. CONTRABANDO DE CIGARROS. QUANTIDADE ÍNFIMA. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICABILIDADE.

A importação irregular de mínima quantidade de cigarros de procedência estrangeira, ensejando inclusive dúvida quanto à sua destinação comercial, constitui fato insignificante perante o Direito Penal, em razão de sua mínima dimensão, incapaz de atrair sobre si a incidência da norma penal.

(TRF4, ACR 5005109-57.2012.404.7010, Sétima Turma, Relator p/ Acórdão Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 27/11/2014).

Em igual sentido, colhe-se julgado do TRF1:

PENAL. PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. ART. 334 § 1º, ALÍNEA “c” DO CÓDIGO PENAL. CONTRABANDO. CIGARROS. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. APLICAÇÃO. POSSIBILIDADE.

1. Não obstante o bem jurídico protegido, relativamente ao contrabando, não seja o mesmo do descaminho, não é caso de se descartar, “a priori” a aplicação do princípio da insignificância, na hipótese em que o desvalor da conduta não se apresente, ante a sua mínima lesividade, pelo que a conduta não deve ser alcançada pelas normas repressivas de natureza penal.

2. Foram apreendidos na residência do acusado 282 (duzentos e oitenta e dois) maços de cigarros de origem estrangeira (Paraguai), desprovidos de documentação comprobatória da introdução regular no território brasileiro, avaliados em R\$ 282,00 (duzentos e oitenta e dois reais).

3. Afigura-se correta a incidência do princípio da insignificância no presente caso, eis que o bem jurídico tutelado, a saúde pública, não foi afetado de maneira grave e transcendental, não exigindo, assim, a interferência do direito penal.

4. Recurso em sentido estrito não provido.

(TRF1, RSE 0000187-57.2012.4.01.3804, julgado em 04.02.2013)

Veja-se, ainda, no sentido da absolvição, o seguinte aresto do TRF3:

PENAL. DELITOS DOS ARTIGOS 334, §1º, ALÍNEA “B” E 333 DO CÓDIGO PENAL. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. PROVA.

- Tendo o delito cigarros como objeto material, ainda que de venda proibida no país, situação alcinhada pela jurisprudência de contrabando por assimilação, a objetividade jurídica se confunde com a do delito de descaminho, de modo a natureza do delito não encerrar óbice à aplicação do princípio da insignificância, cabendo apurar do requisito referente ao valor dos tributos iludidos.

- PIS e COFINS que são classificados como contribuições, não podendo ser incluídos no valor que serve de referência, porquanto dispõe a norma penal sobre o não-pagamento de “imposto” devido. Incidência da proibição de interpretação extensiva ou analógica “in malam partem” no âmbito penal.

- Caso em que o valor do imposto elidido não ultrapassa o limite estabelecido para a dispensa da cobrança do débito fiscal, permitindo a solução da demanda com a aplicação do princípio

da insignificância.

- Materialidade e autoria dolosa do delito de corrupção ativa que se comprova apenas em relação a designado acusado. Mantida a absolvição do corréu. - Afastada a condenação à reparação de danos.

- Recurso da defesa parcialmente provido.

- Recurso da acusação desprovido.

(TRF3, APELAÇÃO CRIMINAL – 49971, julgamento em 09.06.2015)

O acusado já aceitou e cumpriu os termos de suspensão condicional do processo, vendo extinta sua punibilidade. Portanto, já sofreu o suficiente com o ocorrido, além de ter perdido a mercadoria, algo sentido pelo pequeno comerciante. Nem se diga que a repressão criminal se impõe agora porque o acusado não teria se emendado, mesmo depois de já ter sofrido outra ação penal. Isso porque o fato pelo qual está sendo agora processado não é posterior, mas anterior ao aceite da suspensão condicional do processo, de modo que não serve de parâmetro para afirmar-se que o acusado é renitente ao aprendizado.

Portanto, não havendo no caso dos autos risco algum para a saúde pública, não se justifica o reconhecimento judicial da ocorrência do crime de contrabando, sob pena de tutelar-se a proibição administrativa por si só – como se fosse o fim, ao invés do meio.

Caso se tratasse de um acusado que conduzisse um caminhão cheio de cigarros, então se justificaria a intervenção penal, mas a título de descaminho, caso também em tal situação não fosse comprovado que o produto apresentasse risco anormal para a saúde pública.

Uma vez que não existiu risco algum para a saúde pública, cumpre a análise da residual lesão ao erário.

Sobre o ponto, tem-se que o acusado não realizou qualquer importação, o que já descaracteriza sua conduta como descaminho. Mesmo se fosse aceita a imputação da lesão ao erário ao comerciante, ainda assim a supressão do tributo devido seria muito menor do que os R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) adotados como parâmetro em sede jurisprudencial.

É claro que no caso de futuramente o acusado ser novamente flagrado no comércio irregular de cigarros sua sorte poderá ser muito diferente, pois quem sabe aí sim revelar-se-á necessária a intervenção penal que tem em vista um fato e seu autor, tanto que Claus Roxin,⁵ no sentido oposto ao que tantos sustentam no Brasil, aponta a necessidade de aferição do histórico do autor para absolvição:

Así tendría pleno sentido – excepto en caso de reincidencia repetida – que los pequeños hurtos en tiendas se compensaran con prestaciones dinerarias al propietario del establecimiento [...] (sublinhamos)

Logo, por tudo quanto exposto, neste caso o veredicto é de ABSOLVIÇÃO.

III – Dispositivo:

Julgo improcedente a ação penal ao ABSOLVER O RÉU (art. 386, III, do CPP).

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

Mogi das Cruzes/SP, 10 de julho de 2015.

Juiz Federal TIAGO BITENCOURT DE DAVID

5 ROXIN, Claus. *Derecho Penal: Parte General*. Tomo I. Tradução da 2ª edição alemã para o espanhol por Diego Manual Luzón Peña, Miguel Díaz García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madri: Thomson/Civitas, 2008, p. 66.

AÇÃO ORDINÁRIA

0002871-07.2011.4.03.6108

Autores: FRANCISCO DE ASSIS ROCHA E ANTONIA MARIA DE OLIVEIRA ROCHA
Réus: UNIÃO FEDERAL E OUTRO
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA FEDERAL DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOAQUIM E. ALVES PINTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/04/2015

FRANCISCO DE ASSIS ROCHA e ANTONIA MARIA DE OLIVEIRA ROCHA propuseram a presente ação em face da UNIÃO (sucessora da REDE FERRROVIÁRIA FEDERAL S/A – RFFSA) pretendendo indenização por danos materiais e morais, em razão do falecimento do filho da Autora, enteado do Autor, ocorrido em 11/12/1998.

Alegam, em síntese, que no dia 11 de dezembro de 1998, ao brincar sobre os vagões, o menor tocou com a mão nos fios de alta tensão, vindo a sofrer eletrocussão – descarga elétrica de ferrovia, o que o levou a óbito. Diz que restou comprovado na apuração policial que o adolescente faleceu em virtude do acidente ocorrido no pátio da estação ferroviária e devido à eletrocussão. Afirmam que a culpa não pode ser atribuída exclusivamente à vítima, em razão da tenra idade que possuía (treze anos) e que cabia à ré adotar as medidas eficazes de garantia de segurança, visando prevenir acidentes, não só de passageiros, mas também de terceiros. Pede indenização por danos materiais, consistentes no pagamento de pensão mensal equivalente ao valor de um salário mínimo, desde a data do acidente até a data em que a vítima completaria 65 (sessenta e cinco) anos de idade e danos morais correspondentes a 300 (trezentos) salários mínimos.

O feito foi distribuído, originariamente, a uma das varas cíveis da Comarca de Lençóis Paulista/SP.

À f. 64, houve o deferimento da assistência judiciária gratuita e determinação de citação da ré.

A RFFSA manifestou-se às f. 67/68 pleiteando a suspensão do feito, em razão de sua extinção e a intimação da União para assumir o polo passivo da demanda, bem como o deslocamento da competência para a Justiça Federal.

Determinou-se a manifestação dos Autores (f. 76).

A União manifestou-se pela suspensão do feito, intimação dos Autores sobre a habilitação e sua admissão como sucessora da extinta RFFSA, com a consequente remessa dos autos à Justiça Federal (f. 77/78).

Os Autores manifestaram-se em concordância (f. 80), havendo o deferimento do pedido (f. 81).

À f. 84, houve pedido dos Autores para que fosse efetuada a sucessão processual da União.

Deferido o pedido, foi determinada a remessa dos Autos para esta Subseção Judiciária, em face da incompetência absoluta da Justiça Estadual (f. 85/86).

Recebidos os autos, foram ratificados os atos decisórios anteriormente praticados, afastada hipótese de coisa julgada e determinada a intimação da União para apresentar defesa (f. 97).

A contestação foi apresentada às f. 98/107, alegando a União, em preliminar, a ilegitimidade *ad causam*. Não obstante, denunciou à lide a ALL – América Latina Logística do Brasil S/A e alegou a prescrição trienal e quinquenal. No mérito, argumentou que o acidente deu-se

por culpa exclusiva da vítima, que se aventurou ao caminhar por cima dos vagões, logo, não se podendo exigir que a vigilância do local coibisse a arriscada prática, afastando o risco. Pede a improcedência do pedido e, na eventual hipótese de acolhimento, que a indenização seja proporcional, tendo em vista a culpa concorrente. Rechaçou, ainda, o pedido de indenização por danos materiais, uma vez que a vítima não trabalhava, logo, não auferia rendimentos. Juntou documentos (f. 109/125).

Houve réplica (f. 127/136).

A decisão de f. 137/140, afastou as questões preliminares aventadas na contestação e deferiu a denunciação à lide, determinando a citação da litisdenunciada.

Citada, a ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA E MALHA PAULISTA S/A ofertou contestação (f. 154/168). Alegou, preliminarmente, ilegitimidade passiva, ao argumento de que é mera concessionária da malha ferroviária e não proprietária do terreno onde ocorreu o dano. Aventou, ainda, a tese de prescrição trienal e, no mérito, sustentou que se houve falha na vigilância, a conduta deve ser imputada à Autora que não exerceu seu dever de zelar pela orientação correta, educação e pela integridade física do filho. Ressalta que em seu depoimento de fls. 41, a própria Autora confessa a negligência, quando afirma que o menor havia saído de casa e ela não sabia do paradeiro dele. Salientou, também, que a vítima tratava-se de adolescente com 13 de idade, portanto, já tinha discernimento para entender que o local era perigoso e inapropriado para brincadeiras. Pede a improcedência do pedido, com fundamento na culpa exclusiva da vítima e diz que não pode ser responsabilizada, invocando, também, a negligência da genitora. Ao final, afirma que não vê possibilidade de indenização por danos morais, pois apesar de o menor ter saído de casa há aproximadamente um mês, os Autores não adotaram qualquer providência, o que demonstra o descaso e abandono do menor, sendo a indenização injustificável. Firme no princípio da eventualidade pede que eventual indenização seja fixada levando-se em conta a culpa concorrente. Juntou documentos (f. 175/210).

A contestação da litisdenunciada foi impugnada às f. 216/223, ao passo que a UNIÃO manifestou-se às f. 224/226.

Nada foi requerido em sede de especificação de provas.

É o relatório. Decido.

Julgo antecipadamente a lide, na forma do artigo 330, inciso I, do CPC, ante a desnecessidade de produção de outras provas.

Inicialmente, é de ser acolhida a alegação de ilegitimidade passiva arguida pela litisdenunciada ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA E MALHA PAULISTA S/A.

Quando do pedido de denunciação formulado pela RFFSA, a própria ré informou que a litisdenunciada adquiriu a ferrovia no ano de 2006 e que, atualmente, é a responsável pelo Pátio da Estação Ferroviária de Bauru (vide f. 100).

A litisdenunciada, por seu turno, apresentou contrato de concessão da Ferroban, da qual é concessionária, firmado apenas em 30/12/1998, outorgado por Decreto em 22/12/1998, portanto, após a ocorrência do óbito do filho da Autora.

Desse modo, não há como atribuir eventual obrigação de indenizar à litisdenunciada, que só passou a ser responsável pelo pátio, local dos fatos, após a ocorrência do evento danoso.

Cabe registrar, ainda, que a arguição de ilegitimidade passiva da União e de prescrição já foi afastada na decisão de f. 137/140, em que restou delineado o prazo quinquenal, nos termos do Decreto 20.910/32. A responsabilidade da UNIÃO (RFFSA) é questão do mérito, que passo a analisar.

Consoante relatado pretendem os Autores obter indenização por danos morais e materiais em decorrência do óbito do menor João Henrique de Oliveira, ocorrido em 17/12/1998, no pátio da estação ferroviária de Bauru.

Cumprir destacar, de início, que o serviço de transporte ferroviário tem natureza pública, conforme os termos da Constituição Federal de 1988:

Art. 21. Compete à União:

(...)

XII - explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:

(...)

d) os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais, ou que transponham os limites de Estado ou Território;

O Decreto nº 1.832, de 4 de março de 1996, por sua vez, dispõe que as administrações ferroviárias têm o dever de promover medidas de segurança e educação, nos seguintes termos:

Art. 4º As Administrações Ferroviárias ficam sujeitas à supervisão e à fiscalização do Ministério dos Transportes, na forma deste Regulamento e da legislação vigente, e deverão:

I - cumprir e fazer cumprir, nos prazos determinados, as medidas de segurança e regularidade do tráfego que forem exigidas;

(...)

Art. 12. A Administração Ferroviária deverá implantar dispositivos de proteção e segurança ao longo de suas faixas de domínio.

(...)

Art. 54. A Administração Ferroviária adotará as medidas de natureza técnica, administrativa, de segurança e educativa destinadas a:

(...)

IV - prevenir acidentes;

Anote-se, outrossim, que a responsabilidade estatal, em regra, é objetiva, desde que se trate de *ações* de seus agentes, quando causarem danos a terceiros, conforme estatui o § 6º, do art. 37, *verbis*:

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

Na responsabilidade objetiva, não se cogita da constatação de dolo ou culpa – pelos atos comissivos de seus servidores, bastando provar-se a ação do agente público, o dano e o nexo de causalidade.

Entretanto, quando nos referimos à *omissão* estatal já estamos perante uma outra espécie de responsabilidade, a subjetiva, que, sabe-se, reclama a prova da culpa (em sentido amplo). Esse posicionamento jurídico tem amparo em nossa doutrina nacional, conforme se extrai da lição de RUI STOCO (Responsabilidade Civil, RT, 1997, 3ª ed, pág. 373):

Em resumo, a ausência do serviço causada pelo seu funcionamento defeituoso, até mesmo pelo retardamento, é *quantum satis* para configurar a responsabilidade do Estado pelos danos daí decorrentes em favor dos administrados. Em verdade, cumpre reiterar, *a responsabilidade por falta de serviço, falha do serviço ou culpa do serviço é subjetiva, porque baseada na culpa*

(ou dolo). Caracterizará sempre responsabilidade por comportamento ilícito quanto o Estado, devendo atuar segundo certos critérios ou padrões, não o faz, ou de modo insuficiente. (...) Quer parecer, contudo, que o Estado tanto pode responder pelo dano causado em razão da responsabilidade objetiva consagrada no art. 37, § 6º da Constituição Federal (se a atividade da qual decorreu o gravame for lícita), como pela teoria subjetiva da culpa (se a atividade foi ilícita ou em virtude da *faute du service*).

CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELO tem idêntico entendimento (apud *in* RUI STOCO, obra citada, pág. 374):

Quando o dano foi possível em decorrência de uma omissão do Estado (o serviço não funcionou, funcionou tardia ou deficientemente) é de aplicar-se a teoria da responsabilidade subjetiva. Com efeito, se o Estado não agiu, não pode, logicamente, ser ele o autor do dano. E se não foi o autor só cabe responsabilizá-lo caso esteja obrigado a impedir o dano. Isto é: só faz sentido responsabilizá-lo se descumpriu dever legal que lhe impunha obstar o evento lesivo. Deveras, caso o Poder Público não estivesse obrigado a impedir o acontecimento danoso, faltaria razão para impor-lhe o encargo de suportar patrimonialmente as conseqüências da lesão. Logo, a responsabilidade estatal por ato omissivo é sempre responsabilidade por comportamento ilícito. E sendo responsabilidade por ilícito é necessariamente responsabilidade subjetiva, pois não há conduta ilícita do Estado (embora do particular possa haver) que não seja proveniente de negligência, imprudência ou imperícia (culpa) ou, então, deliberado propósito de violar norma que o constituía em dada obrigação (dolo). Culpa e dolo são justamente as modalidades de responsabilidade subjetiva.

No mesmo sentido, ainda, é o escorio de OSWALDO ARANHA BANDEIRA DE MELLO (Princípios Gerais de Direito Administrativo, Forense, Rio, Vol. II, p. 482-483, *APUD in* RUI STOCO, obra citada, pág. 374):

não se trata de culpa individual do agente público, causador do dano. Ao contrário, diz respeito a culpa do serviço diluída na sua organização, assumindo feição anônima, em certas circunstâncias, quando não é possível individuá-la e, então, considera-se como causador do dano só a pessoa coletiva ou jurídica. Prefigura-se a culpa no não funcionamento do serviço, se o obrigatório ou na sua má prestação, ou então na sua prestação retardada. Destarte, a responsabilidade deflui do descumprimento da lei que deixou de ser obedecida na conformidade de seu comando. Em desviando-se a prestação do serviço do regime legal a ele imposto, deixando de prestá-lo, ou prestando-o com atraso ou de modo deficiente, por falha de sua organização, verifica-se a responsabilidade da pessoa jurídica e, portanto, do Estado, que, então deve compor o dano conseqüente dessa falta administrativa, desse acidente quanto à realização do serviço.

Portanto, no presente caso, em que a morte do adolescente deu-se em propriedade da RFFSA, para que o Estado possa ser responsabilizado, necessária se faz a presença da omissão, além da demonstração do dano, do nexos causal e da culpa.

Não há dúvida sobre a existência do dano, em face da certidão de óbito de f. 15.

Ao exame dos elementos colhidos em investigação policial (f. 16/47), dúvida também não persiste acerca da culpa e do nexos causal.

Conforme se afere do boletim de ocorrências de f. 18/19 e relatório de investigação de f. 21/22, o filho da Autora foi encontrado, caído na plataforma do pátio da Estação Ferroviária, aparentando ter sofrido descarga elétrica.

Realizado exame de corpo de delito necroscópico (f. 28), concluiu-se que João Henrique faleceu em razão de eletrocussão, constatando-se que apresentava queimadura no couro cabeludo de 4 cm, na região parietal central e lesão abrasiva na região frontal, face de nariz, pela entrada de descarga elétrica.

A prova testemunhal, de igual modo, confirma o nexo causal, conforme extrai-se dos depoimentos prestados pelas testemunhas:

Jardes declarou que “na data de 11/12/1998, por volta das 18:00 horas, o depoente e sua companheira Cleonice Pacheco Ribeiro encontravam-se no pátio da Estação Ferroviária da Fepasa, que fica na Praça Machado de Melo, sentados num banco, aguardando o trem que ia para a aldeia indígena Aribabá, quando ouviu um barulho no chão do pátio, e voltando-se para o local de onde viera o barulho, pode perceber que um menino desconhecido encontrava-se caído imóvel; que, o depoente esclarece que a pessoa caída estava do outro lado do pátio, já que a linha férrea passa pelo meio dele; que logo chegou a equipe do resgate, e socorreu aquele indivíduo; [...]” – f. 30.

Cleonice confirmou os fatos relatados por Jardes (f. 31) e Estanislau, que trabalhava na ferrovia, como segurança, na época dos fatos, narrou que “se dirigindo até a segunda plataforma onde a vítima encontrava-se imobilizada, e percebendo que a mesma ainda estava com vida, pediu para que acionassem o resgate, o que foi feito; que, pelo que pode entender, o menino havia subido no vagão, e ao andar pelo mesmo, acabou encostando em fio de alta tensão, levou descarga elétrica muito forte, e foi arremessado ao solo; [...] não sabe dizer como foi que o menino adentrou na Estação, e como o mesmo subiu no vagão;” (f. 33).

Fátima relatou que estava na Estação no dia dos fatos e “em dado momento notou que o menino estava andando por sobre um vagão, e quase que no mesmo instante, o menino escorregou, pois garoava na ocasião, ele agarrou-se num dos fios que estava ao seu lado, para não cair; que, ao agarrar no fio, fez um barulho, e o menino foi arremessado ao chão” (f. 33).

O policial militar, Ramires, contou que, “na data dos fatos encontrava-se de serviço, quando recebeu um comunicado para atendimento de uma ocorrência policial na Estação Ferroviária de Bauru, local onde uma pessoa teria sido eletrocutada; Que, no local indicado, o depoente pode perceber que um menor encontra-se caído no chão, entre as duas linhas, na segunda plataforma ali existente; Que a vítima foi socorrida com vida junto ao PSM local, sendo que os sinais vitais já estavam bem fracos, e aparentava secreção de muco nas vias aéreas, bem como cheiro de queimaduras; Que, pelo que soube posteriormente, o menor havia subido num dos vagões de trem que lá se encontrava estacionado e teria tocado num dos fios de alta tensão existente sobre o vagão; que, posteriormente, ficou sabendo que a vítima havia falecido em razão dos ferimentos; [...]” – f. 35.

Quanto à prova da culpa, o laudo pericial realizado no local dos fatos, atesta que a área onde ocorreu o acidente é limitada somente pelo próprio prédio da Estação Ferroviária no terço frontal; no terço posterior e nos flancos o acesso é livre (f. 64).

Além disso, as testemunhas ouvidas nos autos do inquérito policial afirmaram que, no local do acidente, só havia um segurança; e o próprio segurança (Estanislau) informou que durante o dia (quando ocorreu o acidente) trabalha naquele local apenas um profissional de segurança, aduzindo, ainda, que o número de funcionários, antes quinze, foi reduzido depois da privatização da ferrovia (vide f. 33).

Convencido estou, portanto, de que restou demonstrada a negligência do Estado na prevenção de acidentes na Estação Ferroviária, local em que João Henrique faleceu, uma vez que não garantiu condições de segurança no entorno da via férrea, ao contrário, mantinha apenas

um funcionário responsável pela segurança daquelas dependências e não providenciou outras medidas protetivas, como a colocação de cercas no local.

Nesse passo, uma vez comprovado o dano, o nexo causal e a culpa, evidente o dever de indenizar à parte Autora os danos morais e materiais, graves e irreversíveis, causados pelo infortúnio que resultou na perda de seu filho.

Resta, assim, atribuir a responsabilidade pelo pagamento da indenização e seu *quantum*.

Como visto, à época dos fatos, a Rede Ferroviária Federal era a responsável pela malha ferroviária, cuja concessão à Ferrobán formalizou-se apenas em 30/12/1998, após a morte de João Henrique (vide contrato de concessão às f. 187/210).

Desse modo, fica evidente que a obrigação de indenizar deve recair sobre a UNIÃO.

Nesse sentido, já houve decisão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

DIREITO ADMINISTRATIVO - AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS DECORRENTES DE ACIDENTE FERROVIÁRIO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA - DIREITO PROCESSUAL - ILEGITIMIDADE PASSIVA DA FERROBAN - CULPA CONCORRENTE - DANOS MATERIAIS E MORAIS DEVIDOS - CRITÉRIOS DE CORREÇÃO MONETÁRIA, JUROS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE CAPITAL - SENTENÇA PARCIALMENTE REFORMADA.

I – [...]

III - Acolhida a preliminar de ilegitimidade passiva da FERROBAN, pois o acidente ferroviário que vitimou o filho da autora ocorreu aos 22.10.1995, quando estava sob administração da FEPASA - Ferrovia Paulista S/A, a qual foi incorporada pela Rede Ferroviária Federal S.A. - RFFSA pelo Decreto nº 2.502/98, sendo que o Edital de que resultou o Contrato de Concessão firmado pela ré FERROBAN aos 30.12.1998 (fls. 611/634) prevê em sua Cláusula 7ª que a RFFSA continuaria como única responsável por todos os seus passivos, a qualquer título e de qualquer natureza jurídica, obrigando-se a indenizar a concessionária os valores que esta venha a pagar, decorrentes de atos e fatos ocorridos antes da assinatura do contrato de concessão (fls. 601). Exclusão da lide nos termos do artigo 267, VI, do Código de Processo Civil, condenando a autora ao pagamento de honorários advocatícios a seu favor, arbitrados em R\$(três mil reais), nos termos do artigo 20 § 4º, do Código de Processo Civil, considerando a causa de extinção do feito, valor que somente deverá ser cobrado nas condições da Lei nº 1060/50 por ser a autora beneficiária da assistência judiciária gratuita. [...]

TRF-3 - APELAÇÃO CÍVEL : AC 1147 SP 2005.61.16.001147-3. 04/11/2010

Por fim, não há comprovação nos autos de qualquer causa excludente da responsabilidade, culpa exclusiva da vítima, caso fortuito ou força maior, que pudesse afastar a responsabilidade estatal de indenizar.

Há de se ressaltar, porém que, muito embora do dano sofrido tenha resultado perda irreparável e irreversível para a parte autora, as provas dos autos permitem concluir também pela culpa concorrente dos responsáveis pela vítima, na ocorrência do acidente, no caso os Autores. Com efeito, trata-se de adolescente com apenas 13(treze) anos de idade, sendo certo que o conjunto probatório indica, no mínimo, que agiu com descuido a mãe ao permitir que o filho permanecesse fora de casa por mais de quinze dias, antes dos fatos (f. 41).

Nesse sentido, trago à colação ementas de julgados do E. STJ e do TRF3, em casos de acidentes ferroviários envolvendo menores incapazes, admitindo a existência de culpa concorrente:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL E RESPONSABILIDADE CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. NÃO CONHECIMENTO DA TESE. MUTILAÇÃO

DE MEMBROS POR ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA QUANDO MENOR TENTAVA VIAJAR COMO “PINGENTE”. TRANSEUNTE QUE, POR NEGLIGÊNCIA DA CONCESSIONÁRIA DE TRANSPORTE FERROVIÁRIO, QUE NÃO CERCOU A LINHA DE TREM, TINHA ACESSO À LINHA FÉRREA. CULPA CONCORRENTE.

1. Mesmo em relação às matérias de ordem pública, para delas conhecer, esta Corte não dispensa o requisito do prequestionamento, conforme remansosa jurisprudência. Incidência das Súmulas nº 282 e 356 do STF.

2. *A jurisprudência do STJ reconhece, em regra, a concorrência de culpa entre a vítima de atropelamento em via férrea e a concessionária de transporte ferroviário, sobretudo quando há constatação de que, em área em que ocorre adensamento populacional, a empresa não adota as necessárias providências para impedir o acesso de transeuntes à linha férrea.*

3. Recurso especial não provido.

(STJ, REsp nº 882.036/BA, Rel. Ministro LUIS FELIPE SALOMÃO, QUARTA TURMA, j. 17/11/2011, DJe 01/02/2012)

PROCESSUAL CIVIL. APELAÇÃO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. ARTIGO 37, § 6º, CF. INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. ATROPELAMENTO EM VIA FÉRREA. AUTORA MÃE DA VÍTIMA. FATO LESIVO, DANOS MORAL E MATERIAL E NEXO CAUSAL COMPROVADOS. CULPA CONCORRENTE DA VÍTIMA. COMPROVAÇÃO. VALORES DAS INDENIZAÇÕES. CONECTIVOS LEGAIS. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA.

- A Constituição Federal de 1988 impõe ao Estado o dever de indenizar os danos causados a terceiros por seus servidores, independentemente da prova do dolo ou culpa (Art. 37 § 6º).

- Restou comprovado que a filha da autora foi atropelada e morta por composição em via férrea da extinta FEPASA.

- O dano moral é consequência indissociável do fato ora demonstrado e, portanto, a sua constatação independe de perícia.

- A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que: tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização (AgRg no Ag 1217064/RJ, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 23/04/2013, DJe 08/05/2013). À vista de a autora ser beneficiária da assistência judiciária gratuita, é possível presumir que a vítima pertencia a grupo familiar de poucas posses, motivo pelo qual cabível a fixação de pensão.

- *A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que: tem responsabilidade civil a concessionária de transporte ferroviário pelo falecimento de pedestre vítima de atropelamento por trem em via férrea ainda que o acidente tenha ocorrido nas proximidades de estação ferroviária provida de passagem de nível para pedestres, pois, embora tenha havido descuido da vítima ao transitar pela linha férrea, a presença de passagem para transeuntes, por si só, não retira a responsabilidade da concessionária, devendo a empresa manter fechados outros acessos em área urbana, mesmo que clandestinamente abertos por populares, restando caracterizada a culpa concorrente.* Confira-se: REsp 494.183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011; REsp 437.195/SP, Rel. Ministro HÉLIO QUAGLIA BARBOSA, QUARTA TURMA, julgado em 19/06/2007, DJ 06/08/2007, p. 493; EREsp 705859/SP, Rel. Ministro CASTRO FILHO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13/12/2006, DJ 08/03/2007, p. 158. Demonstrada na espécie a responsabilidade da empresa de transporte férreo pelo evento danoso.

- Configurou-se o nexo causal, liame entre a conduta omissiva da ré (fato danoso).

- *À vista da comprovação de culpa concorrente, a indenização deve ser fixada já com um desconto de em torno de 50% (cinquenta por cento) do que se entende seria devido caso essa circunstância não estivesse presente.*

- Segundo doutrina e jurisprudência pátrias, a indenização por dano moral tem duplo conteúdo, de sanção e compensação. São evidentes e irremediáveis as graves consequências psicológicas e sociais geradas aos pais pela morte de um filho tão jovem. Portanto, a indenização por danos morais no montante de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) se mostra adequada, na medida em que atende aos princípios da razoabilidade e proporcionalidade, já considerada a existência de culpa concorrente, e cumpre os critérios mencionados.

- Dada a ausência de prova do quantum da contribuição da vítima para a renda familiar e considerada a existência de culpa concorrente, com supedâneo na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e na Súmula 491 do STF, fixo a pensão em $\frac{1}{2}$ (metade) do valor do salário mínimo, a partir do evento danoso até a data em que a falecida completaria 25 anos, idade em que se presume concluiria a sua formação, a partir daí será devido o valor equivalente a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo até a data em que ela completaria 60 anos, visto que essa era a expectativa média de vida da mulher brasileira com idade de 15 anos no começo dos anos 2000, segundo o IBGE. Precedentes do STJ.

- Dado que a pensão fixada tem como base o valor de um salário, deverá ser considerado, quanto às parcelas vencidas, o seu valor na data que deveria ter sido pago e, quanto às vincendas, o seu valor na data do vencimento de cada prestação. Tal providência não caracteriza a indexação vedada em nosso ordenamento jurídico, mas é tão-somente uma forma de adequar a decisão ao comando constitucional inserido no inciso IV do artigo 7º, IV.

- Consoante entendimento firmado no STJ: Não comprovado o exercício de atividade remunerada pela vítima, não procede o pedido de 13º salário (REsp 494.183/SP, Rel. Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, QUARTA TURMA, julgado em 01/09/2011, DJe 09/09/2011).

- Em relação ao quantum fixado a título de dano moral incidirá correção monetária a partir da condenação (Súmula 362 do Superior Tribunal de Justiça) e no que toca ao montante do dano material incidirá desde a data do evento, a ser calculada na forma da Resolução nº 134 de 21.12.2010 do Conselho da Justiça Federal, que instituiu o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal.

- Os juros moratórios, em ambos os casos, incidem a contar da data do evento danoso (Súmula 54 do Superior Tribunal de Justiça) em 6% (seis por cento) ao ano, observado o limite prescrito nos arts. 1.062 e 1.063 do Código Civil/1916 até a entrada em vigor do novo Código, quando submeter-se-á à regra contida no art. 406 deste último diploma, que, nos moldes de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, corresponde à taxa SELIC. Inaplicável o artigo 1º-F da Lei nº 9494/97, com a redação dada pelo artigo 5º da Lei nº 11.960/2009, à vista de que foi declarado inconstitucional “por arrastamento” quando do julgamento conjunto das Ações Diretas de Inconstitucionalidade nº 4.357, 4.372, 4.400 e 4.425 pelo Supremo Tribunal Federal, cujo acórdão está pendente de publicação. A correção monetária não incide no último período, porque é fator que já compõe a referida taxa. Precedentes do STJ.

- As partes foram reciprocamente vencidas e vencedoras, porquanto foi reconhecida a culpa concorrente da vítima, o que resultou na redução das indenizações pleiteadas em torno de 50% (cinquenta por cento). Desse modo, à vista do disposto no artigo 21, *caput*, do CPC, as despesas e honorários advocatícios devem ser compensados entre ambas.

- Apelação parcialmente provida.

(TRF3, AC nº 0000510-77.2008.4.03.6122, Rel. Des. Fed. ANDRE NABARRETE, QUARTA TURMA, j. 31/10/2013, e-DJF3 19/11/2013)

É cabível, ainda, a fixação de pensão mensal para a mãe e o padrasto de João Henrique.

Nos termos do entendimento consolidado do Superior Tribunal de Justiça, a dependência econômica dos pais em relação ao filho menor falecido é presumida, em especial, quando se trata de família de baixa renda, como no caso dos autos. A propósito, assim dispõe o enunciado da Súmula 491 do STF: “É indenizável o acidente que cause a morte de filho menor, ainda que não exerça trabalho remunerado”.

E, de acordo com a posição consolidada do STJ, a pensão mensal é devida aos pais, na proporção de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, a partir dos 14 anos de idade da vítima, quando se presume que iniciaria a atividade laboral, até os 25 anos de idade. A partir de então, o valor mensal da indenização passa a 1/3 (um terço) do salário mínimo até quando a vítima (o menor) completaria 65 anos idade, salvo se, antes disso, vierem a falecer os beneficiários.

Nesse exato sentido, cotejem-se alguns julgados:

AGRAVO REGIMENTAL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO ESPECIAL. RESPONSABILIDADE CIVIL. MORTE DE FILHA MENOR. PENSÃO DEVIDA AOS PAIS. TERMO INICIAL. TERMO FINAL. DÉCIMO-TERCEIRO SALÁRIO.

1. Tratando-se de família de baixa renda, presume-se que o filho contribuiria para o sustento de seus pais, quando tivesse idade para passar a exercer trabalho remunerado, dano este passível de indenização.

2. Pensão mensal de 2/3 (dois terços) do salário mínimo, inclusive gratificação natalina, contada a partir do dia em que a vítima completasse 14 anos até a data em que viria a completar 25 anos, reduzida, a partir de então, para 1/3 (um terço) do salário mínimo, até o óbito dos beneficiários da pensão ou a data em que a vítima completaria 65 anos de idade, o que ocorrer primeiro.

3. Agravo regimental provido. Recurso especial conhecido e provido.

(STJ, AgRg no Ag 1217064 RJ 2009/0124068-2, Relator(a): Ministra MARIA ISABEL GALLOTTI, Julgamento: 23/04/2013, Órgão Julgador: T4 - QUARTA TURMA, Publicação: DJe 08/05/2013)

ACIDENTE FERROVIÁRIO - INDENIZAÇÃO - DESCARRILAMENTO DE VAGÕES - VÍTIMA - CRIANÇA ATINGIDA NO QUINTAL DA RESIDÊNCIA - MORTE DE FILHO MENOR QUE NÃO EXERCIA TRABALHO REMUNERADO - FAMÍLIA DE BAIXA RENDA - PENSÃO MENSAL DEVIDA - MÃE - BENEFICIÁRIA - LIMITE DO PENSIONAMENTO - TERMO FINAL - DATA EM QUE A VÍTIMA COMPLETARIA 65 ANOS DE IDADE ADMISSIBILIDADE - DANO MORAL DEMONSTRADO - CUMULAÇÃO COM DANO MATERIAL - CABIMENTO - JUROS MORATÓRIOS - INCIDÊNCIA - DESDE O EVENTO DANOSO (SÚMULA 54/STJ) - CORREÇÃO MONETÁRIA - DANO MATERIAL - EFETIVO PREJUÍZO (SÚMULA 43/STJ) - DANO MORAL - DATA DO ARBITRAMENTO (SÚMULA 362/STJ) PRELIMINAR PREJUDICADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO, COM OBSERVAÇÃO.

Em se tratando de família de baixa renda, é devido o pensionamento pela morte de filho menor equivalente a 2/3 do salário mínimo dos 14 anos até 25 anos de idade da vítima, reduzido para 1/3 até a data em que o de cujus completaria 65 anos, se antes não vier a falecer a beneficiária. Precedentes do STJ

(TJ-SP, APL 418685120068260000 SP 0041868-51.2006.8.26.0000, Relator Ferraz Felisardo, Julgamento: 03/08/2011. 29ª Câmara de Direito Privado, 08/08/2011)

Resta, enfim, a apuração do quantum indenizatório do dano moral, que tem por finalidade aproximar-se da justa reparação, observando-se a condição social e viabilidade econômica do ofensor e do ofendido, a proporcionalidade à ofensa, bem como a gravidade do dano sofrido, não podendo implicar enriquecimento sem causa, nem valor irrisório.

Na espécie, considerando as circunstâncias do caso concreto, fixo a indenização por danos morais no valor de R\$ 240.000,00 (duzentos e quarenta mil reais), por entender justa no contexto da situação vivenciada nos autos.

Considerando a culpa concorrente, as indenizações pelos danos materiais e pelos danos morais ficam reduzidas à metade (50%), ou seja, a União fica condenada a pagar indenização no período que vai de 14 aos 25 anos de idade da vítima, à base de *metade 2/3 do salário*

mínimo (isto é, 1/3 do salário mínimo) e, a partir de então, mais a *metade de 1/3 do salário mínimo* (ou seja, 1/6 do salário mínimo) até a data em que o menor falecido completaria 65 anos de idade, ou até a data do óbito dos beneficiários, caso faleçam antecipadamente ao termo final da indenização pelo pensionamento. E, pelos danos morais, fica então condenada no pagamento de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais).

Considerando, porém, que o vínculo afetivo entre enteado (falecido) e padrasto não se presume e que os Autores eram casados há menos de dois anos, quando do óbito de João Henrique, a meu sentir, o valor total da indenização - a título de dano material e de dano moral - deve ser rateado proporcionalmente entre os Autores, na razão de 2/3 (dois terços) para a Autora e 1/3 (um terço) para o Autor.

A propósito da proporcionalidade da indenização, veja-se a seguinte ementa:

Desacolhimento - Ação proposta anteriormente por outras partes - Demonstração de relação de parentesco e afetividade entre os autores e a vítima - Preliminar rejeitada. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - Morte da vítima causada pelo preposto da empresa-ré - Fato incontroverso - Autores padrasto e irmãos da vítima - Relação de parentesco e afetividade demonstrada - Procedência da demanda - Inconformismo - Admissibilidade parcial - Dano moral configurado - Quantum indenizatório fixado em R\$ 350.000,00 para o primeiro autor e R\$ 175.000,00 para cada um dos demais autores - Redução para R\$ 100.000,00 para o autor-padrasto e R\$ 50.000,00 para cada autor-irmão (em número de três) - Princípios da proporcionalidade e razoabilidade - Sentença reformada em parte - Recurso parcialmente provido. Preliminar afastada e recurso parcialmente provido.

(TJSP, APL 1190562320068260000 SP 0119056-23.2006.8.26.0000, Relator: J.L. Mônaco da Silva, Julgamento: 24/01/2012, 5ª Câmara de Direito Privado, Publicação: 24/01/2012).

Diante do exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido deduzido na inicial, para condenar a União a pagar aos Autores, a título de danos materiais (pensão), o valor correspondente a 1/3 (um terço) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, desde quando a vítima teria a idade de 14 anos até quando completaria 25 anos, e a partir daí em 1/6 (um sexto) do salário mínimo, até a data em que o menor completaria 65 anos de idade, se antes disso não vierem a falecer os beneficiários (Autores), bem ainda a pagar o valor de R\$120.000,00 (cento e vinte mil reais), a título de danos morais, cabendo 2/3 (dois terços) do total da indenização (pelos danos materiais e morais) para a Autora e 1/3 (um terço) desse montante para o Autor.

Sobre o montante da indenização por danos morais, deverá incidir juros moratórios, a contar da data do evento danoso (STJ, Súmula nº 54), distribuídos da seguinte forma, ao teor do decido na ADI 4357: a) à taxa de 0,5% ao mês, até o dia 10.1.2003, nos termos do art. 1.062 do Código Civil de 1916; b) à taxa de 1% ao mês, a partir de 11.1.2003, nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002, até 28/06/2009; c) pelos critérios estabelecidos no art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, a partir de 29/06/2009 até 25.03.2015; d) à taxa de 1% ao mês, a partir de 26.03.2015, nos termos do art. 406 do Código Civil de 2002.

A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide desde a data do arbitramento, na forma da Súmula nº 362 /STJ, e pelos critérios e índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Sobre o valor do pensionamento, são devidos juros de mora de 1% ao mês, a contar da citação até 28/06/2009 e correção monetária pelos critérios e índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, após deve incidir a norma do art. 1º-F, da Lei 9.494/97, com a redação dada pela Lei 11.960/2009, até 25.03.2015, voltando a correr juros de mora de 1% ao

mês a partir de 26.06.2015, mais correção monetária pelos critérios e índices estabelecidos no Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Condeno a UNIÃO ao pagamento de honorários advocatícios em favor dos Autores, fixados em 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, consoante o disposto no artigo 20, §4º do Código de Processo Civil.

JULGO IMPROCEDENTE a DENUNCIAÇÃO DA LIDE e condeno a UNIÃO a pagar honorários advocatícios no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) em favor da ALL- AMERICA LATINA LOGISTICA E MALHA PAULISTA S/A, nos termos do artigo 20, §4º do Código de Processo Civil.

Sentença sujeita ao reexame necessário (art. 475, I, do CPC).

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

Bauru, 20 de agosto de 2015.

Juiz Federal JOAQUIM E. ALVES PINTO

AÇÃO ORDINÁRIA

0008696-26.2011.4.03.6109

Autora: JANAÍNA BALDI CUPPI D'AVILA
Réu: CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE PIRACICABA - SP
Juiz Federal: MIGUEL FLORESTANO NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 23/06/2015

Trata-se de ação condenatória ajuizada perante a Justiça do Trabalho por JANAÍNA BALDI CUPPI D'AVILA em face do CONSELHO REGIONAL DE QUÍMICA em que a Autora alega, em apertada síntese, que foi admitida em 14-05-05 para trabalhar na KRAFT FOODS BRASIL S/A na função de técnica de controle de qualidade, haja vista que havia se formado pela UNIMEP em dezembro de 2004 e obtido o diploma em 24-02-05.

Tendo em vista que a formação da Autora foi na área de engenharia de alimentos, afirma que sempre recolheu a anuidade devida ao CREA.

Ocorre que o Réu lavrou uma autuação em 25-08-05 contra a Autora com fundamento na sua omissão em recolher a anuidade ao CRQ.

Diante de tais fatos, postulou a concessão de tutela antecipada com o fito de retirar seu nome (*sic*) da dívida ativa do Réu e, ao final, pugnou pela inexigibilidade do crédito, bem como a condenação do Demandando ao pagamento de danos morais no valor de trinta vezes ao cobrado, além da concessão dos benefícios da justiça gratuita.

O Juízo Trabalhista determinou o envio dos autos ao setor de Distribuição da Justiça Estadual desta Subseção (fls. 56-57) que também se declarou incompetente e determinou a remessa dos autos à Justiça Federal (f. 60).

A tutela foi concedida às fls. 72/74.

Em sua defesa, o ente fiscalizador afirmou que a situação profissional da Autora estaria irregular, motivo pelo qual fora lavrado o respectivo auto de infração. Apontou que a atuação da Autora ocorre em área especificamente química e que, diante de tal constatação, não poderia deixar de recolher aos cofres do CRQ.

No que toca ao pleito de condenação de danos morais, disse que não há qualquer elemento a fundamentá-lo. Observou que a multa aplicada está adstrita às suas funções fiscalizatórias e que, portanto, não há se falar em abalo psicológico a embasar a condenação em danos morais.

Houve réplica.

Este o breve relato.

Decido.

De algum tempo venho afirmando que é chegada a hora de a mentalidade dos agentes públicos deste país mudar. Estamos passando por um momento histórico em que os brasileiros não suportam mais tanta burocracia e meandros documentais a serem por eles, brasileiros, suportados e obtidos.

Desde a venda de um carro (que atualmente exige o reconhecimento de firma por autenticidade, isto é, com a presença física do vendedor) até o que ocorreu nestes autos são provas de que o Brasil é vítima da burocracia e de um imbróglio jurídico infundável.

Já me convenci, infelizmente, que a minha geração e a dos meus filhos não verão um

país diferente do que é atualmente.

Digo isso porque a lide dos autos me causa uma perplexidade em um patamar semelhante à necessidade de o bom e honesto vendedor do carro ter de gastar tempo e dinheiro para reconhecer sua firma (em detrimento de todos os meliantes que conseguem fazer a transferência de carros furtados e roubados sem saírem de casa, *exemplo que se traz à colação como mera figura ilustrativa, sem qualquer imputação da mesma conduta a quaisquer das partes deste feito*).

Vale dizer: a Autora, munida da mais lídima boa-fé, pois formada em engenharia (*de alimentos*) que trabalha numa indústria *alimentícia* (o próprio nome da empresa refere-se a FOODS) no setor de *produção/engenharia* do empreendimento tem de se submeter a um processo longo, demorado e cheio de percalços para comprovar que recolheu o que devia aos cofres públicos.

Simplesmente não faz sentido.

O Estado (*sim, com letra maiúscula*) deveria ser o primeiro a reconhecer que, para todos os efeitos, toda a presunção milita a favor da Autora e não deveria importuná-la com uma cobrança que, *sem qualquer dúvida é, no mínimo, desarrazoada*.

Se dúvida efetivamente houvesse (*argumento que se levanta apenas por amor à argumentação*), a questão deveria ser resolvida entre as autarquias (CREA e CRQ) que, após decidirem para quem ela deveria recolher, informassem-na acerca do decidido.

Deixar o cidadão, ainda mais aquele munido de completa e absoluta boa-fé, percorrer um verdadeiro calvário para saber qual entidade a ser beneficiada com o recolhimento não se coaduna com os termos do art. 37, *caput*, da CF/88, em especial com o primado da moralidade administrativa.

Despejar tal ônus nas costas do profissional é absolutamente desarrazoado e são atitudes como esta que fazem o chamado custo Brasil ser elevadíssimo.

Sou capaz de afirmar, com uma chance de acerto próxima de cem por cento que, se os entes fiscalizadores fossem mais razoáveis em suas exigências e trocassem informações entre si para delimitar com mais precisão a quem são devidas tantas contribuições discutidas em Juízo, o montante de ingresso em seus cofres aumentaria significativamente.

O profissional, via de regra honesto e trabalhador, preferiria quitar sua dívida com o credor que sabe sê-lo desde o início de sua atividade profissional.

Mas, no Brasil, nada é tão fácil assim.

Com efeito, há inúmeros processos em que as partes ficam discutindo anos e anos para resolver a quem recolher. E, como dito acima, cumpre ao profissional da área, acaso não tenha seu pedido acolhido, ingressar com a ação para ver reconhecida a legitimidade dos pagamentos que fez.

Com base nestes motivos, acrescidos àqueles trazidos à colação pelo d. DR. JOÃO CARLOS CABRELON DE OLIVEIRA (às fls. 72/74) que deve ser dada razão à Autora. Ela é engenheira, sem sombra de dúvida e, portanto, deve ao CREA e não ao CRQ.

No que toca ao dano moral, penso que razão também assiste à Demandante.

Com efeito, como deixei claro acima, é chegado o tempo de o Estado arcar com o ônus de desburocratizar seus meandros e possibilitar ao cidadão a vida de forma mais simples.

A insistência do Réu em querer cobrar da Autora é tão desarrazoada, tão fora de qualquer proporcionalidade, que este Juízo se vê no dever de reconhecer que o transtorno causado à

Demandante foge do que se espera do correto agir da Administração Pública. Não faz qualquer sentido a cobrança feita pelo CRQ.

O tempo e o abalo causado no estado emocional do bom profissional decorrentes da cobrança nitidamente abusiva dão ensejo ao dano e, por consequência, à sua reparação.

Contudo, entendo que o valor pedido (trinta vezes o valor do que havia sido cobrado da peticionária) extrapola o razoável e serviria como artifício para o locupletamento ilícito, de tal sorte que fixo os danos morais em R\$ 10.000,00, por entender que tal quantia é suficiente para ressarcir o sofrimento da Autora e impedir que o Réu continue a atuar de forma desmedida.

Ante o exposto, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTES OS PEDIDOS para declarar nulo o débito constante do aviso de cobrança nº 35.363 (f. 320), expedido com fundamento no Termo de Declaração Profissional nº 2.730/294, lavrado em 25-08-05 (f. 22) em desfavor de JANAÍNA BALDI CUPPI D'AVILA.

Condeno o CRQ ao pagamento de danos morais no importe de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), com incidência do disposto na súmula nº 362 do c. STJ.

Defiro os benefícios da gratuidade de justiça.

Não há condenação em honorários (ante a sucumbência recíproca) e tampouco custas, pois ambas as partes, neste caso, são isentas de seu recolhimento.

P.R.I.

Oportunamente, ao arquivo.

Piracicaba (SP), abril de 2015.

Juiz Federal MIGUEL FLORESTANO NETO

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL**0 0 0 0 2 1 7 - 3 4 . 2 0 1 3 . 4 . 0 3 . 6 3 1 6**

Autor: FLÁVIO ALVES PEREIRA

Ré: CAIXA ECONÔMICA FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL ADJUNTO DE ANDRADINA - SP

Juiz Federal: FELIPE RAUL BORGES BENALI

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 11/03/2015

Cuida-se de ação de conhecimento ajuizada por FLÁVIO ALVES PEREIRA em face da Caixa Econômica Federal - CEF, pelo rito sumaríssimo (JEF).

Em apertada síntese, a parte autora alega que em 21.03.2012 emitiu um cheque no valor de R\$ 650,00, entregando-lhe a um credor (fornecedor de insumos para seu salão de beleza). Este, por sua vez, depositou o cheque numa agência do banco Bradesco, no dia 15.05.2012.

Ao que consta da inicial, o cheque teria sido devolvido pelo motivo nº 49 - insuficiência de fundos, ao passo que o demandante alega que tinha numerário suficiente em conta para arcar com a cártula.

Em razão da não compensação pela CEF, o Banco Bradesco entregou o título ao credor prejudicado, o qual passou a cobrar a parte autora pela ausência de fundos do mesmo, causando-lhe humilhação e transtornos de toda sorte.

Nessa toada, a parte autora imputa à ré a prática de ato ilícito, em razão de que tinha fundos disponíveis para a compensação da cártula, alegando que a devolução indevida dos cheques, sobretudo por força do motivo “sem previsão de fundos”, causou-lhe danos morais, pugnando pela condenação da empresa pública em 40 salários mínimos a título de reparação.

Citada, a CEF apresentou resposta alegando a preliminar da ilegitimidade passiva e, no mérito, a inexistência de qualquer ato ilícito da sua parte, tendo em vista que o equívoco teria sido causado pelo banco remetente, no qual o cheque foi depositado (*in casu*, o Banco Bradesco). Sustenta que procedeu segundo as circulares do BACEN ao devolver o cheque pelo motivo 49 (apresentação nula).

É o relatório do necessário. Fundamento e decido.

PRELIMINARMENTE - DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

A preliminar de ilegitimidade passiva alegada pela CEF se confunde com o mérito, já que calcada na inexistência de ato ilícito, e por isso com ele será abordada; cabe aqui também a aplicação da *teoria da asserção*, que preconiza que as condições da ação devem ser analisadas *in status assertionis*, à luz das alegações feitas na petição inicial; após a citação do réu e instrução processual, deve-se privilegiar as extinções com resolução de mérito, atendendo-se à finalidade precípua da jurisdição que é a pacificação social.

Ante o exposto, rejeita-se.

NO MÉRITO**- DA APLICABILIDADE DO CDC NO CASO CONCRETO**

O CDC expressamente abrange os *serviços bancários e financeiros*, segundo o que consta do art. 3º, §2º

§ 2º Serviço é qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, *inclusive as de natureza bancária*, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Aplicável também o disposto na *Súmula nº 297 do STJ*:

O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

- DA INEXISTÊNCIA DE ATO ILÍCITO POR PARTE DA CEF

Considerando o que se produziu na fase de instrução, verifica-se claramente uma preponderância de provas militando em favor da versão apresentada pela CEF.

Hodiernamente, o serviço de compensação de cheques (“Compe”) opera na modalidade digital, havendo a remessa de arquivos eletrônicos com as imagens digitalizadas dos cheques pelos bancos depositários à Câmara de Compensação.

Consoante se vê na defesa da ré, à fl. 20, no dia 15/05/2012 o banco 237 (Banco Bradesco) remeteu à compensação a imagem do cheque em questão, no importe de R\$ 650,00.

O cheque foi devidamente compensado pela Caixa; consoante se verifica no extrato bancário da parte autora (fl. 25 da defesa da CEF), há o débito de R\$ 650,00 em sua conta na data de 15/05/2012, com a descrição “Cheq Comp”.

Ocorre que logo no dia seguinte, em 16/05/2012, o Banco Bradesco incorreu em equívoco e enviou *novamente a mesma imagem* do cheque em questão à câmara da compensação; a imagem foi carregada à fl. 21 dos autos, sendo possível verificar que se trata do mesmo cheque compensado no dia imediatamente anterior.

Diante disso, estranho seria se a CEF anuísse com a repetição da compensação do cheque apresentado no dia anterior e que já havia sido pago, com débito na conta do seu correntista; como era de se esperar, o banco réu, *atuando no melhor interesse da parte autora*, obistou a compensação em duplicidade do referido cheque, devolvendo-o pelo motivo 49.

A prova de tal procedimento correto se encontra no extrato bancário da parte autora. À fl. 25 da defesa da ré verifica-se que no dia 16/05/2012 houve um débito de R\$ 650,00 a título de cheque compensado; *porém, no mesmo dia houve o estorno daquela quantia (crédito de R\$ 650,00)*, com a descrição “Ch Dev M49” (leia-se cheque devolvido *motivo 49*). Ou seja, nenhum valor foi retirado da conta da parte autora em razão da segunda apresentação do mesmo cheque, sendo que o único valor debitado foi referente à primeira apresentação, do dia 15/05/2012.

Além disso, conforme restou provado pela ré em sua defesa, labora em equívoco a parte autora quando afirma que o *motivo 49* diz respeito à devolução por ausência de fundos; apenas os motivos 11 e 12 referem-se à ausência de provisão para pagamento, segundo normativos do BACEN (cópia à fl. 34 da defesa da ré).

O motivo 49, utilizado pela ré na devolução, diz respeito a “remessa nula”; na ausência de uma motivação mais específica para a devolução de cheque apresentado em duplicidade, não há que se acoimar de ilícita a utilização de tal motivo pelo banco réu.

E segundo a prova produzida em audiência, colheu-se do próprio relato da parte autora que o numerário (R\$ 650,00) foi corretamente remetido pela CEF ao banco depositário do cheque (Bradesco); calha transcrever o seguinte trecho do depoimento da parte autora:

(...) Informa que quando ambos [parte autora e credor do cheque] foram a Caixa Econômica Federal foram atendidos por Silvio, que ao saber da historia conversou imediatamente com o gerente geral. *Com isto tiraram uma microfilmagem do cheque e constataram que o dinheiro já havia saído da conta e estava no Banco Bradesco em Assis. O autor informa que com estas informações foi ate o cartório de notas, autenticou o xerox do cheque, e o fornecedor foi ate o banco Bradesco em Assis e informou que o dinheiro estava lá mesmo, em um fundo perdido, não soube explicar aonde exatamente, e ai que conseguiram resolver o problema deste cheque.*

Destarte, se o numerário estava na agência do Banco Bradesco em Assis, em um “fundo perdido”, evidentemente não há que se imputar qualquer falha à ré, já que remeteu corretamente o numerário ao banco “remetente” do cheque; eventual inépcia do Bradesco em creditar adequadamente o valor na conta do credor, deixando-o em “fundo perdido”, não pode ser imputada ao banco réu.

Como se vê, não se pode atribuir à CEF nenhuma *ação ou omissão* pelo ocorrido.

Entretanto, *ainda assim*, a CEF tem responsabilidade perante o consumidor no caso em testilha, consoante passo a fundamentar.

- DA RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DA CEF POR ATO DE TERCEIRO INTEGRANTE DA CADEIA DE FORNECIMENTO DO SERVIÇO

O art. 3º do CDC, em seu *caput*, abriga no conceito de *fornecedor* todos aqueles que participam da *cadeia de fornecimento de produtos ou serviços* no mercado de consumo, independentemente de possuírem relação *direta ou indireta, contratual ou extracontratual* com o consumidor.

Diante de uma definição tão ampla, o CDC adota a seguinte técnica para imputar deveres e responsabilidades aos fornecedores:

a) Quando emprega a expressão *fornecedor*, referindo-se ao *gênero*, está imputando deveres a todos os participantes da *cadeia de fornecimento*;

b) Quando utiliza *outras expressões* (como *fabricante, construtor, importador*, etc), está imputando deveres tão somente às espécies nominadas.

Posto isso, deve-se voltar os olhos para os artigos 14 e 18 do CDC, que dispõem:

SEÇÃO II

Da Responsabilidade pelo *Fato do Produto e do Serviço*

Art. 14. *O fornecedor de serviços* responde, independentemente da existência de culpa, pela reparação dos danos causados aos consumidores por *defeitos relativos à prestação dos serviços*, bem como por informações insuficientes ou inadequadas sobre sua fruição e riscos.

(...)

SEÇÃO III

Da Responsabilidade por *Vício do Produto e do Serviço*

Art. 20. *O fornecedor de serviços* responde pelos *vícios* de qualidade que os tornem impróprios ao consumo ou lhes diminuam o valor, assim como por aqueles decorrentes da disparidade com as indicações constantes da oferta ou mensagem publicitária, podendo o consumidor exigir, alternativamente e à sua escolha:

O caso concreto pode, a depender da doutrina que se consulte, ser enquadrado como exemplo de *fato do serviço* ou *vício do serviço*, já que é possível argumentar que o dano causado extrapolou a mera expectativa de funcionamento adequado do serviço prestado, causando dano que transborda a mera esfera econômica do consumidor, atingindo a sua integridade

psíquica (= dano moral), caso em que seria subsumível à hipótese de fato do serviço (defeito).

Contudo, como visto acima, independentemente de constituir fato do serviço (defeito) ou vício do serviço, o CDC dispõe que o “*fornecedor*” (*gênero*) responde *objetivamente (independentemente de culpa)* pelos danos causados (arts. 14 e 20 do CDC). E ao empregar o gênero, o Código estatui a responsabilidade solidária de todos aqueles que participam da cadeia de fornecimento do serviço, à luz do que consta do art. 3º do CDC.

Nessa toada, são legitimados a figurar no polo passivo da relação de consumo todos os participantes que integrem a cadeia geradora ou manipuladora de bens e serviços (causa remota da legitimação passiva), por existência de ato ou fato, omissivo ou comissivo, que coloque em risco ou ofenda um direito do consumidor de tais bens e serviços (causa próxima da legitimação passiva).

Não é o outro o entendimento do STJ. Pela pertinência ao tema sob análise, cabe transcrição de trecho do voto do relator do REsp 1364915/MG (STJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/05/2013):

A aceção de “fornecedor” constante do art. 3º do Código de Defesa do Consumidor é ampla, de modo que maior número de relações de consumo admitam a aplicação do referido Codex, pois, inclusive por determinação constitucional, importa mais a presença do consumidor na relação de consumo, e não quem vem a ser a sua contraparte, *verbis*: “Art. 3º Fornecedor é toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.” *Se é ampla a abrangência da aceção de “fornecedor”, ampla também é a solidariedade dos partícipes do ciclo de produção. Ocorre que a oferta e a colocação de produtos e serviços no mercado pressupõem, em regra, a atuação de mais de um fornecedor, de maneira que o sistema de responsabilidade civil objetiva precisa alcançar todos os que, direta ou indiretamente, atuem na “atividade de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços”.*

Bem verdade, a fim de que não restem dúvidas, veja que *não se está aqui argumentando pela solidariedade em razão da existência de mais de um causador do dano*; esta causa ensejadora da solidariedade encontra-se prevista nos arts. 7º, parágrafo único e 25, §1º do CDC, assim redigidos:

Art. 7º (...) Parágrafo único. *Tendo mais de um autor a ofensa*, todos responderão solidariamente pela reparação dos danos previstos nas normas de consumo.

Art. 25 (...) § 1º *Havendo mais de um responsável pela causação do dano*, todos responderão solidariamente pela reparação prevista nesta e nas Seções anteriores.

No presente caso, consoante se abordou no primeiro tópico na análise do mérito, *restou devidamente provado que a CEF não concorreu para a causação do dano*. Assim, os artigos 7º e 25 não são base jurídica adequada para se estender responsabilidade para o banco estatal neste caso.

Entretanto, ainda que ciente do vício da tautologia, repise-se que a responsabilidade solidária da CEF se dá pelo emprego pelo código consumerista da expressão genérica *fornecedor*, contida no *caput* dos arts. 14 e 20 do CDC, no que consagrou, segundo leitura feita por

doutrina e jurisprudência, o *princípio da responsabilidade solidária dos partícipes da cadeia de fornecimento*, seja caso de responsabilidade por fato ou por vício do serviço, hipótese em que o nexo de causalidade é satisfeito pelo simples fato do demandado integrar a referida cadeia de produção.

Há jurisprudência reiterada do STJ acerca da solidariedade dos integrantes da cadeia de serviços:

PROCESSUAL CIVIL E CONSUMIDOR. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO C/C COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS. VÍCIO NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. “BANDEIRA” DO CARTÃO DE CRÉDITO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA. LEGITIMIDADE PASSIVA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. A agravante não trouxe qualquer argumento novo capaz de ilidir os fundamentos da decisão agravada.

2. Segundo a orientação jurisprudencial desta Corte Superior, o art. 14 do CDC estabelece regra de responsabilidade solidária entre os fornecedores de uma mesma cadeia de serviços, razão pela qual as “bandeiras”/marcas de cartão de crédito respondem solidariamente com os bancos e as administradoras de cartão de crédito pelos danos decorrentes da má prestação de serviços.

3. Agravo regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 596.237/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 03/02/2015, DJe 12/02/2015)

Mutatis mutandis, entendo que o fornecimento de talonário de cheques ao correntista está compreendido no fornecimento do *serviço bancário* prestado pela CEF à parte autora. E este serviço bancário (o “cheque”) tem uma sua “cadeia de fornecimento” integrada por *diversos fornecedores que atuam de forma conjunta*, previstos na Carta-Circular nº 3.411, de 26 de agosto de 2009 do Banco Central, tais como o banco “remetente” do cheque (que o envia à *Compe*), o banco “destinatário” (banco do emissor do cheque) e até mesmo o Banco do Brasil S/A (“executante” da compensação).

O fluxo desse serviço bancário se inicia com o fornecimento do talonário ao correntista e só se completa, evidentemente, com a devida compensação do cheque emitido. Assim, resta claro que tanto o banco do emissor do cheque (neste caso, a CEF) quanto o banco remetente do cheque á câmara de compensação *integram a mesma cadeia de fornecimento do serviço bancário em questão*, pelo que ambos, pela dicção dos arts. 14 e 20 do CDC, respondem *solidariamente* pelos danos causados aos consumidores.

Também não cabe aqui invocar a cláusula excludente prevista no art. 14, §3º, inc. II do CDC, tendo em vista que o “fato de terceiro” lá indicado deve ser lido em consonância com o *caput*, a revelar um “terceiro não fornecedor”; no presente caso, ainda que não tenha concorrido diretamente para o dano, o ato de terceiro que o causou foi perpetrado por fornecedor que integra a mesma cadeia de fornecimento em que se encontra situada a ré, pelo que ressaí indubitosa a responsabilidade solidária do banco, consoante já extensivamente exposto.

Ressalte-se ainda que são *direitos básicos* do consumidor a *facilitação da defesa de seus direitos* (art. 6º, inc. VIII) e a *efetiva reparação dos danos* (art. 6º, inc. VI, ambos do CDC). É sob essa luz que se deve ler o contido no art. 14 e 20 do Código, já que o intuito do legislador foi facilitar a efetiva reparação do dano sofrido, impondo ao fornecedor do serviço o seu ressarcimento mediante eventual ação de regresso.

Por fim, destaque-se a peculiar dificuldade experimentada pela parte autora no caso concreto, que ajuizou previamente ação em face do *Banco Bradesco* buscando reparação por tais fatos; ocorre que aquela ação foi extinta sem julgamento do mérito por ilegitimidade de parte (fl. 19 da petição inicial), mas o Juízo Estadual assim procedeu *em razão da resposta ERRÔNEA da CEF ao ofício enviado pelo Juízo (fl. 18 da exordial)*, já que informou ao Juiz Estadual que o cheque não havia sido compensado pela CEF (fl. 18); como se vê agora, tratava-se de informação equivocada, já que o cheque foi devidamente compensado na primeira apresentação (dia 15), e posteriormente recusado por apresentação em duplicidade (remessa nula - dia 16), e a omissão desse fato acabou induzindo a erro o Juízo Estadual, que decidiu pela inexistência de legitimidade do Bradesco, já que a CEF é quem não teria compensado o cheque.

Evidentemente, a teleologia protetiva do Código de Defesa do Consumidor não compactua com esse “jogo de empurra” entre os fornecedores; ao revés, preconiza uma pronta e justa indenização ao dano causado pelos corresponsáveis, cabendo a eles posteriormente, se assim lhes aprouver, resolver entre si o ônus de cada um mediante ação de regresso; na espécie dos autos, não se pode deixar de ponderar que a resposta enviada à CEF à Justiça Estadual colaborou para impedir que o Banco Bradesco fosse responsabilizado naquela Justiça, fato esse que não pode, em última análise, vir a prejudicar o consumidor no presente momento.

DA AQUILATAÇÃO DO DANO MORAL

O evento retratado nos autos não se consubstancia em simples dissabor cotidiano, aborrecimento ordinário ou episódio ínsito à vida em sociedade; não se compreende que a *devolução indevida de um cheque perante um credor*, quando o emissor tinha saldo suficiente para quitação do mesmo, esteja inserido no conceito de “mero contratempo, mágoa ou excesso de sensibilidade”; trata-se, sim, de fato que tem o condão de interferir intensamente no bem-estar psíquico do homem médio, acarretando-lhe abalo moral, angústia, sofrimento e humilhação perante terceiros, que não pode remanescer indene de reparação.

No processo de aquilatação do montante devido a título de reparação por danos morais, o juiz deve se atentar para a qualidade do dano, o prejuízo causado, a capacidade econômica das partes e o efeito pedagógico.

Atento a tais vetores, considero que o impacto sofrido pelo demandante foi de intensidade mediana; embora tenha passado por grave constrangimento perante o fornecedor (presunção *in re ipsa* inerente ao fato “devolução indevida de um cheque”), a prova dos autos revelou que o credor se mostrou compreensivo, inclusive acompanhando o demandante à agência da CEF e do Bradesco no intuito de resolverem juntos o problema; alia-se ao fato de que não houve restrição creditícia em nome do demandante.

Pontuo que a alegação de que o autor teria sido chamado de “burro” pela preposta da CEF foi inaugurada em sede de réplica à contestação, e veio vazia, sem respaldo nas provas amealhadas nos autos eletrônicos. Não houve sequer menção de tal fato pela parte autora em seu depoimento.

No mais, não considero justo aumentar o valor da indenização a pretexto de efeito pedagógico, já que a condenação da CEF não se baseia em qualquer ilícito por ela praticada, e sim pelo simples fato de integrar juntamente com o Banco Bradesco (aparentemente, o único causador do dano) a mesma cadeia de fornecimento do serviço em questão.

Assim, considero que o montante de R\$ 3.000,00 é suficiente a reparar adequadamente o dano experimentado pelo demandante e compatível com as circunstâncias do caso concreto.

JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA

Consoante decidido pela Corte Especial do STJ (EREsp 727.842, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJe de 20/11/2008), “atualmente, a *taxa dos juros moratórios* a que se refere o referido dispositivo [art. 406 do CC/2002] é a taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e Custódia - *SELIC*, por ser ela a que incide como juros moratórios dos tributos federais (arts. 13 da Lei 9.065/95, 84 da Lei 8.981/95, 39, § 4º, da Lei 9.250/95, 61, § 3º, da Lei 9.430/96 e 30 da Lei 10.522/2002)”.

Ainda, no julgamento do REsp 1.102.552/CE, a Primeira Seção do STJ reafirmou sua jurisprudência no sentido de que a incidência de juros moratórios, com base na variação da *taxa SELIC*, *não pode ser cumulada com a aplicação de outra taxa de juros moratórios e nem com outros índices de atualização monetária, cumulação que representaria bis in idem, dada a natureza híbrida da SELIC*.

Não há maiores dificuldades em se harmonizar os entendimentos consignados acima no caso de responsabilidade civil contratual (de obrigação ilícita), já que a correção monetária incide a partir do *prejuízo* (Súmula 43 do STJ) e os juros de mora fluem a partir da *citação* (art. 397, parágrafo único e 405 do CC, combinados com o art. 219 do CPC). Assim, aplica-se um índice de correção monetária (geralmente o IPCA-E) *desde o prejuízo até a citação*, momento a partir do qual o índice é *substituído* pela SELIC, cuja natureza híbrida, como visto, abrange juros e correção monetária, não podendo ser cumulada com qualquer outro índice sob pena de *bis in idem*.

Entretanto, a dificuldade surge no caso da responsabilidade civil extracontratual, mormente no que tange à atualização dos danos morais.

É que, nesse caso, os *juros moratórios* tem por termo inicial *a data do evento danoso*, segundo dispõem a Súmula 54 do STJ e o art. 398 do CC:

STJ - Súmula 54: Os juros moratorios fluem a partir do evento danoso, em caso de responsabilidade extracontratual.

Art. 398 do CC: Nas obrigações provenientes de ato ilícito, considera-se o devedor em mora, desde que o praticou.

Noutro giro, no que tange à *atualização monetária*, a Súmula nº 362 do STJ preconiza que “A correção monetária do valor da indenização do dano moral incide *desde a data do arbitramento*”.

Ou seja, há uma inversão à situação anteriormente exposta: os juros moratórios passam a correr desde momento anterior (data do evento danoso) ao próprio termo inicial da correção monetária (data do arbitramento na sentença).

Assim, caso se admita que a taxa de juros estabelecida pelo CC/2002 é mesmo a SELIC, e que sua natureza híbrida abrange juros e correção monetária, apenas duas possibilidades se descortinam:

a) Aplicar a variação da taxa SELIC desde a data da citação sobre o valor de danos morais fixado na sentença; ocorre que ao assim se proceder estar-se-á *premiando* o credor dos danos morais, pois estará sendo embutida correção monetária indevida (entre a data da citação e a data do arbitramento dos danos morais);

b) Aplicar a taxa SELIC sobre o valor de danos morais fixados na sentença, apenas dali em diante; ocorre que ao assim se proceder estar-se-á *penalizando* o credor dos danos morais, que ficará privado dos juros moratórios entre a data da citação e a data da sentença;

Nenhuma das situações se mostra adequada, e essa perplexidade não passou despercebida pelo e. STJ. Embora já tenha debatido exaustivamente a questão, aquele Sodalício decidiu pela nova afetação da matéria à Corte Especial, estando a questão pendente de julgamento no REsp 1.081.149. Pela pertinência, transcrevo trecho de matéria que aborda o voto do Ministro Relator:

Para o ministro Luis Felipe Salomão, já que a taxa Selic engloba juros moratórios e correção monetária em sua formação, sua incidência em dívidas civis pressupõe a fluência simultânea de juros e correção, fato que não ocorre em indenizações civis (Súmulas 54 e 362).

Assim, defende o ministro, é necessário harmonizar a aplicação da Selic com as Súmulas 54 e 362 do STJ, que estabelecem a contagem de juros e de correção monetária em períodos distintos.

Tese

Luis Felipe Salomão reconhece que a taxa em vigor para a mora do pagamento de impostos devidos à Fazenda Nacional é a Selic, mas entende que sua aplicação em dívidas civis não constitui “diretriz peremptória incontornável prevista no Código Civil”, sendo apenas um parâmetro a ser adotado na falta de outro específico previsto para determinada relação jurídica, como, por exemplo, o que há para dívidas condominiais (artigo 1.335, parágrafo 1º, do Código Civil).

(...)

Proposta

Com base no Enunciado 20, aprovado na I Jornada de Direito Civil promovida pelo Conselho da Justiça Federal em setembro de 2002, o ministro propõe que o STJ adote a utilização de *índice oficial de correção monetária* ou tabela do próprio tribunal local, *somado à taxa de juros de 1% ao mês (ou 12% ao ano)*, nos termos do artigo 161 do Código Tributário Nacional. O referido enunciado dispõe que “a taxa de juros moratórios a que se refere o artigo 406 é a do artigo 161, parágrafo 1º, do Código Tributário Nacional, ou seja, 1% ao mês.

O mesmo enunciado, que possui caráter orientador da interpretação dos artigos, dispõe que a utilização da taxa Selic como índice de apuração dos juros legais não é juridicamente segura, porque impede o prévio conhecimento dos juros; não é operacional, porque seu uso será inviável sempre que se calcularem somente juros ou somente correção monetária; é incompatível com a regra do artigo 591 do novo Código Civil, que permite apenas a capitalização anual dos juros, e pode ser incompatível com o artigo 192, parágrafo 3º, da Constituição Federal, se resultarem juros reais superiores a 12% ao ano.

Independentemente de questionamento acerca do acerto ou desacerto da adoção da Selic como taxa de juros a que se refere o artigo 406 do Código Civil, *o fato é que sua incidência se torna impraticável em situação como a dos autos, em que os juros moratórios fluem a partir do evento danoso (Súmula 54) e a correção monetária em momento posterior (Súmula 362)”, destaca o ministro em seu voto.*

(Fonte: <<http://www.conjur.com.br/2013-ago-18/ministros-stj-divergem-aplicacao-selic-indenizacoes-civeis>>, acesso em 04.03.2015, grifos inéditos).

Ante o exposto, nos termos das Súmulas 54 e 362 do STJ e do voto noticiado acima do insigne Ministro Luis Felipe Salomão, o valor ora fixado de danos morais deve ser acrescido de *correção monetária pelo IPCA-E (manual de cálculos da Justiça Federal, item condenatórias em geral)*, bem como de *juros moratórios no importe de 1% ao mês, sem capitalização, contados a partir do evento danoso* (data 16/05/2012).

DISPOSITIVO

Ante o exposto, resolvo o mérito nos termos do art. 269, inc. I do CPC, e JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE O PEDIDO, CONDENANDO a ré ao pagamento de R\$ 3.000,00 (*três mil reais*) a título de danos morais, com atualização monetária e juros de mora nos termos da fundamentação.

Sem custas e honorários (art. 55 da Lei nº 9.099, de 26.09.95).

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

Juiz Federal FELIPE RAUL BORGES BENALI

AÇÃO PENAL

0001688-15.2013.4.03.6113

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
Réu: TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE FRANCA - SP
Juiz Federal: EMERSON JOSÉ DO COUTO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 18/05/2015

Cuida-se de ação penal ajuizada pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL contra TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA, brasileiro, solteiro, comprador, filho de João Gonçalves Filho e Célia Eurípedes Rejane Gonçalves, inscrito no CPF sob nº 297.157.878-00 e portador do RG nº 32.695.502-SSP/SP, nascido no dia 23/07/1981, residente e domiciliado na Rodovia Ronan Rocha, Condomínio Arco-Íris, Chácara nº 17, em Franca (SP), pela prática da conduta tipificada no artigo 312, *caput*, *in fine*, c. c. 327 ambos do Código Penal.

Inicialmente, a denúncia imputou a conduta de recusar a restituir e desviar, dolosamente, em proveito próprio ou alheio, 03 (três) balancins, penhorados para garantia de execução fiscal em trâmite perante a JUSTIÇA FEDERAL e dos quais era depositário judicial.

Distribuída a ação à 3ª Vara Federal de Franca (SP), o Juiz Federal Titular da Vara declarou seu impedimento, com fundamento no artigo 252, II, do Código de Processo Penal. (fls. 77). Em decorrência disso, o Egrégio TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO designou outro Juiz Federal em substituição ao juiz impedido. (fls. 80).

Denúncia recebida em 23/07/2013 e requisitadas as folhas de antecedentes e respectivas certidões. (fls. 81)

Citado pessoalmente, (fls. 82-83), o réu apresentou resposta escrita por meio de advogado constituído em 05/09/2013 e juntou documentos. (fls. 85-92). Postulou sua absolvição afirmando que não desviou os bens de que era depositário fiel e nem recusou a apresentação. Justificou que os bens não mais estavam em sua posse, porquanto removidos pela Justiça do Trabalho. Assim, não promoveu desvio dos bens, mas apenas cumpriu decisão de outro juízo, de modo que sua conduta jamais poderia ser considerada criminosa.

Por despacho de fls. 97 foi determinada a intimação do titular da ação penal.

À vista da resposta do acusado, o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL requereu o aditamento da denúncia (fls. 106-111), porquanto reconheceu que dois balancins (nº 01819 e 01781) efetivamente foram penhorados pela Justiça do Trabalho e que na data de intimação do réu para apresentação à Justiça Federal haviam sido removidos para outro depositário, em cumprimento a decisão da Justiça do Trabalho.

No entanto, ressaltou que o réu efetivamente se recusou a restituir à Justiça Federal e desviou em proveito próprio ou alheio, 01 (um) balancim (nº 03172) que lhe foi deixado em confiança, na condição de fiel depositário judicial em ação de execução fiscal, promovida pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL).

Constou do aditamento da denúncia que o réu recusou-se a apresentar à Justiça Federal o balancim de nº 03172, aduzindo falsamente que o mencionado bem teria sido objeto de penhora e arrematação em outro processo judicial, de natureza trabalhista. Salientou, ainda, que a Justiça do Trabalho informou que, apesar de ter penhorado o balancim nº 03172, o bem não foi arrematado, porque nem sequer foi localizado.

Assim, concluiu a acusação que o réu desviou o balancim nº 03172, do qual tinha a guarda na condição de Auxiliar da Justiça, razão pela qual pediu a sua condenação como incurso nas sanções do crime de peculato-desvio, descrito no artigo 312, *caput, in fine*, c. c. o artigo 327, ambos do Código Penal.

Intimada, a defesa apresentou *nova* resposta à acusação, destacando, *preliminarmente*, que o aditamento da denúncia ofenderia princípios constitucionais e, portanto, acarretaria nulidades. Afirmou, ainda, que a imputação do fato seria imprecisa, impossibilitando-o de exercer a ampla defesa e o contraditório, porque de aditamento não se trataria, mas, sim, de outra acusação.

Quanto ao mérito, sustentou que o auto de penhora e depósito não descreveu o número dos balancins efetivamente penhorados. De todo modo, alegou que a penhora recaiu sobre os balancins de nº 01819, 1781 e 5057, os quais foram penhorados e removidos pela Justiça do Trabalho.

Aduziu, também, que o balancim de nº 03172 somente foi mencionado no auto de avaliação, mas que foi devolvido ao seu legítimo proprietário, por se tratar de bem alugado. Portanto, afirmou que não estava na posse dos balancins penhorados, por motivo de remoção pela Justiça do Trabalho e da devolução do balancim 03172 ao respectivo proprietário. Concluiu que não cometeu crime algum, porquanto justificada a impossibilidade de apresentação dos balancins penhorados pela Justiça Federal.

Absolvição sumária rejeitada e designada audiência de instrução. (fls. 119). Na audiência, foram ouvidas cinco testemunhas e o réu foi interrogado, ocasião em que sustentou que informou ao Oficial de Justiça da Justiça Federal que os balancins penhorados não eram de sua propriedade.

Ao final da audiência nada foi requerido na fase do art. 402 do CPP e foi concedido às partes o prazo de 05 (cinco) dias para apresentarem alegações finais.

Razões finais da acusação, em que postulou a condenação do réu na forma da denúncia (fls. 142-148).

O réu não ofereceu suas alegações finais no prazo marcado.

Outro magistrado foi designado para atuar, em face da remoção do anterior. (fls. 158)

Conclusos os autos para sentença e antes de sanar a falta de alegações finais da defesa, o feito foi convertido em diligência, com abertura de vistas ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, que o devolveu sem manifestação.

Em seguida, foi proferida decisão, na qual o douto Magistrado Oficiante asseverou que “em tese, sempre em tese” a conduta imputada ao réu poderia se amoldar ao crime de “fraude à execução” (art. 179, do Código Penal), razão pela qual determinou a remessa dos autos ao MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para o fim de dizer sobre o “cabimento de transação penal ou suspensão condicional do processo”. (fls. 161-164)

Manifestação do Ministério Público Federal pela impossibilidade de oferta de transação penal ou da suspensão do processo, em razão dos antecedentes criminais do acusado. (fls. 184).

Dada a promoção do Juiz Federal anteriormente designado, determinei, no período em atuei, em substituição, na 3ª Vara Federal, a expedição de ofício ao Egrégio Conselho da Justiça Federal da 3ª Região para indicação de outro magistrado, dado o impedimento do Juiz Titular da vara e a vacância do cargo de juiz federal substituto na mencionada vara.

O Egrégio Conselho me designou para atuar neste caso. Ao assumir o processo, ordenei a intimação do advogado de defesa constituído para apresentar razões finais.

A defesa técnica apresentou as alegações finais em que repisou as teses já deduzidas na resposta à acusação e pugnou pela absolvição. (fls. 189-191).

Os autos vieram conclusos para sentença.

É o relatório.

Fundamento e decido.

PRELIMINARMENTE

Inicialmente, destaco que a instrução do processo foi concluída por juiz diverso, o qual foi removido para outra Subseção da Justiça Federal, de modo que não há qualquer impedimento legal para que eu profira a sentença, nos termos do artigo 132 do Código de Processo Civil, aplicado subsidiariamente ao Processo Penal, por força do artigo 3º do Código de Processo Penal.

De fato, é entendimento jurisprudencial uníssono do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL e do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA que “o princípio da identidade física do juiz não é absoluto, devendo ser mitigado sempre que a sentença proferida por juiz que não presidiu a instrução criminal seja correlata com as provas produzidas pelo magistrado que a conduziu”. (STF, HC 110404).

Consigno, também, que a prova oral foi colhida em sistema de gravação audiovisual. Ouvi todos os depoimentos e não vejo a necessidade de serem repetidos e nem de se produzir quaisquer outras provas.

Ademais, verifiquei que o processo foi conduzido com observância irrestrita dos princípios constitucionais da ampla defesa e do contraditório (CF, art. 5º, LV), não havendo nulidade a ser pronunciada ou mesmo sanada.

Também não prospera a tese defensiva de nulidade processual por suposta imprecisão da denúncia. Isso porque a inicial acusatória (fls. 74-75) imputou ao réu a conduta de se negar a restituir e desviar, em proveito próprio ou alheio, *três* balancins que lhes foram entregues em confiança, na qualidade de depositário judicial em execução fiscal que tramita perante a 3ª Vara Federal da Subseção Judiciária de Franca (SP).

A petição de aditamento à denúncia (fls. 106-111), de sua vez, não inovou, ampliou ou alterou a acusação. Ao contrário, a douta Procuradora da República apenas explicou, com mais pormenores, a forma como os fatos reputados criminosos se deram e, ainda, reduziu a acusação formulada contra o réu, porquanto ao invés de imputar-lhe o desvio de *três* balancins, reconheceu que o réu desviou e se recusou a restituir à Justiça Federal apenas um balancim, o de número 03172.

Não há, também, se falar em inépcia da denúncia.

Com efeito, a peça acusatória cumpriu satisfatoriamente o disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, porquanto expôs claramente o fato tido por criminoso (desvio e recusa de restituição de coisa móvel alheia), com todas as suas circunstâncias; isto é, esclareceu que o réu recebeu licitamente a coisa em depósitos judicial e que, posteriormente, se recusou a restituí-la e a desviou em proveito próprio ou alheio. Também delimitou o objeto que foi desviado e trouxe a qualificação completa do acusado, a classificação do crime e o rol de testemunhas.

Assim, está claro que o réu não teve qualquer dificuldade de compreender o teor da acusação, de exercer plenamente sua defesa e de contrapor-se aos fatos que lhes foram imputados.

Vale realçar, ainda, que o aditamento da denúncia pode ser feito antes da sentença, porquanto é dever da acusação suprir omissões e, até mesmo, alterar a imputação se, ao fim da instrução, entender cabível nova definição jurídica do fato, conforme claramente dispõem os artigos 384 e 569, ambos do Código de Processo Penal:

Art. 384. Encerrada a instrução probatória, se entender cabível nova definição jurídica do fato, em consequência de prova existente nos autos de elemento ou circunstância da infração penal não contida na acusação, o *Ministério Público deverá aditar a denúncia ou queixa*, no prazo de 5 (cinco) dias, se em virtude desta houver sido instaurado o processo em crime de ação pública, reduzindo-se a termo o aditamento, quando feito oralmente. (destaquei)

Art. 569. *As omissões da denúncia ou da queixa*, da representação, ou, nos processos das contravenções penais, da portaria ou do auto de prisão em flagrante, *poderão ser supridas a todo o tempo, antes da sentença final*. (destaquei)

No caso, o Ministério Público Federal, depois de intimado para falar sobre a resposta preliminar e documentos juntados pela defesa, aditou a denúncia simplesmente para trazer maiores dados acerca do objeto do ilícito e reduziu, *em benefício do réu*, a acusação, porquanto reconheceu que houve o desvio e a recusa de restituição de apenas um balancim e não de três.

Ademais, o aditamento da denúncia foi feito antes da conclusão da instrução criminal, não houve agravamento ou alteração da imputação e ao réu foi dado novo prazo de 10 (dez) dias para apresentar resposta à acusação (fls. 112) e a defesa técnica ofereceu nova resposta (fls. 114-117). Somente depois disso é que foi proferida a decisão que afastou a possibilidade de absolvição sumária. E, posteriormente, realizou-se a audiência de instrução e as partes apresentaram as razões finais.

Portanto, não há dúvida que inexistiu qualquer cerceamento do direito de defesa ou afronta ao princípio do contraditório.

Não fosse o bastante, o réu não demonstrou qualquer prejuízo efetivo à sua defesa em razão do aditamento da denúncia, o que também justifica a rejeição da alegação de nulidade processual, em face do princípio geral de Direito Processual Penal *pas de nullité sans grief*:

O princípio *pas des nullités sans grief* – corolário da natureza instrumental do processo (art. 563 do CPP: “Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa.”) – impede a declaração da nulidade se não demonstrado o prejuízo concreto à parte que suscita o vício, como na hipótese sub examine. (STF, HC 107882).

Assim, com fundamento nos artigos, 41, 384, 563 e 569, ambos do Código de Processo Penal, rejeito a alegação de inépcia da denúncia e de nulidade do processo.

MÉRITO

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL imputou ao réu, de forma objetiva, a conduta de desviar, em proveito próprio ou alheio, um balancim (balancim 03172) que lhe foi dado em confiança, na condição de depositário judicial, bem como que, regularmente intimado, não restituiu o mencionado bem à Justiça Federal.

Acrescentou, ainda, que a conduta foi dolosa, porquanto o acusado justificou a recusa de entrega na alegação de que o bem teria sido removido por ordem da Justiça do Trabalho, fato que não ocorreu, porquanto a própria Justiça Trabalhista esclareceu que o bem (balancim 03172) apesar de efetivamente penhorado, não foi arrematado ou removido, porquanto no curso da ação trabalhista o equipamento não foi localizado na posse do réu.

Ocorre, todavia, que a conduta descrita na denúncia não configura o crime de peculato e nem o de fraude à execução.

Com efeito, o crime de fraude à execução está assim definido:

Art. 179 - *Fraudar execução*, alienando, *desviando*, destruindo ou danificando bens, ou simulando dívidas:

Pena - detenção, de seis meses a dois anos, ou multa.

Parágrafo único - Somente se procede mediante queixa.

A conduta imputada não se amolda a esse tipo penal – *com o máximo respeito* – porquanto o réu não era executado na ação de execução fiscal quando foi designado depositário judicial. Por isso, não poderia ser sujeito ativo desse crime. De fato, consoantes documentos de fls. 17-30, a execução fiscal tinha no polo passivo a pessoa jurídica *Classe & Arte de Couro Ltda* – ME e a pessoa física *Aristeu Gonçalves de Oliveira*.

Porém, o delito do artigo 179 do Código Penal somente pode ser praticado pelo executado, porquanto se trata de crime próprio, conforme leciona HELENO CLÁUDIO FRAGOSO¹:

Sujeito ativo do crime será sempre o devedor, demandado pelo pagamento da dívida, na iminência de execução judicial.

Também comungam da mesma opinião PAULO JOSÉ DA COSTA JR. e FERNANDO JOSÉ DA COSTA²:

Sujeito ativo será somente quem, tendo o dever jurídico de cumprir obrigações civis derivadas de ação executória pendente, fraudar a execução.

Esse entendimento é igualmente compartilhado por GUILHERME DE SOUZA NUCCI³ e ROGÉRIO GRECO⁴, os quais destacam que o sujeito ativo do crime de fraude à execução é sempre o devedor contra o qual está sendo promovida a ação de execução judicial, ou seja, o executado.

Nesse passo, não é possível promover a desclassificação dos fatos para o crime do artigo 179 do Código Penal, tal qual aventado pela decisão de fls. 161-169, que “em tese, sempre em tese”, determinou a intimação do MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL para que se manifestasse sobre o cabimento da transação penal ou suspensão condicional do processo.

Aliás, vale ressaltar, ainda, que nos termos do artigo 383 do Código de Processo Penal, é por ocasião da sentença que o juiz poderá promover a correção da adequação típica, conforme iterativa e notória jurisprudência do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL:

(...) *Segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é a sentença o momento processual oportuno para a emendatio libelli, a teor do art. 383 do Código de Processo Penal. 2. Tal posicionamento comporta relativização – hipótese em que admissível juízo desclassificatório prévio –, em caso de erro de direito, quando a qualificação jurídica do crime imputado repercute na definição da competência. Precedente. (...) (HC 115831, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Primeira Turma, julgado em 22/10/2013, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-227 DIVULG 18-11-2013 PUBLIC 19-11-2013) (destaquei)*

Por fim, imperioso destacar que a decisão de fls. 161-169 partiu de pressuposto equivo-

1 Lições de Direito Penal, parte especial: arts. 121 a 212 do CP. 7ª Edição – Rio de Janeiro : Forense, 1983, pág. 436.

2 Curso de Direito Penal. 12ª Edição, revista e atualizada. São Paulo : Saraiva, 2010, pág. 592.

3 Manual de Direito Penal, 6ª edição, Revista dos Tribunais, 2009, pág. 771.

4 Código Penal Comentado, 9ª edição, Editora Impetus, 2015, pág. 671.

cado – *data vênia* –, haja vista que não atentou para o fato de que o réu – depositário judicial – não ocupava o polo passivo da ação de execução fiscal na qual assumiu a função de auxiliar do juízo.

Sob outro prisma, a conduta narrada também não se amolda ao crime de *peculato*. O crime de *peculato* em razão da apropriação indébita por depositário judicial somente pode ser praticado pelo funcionário público investido no respectivo *cargo público*, conforme ensina FRAGOSO⁵:

Evidentemente, o *depositário judicial* a que a lei refere não é o que desempenha o cargo público que assim se denomina. Este é funcionário público e somente poderá praticar o crime de *peculato*.

Isso ocorre porque o particular, designado para a função de depositário judicial, não exerce função pública para fins penais. De fato, ao dispor no artigo 168, §1º, inciso II, a causa de aumento de pena para o depositário judicial, o Código Penal não considerou que o particular, na condição de depositário judicial, exercesse “função pública” de modo transitório e sem remuneração.

Nesse sentido o esolío de Rogério Greco⁶, mencionando lição de Luiz Regis Prado:

Depositário judicial é o encarregado, conforme o art. 148 do Código de Processo Civil, de guardar e conservar os bens penhorados, arrestados, sequestrados ou arrecadados, não dispondo a lei de outro modo. Luiz Regis Prado esclarece, ainda, que, “se é funcionário público, responde por *peculato*; sendo, porém, particular nomeado pelo juiz, incorre na majorante em estudo”. (destaquei).

Tenho, por isso, que o particular, quando investido na função de depositário judicial não exerce função pública para fins penais, mas, tão somente, *múnus público*. Nesse passo, o réu deste processo (particular investido na função de depositário judicial) não poderia cometer o crime de *peculato*, próprio de funcionário público.

Portanto, a conduta narrada na denúncia amolda-se ao crime de *apropriação indébita* com pena aumentada, previsto no artigo 168, §1º, II, do Código Penal:

Apropriação indébita

Art. 168 - *Apropriar-se* de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

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

Aumento de pena

§ 1º - A pena é aumentada de um terço, quando o agente recebeu a coisa:

II - na qualidade de tutor, curador, síndico, liquidatário, inventariante, testamenteiro ou depositário judicial;

A ação incriminada é a apropriação de coisa alheia móvel, que o agente tem a posse ou a detenção. “A materialidade do fato reside em apropriar-se o agente da coisa, no todo ou em parte, isto é, em dela assenhorar-se; em fazê-la própria; em praticar sobre ela atos de disposição, como proprietário... Muitas vezes, a ação revela inequivocamente a existência da

⁵ Ob. Cit., pág. 373.

⁶ Ob. Cit., pág. 601.

apropriação, quando é de tal sorte que somente pelo proprietário possa ser praticada (ex.: alienação por conta própria, ocultação, consumo).⁷. (destaquei)

O crime de apropriação indébita admite as modalidades comissiva e omissiva, conforme lição de Rogério Greco⁸:

O núcleo *apropriar* pode ser praticado comissiva ou omissivamente pelo agente. Assim, comete o crime de apropriação indébita, praticando um comportamento comissivo, aquele que se desfaz da coisa alheia móvel, agindo como se fosse dono, vendendo-a a terceiro. *Da mesma forma, comete o delito em estudo o agente que se recusa a devolver a coisa quando solicitada por seu legítimo dono*, praticando, outrossim, uma conduta negativa. (destaquei)

Quanto ao tipo objetivo, também explica FRAGOSO⁹, “é que o agente tenha, anteriormente à ação criminosa, a posse lícita da coisa”. O dolo, de sua vez, decorre da manifestação de vontade de ter a coisa para si, como se dono fosse.

O crime se consuma quando o agente passa a dispor da coisa como se sua fosse e isso se revela quando age “por retenção – recusa na devolução ou em dar a coisa; por alheação – passar a coisa a terceiro por venda, doação ou permuta, destinação que fora especificada no recebimento; por ocultação, que é forma de consumo; *por desvio* – aplicar um fim distinto trazendo prejuízo patrimonial. Consoante tal visão, pode-se sintetizar que, na tipificação, *o ilícito comportamental se caracteriza diante da recusa da devolução da coisa*, pois o autor possui um dever jurídico de restituir”.¹⁰ (destaquei) No caso, o réu recebeu em depósito judicial três balancins, de propriedade da sociedade empresária - *Classe & Arte de Couro Ltda – ME (coisa alheia móvel)*, os quais foram penhorados para garantia de processo de execução fiscal promovido pela UNIÃO (FAZENDA NACIONAL), conforme claramente se infere do auto de penhora e depósito de fls. 20 (*dever de guarda e restituição*), que assim dispôs:

Aos 24 dias, do mês de setembro do ano dois mil e nove... em cumprimento ao mandado anexo, expedido pelo MM. Juiz Federal da 3ª Vara Federal de Franca/SP, a requerimento da FAZENDA NACIONAL, no Processo nº 2009.61.13.001347-3, que move contra CLASSE & ARTE DE COURO LTDA ME... PENHOREI os seguintes bens: três balancins marca poppi, modelo s777, hidráulicos, em bom estado de conservação e em funcionamento. Bens estes do executado para garantir o Juízo, e em seguida, deposei-os em mãos e poder do Sr. TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA, CPF nº 297.157.878-00, que sujeitou-se às penas da lei...

O Laudo de Avaliação (fls. 19) mencionou e identificou os números dos balancins penhorados, e, dentre eles, *constou o de nº 03172*, que foi aquele apontado no aditamento da denúncia como desviado e retido injustificadamente pelo réu.

De fato, às fls. 19 e 21 constam certidões, exaradas pelo Oficial de Justiça Avaliador AURO DOS SANTOS, na quais afirmou:

Fls.: 19

(...) procedi a avaliação do bem a seguir descrito: *três balancins*, marca Poppi, modelo S 777, hidráulicos, *números 018819, 01781 e 03172*, em bom estado de conservação e funcionamento, avaliados em R\$ 8.000,00 (oito mil reais) cada, num total de R\$ 24.000,00 (vinte e quatro

7 Heleno Cláudio Fragoso, ob. cit., pág. 357-358.

8 Ob. cit., pág. 600.

9 Ob. cit., pág. 355.

10 Rogério Greco, ob. cit., pág. 599.

mil reais). (destaquei)

Fls.: 21:

(...)

No mesmo ato procedi à PENHORA E AVALIAÇÃO dos bens da empresa para garantir o débito, nos termos do auto e laudo anexos. *Nomeei depositário o representante legal da empresa cientificando-o do ônus do encargo.* (destaquei)

(...)

Posteriormente à penhora e depósito, o réu foi intimado, *duas vezes*, a entregar os bens. Na primeira vez (20/7/2010) (fls. 22-23) declarou à Servidora executante de mandados da Justiça Federal que os bens penhorados (balancins) teriam sido arrematados em leilão judicial e que não possuía a documentação correlata, mas que, posteriormente, seria apresentada por seu advogado.

Como não houve a exibição de qualquer documento, o Juiz Federal determinou nova intimação do réu a restituir, no prazo de dez dias e *sob pena de sanções civis e criminais* (fls. 28) os balancins penhorados ou que efetuasse o depósito do valor equivalente, ou, ainda, exhibisse os documentos que comprovassem a arrematação dos balancins em leilão. *O réu foi regularmente intimado em 09/11/2011*, porém ficou-se inerte, conforme certidão de fls. 30. Assim, o crime de apropriação indébita se consumou em 19 de setembro de 2011, isto é, dez dias depois da segunda intimação judicial.

Isso porque, a omissão do réu em restituir a coisa alheia móvel, pertencente à pessoa jurídica executada, revelou seu *animus rem sibi habendi*.

O dolo de apropriação também ficou caracterizado pelas declarações falsas prestadas pelo réu perante a autoridade policial. Com efeito, indagado sobre os fatos, afirmou novamente que os balancins não foram restituídos, porquanto teriam sido arrematados em outro processo judicial e exibiu documentos alusivos à uma ação trabalhista promovida por Carlos Antônio de Souza, perante a 2ª Vara do Trabalho de Franca/SP.

A fim de averiguar a veracidade das declarações do réu, a autoridade policial solicitou à 2ª Vara da Justiça do Trabalho a remessa de cópias referente à penhora dos balancins. Dos documentos recebidos, constou efetivamente a penhora de 04 (quatro) balancins, dentre eles o de nº 03172 (fls. 60, letra “c”). No entanto, a certidão de fls. 64 desmentiu as declarações do réu, porquanto nela consta que o balancim 03172 (fls. 60, letra “c”) não foi encontrado para remoção pela Justiça do Trabalho e que o réu, na oportunidade, informou à Oficial de Justiça Avaliadora da Justiça do Trabalho, que o mencionado balancim teria sido retirado pelo proprietário.

Em juízo o réu voltou a alegar que os balancins penhorados não pertenciam à pessoa jurídica executada e que seriam alugados. Todavia, nem mesmo soube declinar quem seriam os supostos proprietários/locadores e, tampouco, juntou qualquer documento a comprovar suas alegações. Da mesma forma não produziu prova alguma no sentido de que teria informado o Oficial de Justiça da Justiça Federal de que os balancins seriam alugados.

Nesse passo, não tenho dúvida de que o réu, de forma livre e consciente, apropriou-se de coisa alheia móvel (balancim 03172), da qual tinha posse anterior legítima, porquanto decorrente de depósito judicial. O dolo da conduta de tomar a coisa como sua ficou revelado pelas atitudes do réu, pois ao recusar a restituição do balancim passou a agir como se fosse o dono da coisa.

Isso porque, instado pela Justiça Federal a restituir o bem, alegou falsamente que o

balancim 03172 teria sido arrematado em ação trabalhista perante a Justiça do Trabalho. A falsidade dessa alegação se confirmou com o documento de fls. 64, na qual as Oficiais de Justiça RITA MARIA COELHO NASCIMENTO NEVES e MÁRCIA HELENA SEGISMUNDO certificaram que o mencionado balancim nº 03172 não foi removido, porquanto não foram encontrados. Consta dessa certidão, também, que quando da tentativa de remoção do balancim o réu afirmou que esse bem móvel de que tinha o dever de guarda e restituição teria sido retirado por terceira pessoa, porque se trataria de bem alugado.

Ocorre que o réu não se desincumbiu do ônus de provar a alegação de que os balancins seriam alugados (art. 156, Código de Processo Penal). Assim, não conseguiu afastar a presunção de veracidade do auto de penhora e depósito (fls. 21), no qual ficou certificado que os bens penhorados e depositados pertenceriam à sociedade empresária executada.

De outro lado, não afasta a existência do crime o fato de o réu ser o representante legal da pessoa jurídica a quem pertencia o balancim nº 03172, porquanto o patrimônio da pessoa jurídica não se confunde com o do sócio, pessoa física, consoante ensina FÁBIO ULHOA COELHO¹¹:

Da definição da sociedade empresária como pessoa jurídica derivam consequências precisas, relacionadas com a atribuição de direitos e obrigações ao sujeito de direito nela encerrado. Em outros termos, na medida em que *a lei estabelece a separação entre a pessoa jurídica e os membros que a compõem, consagrando o princípio da autonomia patrimonial, os sócios não podem ser considerados os titulares dos direitos ou os devedores das prestações relacionados ao exercício da atividade econômica, explorada em conjunto. Será a própria pessoa jurídica da sociedade a titular de tais direitos e a devedora dessas obrigações.* (destaquei)

Como se vê, o patrimônio do sócio não se confunde com o patrimônio da sociedade empresária, sobretudo porque o artigo 985 do Código Civil é claro ao estabelecer que, com o registro próprio na forma da lei, a sociedade adquire personalidade jurídica, o que lhe permite ser sujeito de direitos e obrigações, dentre os quais, o direito de propriedade.

Há de se destacar, também, que o objeto da ação delituosa (balancim 03172) não se destinava ao comércio pela sociedade empresária, mas, sim, servia de equipamento para produção de sapatos, conforme destacou o acusado em seu depoimento, ao afirmar que era equipamento destinado ao uso na linha de produção.

Em conclusão, o desvio e a recusa de restituição do bem penhorado (balancim 03172), de propriedade da pessoa jurídica da qual o réu era o representante legal e que recebeu em depósito judicial, configurou o crime de apropriação indébita, com pena aumentada pela qualidade do agente, nos exatos termos do artigo 168, §1º, II, do Código Penal.

Isso confirma que a tese da defesa, no sentido de que a imputação seria imprecisa, impossibilitando o réu de exercer amplamente a defesa e o contraditório não prospera. De fato, no sistema processual penal brasileiro, o acusado se defende dos fatos narrados e não da qualificação jurídica atribuída pelo MINISTÉRIO PÚBLICO ao fato delituoso. A definição jurídica do crime decorrente dos fatos narrados é dada pelo juiz, no momento da sentença, conforme preconiza o artigo 383 do Código de Processo Penal:

Art. 383. O juiz, sem modificar a descrição do fato contida na denúncia ou queixa, poderá atribuir-lhe definição jurídica diversa, ainda que, em consequência, tenha de aplicar pena mais grave.

11 Curso de Direito Comercial. Vol. 2. 8ª edição. 2005. Editora Saraiva, pág. 14.

No caso, a denúncia deixou muito claro que o réu desviou e se negou injustificadamente a restituir bem que lhe fora entregue em depósito judicial, incorrendo, pois, nas penas do artigo 168, §1º, II, do Código Penal.

Ademais, a tese de defesa acerca da inexistência de descrição do número dos balancins no auto de penhora não afasta a certeza do crime, haja vista que o balancim desviado, de nº 03172, foi descrito no laudo de avaliação (fls. 21) e o próprio réu confirmou, ao ser indagado por seu advogado ao final de seu interrogatório, que os balancins penhorados foram os mesmos avaliados.

Além disso, a testemunha AURO DOS SANTOS, oficial de justiça avaliador que fez a penhora, depósito e avaliação dos balancins, declarou em juízo que os balancins penhorados e depositados judicialmente com o réu são aqueles descritos no laudo de avaliação.

Já as testemunhas de defesa, por sua vez, nada souberam falar sobre os fatos.

No entanto, os documentos colhidos na fase investigatória, remetidos pela Justiça do Trabalho, confirmaram que o balancim nº 03172 não foi removido ou arrematado em ação trabalhista, porquanto depois de penhorado não foi mais localizado na posse do réu.

O réu também não fez qualquer prova capaz de demonstrar, em juízo, a veracidade de sua alegação, no sentido de que balancim de nº 03172 era alugado e que fez a sua devolução ao suposto “legítimo proprietário”. Aliás, não há o menor início de prova a confirmar sua versão. E, ainda que se tratasse de bem alugado, jamais o réu poderia dispor do balancim sem prévia autorização judicial.

Aliás, curiosa a alegação do réu de que teria devolvido o balancim 03172 ao suposto proprietário, porquanto foi pessoalmente cientificado de que tinha o dever de guardar, conservar e restituir os balancins penhorados, de modo que, em hipótese alguma, poderia entregar o bem a quem quer que seja ou a qualquer título. Depois de consolidada a penhora e o depósito judicial, conforme comprovado pelos documentos de fls. 20 e 21, o réu não poderia dar outro destino a qualquer dos bens, senão por ordem judicial.

Posto isso, aplico o art. 383 do Código de Processo Penal e desclassifico o crime imputado ao réu no artigo 312, *caput*, *in fine* c. c. o artigo 327 do Código Penal, e, à vista do conjunto probatório, condeno TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA como incurso no crime de apropriação indébita majorado, previsto no artigo 168, §1º, inciso II, do Código Penal.

Passo, a seguir, à dosimetria da pena, conforme as disposições do artigo 68 do Código Penal.

Respeitando o sistema trifásico, na primeira fase, analiso as circunstâncias dos artigos 59 do Código Penal. Quanto à culpabilidade, agiu com culpa normal. Os antecedentes não foram suficientemente provados, pois, embora o réu já tenha respondido a vários inquéritos policiais, que foram arquivados, não podem ser levados em conta a teor da Súmula 444 do Superior Tribunal de Justiça. Não há elementos para avaliação da conduta social e de sua personalidade. Os motivos do crime são condizentes com o tipo. Sobre as circunstâncias do crime, considero-as inerentes ao tipo penal que já pune com maior rigor o depositário judicial que se apropria da coisa. As consequências do crime não pesam contra o acusado, porquanto não extrapolam o arquétipo penal. Deixo de analisar item referente ao comportamento da vítima, porque se trata de crime em que o ofendido é a União. Assim fixo a pena-base no mínimo legal, ou seja, em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na segunda fase, há a agravante de violação de dever inerente ao cargo de depositário judicial (art. 61, II, “g”, do Código Penal), porém deixo de considera-la, haja vista expressa previsão no tipo legal de aumento da pena para a hipótese. Também não há atenuantes a

serem consideradas, permanecendo a pena em 01 (um) ano de reclusão e 10 (dez) dias-multa.

Na terceira fase, não há causas de diminuição, porém está presente a causa de aumento de pena prevista no artigo 168, §1º, II, do Código penal, porque o réu praticou o crime na qualidade de depositário judicial. Aumento, assim, a pena em 1/3 (um-terço), tornando-a definitiva em 1 (um) ano e 04 (quatro) meses de reclusão e 13 (treze) dias-multa.

Fixo o valor do dia-multa em um 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época dos fatos.

No tocante ao regime de cumprimento da pena restritiva de liberdade, deverá ser inicialmente no regime aberto, diante de expressa previsão legal, artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal.

ANTE O EXPOSTO, *julgo parcialmente procedente* a presente ação penal, que move o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, para condenar TIAGO GONÇALVES DE OLIVEIRA à pena de 01 (um) ano e 04 (quatro) meses reclusão, em regime inicialmente aberto, segundo o artigo 33, §2º, “c”, do Código Penal, e ao pagamento de 13 (treze) dias-multa, cada qual no valor de 1/30 (um trinta avos) do salário mínimo vigente à época do crime, por incurso no artigo 168, §1º, II, do Código Penal.

Presentes os requisitos do artigo 44, do Código Penal, substituo a pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, consistentes na prestação de serviços à comunidade pelo tempo da pena corporal e prestação pecuniária limitada ao pagamento de uma cesta básica por mês de condenação, no valor de R\$ 250,00 (duzentos e cinquenta reais) cada uma, devendo ambas as obrigações serem destinadas a entidades a serem definidas pelo Juízo da Execução Penal.

Deixo de fixar o valor mínimo de indenização como prescreve o artigo 387, inciso IV, do Código de Processo Penal, haja vista a inexistência de pedido formal, sob pena de violação aos princípios da ampla defesa e contraditório.

Condeno o réu ao pagamento das custas.

Transitada esta em julgado, lance-se o nome do réu no rol dos culpados e comunique-se a Justiça Eleitoral, para fins do art. 15, inciso III, da Constituição Federal.

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

Custas na forma da lei.

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

Franca, 24 de abril de 2015.

Juiz Federal Substituto EMERSON JOSÉ DO COUTO

AÇÃO CIVIL PÚBLICA

0020016-32.2013.4.03.6100

Autora: DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO

Réu: CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 10ª VARA CÍVEL DE SÃO PAULO - SP

Juíza Federal: LEILA PAIVA MORRISON

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 27/07/2015

I. Relatório

Trata-se de Ação Civil Pública, com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela DEFENSORIA PÚBLICA DA UNIÃO em face do CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO, doravante COREN/SP, objetivando a sua condenação na obrigação de não exigir a apresentação do diploma para inscrição definitiva principal nos quadros do Conselho, aceitando, para tanto, apresentação de certificado de conclusão de curso, mesmo que condicionada a posterior apresentação do diploma.

Sustenta a Autora que vem instaurando diversos Processos de Assistência Judiciária referentes à inviabilidade de obtenção do registro de profissionais recém-formados em Enfermagem perante o Conselho, ora réu, ante a ausência de apresentação de diploma oficial, decorrente da demora, por parte das instituições de ensino, na sua expedição ou registro devido aos trâmites burocráticos.

Desse modo, conforme aduz, a conduta do COREN/SP tem tolhido o direito de exercício desses profissionais, impedindo-os de aceitar emprego tão logo se formem. Sustenta que a exigência do diploma poderia ser substituída, sem prejuízo, pela apresentação de certificado de conclusão de curso ou colação de grau; e, ainda, que tal exigência configura inconstitucionalidade e foge ao princípio da razoabilidade, razão pela qual enviou Recomendação ao Conselho, nesse sentido.

Afirma-se, ainda, que a Resolução COFEN nº 291/2004 foi alterada pelas Resoluções COFEN nº 372/2010 e 419/2012, as quais extinguíram a possibilidade de inscrição provisória aos recém-formados, que levava em consideração o lapso temporal até a liberação de seus diplomas de graduação oficiais. Porém, conforme aduz a Autora, a exigência do Conselho não guarda justificativa razoável e está em dissonância da jurisprudência pátria.

Além disso, a Defensoria Pública da União defende a sua legitimidade ativa na presente demanda, tendo em vista suas funções institucionais, e, entre elas, a de zelar pelo efetivo respeito dos Poderes Públicos e dos serviços de relevância pública aos direitos assegurados na Constituição. No caso em tela, afirma que se trata de interesses de pessoas vulneráveis, o que justifica a interposição da presente Ação Civil Pública.

A petição inicial foi instruída com documentos (fls.31/70).

Notificado a se manifestar em setenta e duas horas, o COREN apresentou petição na qual argui, preliminarmente, a falta de interesse de agir da Autora, tendo em vista a edição da Resolução nº 445/2013, a qual estabelece a possibilidade de inscrição profissional com a apresentação de certificado de conclusão de curso.

No mérito, o Réu afirma a necessidade de apresentação do diploma para registro definitivo nos quadros profissionais, haja vista a dicção da Lei 7.498/86. Acresce que a Resolução COFEN 272/2010 descreve o procedimento de inscrição junto ao Conselho, bem como os do-

cumentos necessários, tendo em vista o disposto pela Lei nº 5.905/73, o Decreto nº 94.407/87 e a Lei nº 7.498/86, tendo requerido, por isso, o indeferimento da liminar.

Instada a se manifestar, a Defensoria Pública da União afirma que a Resolução COFEN nº 445/2013 seria insuficiente para garantir o direito à inscrição dos recém-formados, tendo em vista que a necessidade de entrega de documentos relativos à colação de grau, além do histórico escolar e da relação de formandos da instituição de Ensino, o que poderia caracterizar o arbítrio do órgão estadual deferir ou não a inscrição do profissional. Além disso, a entrega cumulativa dos documentos tornaria o pedido mais custoso, haja vista que somente a apresentação do certificado de conclusão de curso seria suficiente (fls. 105/107).

A parte autora também afirma que o prazo de um ano estabelecido pela nova resolução poderia ser insuficiente para emissão do diploma, razão pela qual entende que a Resolução nº 445/2013 mantém o caráter burocrático e desarrazoado da resolução de 2010.

O pedido de liminar foi deferido parcialmente pelo r. Juízo da 16ª Vara Federal, então competente (fls. 108/110).

O COREN contestou o feito (fls. 117/129) ressaltando que a demora em emitir o diploma seria imputável às instituições de ensino, bem assim que os documentos exigidos têm por objetivo assegurar a habilitação técnica do profissional inscrito, sendo que os direitos dos profissionais recém-formados foram observados pela Resolução COFEN nº 445/2013, até porque a exigência do histórico escolar para a inscrição sem diploma estaria inserida na competência regulamentar do Conselho, estabelecida em Lei.

A Autora apresentou réplica às fls. 131/133, reiterando os argumentos de sua petição de fls. fls. 105/107. Aduziu, também, que não se justifica a exigência de apresentação do histórico escolar, já que a inscrição não está condicionada às notas do profissional.

Em 20 de fevereiro de 2014, o Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu parcial provimento ao agravo de instrumento do Réu, determinando a manutenção das exigências administrativas para inscrição provisória (fls. 138/142).

O Ministério Público Federal apresentou parecer às fls. 149/151, no qual se manifestou pela procedência da presente Ação.

Em observância ao Provimento n° 405/2014 do Egrégio Conselho da Justiça Federal da 3ª Região, a 16ª Vara Federal tornou-se especializada em execuções fiscais, o que resultou na redistribuição do feito a este Juízo.

É o relatório.

DECIDO.

II. Fundamentação

Trata-se de ação civil pública por meio da qual a Defensoria Pública da União, doravante DPU, pede que o COREN/SP dispense a exigência do diploma para a inscrição definitiva principal, nos quadros do Conselho para fins de exercício da profissão na área de Enfermagem.

Inicialmente, o COREN refere a carência superveniente decorrente da ausência de interesse de agir em face à edição da Resolução COFEN nº 445/2013. Todavia, o referido diploma normativo foi revogado pela Resolução COFEN nº 476, de 23.03.2015, publicada em 15.04.2015, e, além disso, a disciplina dispensada ao assunto não observou a r. decisão proferida em sede de agravo de instrumento pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região.

Verifica-se, portanto, a presença dos pressupostos de desenvolvimento válido e regular do processo bem como as condições da ação, observados os princípios constitucionais do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, razão pela qual se impõe a análise do mérito.

O pleito insere-se na hipótese do artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil razão pela qual comporta o julgamento antecipado da lide.

Trata-se de pedido de condenação do COREN/SP à obrigação de fazer, consistente em assegurar o direito à inscrição nos seus quadros, independentemente da apresentação de diploma, bastando a colação de grau.

No presente caso o pedido de prestação judicial coletiva diz respeito à solução de um conflito verificado pela divergência quanto ao tratamento a ser dispensado pelo COREN/SP aos cidadãos que finalizaram o curso de Enfermagem, porém ainda não obtiveram o diploma ou o respectivo registro deste.

A Defensoria Pública da União insurge-se para fazer prevalecer, imediatamente, o direito fundamental desses cidadãos ao trabalho, por entender que, comprovada a colação de grau, caracteriza-se a qualificação técnica necessária ao exercício do mister, afirmando, inclusive, que estaria configurada a natureza inconstitucional da exigência do diploma. O COREN/SP, por sua vez, ciente de seu dever constitucional de exercer estritamente as suas atribuições legais, considera a exigência de apresentação do diploma um requisito inarredável, porque previsto expressamente no artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986.

Cuida-se, portanto, de sopesar dois princípios constitucionais de igual importância e relevância, verdadeiros pilares do Estado Democrático de Direito: a legalidade administrativa, inserida no *caput* do artigo 37, e da dignidade da pessoa humana, consistente no direito ao exercício de um trabalho, esculpida no inciso XIII do artigo 5º.

O *busílis* evidencia-se a partir da necessidade de se assegurar a efetividade de ambas as regras constitucionais, pois, na qualidade de princípios (legalidade administrativa e direito individual ao trabalho), contêm valores protegidos pelo Legislador Constituinte.

Destarte, adiante-se, desde logo, que nesses casos não cabe ao magistrado solucionar a questão no plano da validade, quando se opta pela prevalência de uma das regras, que pressupõe, expressa ou implicitamente, a invalidade da outra. Na hipótese de colisão entre princípios, isso não é possível, pois não se apresentam suficientes à solução da lide nem o método subsuntivo, caracterizado pela identificação e aplicação da norma ao fato, nem tampouco a prevalência de uma das técnicas da hermenêutica.

Na hipótese dos autos, não há que se falar em mera subsunção da norma do artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, aos fatos, pois é justamente em função da observância desse comando e, assim, do princípio da legalidade administrativa, que o COREN/SP exige a apresentação do diploma de Enfermeiro, para fins de admitir a inscrição dos novos profissionais.

Entretanto, tal prática desencadeou a lide, conduzindo a DPU a vir a juízo para pedir que cesse a exigência, considerada indevida e até mesmo contrária à Constituição, por violar outro princípio constitucional, o direito fundamental ao exercício do trabalho, cujas habilidades técnicas requeridas foram observadas.

Trata-se, portanto, de uma das três espécies de situações geradoras do que o Eminentíssimo Ministro Luís Roberto Barroso chama de “*casos difíceis*”. Assim, o problema dos autos consiste em uma das “colisões de normas constitucionais ou de direitos fundamentais. A Constituição, por ser um documento dialético, abriga valores contrapostos que, por vezes, entram em tensão entre si, quando não colidem frontalmente. (...) Naturalmente, como os dois lados têm normas constitucionais a seu favor, não é possível resolver esse problema mediante subsunção dos fatos à norma aplicável, pois mais de uma postula a incidência sobre a hipótese. Diante disso, a solução terá de ser construída argumentativamente mediante ponderação, isto é, a valoração de elementos do caso concreto com vistas à produção da solução que melhor atende ao caso

concreto. As duas soluções possíveis vão disputar a escolha do intérprete”.¹

Pois bem. Vejamos o teor dos princípios constitucionais esculpados nos artigos 5º, inciso XIII, e 37, *caput*, do Texto Magno, que protegem a liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, e, de outra parte, a estrita submissão da Administração à legalidade administrativa, *in verbis*:

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

(...)

XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer;

Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Configura-se, assim, a necessidade de preservar os dois princípios fundamentais, tanto o direito fundamental ao exercício de trabalho, ofício ou profissão, quanto a legalidade administrativa, razão por que é de rigor lançar mão da técnica da ponderação² para fins de superar o antagonismo, mediante a análise segundo os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

1. Na primeira etapa, com o intuito de referir as normas em choque, verificam-se os valores contidos nos princípios que integram a solução da questão. O direito ao exercício do trabalho decorre da constituição e configura verdadeiro direito fundamental. A legalidade administrativa, por sua vez, contém em seu âmago os valores da segurança jurídica e da certeza do direito.

Vejamos.

A garantia constitucional do livre exercício de qualquer trabalho

O direito individual expresso ao trabalho consiste na “liberdade de ação profissional”, segundo José Afonso da Silva³, “não se trata de direito legal, direito decorrente da lei mencionada, mas direito constitucional, direito que deriva diretamente do dispositivo constitucional”. A limitação dar-se-á apenas por meio de lei, do contrário, a acessibilidade a qualquer trabalho, ofício ou profissão é irrestrita na medida em que configura uma das faces do direito à liberdade.

Além disso, o direito ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão está fundado no valor segurança jurídica, cuja efetividade decorre da observância dos princípios constitucionais da legalidade e da reserva de lei, inseridos no artigo 5º, *caput* e inciso XIII, da Constituição de 1988, que garantem a liberdade de exercício de atividade, não ser que sejam estabelecidos requisitos especiais por meio de lei.

Esse entendimento foi prestigiado pelo Egrégio Plenário do Colendo Supremo Tribunal Federal, no julgamento do recurso Extraordinário nº 414.426/SC, à unanimidade, nos termos do voto da Eminente Ministra ELLEN GRACIE, cuja ementa recebeu a seguinte redação, *in verbis*:

1 Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, p. 343 e 348, (destaque no original).

2 Cf. Luís Roberto Barroso. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*. São Paulo: Saraiva, p. 373/374.

3 José Afonso da Silva. *Comentário Contextual à Constituição*. Malheiros Editores, São Paulo, 2005, p. 68 e 107/108.

DIREITO CONSTITUCIONAL. EXERCÍCIO PROFISSIONAL E LIBERDADE DE EXPRESSÃO. EXIGÊNCIA DE INSCRIÇÃO EM CONSELHO PROFISSIONAL. EXCEPCIONALIDADE. ARTS. 5º, IX e XIII, DA CONSTITUIÇÃO.

Nem todos os ofícios ou profissões podem ser condicionadas ao cumprimento de condições legais para o seu exercício. A regra é a liberdade. Apenas quando houver potencial lesivo na atividade é que pode ser exigida inscrição em conselho de fiscalização profissional. A atividade de músico prescinde de controle. Constitui, ademais, manifestação artística protegida pela garantia da liberdade de expressão..

(Decisão Plenário em 01.08.2011. Publicação DJE 10/10/2011)

Merece ênfase o trecho do voto da Insigne Ministra ao afirmar que “o exercício profissional só está sujeito a limitações estabelecidas por lei e que tenham por finalidade preservar a sociedade contra danos provocados pelo mau exercício de atividades para as quais sejam indispensáveis conhecimentos técnicos ou científicos avançados”.

A eventual lesividade de um trabalho, ofício ou profissão desafia a necessidade de regulamentação, por meio do estabelecimento de regras previamente definidas para que, por ocasião do exercício da atividade, não se verifiquem surpresas desagradáveis por imperícia, que podem, eventualmente, trazer danos até mesmo irreparáveis à sociedade.

Nesse contexto, o Poder Legislativo Federal editou a Lei nº 7.498, de 25.6.1986, que estabelece, em seu artigo 2º, que “A enfermagem e suas atividades auxiliares somente podem ser exercidas por pessoas legalmente habilitadas e inscritas no Conselho Regional de Enfermagem com jurisdição na área onde ocorre o exercício”.

Portanto, dois requisitos são necessários ao exercício da atividade de Enfermagem: a habilitação técnica e a inscrição no COREN.

A DPU insurge-se contra um dos requisitos da inscrição, por considerá-lo dispensável. Isso porque, uma vez obtida a aprovação nos cursos destinados à aquisição de habilitação técnica, entende que a prova desse requisito poderia ser realizada tão somente pelo documento de colação de grau, dispensando-se, assim, o diploma, por entender que se trata de exigência burocrática.

Além disso, cuida-se da preservação do tratamento equânime, consagrado pelo princípio da igualdade, inserido no *caput* do artigo 5º, do texto constitucional, que configura o valor da justiça, na medida em que é de se reconhecer, a todos os que obtiveram as qualificações técnicas necessárias, o direito ao exercício da Enfermagem, pois alçaram à nova categoria profissional e, assim, são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, razão pela qual têm direito constitucional à inserção nos quadros do Conselho e à atuação profissional.

O princípio da legalidade administrativa

O Conselho Federal de Enfermagem - COFEN e os Conselhos Regionais de Enfermagem – COREN são autarquias federais criados pela Lei nº 5.905, de 12.07.1973, na qualidade de “órgãos disciplinadores do exercício da profissão de enfermeiro e das demais profissões compreendidas nos serviços de enfermagem” (artigo 2º).

Cabe ao COFEN e aos CORENs, dentre outras atribuições, respectivamente, na forma dos artigos 8º e 15, *in verbis*:

Art 8º. Compete ao Conselho Federal:

(...)

III - elaborar o Código de Deontologia de Enfermagem e alterá-lo, quando necessário, ouvidos

os Conselhos Regionais;

IV - baixar provimentos e expedir instruções, para uniformidade de procedimento e bom funcionamento dos Conselhos Regionais;

.....
Art 15. Compete aos *Conselhos Regionais*:

I - *deliberar sobre inscrição no Conselho e seu cancelamento*;

II - disciplinar e fiscalizar o exercício profissional, observadas as diretrizes gerais do Conselho Federal; (destacamos)

Evidentemente, estão submetidas ao princípio da legalidade administrativa por força do disposto no artigo 37, *caput*, da Constituição da República.

Nesse diapasão, estão absolutamente vinculados ao teor da disciplina legal da Enfermagem e suas atividades auxiliares, na forma disciplinada pela Lei nº 7.498, de 25.6.1986, que dispõe sobre as condições específicas exigidas daqueles que pretendem exercer esses misteres, especialmente os profissionais Enfermeiros e Obstetizes, os quais, na forma do artigo 6º, devem ser titulares do respectivo diploma, *in verbis*:

Art. 6º São enfermeiros:

I - o titular do diploma de Enfermeiro conferido por instituição de ensino, nos termos da lei;

II - o titular do diploma ou certificado de Obstetriz ou de Enfermeira Obstétrica, conferido nos termos da lei;

Exsurge, assim, do cotejo das normas da Lei nº 5.905, de 12.07.1973, que disciplina a criação dos Conselhos de Enfermagem, com essas da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, que regulam a profissão, que o COREN, ora réu, não pode deixar de exigir o diploma. O Legislador Federal impôs, como condição ao exercício da profissão, em especial, como forma de aferir a habilidade técnica, a apresentação do diploma, razão por que não há que se falar em inconstitucionalidade.

Evidentemente, ao exigir o requisito previsto na lei ao exercício da profissão de Enfermeiro, o COREN/SP visa cumprir o seu dever de observar com rigor o princípio da legalidade, da reserva legal qualificada, posto que a Constituição não só determina ao legislador que exercite a sua função legislativa para estabelecer a limitação, mas, além disso, fixa exatamente qual a demarcação limítrofe da restrição, e, ainda, da legalidade administrativa.

Por conseguinte, conforme já referido, a identificação de qualificativos especiais para um ofício fica sempre a cargo do legislador. Isso significa dizer que a imposição de limites à regra do livre ofício não pode ser delegada ou tratada por norma infralegal. É dizer, ainda que o COREN quisesse ou se dispusesse a normatizar em contrário, não poderia, por vedação legal. A razão dessa máxima encontra seus fundamentos no interesse público, conforme foi ressaltado pela Suprema Corte na ementa acima transcrita. A inscrição do profissional em determinado órgão de fiscalização tem por objetivo a proteção da sociedade contra a atividade com potencial lesivo.

Essas explicações são oferecidas com expressiva clareza pelo Eminentíssimo Ministro CELSO DE MELLO, no voto proferido no RE nº 414.426/SC, cujo excerto, transcrevemos *in verbis*:

Note-se, portanto, que o Estado *só pode regulamentar*, (e, em consequência, *restringir*) o exercício de atividade profissional, fixando-lhe requisitos mínimos de capacidade e qualificação, *se o desempenho de determinada* profissão importar em dano efetivo ou em risco potencial para a vida, a saúde, a propriedade ou a segurança das pessoas em geral (IVES GRANDRA MARTINS/CELSON RIBEIRO BASTOS, “Comentários à Constituição do Brasil”,

vol. 2/77-78, 1989, Saraiva), *a significar*, desse modo, que ofícios ou profissões cuja prática *não se revista* de potencialidade lesiva ao interesse coletivo mostrar-se-ão *insuscetíveis* de qualquer disciplinação normativa. (todos os grifos no original)

No entanto, a prática da Enfermagem requer, evidentemente, capacidade e qualificação que, segundo o artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, são evidenciadas pela apresentação do diploma, cabendo ao COREN a responsabilidade pela sua apresentação.

2. Dando continuidade, após identificadas as normas em colisão, na segunda etapa há que se examinar os fatos e a interação deles com os elementos normativos.

O COREN/SP destaca que a determinação legal não pode deixar de ser observada e, além disso, que o certificado de colação de grau não contém as formalidades que lhe garanta credibilidade e autenticidade. Impondo, assim, a efetiva apresentação do diploma registrado, o que está a configurar o cerne do problema.

A obrigatoriedade do registro decorre da regra do artigo 48 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, Lei nº 9.394, de 1996, que condiciona a ele o reconhecimento do diploma de cursos superiores, para validade nacional – como prova de formação recebida por seu titular, *in verbis*:

Art. 48. Os diplomas de cursos superiores reconhecidos, quando registrados, terão validade nacional como prova da formação recebida por seu titular.

§ 1º Os diplomas expedidos pelas universidades serão por elas próprias registrados, e aqueles conferidos por instituições não-universitárias serão registrados em universidades indicadas pelo Conselho Nacional de Educação.

Veja-se, que o diploma desprovido do registro não atende ao comando do artigo 6º da Lei nº 7.498, de 25.6.1986, pois não tem validade. Assim, a exigência do diploma e, além disso, de seu registro, é condição para a comprovação da condição especial ao exercício da profissão.

Uma solução paliativa fora construída por meio da edição, pelo COFEN, da Resolução COFEN nº 291/04, que disciplinava a possibilidade de o graduado em enfermagem se inscrever em caráter provisório nos CORENs. Entretanto essa possibilidade foi revogada pela Resolução COFEN nº 372/2010.

Reverendo o seu posicionamento anterior, o COFEN editou nova regra que, excepcionalmente, passou a admitir a inscrição a partir da apresentação do documento de colação de grau acompanhado do histórico escolar, e de outras exigências, nos termos dos artigos 1º e 2º da Resolução COFEN 445/2013, de 10.10.2013, *in verbis*:

Art. 1º Considera-se documento qualificado para instruir o requerimento de inscrição profissional do Enfermeiro junto ao Conselho Regional de Enfermagem, *o diploma* devidamente registrado pela autoridade competente e, *excepcionalmente*, nos termos desta Resolução, de *documento que comprove a colação de grau*, emitido pela Instituição de Ensino Superior formadora, *acompanhado do histórico escolar*.

Art. 2º *Exigir-se-á, ainda, para fins de comprovação*, no ato de requerimento de inscrição do Enfermeiro, regido por esta Resolução, sem prejuízo dos documentos exigidos na Resolução Cofen nº 372/2010, *a relação dos formandos da Instituição de Ensino Superior formadora, reconhecida ou em regular processo de reconhecimento junto ao MEC*, que deverá ser previamente encaminhada e protocolada junto ao Coren e ao Cofen pela IES. (destacamos)

Evidencia-se que o COFEN, ao admitir a não apresentação do diploma, buscou cercar-se de todas as garantias, objetivando assegurar-se de que as inscrições, excepcionalmente admitidas sem diploma, seriam somente deferidas aos profissionais com regular habilitação técnica. Criando, para tanto, uma lista de exigências que, em parte, vão ao encontro de seu objetivo legal, qual seja: dizer quem pode exercer a profissão.

Recentemente, o COFEN revogou o referido diploma normativo por meio da Resolução COFEN nº 476, de 23.03.2015, publicada em 15.04.2015, porém, com efeitos retroativos, na forma de seu artigo 5º, a 1º de janeiro de 2015.

Todavia, de forma geral, as mesmas exigências foram repetidas e, embora nos “*Considerandos*” façam-se referências às sentenças proferidas pelos Juízos Federais, prolatadas com fundamento nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, devem ser feitos alguns ajustes imprescindíveis.

Inicialmente, se afigura que tenha havido a estrita observância ao r. *decisum* proferido pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em sede de agravo de instrumento tirado em face da decisão concessiva da liminar, nestes autos, da lavra do Preclaro Desembargador Federal CARLOS MUTA, cuja ementa, pela clareza, transcrevemos:

DIREITO PROCESSUAL CIVIL. ADMINISTRATIVO. AGRAVO INOMINADO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. LIMINAR. EXIGÊNCIA DE DIPLOMA. INSCRIÇÃO DEFINITIVA. COREN. RECURSO DESPROVIDO.

1. Consta dos autos que a ação civil pública originária foi ajuizada pela DPU para, com requerimento de antecipação dos efeitos da tutela, fosse “determinado ao Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo (COREN/SP) a dispensa da exigência do diploma para a inscrição definitiva principal (art. 9º, I, da Resolução nº 372/2010) de profissionais nos quadros do referido Conselho, passando a considerar suficiente para tanto a certificação de conclusão de curso emitido pelas instituições de ensino superior, podendo, dentro de sua autonomia administrativa, exigir posterior apresentação de diploma exclusivamente para que conste dos registros funcionais do profissional”. Intimado, o COREN/SP alegou falta de interesse de agir, frente à edição da Resolução COFEN 445/2013, defendendo a necessidade de apresentação de diploma para a inscrição profissional definitiva.

2. A decisão agravada antecipou, não parcialmente, mas de forma integral os efeitos pretendidos na ação civil pública, dispensando a apresentação, a qualquer tempo, do diploma registrado de conclusão do curso superior de enfermagem, bastando a prova da colação de grau para a inscrição profissional definitiva no órgão de classe. Tal provimento revela-se excessivo e incompatível com a fase processual em que proferida, ainda que se trate de ação civil pública, a qual potencializa os riscos da providência.

3. *Mais adequado, sem dúvida, por tutelar adequadamente o direito sem excesso, é a garantia da inscrição provisória, a partir da comprovação da colação de grau, até que o respectivo diploma seja expedido e registrado, quando então poderá ser exigido para a inscrição profissional definitiva.*

4. Como mencionado, tal entendimento foi adotado pela legislação editada, cujos ditames não são objeto deste agravo de instrumento, por ausência de impugnação específica. *Ademais, a apresentação de documentos complementares (histórico escolar e relação dos formandos da instituição de ensino superior formadora) em nada obsta o direito dos formandos à inscrição provisória para efeito de exercício profissional.*

5. Agravo inominado desprovido. (destacamos)

(AI - AGRAVO DE INSTRUMENTO – 522432, Egrégia Terceira Turma, fonte e-DJF3 Judicial 1 DATA:11/07/2014)

O COREN poderá, de fato, prosseguir exigindo, nos casos de impossibilidade de apresentação do diploma registrado, não somente o documento de colação de grau, mas, também o histórico escolar e a lista de formandos expedido pela Instituição de Ensino, conforme prevê a Resolução COFEN nº 476, de 23.03.2015, em substituição à Resolução COFEN 445/2013, de 10.10.2013.

Entretanto, o mesmo não se dá com o prazo fixado para a inscrição provisória, o qual foi estabelecido pelo COREN/SP, ao arrepio da decisão proferida pelo Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que havia indicado, expressamente, que a manutenção da inscrição dar-se-ia “até que o respectivo diploma seja expedido e registrado”.

A inscrição temporária, embora possa oferecer condições de trabalho imediato, pode causar um pesadelo àquele que dela se valeu, pois, decorrido um ano o profissional será punido por “exercício ilegal da profissão”, nos termos do artigo 3º, *in verbis*:

Art. 3º Fica estabelecido o prazo limite de 01 (um) ano para que o Enfermeiro apresente o diploma devidamente registrado no Conselho Regional de Enfermagem em que inscrito.

§ 1º Esgotado o prazo de 01 (um) ano sem a apresentação do diploma, o Conselho Regional de Enfermagem suspenderá automaticamente a inscrição e *tomará as providências necessárias para apurar e punir o eventual exercício ilegal da profissão*.

§ 2º A contagem do prazo de 01 (um) ano inicia-se a partir do dia em que for protocolado o requerimento de inscrição no Conselho Regional de Enfermagem.

§ 3º A contagem deste prazo não se interrompe quando da transferência ou da inscrição secundária do profissional de Enfermagem para a jurisdição de outro Conselho Regional. (destacamos)

Dessa forma, não há que se falar em prazo final para o deferimento do pedido de inscrição, que se finda após 12 (doze) meses da colação de grau, nem, tampouco, em prazo de 12 (doze) meses relativo à validade da inscrição provisória, a contar da emissão (art. 1º, §§ 1º e 2º da Resolução COFEN).

Cabe, ainda, pontuar que é de se rechaçar a argumentação segundo a qual a dificuldade de registro do diploma, por razão que independem do profissional de Enfermagem, geralmente inerentes aos processos burocráticos, afasta a necessidade de sua apresentação. Ao contrário, o titular do diploma deve, sim, buscar amparo ao seu direito de obter o respectivo registro, em tempo razoável, de modo a não sofrer outros prejuízos.

3. Nestas circunstâncias, passemos à terceira fase do julgamento, que conduz ao manuseio dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, os quais, embora não estejam expressamente indicados na Constituição da República, destinam-se, precipuamente, a viabilizar a eficácia máxima da Constituição, conforme a lição do Eminentíssimo Desembargador Federal DAVID DINIZ DANTAS: “com a ideia de proporcionalidade procura-se desenvolver (não solucionar definitivamente) o conflito de princípios por meio de uma ‘solução de compromisso’ por meio da qual um deles será privilegiado no caso concreto, mas sempre procurando minimizar os efeitos ofensivos ao princípio ‘perdedor’. Este em todo caso deve ter seu ‘núcleo essencial’ respeitado”.⁴

Portanto, a exigência do diploma configura requisito legal e, nesse aspecto, não há que se falar em reprimenda à atitude do COREN/SP. Não obstante, a admissão de documento equivalente, para fins de viabilizar a aferição das habilidades técnicas supre, cabalmente, a apresentação do diploma, até que este, finalmente, seja expedido.

4 David Diniz Dantas. *Interpretação Constitucional no Pós-Positivismo*: Teoria e Casos Práticos. São Paulo: WVC Madras Editora, 2004. p. 266.

Logo é de rigor assegurar a admissão do registro prévio, porém não provisório, para fins de viabilizar a inserção do nome do profissional nos quadros do COREN/SP e, assim, garantir a efetividade ao direito constitucional ao exercício do trabalho, permitindo o início da carreira profissional.

Nesse sentido, cite-se o entendimento do Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região da lavra da Eminente Desembargadora Federal CECÍLIA MARCONDES, cuja ementa do voto foi redigida nos seguintes termos, *in verbis*:

PROCESSO CIVIL - MANDADO DE SEGURANÇA - CONSELHO REGIONAL DE ENFERMAGEM DE SÃO PAULO - COREN/SP - INSCRIÇÃO DE RECÉM FORMADO - EXIGÊNCIA DE DIPLOMA - RESOLUÇÃO Nº 372/10 DO COFEN - EXIGÊNCIA DESAMPARADA - POSSIBILIDADE DE COMPROVAÇÃO DA HABILITAÇÃO TÉCNICA POR MEIO DE CERTIDÃO - PRINCÍPIOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. I - Os Conselhos de fiscalização profissional, como integrantes da Administração Indireta (natureza autárquica, conforme STF, ADI nº 1.717/DF), devem guardar respeito ao princípio da legalidade, estando, como dizia o saudoso Diógenes Gasparini, presos aos mandamentos da lei, deles não podendo se afastar sob pena de invalidade do ato e responsabilidade do seu autor (Direito Administrativo, Saraiva, 4ª edição, pág. 6). II - Requisito indispensável para a inscrição em Conselho profissional é a prova de habilitação técnica que a profissão exige. III - A Resolução COFEN nº 291/04 previa a possibilidade de o graduado em enfermagem se inscrever em caráter provisório no COREN, bastando a apresentação da certidão de conclusão de curso. Tal permissibilidade foi revogada com a edição da Resolução COFEN nº 372/2010, segundo sustenta o COREN/SP. IV - O texto normativo diz: “Art. 9º. A inscrição é o ato pelo qual o Conselho Regional confere habilitação legal ao profissional para o exercício da atividade de enfermagem, podendo ser: I. Inscrição definitiva principal é aquela concedida pelo Conselho Regional ao requerente, portador de diploma ou certificado, ao qual confere habilitação legal para o exercício profissional permanente das atividades de enfermagem na área de jurisdição do Regional, e para o exercício eventual em qualquer parte do Território Nacional”. V - A inserção da conjunção coordenativa alternativa “ou” no texto normativo não é em vão, constituindo princípio basilar de hermenêutica jurídica aquele que a lei não contém palavras inúteis, devendo todas as palavras serem compreendidas como tendo alguma eficácia. Deste modo, fica clara a possibilidade de se inscrever no Conselho de Enfermagem apresentando documento diverso do diploma, como o certificado de colação de grau, igualmente hábil para comprovar a habilitação técnica exigida. VI - Exigir o diploma como único documento comprobatório da graduação afronta o princípio da razoabilidade, subordinando o exercício da profissão ao atendimento de um requisito burocrático cuja superação não depende unicamente da vontade do profissional recém formado. VII - Apelação e remessa oficial improvidas. (AMS 00021033720134036100, Terceira Turma, e-DJF3 Judicial 1 DATA:22/11/2013).

Destarte, considerando-se a observância da máxima da razoabilidade, afigura-se plausível assegurar o registro para evitar a imposição de prejuízo àqueles que já se submeteram a todas as exigências ao exercício da profissão na área da Enfermagem, e que, em face à burocracia crônica e generalizada, não logram obter o registro de seu diploma.

Insista-se, à exaustão, que a exigência do diploma está amparada na norma do artigo 6º da lei, de modo que o procedimento do COREN/SP, analisado exclusivamente sob a lente do princípio da legalidade administrativa, não merece reparo.

Todavia, conforme demonstrado, cabe ao Poder Judiciário apaziguar os conflitos e garantir a máxima efetividade de todos os valores e princípios constitucionais, razão por que o direito ao exercício de trabalho não pode ser menosprezado, aliás, tem de ser sopesado de forma

igualitária ao princípio da legalidade administrativa, razão pela qual deve ser privilegiado o princípio da proporcionalidade e da razoabilidade..

É, portanto, de rigor acolher o pedido da DPU para fins de determinar ao COREN/SP que proceda à inscrição provisória dos novos profissionais mediante a apresentação de documentos tendente à comprovação da habilidade técnica necessária ao exercício do ofício, dentre os quais, o documento de colação de grau, o histórico escolar e a lista de formandos; bem assim, garanta a manutenção da inscrição provisória e da validade da carteira profissional até a apresentação do diploma devidamente registrado.

Ressaltando-se que verificada a hipótese de abuso em razão da demora excessiva e injustificada na apresentação do diploma, o COREN deverá observar todas as garantias constitucionais, especialmente, o contraditório, a ampla defesa e o devido processo legal.

III. Dispositivo

Posto isso, JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE o pedido para determinar que o Conselho Regional de Enfermagem de São Paulo - COREN/SP proceda à inscrição provisória dos novos profissionais de Enfermagem, quando impossibilitada a apresentação do diploma, admitindo, como prova de habilidade técnica, outros documentos, especialmente, a colação de grau, o histórico escolar e a lista de formandos da Instituição de Ensino; bem assim, garanta a manutenção da inscrição provisória e da identificação profissional até a realização da inscrição definitiva, mediante a apresentação do diploma devidamente registrado.

Pelo que declaro a resolução de mérito, com fulcro na norma do inciso I, do artigo 269, do Código de Processo Civil.

Custas na forma da lei.

Deixo de fixar a condenação em honorários advocatícios em face da previsão do artigo 18 da Lei 7.347 de 24.05.1985, com redação da Lei 8.078, de 11.09.1990.

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

São Paulo, 27 de julho de 2015.

Juíza Federal LEILA PAIVA MORRISON

AÇÃO ORDINÁRIA

0000001-81.2014.4.03.6108

Autora: ASSOCIAÇÃO POLICIAL DE ASSISTÊNCIA A SAÚDE DE BAURU
Ré: AGÊNCIA NACIONAL DE SAÚDE SUPLEMENTAR - ANS
Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE BAURU - SP
Juiz Federal: JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO
Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 09/04/2015

Extrato: Ação ordinária – Multa aplicada pela Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS), em razão da falta de comunicação do reajuste, aplicação diferenciada entre beneficiários e desrespeito à periodicidade de doze meses – Legalidade das Resoluções Normativas – Operadora a não lograr êxito em afastar as irregularidades flagradas – Atualização da multa a seguir a diretriz do art. 37-A, Lei 10.522/2002 c.c. art. 61, Lei 9.430/96 – Atenuação da sanção inaplicável – Improcedência ao pedido

Vistos etc.

Cuida-se de ação ordinária, ajuizada por (...) em face da Agência Nacional de Saúde Suplementar, aduzindo que, para a modalidade plano de saúde coletivo por adesão, não há necessidade de prévia autorização da ANS para reajuste, bastando a comunicação do índice (Resolução Normativa 171/2008), porém, no ano 2010, constatou déficit financeiro, tendo sido recomendada a alteração de faixas etárias (subiu de sete para dez), o que implicou em majoração da mensalidade de alguns associados, assim como a diminuição da de outros. Defende ser ilegal a autuação aplicada (falta de comunicação do reajuste, aplicação diferenciada entre beneficiários e desrespeito à periodicidade de doze meses), pois malferido o princípio da legalidade, por estarem as sanções previstas em Resolução Normativa, pontuando que o realinhamento promovido nas faixas etárias foi além de um simples reajuste, mas alterou a totalidade de contratos mantidos com os associados, considerando inexistir óbice à majoração diferenciada de mensalidade para beneficiários de um mesmo produto. Por fim, salienta que o valor da multa não poderia sofrer atualização, porque somente se constitui após o regular processo administrativo, buscando a atenuação de sua pena, diante de interpretação equivocada da norma, tal como previsto no art. 8º, II, RN 124/2006. Requereu a suspensão da exigibilidade do crédito, liminarmente, em razão do depósito do *quantum* litigado.

Custas processuais parcialmente recolhidas, fls. 20.

A fls. 106/108, foi deferida antecipação de tutela, com o fito de suspender a exigibilidade do crédito.

Contestou a ANS, fls. 113/131, alegando, em suma, possuir poder normativo regulamentador, a regularidade do procedimento administrativo que aplicou as sanções combatidas, sendo que a parte autora deixou de comunicar os reajustes aplicados, sendo vedada a majoração diferenciada em um mesmo plano e em periodicidade inferior a doze meses, consignando que a Lei 9.656/98 prevê a aplicação de multa a título punitivo, tratando-se, também, de discricionariedade técnica da Agência Regulamentadora, concluindo pela litude da incidência de juros e correção monetária, tendo início a contagem daqueles do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento, art. 37-A, Lei 10.522/2002.

Réplica ofertada a fls. 207/210.

Sem provas pelas partes, fls. 210 e 213, verso.

A fls. 223/225, foi determinado que a ANS prestasse esclarecimentos sobre a incidência do art. 3º da Resolução Normativa nº 63/2003 ao caso concreto, manifestando-se a fls. 227/228, com intervenção autoral a fls. 231/233.

A seguir, vieram os autos à conclusão.

É o relatório.

DECIDO.

Por primeiro, nenhuma ilegalidade a repousar na conduta normativa da ANS, pois o art. 4º e seus incisos, da Lei 9.961/2000 (criou a Agência Nacional de Saúde Suplementar), estatui o poder regulamentador da Agência Nacional demandada, sendo que o seu Regulamento, Decreto 3.327/2000, art. 34, expressamente autoriza a edição de atos normativos infralegais:

Art. 34. Os atos normativos de competência da ANS serão editados pela Diretoria Colegiada, só produzindo efeitos após publicação no Diário Oficial.

Deste sentir, o v. aresto pretoriano:

DIREITO ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO CÍVEL. SUS. RESSARCIMENTO. ATENDIMENTO A UTENTES DE PLANOS DE SAÚDE PRIVADOS. AIH'S IMPUGNADAS E CONTRATOS. INEXISTÊNCIA DE CORRELAÇÃO. LEGALIDADE DA COBRANÇA

...

3. A ANS age nos limites de suas atribuições institucionais, editando Resoluções como mero corolário de poder regulamentar (normativo), gerador de efeitos externos, com amplo respaldo nos artigos 3º e 174 da Constituição, positivados e explicitados nas Leis nos 9.656/1998 e 9.961/2000.

(AC 201251010423850, Desembargadora Federal CARMEN SILVIA LIMA DE ARRUDA, TRF2 - SEXTA TURMA ESPECIALIZADA, E-DJF2R - Data::23/06/2014.)

Assim, em exato enquadramento às diretrizes de regência, a Agência de Saúde Suplementar editou as Resoluções ancoradoras do Auto de Infração acostado a fls. 150, que imputou as seguintes irregularidades cometidas pela parte autora:

a) deixar de informar, no prazo previsto na Resolução Normativa nº 171/2008, os reajustes aplicados em fevereiro/2011, nos planos coletivos ali elencados, bem assim reajustes em abril/2010 (item "d");

b) exigir, a partir de fevereiro/2011, reajuste da contraprestação pecuniária, nos planos ali elencados, aplicando percentuais de reajustes diferenciados entre os beneficiários vinculados a um mesmo plano;

c) aplicação de reajuste por variação de custo em periodicidade inferior a doze meses

Nesta senda, a celeuma teve início com a modificação implementada pela (...), que, em razão de déficit em suas contas, alterou os contratos vigentes, até então com sete faixas etárias, para dez, situação amparada pela Resolução Normativa nº 63/2003, fls. 05.

Contudo, como aos autos restou esclarecido e reconhecido pela própria parte autora, o aumento das grades etárias ensejou a majoração da mensalidade de alguns associados, embora outros tenham tido diminuição da obrigação, fls. 06, parágrafo segundo, situação que tal a esbarrar nos normativos da ANS.

Com efeito, a Resolução Normativa nº 195/2009, em seu art. 19, § 1º, estatui o conceito de reajuste, vedando sua implementação em periodicidade inferior a dozes meses, aquele sendo considerado como *qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato*:

Art. 19 Nenhum contrato poderá receber reajuste em periodicidade inferior a doze meses, ressalvado o disposto no *caput* do artigo 22 desta RN.

§1º Para fins do disposto no *caput*, considera-se reajuste qualquer variação positiva na contraprestação pecuniária, inclusive aquela decorrente de revisão ou reequilíbrio econômico-atuarial do contrato.

Nesta linha, nos termos da Ata nº 53, as mudanças nos planos de saúde oferecidos tinham por escopo a “recuperação financeira visando corrigir a defasagem existente entre as várias tabelas de mensalidades (61 ao todo), as quais vêm sendo praticadas nos planos distribuídos em 07 faixas etárias, migrando-as para 10 faixas etárias com valores mínimos a serem praticados e de acordo com a Resolução – RN nº 171, da ANS, e assim, proporcionar maior sustentabilidade para a Associação suportar os altos custos que assolam a Assistência à Saúde”, fls. 72, parte final.

Ou seja, há perfeita adequação da transformação praticada ao conceito de reajuste, pois diversos associados tiveram suas prestações majoradas, em razão do realinhamento, que tinha por objeto a recomposição da situação deficitária vivenciada pela (...): logo, não se tratou de mera readequação, mas de concreta variação positiva na prestação a ser paga pelos associados (reajuste).

Sobremais, reitere-se, a própria parte autora reconhece praticou reajustes ao assim se posicionar, fls. 13, primeiro parágrafo: “O realinhamento foi muito além de um simples reajuste, foi uma alteração de todos os contratos...”.

Por igual, restou constatado que os aumentos ocorreram em periodicidade inferior a doze meses, pois acrescidos os contratos de diversos planos em setembro/2010 e em fevereiro/2011, item conclusão, fls. 144, verso, 145, 147, bem assim em abril e dezembro/2010 e fevereiro/2011, fls. 146, verso, em direta vulneração ao *caput* do mencionado art. 19.

Destaque-se, em tal cenário, que a parte autora não prova que todos os reajustes aplicados se deram em razão de mudança de faixa etária, sendo exemplo claro de que descumpriu a RN o caso de Matheus Carlos Fernandes Carvalho, idade 0 (zero), que teve reajustado seu contrato em dezembro/2010 e em 02/2011, fls. 146, por este motivo inoponível o art. 22 da RN 195/2009:

Art. 22 O disposto nesta seção não se aplica às variações do valor da contraprestação pecuniária em razão de mudança de faixa etária, migração e adaptação de contrato à Lei nº 9.656, de 1998.

Frise-se, também, que a operadora não logra demonstrar comunicou a ANS dos reajustamentos realizados, nos termos da RN 171/2008:

Art. 15. Para fins do disposto no artigo 13 desta Resolução, deverá ser comunicada qualquer variação positiva, negativa ou igual a zero da contraprestação pecuniária, seja decorrente de reajuste, revisão ou da sua manutenção.

§1º A variação igual a zero de que trata o *caput* deste artigo se refere à manutenção do valor da contraprestação pecuniária após o prazo de 12 meses a contar do último reajuste.

§2º Para cada período de 12 meses deverá haver ao menos uma comunicação de reajuste, revisão ou manutenção da contraprestação pecuniária.

De seu giro, o art. 20 da RN 195/2009 prevê a impossibilidade de aplicação de percentuais diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato:

Art. 20 Não poderá haver aplicação de percentuais de reajuste diferenciados dentro de um mesmo plano de um determinado contrato, inclusive na forma de contratação prevista no inciso III do artigo 23 desta RN.

Por sua vez, o art. 3º da RN 63/2009 (*define os limites a serem observados para adoção de variação de preço por faixa etária nos planos privados de assistência à saúde contratados a partir de 1º de janeiro de 2004.*) dispõe sobre a possibilidade de variação em cada mudança de faixa etária:

Art. 3º Os percentuais de variação em cada mudança de faixa etária deverão ser fixados pela operadora, observadas as seguintes condições:

I - o valor fixado para a última faixa etária não poderá ser superior a seis vezes o valor da primeira faixa etária;

II - a variação acumulada entre a sétima e a décima faixas não poderá ser superior à variação acumulada entre a primeira e a sétima faixas.

III – as variações por mudança de faixa etária não podem apresentar percentuais negativos. (Incluído pela RN nº 254, de 06/05/2011)

Ato contínuo, em que pese o aparente conflito normativo, há sutil diferença entre os textos, pois a vedação do retratado art. 20 se refere a *reajustes diferenciados dentro do mesmo plano*, sendo que os reajustes abordados pelo art. 3º têm relação com a *mudança de faixa etária*.

Em outras palavras, na hipótese de mudança de faixa etária não há óbice para que ocorra reajuste, todavia, os indivíduos “A” e “B”, na mesma faixa etária e gozando do mesmo plano “Z” de saúde, não poderão ter majorações distintas, esta a situação flagrada pela ANS, sem nada evidenciar em sentido contrário o polo autor, em maltrato ao inciso I, do art. 333, CPC.

Destarte, tal como restou demonstrado, a parte autora descumpriu as normas regulamentadoras de regência com seu modo de agir, ao passo que o estudo que realinhou as faixas etárias deveria ter atentado para a periodicidade, quando aquele reposicionamento somente poderia surtir efeitos tempos após.

Todavia, a necessidade financeira da operadora, situação indelevelmente descortinada à causa, promoveu reajustes sem observar o tempo necessário, bem assim tratou de forma desigual pessoas na mesma situação, deixando, também, de cumprir a obrigação de comunicar a Agência Nacional de Saúde, por estes motivos de insucesso sua pretensão.

Por sua face, a respeito da forma de correção da sanção aplicada, o art. 37-A, § 1º, Lei 10.522/2002, disciplina que será observada a legislação aplicável aos tributos federais:

Art. 37-A. Os créditos das autarquias e fundações públicas federais, de qualquer natureza, não pagos nos prazos previstos na legislação, serão acrescidos de juros e multa de mora, calculados nos termos e na forma da legislação aplicável aos tributos federais. (Incluído pela Lei nº 11.941, de 2009)

Em tal segmento, o art. 61 da Lei 9.430/96 não deixa qualquer dúvida a respeito do modo como será atualizado o montante em questão:

Art. 61. Os débitos para com a União, decorrentes de tributos e contribuições administrados pela Secretaria da Receita Federal, cujos fatos geradores ocorrerem a partir de 1º de janeiro de 1997, não pagos nos prazos previstos na legislação específica, serão acrescidos de multa de mora, calculada à taxa de trinta e três centésimos por cento, por dia de atraso. (Vide Decreto nº 7.212, de 2010)

§ 1º A multa de que trata este artigo será calculada a partir do primeiro dia subsequente ao do vencimento do prazo previsto para o pagamento do tributo ou da contribuição até o dia em que ocorrer o seu pagamento.

§ 2º O percentual de multa a ser aplicado fica limitado a vinte por cento.

§ 3º Sobre os débitos a que se refere este artigo incidirão juros de mora calculados à taxa a que se refere o § 3º do art. 5º, a partir do primeiro dia do mês subsequente ao vencimento do prazo até o mês anterior ao do pagamento e de um por cento no mês de pagamento. (Vide Medida Provisória nº 1.725, de 1998) (Vide Lei nº 9.716, de 1998)

Assim, observada a estrita legalidade para o caso em pauta, descabendo ao ente privado eleger a forma de correção da rubrica.

Por fim, prospera a tentativa da (...) de reduzir a multa aplicada com estamento no inciso II, do art. 8º, da RN 124/2006, porquanto aos autos não restou evidenciado “equivoco” na compreensão das normas, ao contrário, o reajuste das prestações foi plenamente estudado, tanto que contratada empresa de consultoria, afigurando-se cristalinas as determinações de necessidade de comunicação à ANS e de impedimento de reajustes diferenciados:

Art. 8º São circunstâncias que sempre atenuam a sanção:

II - ter o infrator incorrido em equivoco na compreensão das normas regulamentares da ANS, claramente demonstrada no processo;

Por conseguinte, refutados se põem os demais ditames legais invocados em polo vencido, tais como o art. 2º, RN 195/2009, art. 2º, III, RN 137/2006, art. 2º, RN 171/2008, arts. 2º e 3º, RN 63/2003, art. 5º, XXXIX, e 37, CF, que objetivamente a não socorrerem, com seu teor e consoante este julgamento, ao mencionado polo (artigo 93, IX, CF).

Ante o exposto e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido, com fulcro no artigo 269, I, CPC, sujeitando-se a parte autora ao pagamento de honorários advocatícios, no importe de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), monetariamente atualizados até o seu efetivo desembolso, art. 20, CPC, com juros segundo o Manual de Cálculos da Justiça Federal, aprovado pela Resolução 267/2013, bem assim à complementação de custas processuais, fls. 20.

Após o trânsito em julgado, se mantido o presente desfecho, converta-se em renda da Agência Nacional de Saúde Suplementar o montante depositado a fls. 104, *até então suspensa a exigibilidade, como já ordenado e aqui ratificado.*

P.R.I.

Juiz Federal JOSÉ FRANCISCO DA SILVA NETO

AÇÃO PENAL**0000704-24.2014.4.03.6104**

Autora: JUSTIÇA PÚBLICA

Réus: DANIELA RODRIGUES DOURADO AGUIRRE DE FARIA E VALTER FERREIRA DE FARIA JÚNIOR

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

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 09/04/2015

Vistos etc.

DANIELA RODRIGUES DOURADO AGUIRRE FARIA e VALTER FERREIRA DE FARIA JÚNIOR, qualificados nos autos, foram denunciados pelo Ministério Público Federal como incurso na conduta tipificada no artigo 171 do Código Penal.

Nos termos da denúncia (fls. 221/222), os réus, entre os dias 05/01/2014 a 10/01/2014, a bordo do navia “Costa Fascinosa”, obtiveram, para si ou outrem, vantagem ilícita no valor de US\$ 40.520,51 (quarenta mil, quinhentos e vinte dólares e cinquenta e um cents), em prejuízo da empresa Costa Cruzeiro e as lojas credenciadas no navio, induzindo ou mantendo-os em erro, mediante meio fraudulento consistente no uso de cartões de crédito clonados.

Os acusados teriam comprado as passagens do cruzeiro utilizando cartões falsos e, ainda, realizado diversas compras durante a viagem, também mediante cartões falsos/clonados.

A gerente de recepção da referida embarcação, Sra. Monica Laffin, compareceu na Delegacia de Polícia Federal em Santos/SP, relatando que recebeu notícia, da sucursal Costa Miami, de contestação do valor pago pelo bilhete do cruzeiro, com utilização de cartão de crédito American Expressa da passageira Daniela Faria, sendo solicitado cópia do cartão.

O casal ocupante da cabine 1002 informou no cadastro da “reserva-web” números de passaportes emitidos em nome de outras pessoas. Indagados sobre a compra dos bilhetes, os dois entraram em contradição, não retornando mais a bordo após a parada e desembarque em Ilhabela/SP.

O camareiro encontrou cartões de crédito escondidos em uma luminária da cabine. A American Express informou que os 03 (três) cartões utilizados pelos acusados estavam cancelados e haviam sido emitidos em nome de cidadãos americanos.

O Ministério Público Federal sustenta, ainda, que os acusados “são criminosos habituais” e já haviam sido presos anteriormente pela Polícia Federal em Uberlândia na posse de “mais de uma centena de cartões de crédito falsificados e maquinário específico para contrafações”.

Por fim, o Ministério Público Federal requereu a condenação dos acusados, arrolando 01 (uma) testemunha.

O inquérito policial foi instaurado em 13 de janeiro de 2014 (fls. 02/03), inicialmente distribuído perante a 6ª Vara Federal de Santos/SP, tendo a autoridade policial determinado diligências de investigação e a formação de autos complementares para juntada de documentos e laudos periciais (autos nº 0001829-27.2014.403.6104).

Com base nos elementos colhidos, a autoridade policial apresentou relatório parcial de investigação e representação pela decretação de prisão preventiva, cancelamento de passaportes e pela expedição de mandado de busca e apreensão em residência do casa localizada no Distrito Federal (fls. 146/150).

Por decisão de fls. 158/162 foi deferida em parte a representação formulada, sendo decretada a prisão preventiva dos acusados e determinada a expedição de mandado de busca e apreensão. Já o pedido de cancelamento de passaportes foi indeferido.

Em 27 de fevereiro de 2014 foi realizada a busca e apreensão deferida nos autos, no endereço Rua C, chácara 42, Colônia Agrícola Samambaia, Tabatinga Norte, Distrito Federal, sendo lavrados auto circunstanciado da diligência e auto de apreensão de diversos objetos, juntados às fls. 21/27 e 28/37 dos autos nº 0001829-27.2014.403.6104 (em apenso), respectivamente.

As prisões preventivas decretadas foram cumpridas, em 28 de fevereiro de 2014, pela Delegacia de Polícia Federal em Porto Seguro/BA (fls. 172/174 e 179/182).

Nos autos em apenso (nº 0001829-27.2014.403.6104), a autoridade policial representou, às fls. 51/52, para expedição de novo mandado de busca e apreensão no endereço Quadra 205, lote 01, sala 901, Edifício Quartier Center, Águas Claras, Distrito Federal. Após o deferimento judicial da medida (fls. 58/59), o mandado foi devidamente cumprido, em 20 de março de 2014, conforme fls. 106/132, com apenas um documento apreendido (fl. 133).

Em 27 de março de 2014, a autoridade policial apresentou relatório final de investigação (fls. 197/201), protestando pela posterior remessa dos termos dos interrogatórios policiais e dos materiais apreendidos no Distrito Federal.

O Ministério Público Federal oficiante em Santos/SP requereu o declínio da competência para este Juízo Federal de Caraguatatuba (fls. 203/204), em razão de Ilhabela/SP ter sido o primeiro porto em que tocou a embarcação, o que foi deferido por decisão de fl. 205.

Os autos foram recebidos neste Juízo em 07 de abril de 2014, e encaminhados ao órgão ministerial que apresentou denúncia.

Foi juntado o original do mandado de busca e apreensão no endereço Rua C, chácara 42, Colônia Agrícola Samambaia, Tabatinga Norte, Distrito Federal (fls. 241/262), que foi cumprido observando-se as formalidades legais, sendo consignado que “alguns itens foram apreendidos por amostragem tendo em vista sua grande quantidade dentro do imóvel. Priorizou-se na apreensão a vinculação provável com os fatos apurados”.

Mesmo que por amostragem, foi apreendida grande quantidade de objetos, como cartões de créditos e magnéticos (06), documentos diversos (14), bebidas importadas (25), relógios (18), cosméticos e perfumes (24), óculos (14), carteiras e bolsas (06), aparelhos eletrônicos (13), peças de roupas (09) e telefones celulares (02), todos novos e de marcas famosas/de alto luxo, devidamente descritos no auto de nº 79/2014 de fls. 253/262.

A diligência de busca e apreensão também foi documentada com fotos (fls. 248/252), pelas quais se verifica que os objetos que não foram apreendidos, todos novos e embalados, como TV LED, fogão de mesa, adega climatizada, batedeira, fogão, geladeira, bicicletas e equipamentos de ar-condicionado (03).

A denúncia foi recebida em 24 de abril de 2014 (fls. 264/265).

A pesquisa no sistema WEBSERVICE, realizada pela secretaria do Juízo (fls. 267/277) localizou seis CPFs em nome de Daniela (036.929.471-86, 054.845.861-86, 121.418.177-57, 265.794.908-88, 829.148.691-34 e 055.001.721-66) e cinco CPFs em nome de Valter (744.599.111-00, 054.964.811-98, 066.212.191-05, 037.639.401-38 e 017.390.040-27), com sobrenome e/ou filiação e/ou datas de nascimento diversos. Alguns cancelados/suspensos ou nulos (036.929.471-86, 054.845.861-86, 121.418.177-57, 744.599.111-00, 054.964.811-98 e 017.390.040-27) e outros com situação cadastral regular, três em nome de Daniela (265.794.908-88, 829.148.691-34 e 055.001.721-66) e dois em nome de Walter (066.212.191-05 e 037.639.401-38).

A Secretaria providenciou pesquisa de antecedentes, histórico criminal dos acusados e certidões juntadas às fls. 278/305.

Na pesquisa em nome de Daniela, foram localizados quatro processos criminais em pesquisa perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sendo dois em Brasília (nº 2013.01.1.182203-6 e 2013.01.01.103236-6) e dois em Taguatinga (nº 2012.07.1.004196-6 e nº 2013.07.1.000943-5).

Juntadas a certidão de processo nº 2013.01.1.182203-6 da 2ª Vara Criminal de Brasília (fl. 279), o andamento processual do Processo nº 2013.01.01.103236-6 da 7ª Vara Criminal de Brasília (fls. 280/281), a informação processual do processo nº 2012.07.1.004196-6 da 1ª Vara Criminal de Taguatinga (fl. 282), processo que também responde o corréu Valter. Todos os processos versam sobre a acusação de prática de estelionato e não consta sentença proferida nos mesmos.

Também foram localizadas duas execuções penais em face de Daniela em tramitação perante a Vara de Execuções Penais do Distrito Federal (autos nº 00575014120138070015 e nº 01069957420108070015), com unificação de penas (fls. 283/285).

Em relação ao acusado Valter, foram localizados três processos criminais em pesquisa perante o Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, sendo dois em Brasília (autos nº 2013.01.1.182203-6 – fl. 287 e 2013.01.1.103236-6 – fl. 288) e um em Taguatinga (autos nº 2013.07.1.000943-5), além dos autos nº 2012.07.1.004196-6 – 1ª Vara Criminal de Taguatinga (fl. 282), acima já citado. Os mesmos processos respondidos por Daniela.

Também foram localizadas duas execuções penais em face de Valter em tramitação perante a Vara de Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (autos nº 01070043620108070015 e nº 00649167520138070015), com andamento conjunto (fls. 289/290).

Extrato de termo de audiência realizada em 05/02/2014, nos autos do processo nº 2013.07.1.000943-5 (1ª Vara Federal de Taguatinga), em que constam como réus Daniela, Valter e outro, na qual foi decreta a revelia dos réus, e decisão de 14/02/2014 (fls. 291/292). Tal processo também versa sobre acusação de prática de estelionato.

Juntada de cópia de sentença proferida pela 2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador, em 27 de setembro de 2013, nos autos do processo nº 0085042-24.2008.8.05.0001, na qual houve condenação de Valter e Daniela, ambos a três anos e oito meses de reclusão e trinta e seis dias-multa, pelos delitos previstos no artigo 171, *caput*, c/c art. 14, II, com o artigo 171, VI, e com o art. 299, todos do Código Penal (fls. 293/295-verso). Não há notícia de eventual trânsito em julgada da referida condenação (fls. 296/298).

Localizado também o processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 perante a 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG (fls. 299/304), constando como réus Valter e Daniela, processados por estelionato. Naquele feito foi proferida sentença, em abril de 2013, condenando Valter a 04 anos e 01 mês de reclusão e 30 dias-multa, e Daniela a 05 anos e 04 meses de reclusão e 43 dias-multa. Houve trânsito em julgado da sentença em 29/04/2013, sendo expedidas guias de execução das penas, que foram registradas sob nº 0028864-88.2013.8.13.0702 (Valter) e nº 0028880-42.2013.8.13.0702 (Daniela).

Folha de antecedentes INI/DPF de Daniela e Valter juntados às fls. 339/343 e 345/348, respectivamente, com anotações, sendo solicitadas certidões dos processos indicados.

Juntadas certidões de antecedentes criminais da Comarca de Uberlândia em nome de Daniela (fl. 350) e em nome de Valter (fls. 353/354-verso), constando de relevante o processo

nº 0658191-63.2012.8.13.0702, já acima referido.

Juntada certidão do processo nº 01070043620108070015 (nº antigo 20100112310744) – execução penal – em nome de Valter, da Vara das Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (fls. 356 e verso), constando como processos de origem nº 20050110049292 (1ª Vara Criminal de Brasília) e nº 070212065819-1 (3ª Vara de Uberlândia/MG).

Juntada certidão de inteiro teor da ação penal nº 2013.07.1.000943-5, constando como denunciados Daniela, Valter e outros, da 1ª Vara Criminal de Taguatinga (fl. 358).

Juntada certidão da ação penal nº 2005.01.1.004929-2, em nome de Valter, da 1ª Vara Criminal de Brasília, com transito em julgado e guia de execução expedida, gerando o número de registro 01070043620108070015 perante a Vara das Execuções das Penas e Medidas Alternativas do Distrito Federal (fl. 376).

Juntada certidão da ação penal nº 2005.01.1.004929-2, em nome de Daniela, da 1ª Vara Criminal de Brasília, com transito em julgado e guia de execução expedida, gerando o número de registro 01069957420108070015 perante a Vara das Execuções Penais do Distrito Federal (fl. 376-verso).

Extrato de andamento processual e certidão de objeto e pé do Termo Circunstanciado nº 2004.01.1.019944-0 do Segundo Juizado Especial Cível e Criminal de Brasília – Criminal (Guará). Naquele feito foi determinado o arquivamento nos termos do artigo 107, V, do Código penal, por renúncia tácita ao direito de queixa pela vítima (fls. 379/380).

Juntada de ofícios do Instituto de Identificação do Governo do Distrito Federal, informando as pesquisas realizadas em relação à eventual diversidade de registros de identidade em nome de Valter (fls. 381/386) e Daniela (fls. 386/391).

A Polícia Federal em Porto Seguro encaminhou planilhas de identificação datiloscópica, cópia de CNH e fotografias de Valter, então custodiado no Conjunto Penal de Eunápolis/BA (fls. 392/397).

Em 03/06/2014, foi apresentado pedido de revogação da prisão preventiva dos acusados (fls. 412/431), por advogada constituída, e resposta à acusação (fls. 432/446), sendo determinada a vista ao MPF (fl. 446).

Às fls. 450/465 sobreveio aos autos carta precatória policial, cumprida pela Delegacia de Polícia Federal em Porto Seguro/BA, onde foi realizado o interrogatório, identificação criminal, e boletim de vida pregressa de Daniela e Valter, em razão do indiciamento policial.

Indeferido o pedido de liberdade e determinado o prosseguimento do feito com designação de audiência nos termos do artigo 400 do Código de Processo Penal (fls. 474/482).

Juntada carta precatória para intimação e citação, 09/05/2014, do réu Valter, que declarou ter condições de constituir defensor de sua confiança (fls. 510/511).

Juntada certidão do inquérito policial nº 2011.07.1.012352-8, que tramitou perante a 2ª Vara Criminal de Taguatinga, com arquivamento em 18/09/2012 (fl. 515).

Novo ofício do Instituto de Identificação do Governo do Distrito Federal, trazendo novas informações a respeito da identificação do corréu Valter (fls. 518/520).

Folhas de antecedentes fornecidas pelo IIRGD/SP de Daniela (fl. 532 e verso), constando apenas o presente feito.

Às fls. 535/539 foram juntadas folhas de antecedentes dos réus perante a Gerência de Identificação da Polícia Civil do Estado de Goiás, indicando o presente feito e a existência de inquérito policial instaurado pela delegacia de polícia de Caldas Novas, em 18/09/2012, para

apurar crime contra a fé pública, não sendo fornecidos outros detalhes.

A Polícia Federal em Porto Seguro encaminhou planilhas de identificação datiloscópica, cópia do RG e do interrogatório policial de Daniela, a época custodiada no Conjunto Penal de Teixeira de Freitas/BA (fls. 561/566).

Folhas de antecedentes fornecidas pelo IIRGD/SP de Daniela (fl. 568 e verso), constando apenas o presente feito.

Carta precatória para intimação e citação da ré Daniela devidamente cumprida, com citação em 01/07/2014 (fls. 584/585), declarando ter condições de constituir defensor de sua confiança.

O Ministério Público Federal desistiu da oitiva da testemunha Mônica Laffin (fl. 591), não localizada para intimação.

À fl. 596 juntada de certidão dos autos nº 01069957420108070015 (antigo nº 20100112310736), da Vara das Execuções Penais do Distrito Federal, constando como executada Daniela, com unificação das penas fixadas nos processos nº nº 20050110049292 (1ª Vara Criminal de Brasília) e nº 070212065819-1 (3ª Vara de Uberlândia/MG).

Os advogados constituídos pelos acusados renunciaram ao mandato outorgado em 01/08/2014, nos termos da petição de fl. 597 (fax) e original de fl. 598.

Pelo Juízo foi proferida decisão nomeando defensor dativo para a defesa dos réus (fl. 599), que intimado aceitou o encargo (fl. 600).

Recebido neste Juízo os objetos e materiais apreendidos no cumprimento do mandado de busca e apreensão (fls. 602/612) e juntados os originais da diligência (fls. 613/625), sendo lavrado termo circunstanciado de recebimento (fls. 626/327), estando recolhidos e guardados no depósito judicial.

Em 13 de agosto de 2014, foi realizada audiência neste Juízo, com a presença dos acusados e do defensor dativo nomeado, momento em que foi homologada a desistência da oitiva da testemunha arrolada pela acusação e procedido o interrogatório dos acusados. Pela defesa foi reiterado o pedido de liberdade provisória dos acusados, que foi deferido mediante o pagamento de fiança e aplicação de medidas cautelares (fls. 636/646).

Interrogado (fls. 642/644), o réu Valter declarou os números corretos de seu RG (5.526.891 – GO) e CPF (nº 066.292.191-05), e fez breve relato de seu relacionamento com Daniela, a existência de filha menor comum, das atividades de trabalho exercidas anteriormente e de seu histórico criminal.

Em relação aos fatos tratados na denúncia, confessou a prática do delito, declarando:

...Que através de uma pessoa chamado Adriano tomou conhecimento das formas de compra de cartão clonado. Que o interrogando e sua esposa acessavam um site no qual as informações dos cartões clonados eram passadas através de pagamento de 25 dólares cada um. Que com os dados do cartão Adriano enviava o cartão já confeccionado, com tarja de informação magnética. Que utilizavam basicamente cartões da American Express, que não tinha CHIP e não precisavam de senha, e sim tarja magnética. Que não se recorda do nome do site em que as informações eram compradas. Que o acesso ao site era feito por Daniela. Que não tem mais informações sobre Adriano. Que sabe apenas que Adriano morava em Brasília e depois morou em São Paulo. Que o casal comprou o cruzeiro do navio “Costa Fascinosa” através de cartão American Express clonado. Que a viagem era programada para seis dias. Que de fato gastaram com o cartão de crédito clonado as despesas elencadas às fls. 22 à 37. Que quando informado pela gerente do navio sobre a contestação da compra do pacote turístico

pelo cartão, o casal optou por desembarcar do navio em Ilhabela, deixando todas as compras e pertences pessoais para trás. Que de Ilhabela foram para Guarulhos e retornaram para Brasília. Que posteriormente venderam pacotes turísticos para carnaval em Porto Seguro. Que o casal também foi para Porto Seguro, comprando seu pacote com cartão clonado. Que antes da chegada em Porto Seguro, a mãe do interrogando informou-lhe da busca e apreensão ocorrida em sua residência em Brasília/DF. Que foram apreendidos objetos que haviam sido comprados no navio, mas outras de propriedade do interrogando. Que foram presos em Porto Seguro. Que a viagem de cruzeiro tinha como objetivo levantar recursos dívidas que já estavam pendentes da agência de viagem, como aluguel, água, luz, etc. Grifos acrescentados.

Em seguida, foi interrogada a corré Daniela (fls. 645/646), que fez breve relato de seu relacionamento com Valter, a existência de filha menor de oito anos, das atividades de trabalho exercidas anteriormente e de seu histórico criminal, inclusive ter ficado preso por oito meses em Uberlândia/MG.

Também confessou a prática do delito, declarando:

... Que obtinham as informações dos cartões clonados através de um mercado negro de informações na internet. Que o acesso aos sites pode obtido através de busca no google através na palavra “track”, ou “to buy track” ou “to buy CVV”. Que os sites são hospedados na Rússia e Ucrânia, e alguns nos Estados Unidos. Que em tais sites pode se encontradas as informações dos cartões clonados. Que tais informações podem ser compradas nos referidos sites por cerca de 25 dólares. Que foi Adriano Oliveira que ensinou a manobra para a interroganda e seu marido. Que o casal comprava informações dos clonados via site da internet, enviava tais dados a Adriana que confeccionava os cartões com os nomes ora acusados. Que o casal utilizava somente os cartões American Express. Que usavam basicamente cartões com seus próprios nomes. Que após saírem da prisão em Uberlândia em junho de 2013, tentaram encontrar emprego, mas não conseguiram. Que no final do referido ano, abriram uma agência de viagens. Reencontram Adriano que expôs a possibilidade de utilização de cartões clonados na temporada de cruzeiros. Que toparam a empreitada no cruzeiro em um momento de fraqueza. Que o objetivo era de fazer compras de produtos com cartão clonado para posterior revenda. Que de fato compraram o pacote do cruzeiro, através de cartão clonado, e efetuaram as compras discriminadas nas fls. 22 à 37, também com cartão clonado. Que a quase totalidade das compras efetuadas ficaram no navio, assim como seus pertences, quando o casal desceu em Ilhabela e não retornou mais. Que Valter deixou inclusive os cartões clonados na luminária da cabine...

...

que Adriano recebia por cartão fornecido cerca de 10 dólares, que tal valor era pago por moeda virtual. Grifos acrescentados.

Terminados os interrogatórios, foi dada a palavra às partes para manifestação nos termos do artigo 402 do Código de Processo Penal, nada sendo requerido (fl. 676).

Em seguida, foi determinada a abertura de vista ao Ministério Público Federal e à defesa, sucessivamente, para apresentação de memoriais.

Os acusados recolheram o valor fixado a título de fiança (fls. 652/643), sendo expedidos alvarás de soltura clausulados. O réu Valter foi colocado em liberdade em 15/08/2014, assinado termo de compromisso (fls. 677/679), enquanto Daniela foi colocada em liberdade em 20/08/2014 (fls. 682 e 693/694-verso), após a tomada das medidas administrativas prisionais cabíveis e a verificação se por outro motivo não deveria permanecer presa.

Com a soltura dos réus, foi expedida carta precatória para a Comarca de Taguatinga/DF,

deprecando a fiscalização do cumprimento das medidas cautelares fixadas (fl. 697).

Juntadas folhas de antecedentes emitidas em nome dos réus pela Secretaria de Segurança Pública da Bahia (fls. 699/702), constando a existência, além do presente feito, do processo nº 2005360-9/2008 – 2ª Vara Criminal de Salvador-BA, sem maiores informações.

Termo de compromisso da acusada Daniela assinado em 18 de agosto de 2014 (fl. 707).

A Delegacia de Polícia Federal em Santos/SP encaminhou os materiais apreendidos na cidade de Santos, em 11 de janeiro de 2014. Tais objetos foram coletados no interior da cabine 1002 do navio Costa Fascinosa, abandonados pelos réus. Lavrado termo circunstanciado de recebimento do material (fls. 714/716) estando recolhidos e guardados no depósito judicial.

Em complementação, após diligência da Secretaria (fl. 730), a mesma Delegacia encaminhou 06 cartões de crédito apreendidos, localizados na luminária da cabine 1002, sendo lavrado termo de recebimento (fls. 732/735) com acautelamento no depósito judicial.

O Instituto de Identificação João de Deus Martins, vinculado ao estado do Piauí, encaminhou informações criminais e folha de antecedentes da acusada Daniela (fls. 739/744), indicando 07 (sete) ocorrências, que já constavam das folhas de antecedentes anteriormente juntadas.

A corré Daniela apresentou “justificativa de ausência”, pela qual informou o descumprimento das medidas cautelares fixadas e apresentou sua justificativa (fls. 745/747).

Expedida carta precatória para intimação do representante legal da Costa Fascinosa para manifestação sobre interesse na restituição dos bens apreendidos nos autos (fls. 748 e 749).

Em 18/11/2014, foi apresentado pedido de restituição de objetos apreendidos por Sonia Maria Goncalves de Faria, genitora do acusado Valter, que foi distribuído por dependência a este autos, e registrado sob nº 0001007-42.2014.403.6135.

A Segunda Vara de Precatórias do Distrito Federal encaminhou ofício de fl. 754 informando que Daniela não foi localizada no endereço fornecido e que Valter continuava a cumprir regularmente as medidas cautelares fixadas.

O Ministério Público Federal apresentou manifestação (fls. 756) pela decretação da prisão preventiva de Daniela em face do descumprimento das medidas cautelares impostas, assim como juntou memoriais.

Em sede de memoriais (fls. 757/758-verso), o Ministério Público Federal postulou pela procedência da ação penal com a condenação dos acusados pela prática de estelionato. Sustentou, em síntese, que comprovada a materialidade do delito, “por meio da contestação de uso do cartão de crédito, sobre o valor pago para emissão do bilhete do cruzeiro”, e que os cartões de crédito localizados na cabine 1002 do navio Costa Fascinosa tinham sido “cancelados e emitidos em nome de pessoas dos Estados Unidos da América”. Também entendeu comprovadas as autorias pela confissão dos réus e pelas provas colhidas que dão conta de que os réus “tinham total conhecimento da ilicitude do ato e mesmo assim obtiveram para si ou para outrem, vantagem indevida no valor de USD\$ 40.521,51”.

Por decisão de fls. 761, este Juízo decretou a quebra da fiança prestada pela ré Daniela, revogou a liberdade provisória concedida e decretou a prisão preventiva, por descumprimento das condições fixadas na liberdade provisória anteriormente concedida. Mandado de prisão preventiva expedido à fl. 763, não cumprido até o momento.

A empresa Costa Cruzeiros juntou procuração nos autos (fls. 776/779), mas não apresentou qualquer manifestação a respeito de eventual restituição (fl. 912).

A defesa dos acusados apresentou memoriais com documentos (fls. 903/911). Após breve

relato dos fatos, asseverou que os réus confessaram o delito praticado, requerendo seu reconhecimento e a aplicação da circunstância atenuante. Sustentou que o delito cometido não foi praticado com violência ou grave ameaça e buscou esclarecer os motivos do descumprimento por Daniela das medidas cautelares fixadas. No mérito, requereu a absolvição dos acusados, sustentando “a precariedade das provas apresentadas, a ausência de autoria e da tipicidade dos fatos” e, em caso de condenação, a aplicação do artigo 44 do Código penal. Por fim, requereu a revogação do mandado de prisão expedido.

Expedido ofício nº 23/2005-SECA (fls. 913) à CEF para conversão da metade do valor da fiança prestada por Daniela em favor da União, em razão da quebra da fiança.

Os autos vieram à conclusão para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

O Ministério Público Federal requer a condenação dos réus por incursos nas condutas descritas no artigo 171 do Código Penal, a saber:

Art. 171 - Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:
Pena - reclusão, de um a cinco anos, e multa, de quinhentos mil réis a dez contos de réis.

Não havendo preliminares a apreciar, regulares os pressupostos processuais e condições da ação, e tendo o processo tramitando observando-se o devido processo legal e a ampla defesa, passo a análise do mérito.

A materialidade delitiva está devidamente comprovada.

Houve efetivamente utilização de cartões de crédito inidôneos pelos acusados com o fito de adquirir as passagens do cruzeiro, pagar as despesas e realizar compras dentro da embarcação.

Em depoimento prestado perante a Delegacia de Polícia Federal, em 11/01/2014, a gerente de recepção do navio Costa Fascinosa, Sra. Monica Laffin, declarou (fls. 04/05):

... Que ontem pela manhã recebeu uma mensagem eletrônica da COSTA MIAMI – representante nos EUA – solicitando cópia do cartão de crédito american expressa da passageira DANIELA FARIA, uma vez que havia constatação do valor pago pelo bilhete de cruzeiro; Que enviou mensagem à passageira pela TV interativa e também mensagem escrita na porta da cabine; QUE, por volta da 10:45hs, DANIELA ligou e recebeu as expelicações da declarante sobre a necessidade de verificação dos cartões de crédito; QUE por volta das 11:15hs Daniela e valter compareceram na recepção e foram indagados sobre eventual pedido de cancelamento do cartão e da compra dos bilhetes;...

... QUE solicitou os cartões para tirar cópia, sendo que apenas DANIELA trouxe o cartão, isto por volta das 14:30, dizendo que não poderia apresentar o cartão do marido naquele momento, pois ele não estava se sentindo bem;...

... QUE verificaram que o casal fez inúmeras compras durante o cruzeiro, totalizando aproximadamente o valor de US\$ 34.000 dólares; QUE também há o valor do cruzeiro de aproximadamente US\$ 6.500 dólares;... Grifos acrescidos.

Além disso, o Comandante da Costa Fascinosa encaminhou relatório com documentos, indicando a contestação do pagamento pela American Express, os prejuízos sofridos, bem

como cópia dos cartões localizados no navio (fls. 121/145).

A operadora American Express rejeitou o pagamento do valor referente à compra do cruzeiro (USD\$ 6.512,28), assim como rejeitou e bloqueou os pagamentos realizados durante o cruzeiro na compra de produtos e serviços, pelos acusados Valter (USD\$ 13.082,69) e Daniela (USD\$ 20.295,54), em um total de USD\$ 40.520,51 (quarenta mil, quinhentos e vinte dólares e cinquenta e um centavos de dólar).

Relatório discriminou as despesas de Valter (fls. 125/132) e Daniela (fls. 133/140), sempre utilizando para pagamento cartões American Express inidôneos. Em diligências realizadas pela Polícia Federal, verificou-se que os cartões apreendidos de número 371758891465001 e 371758369081009 (cópia fl. 143) com o nome Valter Faria grafado, foram originariamente emitidos em nome de Michael D Halil e Anthony M Aquilina, respectivamente (fl. 148).

Também resta comprovado que, após a obtenção de cartão de crédito clonado, foram incluídos os nomes de Daniela e Valter a fim de aparentar regularidade e possibilitar sua utilização, levando e mantendo em erro a quem o recebeu para pagamento.

Assim, com a utilização dos cartões de crédito “clonados”, para a compra de passagens de cruzeiro e artigos de luxo, bem como para despesas de consumo, gerando vantagem ilícita em benefício próprio, induzindo ou mantendo alguém em erro, no caso a operadora do navio, resta comprovada a materialidade do delito descrito no artigo 171 do Código Penal, nos termos do enquadramento legal da denúncia.

As provas colhidas convergem para a certeza da materialidade do delito de estelionato (artigo 171 do Código Penal).

A autoria também se encontra devidamente comprovada.

As provas colhidas nos autos indicam a responsabilidade pessoal dos réus Walter e Daniela na utilização dos cartões “clonados” para o pagamento da passagem do cruzeiro, dos artigos de luxo comprados e das despesas durante a viagem.

Conforme se verifica dos depoimentos da gerente de recepção do navio na fase policial, os acusados usufruíram do cruzeiro e adquiriram produtos e serviços.

Além disso, questionados sobre a negativa da operadora de cartão de crédito em relação ao pagamento das passagens do cruzeiro, os acusados se evadiram do navio no primeiro porto, Ilhabela, abandonando o cruzeiro marítimo, deixando para trás vários objetos em sua cabine. Na referida cabine também foram encontrados, escondidos dentro da luminária, cartões de crédito inidôneos.

Em relação a este ponto, declarou a gerente de recepção do navio perante a autoridade Policial (fls. 04/05):

... QUE no momento da “partenza” (partida) verificou que este dois passageiros não retornaram à bordo; QUE foram executados todos os procedimentos de chamada e tentativa de contato com os números de emergência, quais sejam: Cel. 61-99420172, 61-99881315 e 13325452545 e não logrou êxito em falar com o casal; QUE o casal ficou na cidade de Ilha Bela...

...

...QUE os passageiros deixaram diversos pertences na cabine (1002) e estes materiais serão apresentados para serem apreendidos.... Grifos acrescidos.

Os réus tinham total consciência do delito que estavam cometendo, visto que inclusive se evadiram do local, assim que descobertos.

Mesma conclusão se extrai dos seus interrogatórios em Juízo (fls. 642/644 e 645/646), no qual reconheceram a prática do delito, confessando-o, e dando alguns detalhes e informações de como obtiveram o material para tal prática e modo de proceder.

Os acusados tinham total consciência do que faziam, atuavam com desenvoltura e “profissionalismo”. Tal conduta, conforme extensa folha de antecedentes juntadas aos autos, não se trata de ato isolado em suas vidas, mas modo de proceder e meio de vida, visto que, mesmo desempregados, mantinham alto padrão de vida.

Ademais, nas circunstâncias, lhes era possível agir conforme o ordenamento jurídico, não o fazendo de forma livre e consciente.

Não há qualquer elemento nos autos que indique se tratar de incautos ou pessoas de poucos conhecimentos. Pelo contrário, são empresários no ramo de turismo, com experiências profissionais anteriores, demonstrando desenvoltura e naturalidade no delito praticado.

Tanto que após se evadirem do navio, foram presos pouco tempo depois em viagem na Bahia, onde também estavam utilizando outros cartões clonados para pagamento de suas despesas.

Tais atitudes denotam expressiva reiteração da conduta criminosa, mesmo após as condenações anteriores, inclusive com execução de pena em andamento, em total desprezo e desrespeito ao ordenamento jurídico.

Em síntese, os fatos narrados na denúncia foram integralmente comprovados, assim como a autoria por parte dos acusados.

Estabelecidas tais premissas e comprovadas as autorias e materialidade, *passo a fixar a pena restritiva de liberdade e pecuniária dos réus* nos termos do artigo 68 do Código Penal, em vista da necessidade e da suficiência para a reprovação e prevenção do crime.

Em relação ao acusado Valter Ferreira de Faria Júnior.

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigos 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais constam diversos apontamentos.

Apesar de indicar a existência de inquéritos policiais e ações penais em curso, não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Dentre os apontamentos passíveis de análise para tal fim, destacam-se os seguintes processos:

- Processo nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) em que foi proferida a sentença condenatória, em setembro de 2013, como incurso nos crimes descritos no artigo 171, *caput* e VI e artigo 299, todos do CP, sem trânsito em julgado, e data dos fatos em junho de 2007 (fls. 293/295-verso);

- Processo nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília) em que foi proferida sentença condenatória, em 25 de abril de 2008, como incurso nos crimes descritos nos artigos 304 e 171, ambos do CP, com trânsito em julgado em 12/05/2008, e data dos fatos em 21/05/2005 (fl. 376); e

- Processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 (3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG) em que foi proferida sentença condenatória em 29 de abril de 2013, com incurso nos crimes descritos nos artigos 171, *caput*, e 297, ambos do CP, com trânsito em julgado em 29/04/2013, sem constar a data dos fatos (fl. 350).

Cumpra asseverar que os maus antecedentes verificados, não implicam, por si, na existência da reincidência. Não se pode considerar o mesmo fato para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente. No entanto, o acusado Valter Ferreira de Faria Júnior é reincidente e possui maus antecedentes em virtude de fatos diversos.

A sentença condenatória proferida no processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702, com trânsito em julgado em 29/04/2013, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG, não pode ser considerada neste momento do procedimento de fixação da pena. A referida condenação é geradora de reincidência, pois o delito apurado foi praticado entre 05/01/14 e 10/01/14, não havendo transcurso do prazo de cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação anterior e a prática de novo delito.

Assim, conforme certidões dos processos nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) e nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília), somente tais condenações devem ser consideradas maus antecedentes para fins de fixação da pena base nos termos do artigo 59 do Código Penal.

No que tange à *culpabilidade* foi normal à espécie.

Em relação à *conduta social*, a avaliação desta circunstância não é favorável ao acusado. O seu histórico de antecedentes e os diversos locais onde cometeu delitos (Brasília, Ilhabela, Uberlândia e Salvador) demonstram que a prática de estelionato com utilização de cartões de crédito clonados tornou-se meio de vida e subsistência do acusado e sua esposa. Apesar de serem maiores, capazes e saudáveis, optaram por ganhar a vida enganando e tirando proveito dos outros.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

Não verifico a existência de *circunstâncias do crime* que possam fundamentar uma majoração na pena a pena básica do acusado.

Quanto à *personalidade do agente*, o golpe reiteradamente aplicado pelo casal requer ousadia e muito sangue frio. Em menos de quadro dias, gastaram 40.520,51 dolares em um cruzeiro marítimo, adquirindo mercadorias de alto luxo. Quando correram o risco de serem pegos, abandonaram o navio no primeiro porto. O comportamento denota experiência na reiterada prática do mesmo golpe. Somente uma personalidade já voltada para a prática criminosa é capaz praticar um golpe com tal frieza.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito, pelo contrário, quando soube da rejeição do pagamento pela operadora do cartão de crédito, tomou pronta providência para apurar o ocorrido.

Em relação às *consequências do crime*, nada a valorar. O conjunto probatório não apontou consequência adicional além daquelas implícitas no tipo penal e já consideradas pelo legislador na fixação da pena em abstrato.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias judiciais acima analisadas, especialmente os maus antecedentes, a personalidade e a conduta social do agente, fixo a pena-base acima mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 02 (dois) anos e seis meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de

liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 180 (cento e oitenta) dias-multa.

Tendo em vista que o réu denomina-se empresário, atualmente sem ocupação, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a análise das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

O acusado é reincidente, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação à condenação pelo mesmo delito transitada em julgado em 29/04/2013 proferida nos autos processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 da 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG.

Reconheço também a atenuante da confissão ao acusado Valter, pois confessou o delito em interrogatório judicial, nos termos do artigo 65, d, do Código Penal. No entanto, tal confissão deve ser recebida com ressalvas, visto que negada a autoria do delito no interrogatório policial, só havendo o reconhecimento após o processo ter sido devidamente instruído, com provas cabais tanto da materialidade quanto da autoria. Ademais, não esclareceu sobre quem forneceu os cartões de crédito clonados.

Havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, deve-se aplicar a regra prevista no artigo 67 do Código Penal que dispõe:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Grifei.

Assim, no caso em apreço, considerando também as limitações da confissão acima apontadas, há preponderância reincidência, devendo a pena ser acrescida em apenas 2/6 (dois sextos) para melhor individualização da pena, passando a pena para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, não há causa diminuição ou aumento de pena.

Considerando a inexistência de causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva do acusado Valter Ferreira de Faria Júnior em:

- 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido. Não vislumbro a excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis ao acusado, fixo *o regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada e reincidência em crime doloso da mesma espécie, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena,

nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

Em relação à acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria.

Primeiro, analiso as circunstâncias judiciais para fixação da pena-base nos termos do artigo 59 do CP.

Em relação aos *antecedentes*, foram juntadas as respectivas folhas, nas quais constam diversos apontamentos.

Apesar de indicar a existência de inquéritos policiais e ações penais em curso, não se pode considerá-los na fixação da pena base, conforme entendimento jurisprudencial consolidado na Súmula 444 do STJ.

Dentre os apontamentos passíveis de análise para tal fim, destacam-se os seguintes processos:

- Processo nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) em que foi proferida a sentença condenatória em setembro de 2013, com incurso nos crimes descritos no artigo 171, *caput* e VI e artigo 299, todos do CP, sem trânsito em julgado, e data dos fatos em junho de 2007 (fls. 293/295-verso);

- Processo nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília) em que foi proferida sentença condenatória em 25 de abril de 2008, com incurso nos crimes descritos nos artigos 304 e 171, ambos do CP, com trânsito em julgado em 12/05/2008, e data dos fatos em 21/05/2005 (fl. 376); e

- Processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 (3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG) em que foi proferida sentença condenatória em 29 de abril de 2013, com incurso nos crimes descritos nos artigos 171, *caput*, e 297, ambos do CP, com trânsito em julgado em 29/04/2013, sem constar a data dos fatos (fl. 350).

Cumpre asseverar que os maus antecedentes verificados, não implicam, por si, na existência da reincidência. Não se pode considerar o mesmo fato para fins de reincidência e maus antecedentes simultaneamente. No entanto, a acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria é reincidente e possui maus antecedentes em virtude de fatos diversos.

A sentença condenatória proferida no processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702, com trânsito em julgado em 29/04/2013, que tramitou perante a 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG, não pode ser considerada neste momento do procedimento de fixação da pena. A referida condenação é geradora de reincidência, pois o delito apurado foi praticado entre 05/01/14 e 10/01/14, não havendo transcurso do prazo de cinco anos entre o trânsito em julgado da condenação anterior e a prática de novo delito.

Assim, conforme certidões dos processos nº 0085042-24.2008.8.05.001 (2ª Vara Criminal da Comarca de Salvador/BA) e nº 2005.01.1.004929-2 (1ª Vara Criminal de Brasília), somente tais condenações devem ser consideradas maus antecedentes para fins de fixação da pena base nos termos do artigo 59 do Código Penal.

No que tange à *culpabilidade* foi normal à espécie.

Em relação à *conduta social*, a avaliação desta circunstância não é favorável à acusada. O seu histórico de antecedentes e os diversos locais onde cometeu delitos (Brasília, Ilhabela, Uberlândia e Salvador) demonstram que a prática de estelionato com utilização de cartões de crédito clonados tornou-se meio de vida e subsistência da acusada e seu marido. Apesar de serem maiores, capazes e saudáveis, optaram por ganhar a vida enganando e tirando proveito dos outros.

O *motivo* do cometimento do crime foi a busca de vantagem financeira já implícito do próprio tipo penal, não podendo ser valorado como circunstância judicial.

Não verifico a existência de *circunstâncias do crime* que possam fundamentar uma majoração na pena a pena básica do acusado.

Quanto à *personalidade do agente*, o golpe reiteradamente aplicado pelo casal requer ousadia e muito sangue frio. Em menos de quadro dias, gastaram 40.520,51 dolares em um cruzeiro marítimo, adquirindo mercadorias de alto luxo. Quando correram o risco de serem pegos, abandonaram o navio no primeiro porto. O comportamento denota experiência na reiterada prática do mesmo golpe. Somente uma personalidade já voltada para a prática criminosa é capaz praticar um golpe com tal frieza.

Nada a comentar sobre o *comportamento da vítima*, que não teve qualquer conduta que pudesse contribuir para o cometimento do delito, pelo contrário, quando soube da rejeição do pagamento pelo operadora do cartão de crédito, tomou pronta providência para apurar o ocorrido.

Em relação às *consequências do crime*, nada a valorar. O conjunto probatório não apontou consequência adicional além daquelas implícitas no tipo penal e já consideradas pelo legislador na fixação da pena em abstrato.

Diante do exposto, levando em consideração as circunstâncias acima analisadas, especialmente os maus antecedentes, a conduta social e a personalidade da agente, fixo a pena-base acima mínimo legal, nos seguintes termos:

- Em 02 (dois) anos e 06 (seis) meses de reclusão pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

Quanto à pena de multa, levando-se em conta as circunstâncias judiciais acima expostas, assim como a correspondência que a sanção pecuniária deve guardar com a pena privativa de liberdade, no que tange aos seus limites mínimo e máximo (entre 10 e 360 dias-multa), fixo a pena-base em 180 (cento e oitenta) dias-multa.

Tendo em vista que o réu denomina-se empresário, atualmente sem ocupação, arbitro cada dia-multa em 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, corrigidos monetariamente pelos índices oficiais até o pagamento.

Terminada a verificação das circunstâncias judiciais, passo a apreciar eventuais circunstâncias agravantes e atenuantes no tocante aos crimes previstos.

A acusada é reincidente, nos termos dos artigos 61, I, 63 e 64, I, do Código Penal, em relação à condenação pelo mesmo delito transitada em julgado em 29/04/2013 proferida nos autos processo nº 0658191-63.2012.8.13.0702 da 3ª Vara Criminal de Uberlândia/MG.

Reconheço também a atenuante da confissão à acusada Daniela, pois confessou o delito em interrogatório judicial, nos termos do artigo 65, d, do Código Penal. No entanto, tal confissão deve ser recebida com ressalvas, visto que negada a autoria do delito no interrogatório policial, só havendo o reconhecimento após o processo ter sido devidamente instruído, com provas cabais tanto da materialidade quanto da autoria. Ademais, não esclareceu sobre quem forneceu os cartões de crédito clonados.

Havendo concurso de circunstâncias agravantes e atenuantes, deve-se aplicar a regra prevista no artigo 67 do Código Penal que dispõe:

Art. 67 - No concurso de agravantes e atenuantes, a pena deve aproximar-se do limite indicado pelas circunstâncias preponderantes, entendendo-se como tais as que resultam dos motivos determinantes do crime, da personalidade do agente e da reincidência. Grifei.

Assim, no caso em apreço, considerando também as limitações da confissão acima apontadas, há preponderância reincidência, devendo a pena ser acrescida em apenas 2/6 (dois sextos) para melhor individualização da pena, passando a pena para 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa.

Na terceira fase da individualização da pena, não há causa diminuição ou aumento de pena.

Considerando a inexistência de causas de aumento ou de diminuição, fixo a pena definitiva de Daniela Rodrigues Dourado Aguirre em:

- 03 (três) anos e 04 (quatro) meses de reclusão e 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos, pela prática do delito previsto no artigo 171 do Código Penal.

A regra estabelecida em nossa legislação penal é a de que o acusado reincidente deve iniciar o cumprimento da pena sempre em regime fechado. Em situações excepcionais, considerando especialmente as circunstâncias judiciais, pode o juiz decidir, fundamentadamente, por regime inicial menos rígido.

Não vislumbro a excepcionalidade justificadora para me distanciar da regra geral em relação ao acusado, razão pela qual, considerando também a reincidência e as circunstâncias judiciais desfavoráveis à acusada, fixo o *regime fechado*, nos termos do artigo 33, § 1º, “a”, e § 3º, do Código Penal, como inicial para o cumprimento da pena.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada e reincidência em crime doloso da mesma espécie, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

No que tange à prisão preventiva decretada em desfavor da Daniela deve ser mantida. Não houve qualquer alteração no conjunto fático-probatório, ou atitude da acusada, que indique que tal medida não se mostre necessária.

Nos termos da decisão de fls. 761/764-verso, ficou expressamente consignado a concessão de liberdade provisória, com arbitramento de fiança, sob medidas cautelares de comparecer mensalmente em Juízo. A acusada não compareceu mensalmente em Juízo e sequer foi encontrada no endereço por ela informado pessoalmente em seu interrogatório judicial, apesar de ter assinado termo de compromisso.

Tal situação e conduta demonstra descaso em relação ao Poder Judiciário que lhe colocou em liberdade, além de impedir a aplicação da lei penal, gerando insegurança quanto ao seu domicílio certo.

Ademais, alegou como motivo do não cumprimento do compromisso assumido perante este Juízo, a existência de execução penal em tramitação, com mandado de prisão expedido em seu desfavor, o que reforça sobremaneira a percepção que a ré evita, a todo custo, se submeter a sentenças penais proferidas em seu desfavor.

Como se verifica dos autos, não se trata de pessoa primária e com bons antecedentes. Pelo contrário, demonstra conhecimento, malícia e reiteração de condutas criminosas.

Assim, a manutenção da decretação da prisão preventiva, é absolutamente necessária para garantia da aplicação da lei penal.

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a pretensão punitiva estatal para CONDENAR os denunciados VALTER FERREIRA DE FARIA JÚNIOR e DANIELA RODRIGUES DOURADO AGUIRRE DE FARIA, já qualificados, como incursos nas sanções do artigo 171 do Código Penal.

Fixo a pena privativa de liberdade cada um dos réus, que passa a ser definitiva no montante de *03 (três) anos e 04 (quatro) meses* de reclusão, em regime inicial FECHADO, na forma do artigo 33, § 1º, “a”, e § 3º, do Código Penal.

Fixo a pena de *multa em 240 (duzentos e quarenta) dias-multa, no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário-mínimo vigente à época dos fatos*, devendo tal valor ser corrigido até o pagamento.

Em face da pena privativa de liberdade ora fixada e reincidência em crime doloso da mesma espécie, a possibilidade de substituição da pena encontra obstáculo intransponível no disposto no art. 44, II e III, § 3º do C.P.

Pelos mesmos fundamentos, também não é possível a suspensão condicional da pena, nos termos do artigo 77 do Código Penal, em face dos impedimentos previstos nos incisos I e II do mesmo artigo.

O acusado Valter Ferreira de Faria Júnior vem cumprindo as medidas cautelares fixadas quando da concessão da liberdade provisória, razão pela qual fica expressamente assegurado o seu direito de apelar em liberdade.

Em relação à acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria, mesmo com a manutenção da decretação de sua prisão preventiva, não mais subsiste a necessidade de se recolher efetivamente à prisão para apelar, nos termos do parágrafo único, do artigo 387, do CPP, com redação dada pela Lei nº 12.736/2012.

Expeça-se carta precatória para intimação pessoal do acusado Valter Ferreira de Faria Júnior da presente sentença, nos termos do artigo 392, I, do Código de Processo Penal.

Em relação a acusada Daniela Rodrigues Dourado Aguirre de Faria, apesar de não localizada em seu endereço declarado no interrogatório (fl. 754), em atendimento ao princípio da ampla defesa e o direito da acusada em ter ciência pessoal da sentença proferida, entendo, por cautela, a necessidade de se tentar a intimação pessoal, expedindo-se carta precatória para intimação nos termos do artigo 392, I, do Código de Processo Penal.

Em caso de não localização, expeça-se edital para intimação de Daniela da presente sentença, por nos termos do artigo 392 do Código de Processo Penal.

Após o trânsito em julgado, decreto a perda dos bens apreendidos na persecução penal em favor da União (art. 91 do CP), salvo decisão em sentido contrário em procedimento autônomo de restituição de coisas apreendidas.

Por fim, condeno os réus ao pagamento das custas processuais.

Com o trânsito em julgado, deverão ser tomadas as seguintes providências:

- Lançamento do nome do condenado no rol dos culpados;
- Recolhimento do valor fixado a título de multa pecuniária (art. 50 do Código Penal c/c art. 686 Código de Processo Penal);
- Oficie-se, com cópia da sentença, ao Tribunal Regional do Eleitoral.

P.R.I. e C.

Caraguatatuba, 09 de abril de 2015.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

PROCEDIMENTO ESPECIAL DA LEI ANTITÓXICOS**0001130-42.2014.4.03.6005**

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 1ª VARA DE PONTA PORÃ - MS

Juiz Federal: ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 06/08/2015

Vistos em sentença.

I - RELATÓRIO.

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em face de ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, qualificado nos autos, imputando-lhe a prática do delito previsto no artigo 33, *caput*, combinado com o artigo 40, inciso I, da Lei nº 11.343/06, pelos fatos a seguir descritos.

Consta que, no dia 24/06/2014, por volta de 13:10 horas, na rodovia BR 463, trevo saída de Lagunita, neste Município, policiais militares integrantes do DOF – Departamento de Operação de Fronteira, surpreenderam ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, dolosamente e ciente da ilicitude da conduta, *transportando*, sem autorização legal ou regulamentar, 156,6 kg (cento e cinquenta e seis quilos e seiscentos gramas) de maconha que importou da cidade de Pedro Juan Caballero/PY, com o intuito de levá-la até a cidade de Florianópolis/SC.

Consta dos autos que, nas circunstâncias de tempo e local supra, policiais observaram que o condutor do veículo Fiat/Palio, placas MGA 3623, que transitava pela rodovia BR 463 ao constatar a presença policial freou e retornou sentido Ponta Porã, o que chamou atenção. Feito acompanhamento tático, ALEXANDRE parou o veículo e fugiu em direção ao mato, atravessando uma cerca de arame farpado sendo, porém, capturado após perseguição a pé pelos policiais alguns metros à frente. Em vistoria veicular os policiais encontraram vários tablets de maconha ocultos na lataria e sob os bancos do veículo.

Perante a autoridade policial, Alexandre confessou a prática delitiva.

Constam dos autos os seguintes documentos: I) Auto de Prisão em Flagrante às fls. 02/009; II) Auto de Apresentação e Apreensão às fls. 11/12; III) Laudo Preliminar de Constatção às fls. 20/21; IV) Relatório da Autoridade Policial às fls. 39/41.

Denúncia às fls. 48/49. Às fls. 58 determinou-se a notificação preliminar do réu, requisição de antecedentes, bem como foi autorizada a incineração da droga.

O laudo de perícia criminal federal (química forense) foi juntado às fls. 64/68.

Notificação do réu às fls. 71/72.

Às fls. 75/86 foi juntado o laudo pericial dos telefones celulares (informática) e às fls. 91/99, o laudo pericial do veículo apreendido.

Defesa preliminar às fls. 111/112.

Recebimento da denúncia em 15.10.2014, à fl. 114.

Citação do réu às fls. 197/198.

As testemunhas, Marco Antônio de Arruda e André Luz Rodrigues Alves foram inquiridas, pelo sistema de videoconferência, consoante Termos de fls. 137, 159, 161 e mídia à fl. 204. O MPF requereu a desistência da oitiva da testemunha Willian Vieira da Silva, o que foi

homologado pelo Juízo (fl. 137).

Interrogatório do réu, por meio de precatória, na audiência realizada em 26.02.2015 (fls. 176/178).

O Ministério Público Federal apresentou suas alegações finais às fls. 210/213. Em síntese, sustentou o *Parquet* que restaram provadas a materialidade e a autoria do delito de tráfico de drogas, requerendo a condenação do réu pela prática do crime tipificado no artigo 33, *caput*, c/c artigo 40, inciso I da Lei 11.343/06. Na dosimetria da pena, requereu: aumento da pena base em razão da considerável quantidade de droga, bem como pela sua natureza; aplicação da atenuante de confissão; incidência da agravante da reincidência; aplicação da causa de aumento da transnacionalidade e afastamento da causa de diminuição prevista no art. 33, § 4º.

A defesa apresentou memoriais às fls. 219/224 e pugnou pelo reconhecimento da atenuante da confissão espontânea e pelo afastamento da majorante da transnacionalidade do delito.

É o relatório. Sentencio.

II - FUNDAMENTAÇÃO.

Da materialidade.

No que tange à materialidade do fato, restou ela cabalmente comprovada por meio do Auto de Prisão em Flagrante (fls.02/09), do Auto de Apresentação e Apreensão às fls. 11/12, os quais comprovam a apreensão de 156,6kg de maconha em poder do réu ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, tendo a natureza da droga sido confirmada pelo Laudo de Perícia Criminal Federal de fls. 64/68.

2- Da autoria, da tipicidade e das demais teses defensivas.

Por sua vez, a autoria também é incontestada, não restando qualquer dúvida quanto à prática, pelo réu, do transporte ilícito de drogas, já que o entorpecente foi apreendido em sua posse – na lataria e sob os bancos do automóvel que dirigia – como se extrai do conjunto probatório produzido, sobretudo do teor do seu próprio interrogatório e testemunhos prestados em âmbito extrajudicial e também em Juízo.

Na fase extrajudicial, o réu confessou o crime, narrando que foi contratado por terceiro (que não identificou), para o transporte da droga de Pedro Juan Caballero/PY até Florianópolis/SC, em veículo de sua propriedade. Pelo serviço receberia o valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reais) (fls. 08/09).

Em Juízo, novamente o réu confessou a conduta, retratando-se, contudo, quanto à origem da droga e à propriedade do veículo transportado. Alegou que se deslocou até Ponta Porã/MS, onde aguardou por 03 (três) dias o recebimento do veículo carregado com a droga. Nesse período se hospedou em um hotel. No dia dos fatos, uma pessoa o levou do hotel até o local onde se encontrava o veículo carregado com a droga; de lá, seguiu viagem. Afirmou que era apenas o transportador, pelo que receberia R\$ 5.000,00. O veículo foi fornecido pelo seu contratante. Acredita que a droga já estava comprada, mas não sabe informar sua origem, apenas que recebeu o veículo carregado em Ponta Porã/MS.

A confissão do réu quanto ao transporte da droga foi corroborada pelas provas testemunhais produzidas na fase processual, como se depreende dos testemunhos cuja mídia está encartada à fl. 204. As testemunhas afirmaram ainda que o réu, por ocasião do flagrante, afirmou ter recebido a droga em território paraguaio.

A testemunha MARCO ANTONIO DE ARRUDA em juízo (mídia à fl. 204) narrou que a equipe policial fazia bloqueio no Trevo de Lagunita, acerca de 35 km de Ponta Porã/MS, e, por volta das 13:10 horas, um veículo Pálio ao avistar a barreira policial deu “um cavalo de pau” e

retornou sentido Ponta Porã/MS. A equipe fez acompanhamento tático e um pouco antes do Posto Pacuri, o condutor do automóvel o abandonou e correu em direção a um matagal. Seguido a pé, o réu foi alcançado e preso. No carro foram localizados diversos tabletes de maconha em vários pontos (banco traseiro e banco do passageiro). Apenas na Delegacia de Polícia Federal de Ponta Porã/MS foi verificado que havia mais droga no veículo, em toda a sua lataria, sendo que para a retirada foi necessário um desmonte. Recorda-se que o Réu disse que pegou a droga em Pedro Juan Caballero/PY. O Réu afirmou que havia chegado nesta região há 03 (três) dias, onde aguardou o veículo ser preparado/carregado para seguir viagem. O destino seria o Estado do Paraná ou o de Santa Catarina.

A testemunha narrou, ainda, que, durante a vistoria veicular, o Réu recebeu diversas mensagens em seu telefone celular questionando se a estrada estava liberada, ocasião em que Alexandre informou aos policiais que havia um “batedor de estrada”, os policiais tentaram localizá-lo, mas não obtiveram êxito na busca.

O depoimento judicial da testemunha ANDRÉ LUIZ RODRIGUES ALVES (mídia à fl. 204) foi no mesmo sentido. A testemunha disse que era o motorista da equipe policial que fazia barreira em Lagunita. Recorda-se que um veículo Pálio, ao avistar o bloqueio retornou. De imediato a equipe saiu atrás. O condutor parou o carro às margens da pista e fugiu, sendo perseguido pelo soldado Willian que conseguiu prendê-lo. No veículo abandonado havia maconha em diversos locais (embaixo do banco, laterais, painel). Pelo que se recorda era aproximadamente 150 Kg de maconha. Lembra-se que o Réu disse que pegou a droga no Paraguai e a levaria para Santa Catarina. Durante a abordagem, no celular do Réu chegava constantemente mensagens.

Observa-se, assim, de maneira indubitável, que malgrado o Réu tenha, em Juízo, negado que a aquisição do entorpecente se deu em solo Paraguaio, ele tinha plena ciência de que se deslocava até esta região de fronteira especificamente para realizar o transporte da maconha.

Ademais, as testemunhas foram uníssonas ao afirmarem que no momento da prisão em flagrante o Réu disse ter recebido o entorpecente em solo paraguaio, versão essa que corrobora o próprio interrogatório extrajudicial do acusado.

Dessa forma, é possível concluir que ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS importou do Paraguai, transportou e trouxe consigo, ciente da ilicitude e da reprovabilidade de sua conduta, 156,6 kg (cento e cinquenta e seis quilos e seiscentos gramas) da droga conhecida como maconha, sem autorização legal ou regulamentar para tanto.

Assim, o presente caso congrega provas firmes e homogêneas, produzidas sob o crivo do contraditório, restando evidente a autoria deste ilícito e incontestes a responsabilidade criminal do Réu, uma vez que sua conduta se amolda ao tipo objetivo do artigo 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

3. DOSIMETRIA DA PENA.

Atento às circunstâncias judiciais do art. 59 do CP, verifico que o réu agiu com culpabilidade normal à espécie penal, não tendo nada a valorar; o réu possui condenação anterior, com trânsito em julgado, o que caracteriza reincidência que será oportunamente valorada. Os dados acerca de sua conduta social são neutros e não há pareceres psicológicos que possam aferir sobre a sua personalidade, portanto também não valoro essa circunstância. Os motivos do crime são próprios à norma penal e por ela reprovada, não se tendo, pois, nada a agravar; entretanto, verifico que as circunstâncias do crime são desfavoráveis ao acusado, com fundamento no artigo 42 da Lei nº 11.343/06. Ressalta-se que tal circunstância é preponderante em relação às demais. Conforme provado nos autos, o réu praticou o crime de tráfico internacional

de drogas, sendo o peso total de 156,6 kg de maconha. Certamente, o transporte de consideráveis quantidades de entorpecente evidencia um maior risco a que se expõe a sociedade. Não há que se falar de comportamento da vítima, razão pela qual nada se tem a apreciar nesse ponto. Logo, fixo a pena base em 07 (sete) anos de reclusão e pagamento de 700 (setecentos) dias-multa, pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

Quanto às circunstâncias agravantes e atenuantes, constato a caracterização da *agravante da reincidência*, uma vez que o Réu foi condenado pela prática do crime tipificado no art. 157, § 2º, I, II e III, do CP, às penas de 11 anos de reclusão e de 27 dias-multa, pela 1ª Vara Criminal da Comarca de São José/SC, com trânsito em julgado em 24.03.2008 (certidão juntada por linha e extratos de fls. 213/217).

No que se refere às circunstâncias atenuantes, reconheço a ocorrência da confissão espontânea (art. 65, III, “d”, do CP), haja vista que o réu confessou perante a autoridade judicial a prática do delito em comento. Assim sendo, viabilizou a colheita de maior suporte probatório para a condenação. Dessa forma, por razões de política criminal, tendo em vista que a Administração da Justiça foi favorecida, moralmente é justo que sofra o condenado uma pena menos gravosa, configurando motivo bastante que a confissão seja tão somente voluntária.

Entendo que a reincidência a teor do disposto no art. 67 do Código Penal é circunstância preponderante, prevalecendo sobre a confissão. Dessa forma, sem desconsiderar a confissão, agravo a pena e estabeleço o valor de 7(sete) anos e 7(sete) meses de reclusão e mais 758 (setecentos e cinquenta e oito) dias multa para a pena intermediária pelo crime descrito no art. 33, *caput*, da Lei nº 11.343/06.

No que se refere às causas de aumento, se deve aplicar a causa inculpada no art. 40, I da Lei nº 11.343/06.

A internacionalidade do tráfico restou demonstrada pelos depoimentos prestados pelas testemunhas judicial e extrajudicialmente. O próprio réu afirmou ter pego a droga no lado paraguaio da fronteira. Assim, resta caracterizado o tráfico com o exterior, causa de aumento da pena, previsto no dispositivo. Fixo o aumento em 1/6, uma vez ter ocorrido uma internalização não muito longínqua, uma vez a apreensão ter ocorrido próximo à fronteira.

Por tais razões, elevo a pena do réu, em virtude da transnacionalidade, em 1/6 (um sexto), perfazendo um total de *8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 884 (oitocentos e oitenta e quatro) dias-multa*, pelo delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

Afasto a benesse prevista no artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, porquanto se trata de réu reincidente que não preenche os requisitos da lei.

Pena definitiva: de *8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 884 (oitocentos e oitenta e quatro) dias-multa*, pelo delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40, I, da Lei nº 11.343/06.

Arbitro o valor do dia-multa em 1/30 (um trigésimo do salário mínimo vigente, corrigido monetariamente pelos índices oficiais quando do pagamento, desde a data do fato, porque não há, nos autos, informações atualizadas acerca da situação financeira do réu), nos termos do art. 49, § 1º, do Código Penal.

Como regime inicial para o cumprimento da pena, fixo o *regime inicial fechado*, na forma do art. 33, § 2º, a, do Código Penal brasileiro, mediante cumprimento de condições a serem estabelecidas pelo Juízo competente para a execução penal.

Deixo de aplicar a detração prevista no § 2º, do art. 387 do Código de Processo Penal

(novel modificação trazida pela Lei nº 12.736/12), não obstante o período de prisão preventiva do sentenciado, vez que o artigo 112 da Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/84) assevera que a progressão de regime depende de bom comportamento, além de prévia manifestação do Ministério Público e do defensor, o que comprova sua incompatibilidade com a fase de prolação de sentença condenatória. Aliás, nesse sentido, já se pronunciou a Corte desse E. Tribunal:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP 2010.61.81.005815-2/SP (...) 5. Regime inicial de cumprimento da pena fechado. Manutenção. 6. Vigência da Lei nº 12.736, de 30.11.2012. Art. 387, § 2º, do CPP. Todos os réus já cumpriram mais de um sexto da pena a que sentenciados. 7. Marco mínimo previsto no art. 112 da Lei de Execução Penal cumprido. Impossibilidade de análise do bom comportamento carcerário e se há outras condenações, em relação a cada um dos réus. 8. Comunicação ao Juízo das execuções para avaliar detração, conforme este julgado, e possibilidade de progressão de regime dos réus, nos termos da lei de regência. 9. Embargos de declaração conhecidos e rejeitados. (EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM APELAÇÃO CRIMINAL Nº 0005815-88.2010.4.03.6181/SP, data do julgamento: 17.12.2012).

Ademais, ausente certidão do tempo de prisão do condenado.

Na hipótese é incabível, outrossim, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, ante a expressa disposição do inciso I, do art. 44 do Código Penal, que veda a substituição quando a aplicação da pena privativa de liberdade for superior a 04 (quatro) anos, como é o caso desses autos. De igual modo, inexistente o requisito objetivo necessário para a concessão do sursis.

4. DA PRISÃO CAUTELAR

Mantenho o Réu na prisão, em face da não alteração do quadro fático do título que lhe determinou o encarceramento.

Nessa medida, diz o artigo 312 que a prisão cautelar só pode ser determinada, quando for demonstrada, objetivamente, a indispensabilidade da segregação do investigado.

Para tanto, além da prova da materialidade do crime e indícios de autoria (*fumus commissi delicti*), deve coexistir um dos fundamentos que autorizam a decretação (*periculum libertatis*): para garantir a ordem pública e econômica, por conveniência da instrução criminal ou para assegurar a aplicação da lei penal.

Quanto ao *fumus commissi delicti*, esta a própria sentença condenatória dá conta da consecução do delito pelo réu.

No que tange ao *periculum libertatis*, observe-se, a necessidade de garantia da ordem pública, em seu caráter objetivo, já que a quantidade de droga apreendida é excessiva, pois seu transporte chegou a exigir “batedor”, indicando a inserção do acautelado em organização criminosa. No mais há risco de reiteração criminosa, porquanto segundo declaração do próprio condenado.

Por tal razão (garantia da ordem pública em seu caráter objetivo) é necessária a reiteração da custódia preventiva em desfavor do réu.

No mais, a condenação pretérita dá conta que as demais cautelares seriam inócuas na tentativa de evitar o cometimento de novos crimes.

Assim, mantenho a prisão cautelar de Alexandre Antunes.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE a denúncia para CONDENAR o réu ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS, qualificado nos autos, às penas de 8 (oito) anos, 10 (dez) meses e 05 (cinco) dias de reclusão e 884 (oitocentos e oitenta e quatro) dias-multa, pelo delito descrito no art. 33, *caput*, c/c o art. 40. I, da Lei nº 11.343/06.

PROVIDÊNCIAS FINAIS

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

Nos termos dos artigos 62 e 63 da Lei nº 11.343/06, os veículos, embarcações, aeronaves e quaisquer outros meios de transporte, assim como os maquinismos, utensílios, instrumentos e objetos de qualquer natureza, utilizados para a prática dos crimes nela descritos e que não forem objeto de tutela cautelar serão declarados perdidos em favor da União Federal.

Decreto, pois, o perdimento em favor da União do veículo, do telefone celular e dos chips e processadores apreendidos nestes autos (itens 2, 4 e 5 do Auto de Apresentação e Apreensão de fls. 11/12), uma vez que utilizados como instrumentos do crime.

Oficie-se à SENAD.

Expeça-se imediatamente a guia de execução provisória da pena imposta ao condenado ALEXANDRE ANTUNES DE JESUS.

Oficie-se ao Juízo da 2ª Vara Criminal da Comarca de Palhoça/SC, instruindo-se como cópia desta sentença.

Após o trânsito em julgado, providencie a Secretaria: i) o lançamento do nome do réu no rol dos culpados, nos termos da Resolução do Conselho da Justiça Federal CJF nº 408, de 20 de dezembro de 2004; ii) o encaminhamento dos autos ao SEDI, para anotação da condenação do réu; iii) expedição de ofício à Justiça Eleitoral, nos termos do artigo 15, inciso III, da Constituição Federal; iii) a expedição das demais comunicações de praxe; iv) arbitro os honorários do defensor dativo, no valor máximo da tabela. Expeça-se solicitação de pagamento.

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

Ciência ao Ministério Público Federal.

Após as formalidades de costume, ao arquivo.

Ponta Porã/MS, 21 de Julho de 2015.

Juiz Federal Substituto ROBERTO BRANDÃO FEDERMAN SALDANHA

EMBARGOS DE TERCEIRO**0003656-52.2014.4.03.6111**

Embargante: ANDRÉA APARECIDA DE SOUZA MENEZES

Embargados: UNIÃO E MPF

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 3ª VARA DE MARÍLIA - SP

Juiz Federal: JOSÉ RENATO RODRIGUES

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 29/04/2015

I – RELATÓRIO

Trata-se de embargos de terceiro pretendendo a embargante o reconhecimento da impenhorabilidade, por ser bem de família, do bem objeto da matrícula nº 29.988 do 1º Cartório de Registro de Imóveis local, bem como o respeito à sua meação dos outros bens penhorados e que estão em nome de seu esposo Washington da Cunha Menezes, a saber: um terço do terreno identificado e descrito na matrícula nº 29.510 do 1º CRI desta cidade e os veículos Ecosport (placa DHF 5558) e Gol (placa DUS 4400).

Alega que é casada com Washington da Cunha Menezes, o qual é réu na ação de improbidade administrativa (nº 0005442-78.2007.403.6111) em trâmite neste juízo e que está em fase de execução para satisfação de um débito de R\$ 640.424,48, onde houve a penhora dos aludidos bens, adquiridos de forma lícita e com esforço comum durante a constância do casamento.

Informa que ambos estão desempregados e sem salário, contando com a ajuda de familiares para sobreviver.

Sobre o imóvel objeto da matrícula nº 29.988, que alega ser bem de família, assevera que ele está alugado para terceiros, sendo o valor do aluguel utilizado para custear o aluguel de outro imóvel em Belo Horizonte, onde seu esposo reside com a família.

Acerca dos demais bens, entende que a metade não poderia ser penhorada, em decorrência de seu direito à meação e, na hipótese de serem levados à hasta pública almeja a reserva de sua parte.

Disse que o veículo Ford/Jeep, placa DCQ-5213 não pertence a seu esposo desde data anterior à data do ajuizamento da ação de improbidade.

A inicial veio acompanhada de procuração e outros documentos (fls. 22/60).

À fl. 62 foram deferidos os benefícios da gratuidade e determinada a emenda da inicial, o que foi efetivado, com documentos (fls. 63/71).

Determinou-se a inclusão do MPF no polo passivo, bem como a suspensão dos atos expropriatórios no feito principal e a citação (fl. 71).

Houve indeferimento do pedido de levantamento da penhora de metade do aluguel (fls. 82/84).

Citados (fls. 76 e 78), a União e o MPF apresentaram contestação às fls. 87/95, sustentando inexistir direito à meação pelo fato do casamento ter sido celebrado em regime de separação de bens (fl. 35) e, também por isso, a ilegitimidade ativa para arguir a impenhorabilidade de bem de família, até porque, o bem está indisponível desde 07/11/07 e locado desde 30/11/07, enquanto a locação do imóvel em Belo Horizonte se iniciou em 09/01/12. Apontam indícios de que a última locação não exista, por não haver reconhecimento de firmas no contrato de fls.

65/67; uma das locadoras ser cunhada da embargante e pelo fato do esposo da embargante ter informado ao TRE em 07/02/12 que reside com os pais em outro endereço.

A embargante se manifestou sobre a contestação, lembrando do enunciado nº 377 das súmulas do STF e do art. 259 do Código Civil de 1916, que não houve pacto antenupcial e que o regime do casamento foi imposto por ser menor de 21 anos à época e não possuir autorização parental. Sobre a locação confirmou sua existência e a validade do negócio jurídico (fls. 100/104).

As partes não especificaram provas (fls. 96 e 110).

É o relatório.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Registro que os fatos estão delineados nos autos, motivo pelo qual impõe-se o julgamento antecipado da lide, na forma do art. 330, inciso I, do Código de Processo Civil. Até porque, as partes foram instadas e não especificaram provas.

Para melhor entendimento, veja-se que, com o trânsito em julgado nos autos nº 0005442-78.2007.403.6111, facultou-se ao réu o pagamento do valor devido e, não fazendo, iniciou a União a fase de execução com apresentação de cálculo, determinando-se a intimação do réu para pagamento da quantia de R\$ 582.204,08 (fls. 998, 1044/1047 e 1070). Não pagando (fl. 1103), houve acréscimo de 10%, seguindo ordem para penhora (fl. 1104).

Conforme auto de fls. 1160/1161, houve penhora do imóvel objeto da matrícula 29.988, constando a informação que há uma residência de alvenaria que é ocupada pela locatária Viviane Zequine. Já o auto de fls. 1165/1166 demonstra a penhora da parte ideal (1/3) do imóvel (terreno sem edificação) objeto da matrícula 29.510, tendo a União requerido o prosseguimento da execução em relação a estes imóveis, o que foi deferido, ficando resguardado a meação da esposa do réu, ou seja, “metade do valor que vier a ser obtido em hasta pública, nos termos do artigo 655-B, do CPC” (fls. 1180/1181).

À fl. 1189, em reforço à penhora, deferi a penhora de 50% do valor do aluguel do imóvel identificado na matrícula 29.988, bem como a intimação da CEF, considerando a anterior hipoteca do aludido imóvel.

A CEF requereu a preferência, como credora hipotecária (fl. 1197).

A penhora do aluguel foi efetivada (fls. 1239/1240).

Feita esta necessária digressão sobre o ocorrido nos autos originários, prossigo na fundamentação.

Como se sabe, a impenhorabilidade de bem de família é matéria de ordem pública e, por isso, deve ser apreciada de ofício. Por este motivo rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa alegada.

Noutro giro, registro que nos autos originários já ficou resguardado a meação da embargante, ou seja, “metade do valor que vier a ser obtido em hasta pública, nos termos do artigo 655-B, do CPC” – fl. 51 destes autos (fl. 1181 dos autos originários), restando superado, assim, o pleito da embargante de respeito à meação. Pela mesma razão, preclusa esta questão para a União e MPF, haja vista que não há notícia que lá tenham recorrido em relação à aludida decisão interlocutória.

Apesar da decisão de fl. 1181 não ter sido expressa no que se refere a outros bens, é evidente que ela alcança todos os bens indivisíveis adquiridos durante o casamento, o que implica reconhecer que a embargante também tem direito à meação dos veículos Ecosport (placa DHF 5558) e Gol (placa DUS 4400), fabricados em 2004 e 2006, respectivamente (fls. 389/390).

Além disso, como bem observado pela embargante em sua réplica à contestação, ela se casou em 26/07/86 sob o regime da separação de bens (fl. 35), posto que era menor de 21

anos (maioridade civil à época) e não possuía autorização dos pais. Não há prova de existência de pacto antenupcial. A adoção de tal regime de casamento tinha nítido condão protetivo às pessoas que deveriam utilizar tal regime, não podendo o aludido regime, assim, prejudicar exatamente as pessoas que deveriam ser protegidas. Foi neste contexto que o STF editou o enunciado nº 377 de suas súmulas para firmar o posicionamento de que “no regime de separação legal de bens, comunicam-se os adquiridos na constância do casamento”.

Acerca do bem de família, dispõe a lei nº 8009/90, *in verbis*:

Art. 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Parágrafo único. A impenhorabilidade compreende o imóvel sobre o qual se assentam a construção, as plantações, as benfeitorias de qualquer natureza e todos os equipamentos, inclusive os de uso profissional, ou móveis que guarnecem a casa, desde que quitados.

(...)

Art. 5º Para os efeitos de impenhorabilidade, de que trata esta lei, considera-se residência um único imóvel utilizado pelo casal ou pela entidade familiar para moradia permanente.

Esta previsão legal está em plena consonância com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88)¹, pois é impossível falar numa vida digna sem que a pessoa tenha, ao menos, um imóvel para morar. Observe-se, ainda, que o direito à moradia é um direito social assegurado constitucionalmente (art. 6º, *caput*).

O ilustre jurista Álvaro Villaça Azevedo, em sua afamada obra *Bem de família*, nos ensina que “o objeto do bem de família é o imóvel, urbano ou rural, destinado à moradia da família, não importando a forma de constituição desta (...)”.²

Importante frisar que para a impenhorabilidade do bem de família é totalmente irrelevante a necessidade de o devedor residir no imóvel, uma vez que “o que a lei objetiva é a proteção da família do devedor e não o devedor propriamente”.³

Compartilha deste mesmo sentido inúmeros julgados, sendo exemplos: RSTJ 81/306, Boletim da AASP nº. 1.833, de 09 a 15.02.94, p.6 (1º. TACSP, 8ª Câmara, j. 14.10.92, v.u., Ag. 520.270 – Catanduva, Rel. Juiz Toledo Silva, Boletim 37).

Tão pertinente e lógico este raciocínio, que o próprio Superior Tribunal de Justiça, já reconheceu, em inúmeros julgados, que mesmo que o devedor dê o imóvel em locação isto não o descaracteriza como bem de família.

A propósito, tal entendimento já está consolidado no enunciado nº 486 de suas súmulas, *in verbis*:

É impenhorável o único imóvel residencial do devedor que esteja locado a terceiros, desde que a renda obtida com a locação seja revertida para a subsistência ou a moradia da sua família.

1 Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

III - a dignidade da pessoa humana;

2 Pag. 158.

3 *Ob. Cit.*, p. 164.

Está provado, desde a efetivação da ordem de indisponibilidade ocorrida na noticiada ação de improbidade, que a embargante e seu esposo (réu na ação de improbidade) possuem somente um único bem imóvel residencial, qual seja, o identificado na matrícula nº 29.988 do 1º Cartório de Registro de Imóveis local.

Por outro lado, demonstrado está que tal imóvel é locado a terceiro (fls. 26/34), cujo aluguel é utilizado, na sua maior parte, para custear o aluguel do imóvel onde residem a embargante e seu esposo (fls. 65/71).

Os embargados, não obstante os “fortes indícios de que a alegada locação (CASA NA RUA TAPIRAPÉS, 108, BAIRRO SANTA MÔNICA, BELO HORIZONTE/MG) não existe” – fl. 94, não se desincumbiram do ônus (art. 333, II do CPC) de comprovar a inexistência de tal locação e nem a invalidade do negócio jurídico, posto que não juntaram nenhum documento nestes autos e, instados, não especificaram provas.

Ainda que tivessem comprovado a inexistência da locação do imóvel na capital mineira, o que admito só para continuar na fundamentação, reputo que isto não descaracterizaria a natureza de bem de família do imóvel residencial penhorado, considerando que o enunciado das súmulas do E. STJ antes transcrito é claro ao também prever que a “(...) locação seja revertida para a subsistência (...)”, ou seja, o valor do aluguel do imóvel bem de família pode ser utilizado para custear o aluguel de outra moradia ou simplesmente para servir de subsistência da família que reside em qualquer outro local.

E no caso, nítida a necessidade do valor mensal do aluguel para a sobrevivência da embargante e de sua família, tanto que ela é, atualmente, “do lar” e seu esposo está desempregado, o que me motivou a deferir os benefícios da gratuidade a ela aqui nestes autos (fls. 62 e 71) e ao seu esposo nos autos principais.

Diante de tal quadro, há que se reconhecer que a residência localizada nesta cidade é bem de família e, por isso, sua impenhorabilidade a ensejar o levantamento da penhora efetivada.

III – DISPOSITIVO

Posto isso, resolvendo o mérito com fundamento no artigo 269, I, do Código de Processo Civil, julgo procedentes os pedidos para desconstituir a penhora ocorrida nos autos da ação 0005442-78.2007.403.6111 e incidente sobre o imóvel objeto da matrícula nº 29.988 do 1º Cartório de Registro de Imóveis local e para reconhecer que a embargante também tem direito à meação dos veículos Ecosport (placa DHF 5558) e Gol (placa DUS 4400).

Condene os embargados a pagarem honorários advocatícios no valor total de R\$ 2.000,00 (dois mil reais), com respaldo no disposto no § 4º do art. 20 do CPC.

Sem custas, por serem os embargados delas isentos.

Em tese, esta sentença estaria sujeita ao reexame necessário (art. 475, I, do CPC). Entretanto, como invoquei a mesma fundamentação aqui existente para decidir a impugnação do esposo da embargante nos autos principais, onde o mesmo figura como réu e como autores o MPF e a União, entendo que esta sentença não necessita de reexame necessário, pois a decisão lá prolatada também não se sujeita. Na hipótese de simples insurgência de quaisquer das partes, remetam-se os autos ao E. TRF para o reexame necessário.

Junte-se, na sequência, a certidão da matrícula nº 29.988, solicitada no dia 04/03/15 pelo sistema informatizado a meu pedido.

Traslade-se: a) cópia desta sentença para os autos principais e; b) para estes autos cópia das seguintes folhas dos autos principais: 998, 1044/1047, 1070, 1103/1104, 1160/1161, 1165/1166, 1180/1181, 1189, 1197 e 1239/1240.

Com o trânsito em julgado, oficie-se o respectivo Cartório de Registro de Imóveis para cancelamento da penhora averbada na matrícula nº 29.988.

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

Marília, 06 de março de 2015.

Juiz Federal Substituto JOSÉ RENATO RODRIGUES

AÇÃO ORDINÁRIA

0000094-38.2015.4.03.6131

Autora: UNIÃO FEDERAL

Ré: UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA JÚLIO DE MESQUITA FILHO - UNESP/FACULDADE DE MEDICINA DE BOTUCATU

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO 05/08/2015

Vistos, em sentença.

Cuidam os presentes autos de ação cominatória de obrigação de fazer com pedido de antecipação de tutela, ajuizada pela *União Federal* em face de *Universidade Paulista Júlio de Mesquita Filho – Faculdade de Medicina, Campus Botucatu*, para que a ré seja obrigada a adequar o resultado final da seleção de residência médica para 2014 com as regras constantes na Resolução 3/2011 da CNRM - concessão de 10% ou 20% de acréscimo na nota final dos candidatos concorrentes que possuem o certificado de participação no PROVAB - e, por consequência, impedir que não haja a homologação/finalização a seleção sem a observância da obrigação anterior, sob pena de imposição de multa diária fixada por este Juízo na forma do parágrafo do artigo 461 do CPC. Alega, em suma, que a Faculdade de Medicina de Botucatu (Unesp), por meio do Edital n. 040/2014- FM/DTA para o Processo Seletivo ao Primeiro Ano de Residência para 2015, teria descumprido o *art. 8º da Resolução nº 3/2011*, do Conselho Nacional de Residência Médica, o qual, no exercício legítimo de sua competência, ao dispor sobre o processo de seleção pública dos candidatos dos programas de residência médica, estabeleceu o dever das instituições públicas ofertantes de tais programas de conferir bonificação extra ao candidato que tenha participado e cumprido integralmente o estabelecido pelo Programa de Valorização do Profissional da Atenção Básica, instituído pela Portaria Interministerial *MEC/MS nº 2087/2011* e regulamentado no que concerne a esta especialidade, pela Resolução nº 03/2011 da Comissão Nacional de Residência Médica (CNRM). A autora aduz que a ré inseriu regra no edital respectivo em desacordo com a Resolução nº 3/2011, do Conselho Nacional de Residência Médica, ao constar que não serão considerados na seleção, para fins de classificação final, pontuação adicional para o candidato que tenha participado do Programa de Valorização Profissional de Atenção Básica – PROVAB. Com a inicial, vieram os documentos de fls. 10/22.

Foi *concedida* a medida liminar às fls. 25/28-vº, para determinar que a requerida aplicasse o art. 8º, letras “a” e “b” e parágrafo único da Resolução 03/2011 da Secretaria de Educação Superior e Comissão Nacional de Residência Médica para a seleção de candidatos à residência médica, prevista nos Editais nr. 083/2013- FM/DTA e 084/2013 FMDTA.

Citada, a ré apresentação contestação às fls. 38/74, com documentação juntada às fls. 75/125, em que se sustenta, em preliminar, nulidade da citação, e, quanto ao mérito, pugnando pela improcedência da demanda, nos termos, inclusive, de sentença prolatada em autos anteriores, entre as mesmas partes, e já decididos no âmbito desta Subseção Judiciária Federal (Processo nº 0009200-92.2013.403.6131).

Às fls. 127, com os documentos que estão às fls. 128/156, a ré requer a extinção do feito, tendo em vista que, *verbis* (fls. 127): “a matéria em questão está sendo conduzida diretamente no Egrégio Tribunal Regional Federal, pela Exma. Sra. Desembargadora Federal, Doutora CONSUELO YOSHIDA, conforme audiências públicas realizadas nos autos do Processo nº

0002981-55.2015.4.03.0000/SP, abrangendo o Estado de São Paulo e suas autarquias, sendo certo, ainda, que, decorrentes dessas reuniões, O Ministério da Educação e Cultura (MEC) e Conselho Nacional de Residência Médica (CNRM) editaram novas regras para disciplinar o PROVAB, as quais estão sendo avaliadas pelas Universidades públicas e demais órgãos do Estado, para adequação às peculiaridades de cada instituição”.

A União apresenta *réplica* às *fls. 158/165-vº* (com documentos às *fls. 166/167*), manifestando posição expressamente *contrária* ao requerimento de extinção do feito, pelas razões que declina, e, quanto ao mérito, reiterando a sua posição inicial.

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

O tema posto em lide pelas partes litigantes é estritamente de direito, não se justificando o protesto pela realização de provas suscitado pela requerida. O caso é de julgamento antecipado, nos termos do que dispõe o art. 330, I do CPC, razão pela qual o feito está em termos para receber julgamento.

Preliminarmente, necessário consignar que o pedido incidental, deduzido pela ora ré (*fls. 127*), para que se decrete extinção do processo não tem condições de ser acolhido. A uma que, preenchidas e verificadas todas as condições da ação e pressupostos processuais, o réu não pode pedir a extinção de uma ação que foi inaugurada por terceiros, na medida em que ninguém pode desistir de direitos exercidos por outrem. A duas, e na linha daquilo que bem pondera a autora em sua *réplica* de *fls. 158/165-vº*, embora esteja satisfatoriamente comprovado nos autos que a aplicação das normas atinentes ao PROVAB sejam objeto de grupo de trabalho instituído o âmbito do C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, para discussão da matéria, certo é que não se atingiu, naquela seara, qualquer deliberação vinculante para as partes, conforme se depreende da documentação acostada aos autos pela própria ré, às *fls. 128/156*. Mais do que isso, a mera instituição, nos autos de um processo judicial de um procedimento de tomada de audiências públicas, não implica – ao menos não necessariamente – a interrupção ou suspensão de tramitação de ações individuais porventura existentes, salvo prolação de decisão judicial expressa nesse sentido, o que, *in casu*, não está demonstrado. Por fim, acaso resulte frutífera proposta de solução conciliatória a abarcar as partes aqui litigantes – o que se espera –, será o caso de concluir pela prejudicialidade das ações autônomas intentadas pelas partes, se e quando isto vier a ocorrer. Até lá persiste o interesse processual na solução da demanda, o que, ao menos neste momento, não impede o sentenciamento. Com tais considerações, *rejeito* a preliminar.

A preliminar de nulidade de citação da ré é descabida, na medida em que – como está claro sob todas as luzes – o ato citatório realizado nos autos surtiu plenamente os efeitos que dele se esperam (CPC, art. 213), sendo, disso, prova incontestada a substancial peça defensiva oferecida pela Universidade acionada, que mais do que o suficiente para a caracterização da resistência à pretensão inicial e plasmar a decisão que aqui se prolata ao crivo do contraditório, e às exigências do *due process*. Não há como, portanto, por absoluta ausência de prejuízo à ré, considerar nulo o ato citatório aqui realizado, nos termos do que prescreve a legislação processual civil (art. 214, § 1º c.c. art. 244, ambos do CPC), que encampa um importante princípio do processo civil brasileiro, o da *instrumentalidade das formas*. Com tais considerações, *rejeito* a preliminar de nulidade da citação suscitada pela ré, consignando-se apenas a necessidade de remessa dos autos ao SUDP para a retificação do pólo passivo da presente ação, a constar, a saber, a UNIVERSIDADE ESTADUAL PAULISTA “JÚLIO DE MESQUITA

FILHO – UNESP”. Com tais considerações, reputo sanada a irregularidade. À Secretaria para a adoção das medidas pertinentes. As demais questões suscitadas pela ré como tema preliminar constituem, em realidade, matéria de mérito, e como tal serão analisadas.

Passo à examinar o mérito da questão posta em juízo.

Não por uma, mas por duas razões, igualmente relevantes, não se vislumbra, *data venia*, como se possa acatar o pleito inicialmente formulado pela requerente.

E isto porque, é preciso que se observe, *em primeiro lugar*, que o móvel normativo que, ao ver da União, obrigaria a ré a instituir um tratamento discriminado, diferenciado, ou, por assim dizer, privilegiado de alguns candidatos em relação a outros não tem o condão de criar direitos ou gerar obrigações em face de quem quer que seja. Deveras, o fundamento que, segundo a inicial, determina o tratamento mais favorável para candidatos à residência médica que tenham participado do programa de atenção básica à saúde se consubstancia na *Resolução nº 3, de 16/09/2011*, expedida pela Comissão Nacional de Residência Médica. Como se vê, mera regulamentação administrativa, insusceptível, a evidência, de criar direito ou gerar obrigação na vigência do presente ordenamento constitucional (*art. 5º, II da CF*).

Em segundo lugar, mas não menos importante, está a consideração de que, lei que nesse sentido houvesse a compelir a entidade universitária – e ela (a lei) não existe, como está claro sob todas as luzes – transitaria com dificuldade no teste de constitucionalidade, presente a sempre propalada e tão necessária autonomia didático científica das universidades, que é, esta sim, norma de estatuto constitucional (*CF, art. 207*).

No caso, presentes estes dois breves fundamentos, não seria possível, quer pela forma, quer pelo fundo, extrair da indigitada resolução baixada pela Comissão de Residência Médica, o caráter vinculante e obrigatório que a ela pretende conferir a ora requerente.

Não foi por outros motivos, aliás, que, em precedente bastante recente, o E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, em decisão da lavra do *Em. Desembargador Federal Dr. Johonsom di Salvo*, interditou pretensão nesse sentido desenvolvida pela União Federal, que, na causa então vertente pretendia compelir outra universidade estadual a implementar, em sua seleção de profissionais para residência médica, o *discrimen* constante da *Resolução nº 03/2011 da CNRM*. Neste sentido foi a mui fundamentada posição de Sua Excelência, o Desembargador Relator do agravo:

Posta a contenda, vê-se que muitos aspectos devem ser analisados no caso *sub judice*.

Em *primeiro lugar*, insta perscrutar se a Comissão Nacional de Residência Médica tem competência administrativa para regular completamente o processo seletivo de Residência Médica, sobrepairando sobre a regra constitucional da autonomia universitária (*art. 207 CF*), ainda mais em face de uma universidade estadual.

A autoproclamada competência plena da Comissão Nacional de Residência Médica é de problemática constatação à luz da própria lei que regulamentou a Residência Médica (*Lei nº 6.932/81*), e mais ainda diante do decreto presidencial que atualmente estrutura a Comissão Nacional de Residência Médica (*Decreto nº 7.562/2011*).

O *art. 2º* da referida lei diz: “Para a sua admissão em qualquer curso de Residência Médica o candidato deverá submeter-se ao processo de seleção estabelecido pelo programa aprovado pela Comissão Nacional de Residência Médica.”

Ou seja: o que comporá esse “programa” que estabelece o processo de seleção? Será que às instituições de ensino superior que oferecem cursos de Residência Médica nada sobra para ajuizarem a melhor forma de realizar os certames que conduzem?

Será que pode um *organismo menor*, uma comissão vinculada a um Ministério de Estado

suplantar a autonomia universitária preconizada no art. 207 da CF, que determina categoricamente que as universidades “gozam de autonomia didático-científica, administrativa e de gestão financeira e patrimonial”?

Não se deve esquecer que a Lei nº 6.932/81 é um resquício do período autoritário vivido pelo país de 1964 até 1985, época em que a autonomia das universidades - e dos brasileiros em geral - era nenhuma.

Basta recordar a sinistra memória do Decreto-lei nº 477, urdido no próprio Ministério da Educação do regime militar, que atribuía às autoridades universitárias e às autoridades educacionais do MEC o poder de desligar e suspender estudantes que estivessem envolvidos em atividades que fossem consideradas subversivas, isto é, perigosas para a segurança nacional. Esse decreto veio na sequência de uma draconiana reforma do ensino engendrada nos idos de 1968, cujo único objetivo era impedir a crítica ao conhecimento estabelecido e impedir a difusão de idéias reformadoras, ou que colidissem com a orientação política da época.

A legislação que submeteu as universidades - desprotegidas pelas Constituições de 1967/1967, depois que a Constituição de 1946 tentou minorar os controles que a Ditadura do Estado Novo impôs à educação nacional - traumatizou toda uma geração de alunos e professores, gerando tal repúdio que o constituinte de 1988 inseriu no corpo da Carta Magna a tão almejada autonomia. Essa autonomia tem pouco a ver com aquela que pode existir nas repartições públicas; é *muito mais do que isso*, posto que representa a prerrogativa de a universidade se desenvolver sem a ingerência castradora ou repressora do Estado.

No cenário atual é muito complicado admitir que o Poder Executivo Federal, através do seu Ministério da Educação, possa se valer de uma comissão (por mais respeitável que seja) para impor regras de procedimento *interna corporis* às universidades, no tocante ao regramento de um certame convocatório para curso de pós-graduação, como é o caso da Residência Médica. Diretrizes e programas são uma coisa; determinações são outra.

Não parece possível, na quadra em que vivemos, restaurar comportamentos de um passado recente que todos condenam.

A propósito, nem mesmo a leitura do art. 7º do Decreto nº 7.562/2011, norma orgânica da Comissão Nacional de Residência Médica, permite supor que o órgão tenha competência impositiva sobre as universidades, derogando - absurdamente - o art. 207 da CF.

Eis o texto do art. 7º:

“Art. 7º Compete à CNRM:

- I - credenciar e recredenciar instituições para a oferta de programas de residência médica;
- II - autorizar, reconhecer e renovar o reconhecimento de programas de residência médica;
- III - estabelecer as condições de funcionamento das instituições e dos programas de residência médica; e
- IV - promover a participação da sociedade no aprimoramento da residência médica no País.”

Não se enxerga, sequer com muita boa vontade, nesse dispositivo a permissão para que a CNRM dite regras de elaboração de editais para certames de escolha dos médicos que desejam cursar a pós-graduação na área de Residência Médica.

Outro aspecto deve ser lembrado: esquece-se a União que está questionando procedimento de uma instituição de ensino estadual, determinado pelas autoridades universitárias competentes dentro da universidade.

Ora, a UNICAMP é uma autarquia do Estado de São Paulo e que só se subordina ao Governo Estadual na obtenção de recursos econômicos para sua manutenção.

A intervenção de um organismo do Poder Executivo Federal em procedimentos internos dessa autarquia - no caso, a confecção de edital de concurso para Residência Médica - parece afrontar o art. 207 da CF e também, ostensivamente, interferir numa pessoa jurídica pública desvinculada da União e que gozam de liberdade administrativa nos limites da lei estadual que a instituiu.

É certo que a União pretende fazer a UNICAMP (autarquia estadual, nada vinculada ao Poder

Público Federal) prestigiar, no seu certame, um programa federal de formação de médicos que atendam a necessidade da população brasileira mais carente, levando os profissionais para localidades e rincões com maior carência do serviço médico (grifos nossos).

Na seqüência enaltecendo a inexistência de força vinculante de uma mera resolução administrativa, sua Excelência assim dispõe, *verbis*:

Agora, fazer a UNICAMP vergar-se a uma *resolução* do CNRM - despojada de qualquer força impositiva, própria da lei (art. 5º, II, CF) - parece demais. É certo que no Direito Administrativo a *resolução* é a forma pela qual se exprime a deliberação de órgãos colegiados; mas obviamente não dispõe de força de lei, não pode impor obrigações.

Bem ao contrário do que sustenta a União (fls. 7, *fine*, e 8), não há espaço para obrigar a UNICAMP a proceder deste ou daquele modo com base numa simples resolução.

O intento da União esbarra no inc. II do art. 5º da CF. (grifos nossos).

[Agravado Instrumento Nº 0001955-56.2014.4.03.0000/SP, Relator Desembargador Federal Johanson Di Salvo].

Daí porque, consideradas todas estas razões, estou em que, *d.m.v.*, não haja como acatar a pretensão inicialmente deduzida nos autos, não só porque o veículo normativo que transita a obrigação aqui em causa é inadequado aos fins pretendidos, bem como porque, ainda que assim não fosse, ter-se-ia de preservar, no caso, a autonomia didático-científica das universidades.

Por tais razões, mostra-se *improcedente*, na sua totalidade, o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO IMPROCEDENTE o pedido inicial, com resolução do mérito da lide, na forma do que dispõe o art. 269, I do CPC, *revogada* a antecipação de tutela aqui concedida às fls. 25/28-vº.

Arcará a requerente, vencida, com o reembolso de eventuais custas e despesas processuais adiantadas pela ré, mais honorários advocatícios, que fixo, com base no que dispõe o art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, em 10% sobre valor da causa, devidamente atualizado à data da efetiva liquidação do débito.

P.R.I.

Botucatu,

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

AÇÃO PENAL

0003563-31.2015.4.03.6119

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réus: JUDIAR KHAYRI ALI e NAZI YZDI ARAB

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE GUARULHOS - SP

Juíza Federal: CAROLLINE SCOFIELD AMARAL

Disponibilização da Sentença: REGISTRO EM TERMINAL 02/06/2015

1. RELATÓRIO

Trata-se de ação penal movida pelo Ministério Público Federal em desfavor dos acusados JUDIAR KHAYRI ALI e NAZI YZDI ARAB (iraquianos curdos) como incurso nas sanções previstas no artigo 304 c/c artigo 297 todos do Código Penal.

Consta da denúncia que, no dia 16 de fevereiro de 2015, os ora acusados fizeram uso de documento público adulterado, apresentando passaportes israelenses de números 1436525 (em nome de *Talmon Bayer*) e 17289442 (em nome de *Riham Yadin*) às autoridades migratórias brasileiras no Aeroporto Internacional de São Paulo, em Guarulhos, ao desembarcarem de voo proveniente de Addis Ababa/Etiópia. Também no dia 27 do mesmo mês, fizeram uso dos mesmos documentos ao embarcarem com destino ao Paraguai.

De acordo com a denúncia, no dia 2 de março de 2015, Setor de Inteligência Policial da Delegacia de Polícia Federal do Aeroporto Internacional de Guarulhos tomou conhecimento de que família de estrangeiros (composta de mãe e dois filhos menores), e um terceiro que com eles viajava, foram impedidos de ingressar no Paraguai em virtude de apresentarem passaportes israelenses falsos.

Em sede investigativa, a passageira foi ouvida e informou o seu nome verdadeiro, Nazi Yzdi Arab, e o de seus filhos, Walid Sardal Elias e Khayal Sadal Elias. O outro passageiro confirmou chamar-se Judiar Khayri Ali disse que saiu do Iraque em razão da guerra.

Consta ainda da denúncia que o Consulado Geral dos Estados Unidos comunicou a Delegacia de Polícia Federal em São Paulo que, no mesmo voo em que embarcaram os denunciados, com destino ao Paraguai, encontrava-se um passageiro turco de nome Adem Seyrek, conhecido como contrabandista de pessoas de nacionalidade iraquiana ou síria.

Às fls. 105/108 a denúncia foi recebida, oportunidade em que se reconheceu a conexão relativamente aos autos de nº 0002471-18.2015.403.6119, decretou-se a prisão preventiva em desfavor de Judiar, com adoção de medidas cautelares alternativas em relação à Nazi, e determinou-se ainda a citação dos acusados.

Folhas de antecedentes negativas em relação aos denunciados às fls. 157/158 e 176/177.

Revogada a prisão preventiva de Judiar nos autos nº 0004821-46.2015.403.6119.

Resposta à acusação de Judiar (fls. 179/181) e de Nazi (fls. 196/199).

Vieram os autos conclusos.

É o relatório. Decido.

2. FUNDAMENTAÇÃO

2.1 Preliminar

2.1.1 Excludente supralegal - inexigibilidade de conduta diversa

Tanto a defesa de Judiar quanto a de Nazi alegam inexigibilidade de conduta diversa:

... eis que o acusado, embora tivesse apresentado passaporte, em tese, falsificado ou de informações ideologicamente falsas, o mesmo foi coagido pela necessidade vivenciada em seu País, com o fim de buscar refúgio e proteção à sua vida, além da integridade física e moral (fl. 180)

... necessário considerar-se que a acusada, consoante suas declarações em sede policial (fls. 05 e 72), tentava sair da República do Iraque em busca de melhores condições de vida, a seu juízo, no continente europeu, onde seu marido se encontra fazendo tratamento médico para os rins. (fl. 197)

Sobre a exigibilidade de conduta diversa como causa supralegal de exclusão da culpabilidade, esclarecedora a lição de Rogério Greco:

Temos, portanto, como conceito de exigibilidade de conduta diversa a possibilidade que tinha o agente de, no momento da ação ou da omissão, agir de acordo com o direito, considerando-se a sua particular condição de pessoa humana. Cury Urzúa define a exigibilidade como a “possibilidade, determinada pelo ordenamento jurídico, de atuar de uma forma distinta e melhor do que aquela a que o sujeito se decidiu”.

Essa possibilidade ou impossibilidade de agir conforme o direito variará de pessoa para pessoa, não se podendo conceber um “padrão” de culpabilidade. As pessoas são diferentes umas das outras. Algumas inteligentes, outras com capacidade limitada; algumas abastadas, outras miseráveis; algumas instruídas, outras incapazes de copiar o seu próprio nome. Essas particulares condições é que deverão se aferidas quando da análise da exigibilidade de outra conduta como critério de aferição ou exclusão da culpabilidade, isto é, sobre o juízo de censura, de reprovabilidade, que recai sobre a conduta típica e ilícita praticada pelo agente. (*in* Curso de Direito Penal. v. 1. 12ed. RJ: Impetus. p.395.)

Em se tratando de excludente da culpabilidade, o ônus da prova fica a cargo da defesa, nos termos do artigo 156 do Código de Processo Penal.

Da acurada análise do conjunto probatório carreado aos autos, bem como a oitiva dos delegados da Polícia Federal responsáveis pelo caso em sede do processo 0005085-93.2015.403.6119, bem como a oitiva dos denunciados KALED EHSSAN KASEM e GALIYA MOHAMAD AMIN YUNES em sede do processo 0005085-93.2015.403.6119, restou comprovado que os acusados, cabalmente, não poderiam agir de outra maneira, sob pena de colocar em risco sua própria sobrevivência.

Os denunciados são iraquianos de origem curda, que vivem na zona de conflito do Oriente Médio devastada pela guerra civil e perseguição religiosa contra a minoria curda, fatos estes notoriamente conhecidos e manchete diária dos meios de comunicação jornalística. Vale frisar que o denunciado Judiar foi ouvido, na qualidade de testemunha, no processo cujo réu é ADEM SEYREK. Judiar fala árabe como segunda língua e Nazi, analfabeta, fala somente curdo. Eles informaram que ficaram no conector do Aeroporto Internacional por quase dois meses com as duas crianças.

Judiar e Nazi esclareceram que são iraquianos curdos cuja região é palco de guerra, destruição, miséria e perseguição étnico-religiosa por parte de grupos extremistas. Afirmam que buscavam chegar à Europa em busca de uma vida melhor e, a partir daí, teriam condições de buscar o resto da família. Afirmaram que foram orientados a tirar passaporte com outra nacionalidade, sob pena de não conseguirem ingressar na Europa.

Nazi, iraquiana de origem curda, viajava com seus filhos menores impúberes Walid Sarda Elias e Khayal Sadal Elias, também fugindo da guerra civil, e objetivavam alcançar a Europa

em busca de uma vida melhor e encontrar o pai das crianças que afirma morar na Alemanha.

Vale ainda anotar que a Embaixada Francesa esclareceu a este juízo que não tem informações alguma a respeito de envolvimento de Judiar no contrabando de pessoas. Assim, restou demonstrado que ele e Nazi são vítimas da guerra, de perseguições étnico e religiosa, bem como de suposto esquema ilegal na Turquia de tráfico de pessoas.

Conforme publicado no Jornal Folha de São Paulo em 15/02/2015 e esclarecido no depoimento do Delegado da Polícia Federal Honazi Farias em sede dos autos nº 0005085-93.2015.403.6119, há um esquema ilegal que usa o Brasil como rota na fuga de iraquianos e sírios com destino a Europa. Segundo a publicação e as informações da Polícia Federal, sírios e iraquianos deixam seus países fugindo da guerra e vão, via terrestre (a pé ou de carro), para a Turquia. Na Turquia estes fugitivos da guerra são abordados por criminosos que oferecem pacotes de até 14 mil euros para obtenção de passaportes falsos e passagens aéreas. São embarcados em direção ao Brasil e são aqui recepcionados por um integrante do grupo da Turquia, ficam alguns dias em território brasileiro e, após, em posse de passaporte falso, são embarcados para Europa.

Por tudo isso ficou demonstrado, considerando o contexto social, religioso, étnico e o estado de guerra, não se podia exigir dos acusados que tivessem padrão de culpabilidade distinto, restou patente que visavam apenas fugir da zona de conflito, buscando a própria sobrevivência.

Trata-se o caso em tela de questão humanitária e não criminal. Não se poderia exigir ou esperar que os denunciados se comportassem de forma diversa, uma vez que o contexto do qual são oriundos é de patente violação à dignidade a pessoa humana.

Sobre a dignidade da pessoa humana, cabe salientar, nos termos da lição de Ingo Wolfgang Sarlet:

compreendida como qualidade integrante e irrenunciável da própria condição humana, a dignidade pode (e deve) ser reconhecida, respeitada, promovida e protegida, não podendo, contudo (no sentido ora empregado) ser criada, concedida ou retirada (embora possa ser violada), já que reconhecida e atribuída a cada ser humano como algo que lhe é inerente. (*in* SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010. p.50.)

Não se pode olvidar que o ordenamento jurídico constitucional brasileiro tem como norte a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88), bem como a promoção do bem de todos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação” (art. 3º, III, CF/88).

Urge sobre o caso em tela uma interpretação sistemático-teleológica, conforme magistral lição de Francesco Ferrara:

O jurista há-de ter sempre diante dos olhos o fim da lei, o resultado que quer alcançar na sua actuação prática; a lei é um ordenamento de proteção que entende satisfazer certas necessidades, e deve interpretar-se no sentido que melhor responda a esta finalidade, e portanto em toda plenitude que assegure tal tutela.

(...) Não se pode afirmar a priori como absolutamente certa uma dada interpretação, embora consiga num dado momento o aplauso mais ou menos incontestado da doutrina ou magistratura. A interpretação pode sempre mudar quando se reconheça errônea ou incompleta. Como toda a obra científica, a interpretação progride, afina-se. (*in* Interpretação e Aplicação das Leis. Tradução Manuel A. D. de Andrade. 2. ed. São Paulo: Livraria Acadêmica/Saraiva & Cia, 1937.p. 23.).

Ressalta-se, que este Juízo em momento algum considera insignificante a falsificação ou uso de documento, condutas tipificadas no Código Penal pátrio. Mas sim, que não é razoável exigir de pessoas que vivem um massacrante e sanguinário conflito político, étnico e religioso conduta diferente, pois o único escopo desses era buscar meios de sobrevivência, de melhores condições de vida para si e suas famílias, era buscar a dignidade humana reiteradamente violada, usurpada.

Conforme magistral lição de Aníbal Bruno no tocante ao juízo de reprovação relacionado à culpabilidade, “é necessário ainda que, nas circunstâncias, seja exigível do agente uma conduta diversa; que a situação total em que o proceder punível se desenvolve não exclua a exigência do comportamento conforme ao Direito que se pode reclamar de todo homem normal em *condições normais*.” (Direito Penal, tomo 2, RJ: Forense, 1967. p. 97. Destaquei.)

Conforme se verifica do acervo probatório, a única alternativa para os denunciados era aderir ao plano de fuga da guerra civil e da perseguição étnico-religiosa que culminou com a obtenção de passaportes falsos.

Diante de todo o exposto, restou provada a inexigibilidade de conduta diversa, o que impõe a absolvição sumária dos réus JUDIAR KHAYRI ALI (iraquiano) e NAZI YZDI ARAB (iraquiana).

3. DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo IMPROCEDENTE a pretensão punitiva estatal, a fim de ABSOLVER SUMARIAMENTE os acusados JUDIAR KHAYRI ALI (iraquiano) e NAZI YZDI ARAB (iraquiana), já qualificados, com fulcro no art. 397, II, do Código de Processo Penal.

Após o trânsito em julgado: a) comunique-se aos órgãos de praxe; b) altere-se a situação das partes; c) arquivem-se.

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

Guarulhos, 02 de junho de 2015.

Juíza Federal Substituta CAROLINE SCOFIELD AMARAL

