revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO

PORTO ALEGRE/RS

2015

ANO 26

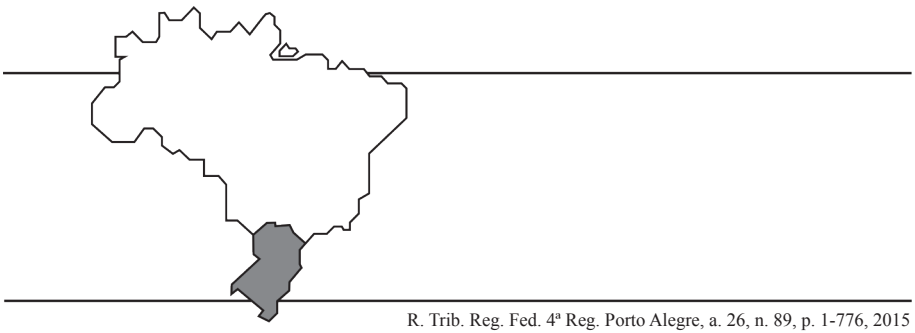
NÚMERO 89

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



R. Trib. Reg. Fed. 4ª Reg. Porto Alegre, a. 26, n. 89, p. 1-776, 2015

Ficha Técnica

Direção:
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona

Assessoria:
Isabel Cristina Lima Selau

Direção da Divisão de Publicações:
Arlete Hartmann

Análise e Indexação:
Giovana Torresan Vieira
Marta Freitas Heemann

Revisão e Formatação:
Carlos Campos Palmeiro
Leonardo Schneider
Marina Spadaro Jacques

Os textos publicados nesta revista são revisados pela Escola da Magistratura do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Revista do Tribunal Regional Federal 4. Região. – Vol. 1, n. 1 (jan./mar. 1990)- . – Porto Alegre: Tribunal Regional Federal da 4. Região, 1990- .
v. ; 23 cm.

Quadrimestral.
Inicialmente trimestral.
Repositório Oficial do TRF4 Região.
ISSN 0103-6599

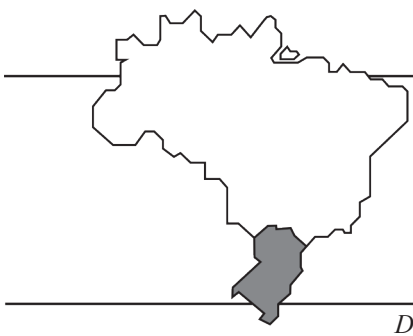
1. Direito – Periódicos. I. Título. II. Brasil. Tribunal Regional Federal. Região, 4ª.

CDU 34(051)

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL
4ª Região
Rua Otávio Francisco Caruso da Rocha, 300
CEP 90.010-395 – Porto Alegre – RS
PABX: 0 XX 51-3213-3000
www.trf4.jus.br/revista
e-mail: revista@trf4.jus.br
Tiragem: 850 exemplares

revista do tribunal regional federal

QUARTA REGIÃO



OTÁVIO ROBERTO PAMPLONA

Des. Federal Diretor da Escola da Magistratura

TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 4ª REGIÃO

JURISDIÇÃO

Rio Grande do Sul, Santa Catarina, Paraná

COMPOSIÇÃO

Em 13 de novembro de 2015

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado – 28.06.2001 – *Presidente*
Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – 28.06.2001 – *Vice-Presidente*
Des. Federal Celso Kipper – 29.03.2004 – *Corregedor Regional*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler – 09.12.1994
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère – 05.02.1997
Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz – 28.06.2001
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus – 03.02.2003 – *Coordenador-Geral do Sistema de Conciliação*
Des. Federal João Batista Pinto Silveira – 06.02.2004 – *Coordenador dos JEFs*
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona – 02.07.2004 – *Diretor da Emagis*
Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle – 27.04.2005 – *Conselheiro da Emagis*
Des. Federal Joel Ilan Paciornik – 14.08.2006 – *Vice-Diretor da Emagis*
Des. Federal Rômulo Pizzolatti – 09.10.2006 – *Ouvidor*
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira – 11.12.2006
Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch – 26.11.2007
Des. Federal Fernando Quadros da Silva – 23.11.2009
Des. Federal Márcio Antônio Rocha – 26.04.2010 – *Vice-Corregedor Regional*
Des. Federal Rogerio Favreto – 11.07.2011
Des. Federal Jorge Antonio Maurique – 24.02.2012 – *Conselheiro da Emagis*
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior – 22.06.2012
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha – 08.11.2012
Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani – 09.07.2013
Des. Federal João Pedro Gebran Neto – 16.12.2013
Des. Federal Leandro Paulsen – 16.12.2013
Des. Federal Sebastião Ogê Muniz – 16.12.2013
Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – 07.08.2014
Juiz Federal Osni Cardoso Filho (convocado)
Juiz Federal Luiz Antonio Bonat (convocado)
Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene (convocada)
Juíza Federal Taís Schilling Ferraz (convocada)
Juiz Federal Marcelo De Nardi (convocado)
Juiz Federal Luiz Carlos Canalli (convocado)
Juiz Federal Hermes Siedler da Conceição Júnior (convocado)
Juiz Federal Roger Raupp Rios (convocado)
Juiz Federal Artur César de Souza (convocado)

Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges (convocada)
Juíza Federal Daniela Tocchetto Cavalheiro (convocada)

CORTE ESPECIAL
Em 13 de novembro de 2015

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado – *Presidente*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz
Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Vice-Presidente*
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus
Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Des. Federal Celso Kipper – *Corregedor Regional*
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona – *Diretor da Emagis*
Des. Federal Joel Ilan Paciornik – *Vice-Diretor da Emagis*
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Des. Federal Fernando Quadros da Silva
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Des. Federal Rogerio Favreto

Suplentes:
Des. Federal Jorge Antonio Maurique – *Conselheiro da Emagis*
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO
Em 13 de novembro de 2015

Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado – *Presidente*
Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Vice-Presidente*
Des. Federal Celso Kipper – *Corregedor Regional*
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha
Desa. Federal Vânia Hack de Almeida

Suplentes:
Des. Federal João Pedro Gebran Neto
Des. Federal Leandro Paulsen

PRIMEIRA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
Des. Federal Otávio Roberto Pamplona
Des. Federal Joel Ilan Paciornik
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch (convocada Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges em razão de afastamento)
Des. Federal Jorge Antonio Maurique

SEGUNDA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler
Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Des. Federal Fernando Quadros da Silva
Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

TERCEIRA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz
Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Des. Federal Rogerio Favreto
Desa. Federal Vânia Hack de Almeida
Juiz Federal Osni Cardoso Filho (convocado em razão da aposentadoria do Des. Federal Tadaaqui Hirose)
Juiz Federal Luiz Antonio Bonat (convocado em razão da aposentadoria do Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon)

QUARTA SEÇÃO

Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz – *Presidente*
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani
Des. Federal João Pedro Gebran Neto
Des. Federal Leandro Paulsen
Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

PRIMEIRA TURMA

Des. Federal Jorge Antonio Maurique – *Presidente*
Desa. Federal Maria de Fátima Freitas Labarrère
Des. Federal Joel Ilan Paciornik

SEGUNDA TURMA

Des. Federal Otávio Roberto Pamplona – *Presidente*
Des. Federal Rômulo Pizzolatti
Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch (convocada Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges em razão de afastamento)

TERCEIRA TURMA

Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler – *Presidente*
Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira
Des. Federal Fernando Quadros da Silva

QUARTA TURMA

Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior – *Presidente*
Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle
Desa. Federal Vivian Josete Pantaleão Caminha

QUINTA TURMA

Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz – *Presidente*
Des. Federal Rogerio Favreto
Juiz Federal Luiz Antonio Bonat (convocado em razão da aposentadoria do Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon)

SEXTA TURMA

Desa. Federal Vânia Hack de Almeida – *Presidente*
Des. Federal João Batista Pinto Silveira
Juiz Federal Osni Cardoso Filho (convocado em razão da aposentadoria do Des. Federal Tadaaqui Hirose)

SÉTIMA TURMA

Des. Federal Sebastião Ogê Muniz – *Presidente*
Des. Federal Márcio Antônio Rocha
Desa. Federal Claudia Cristina Cristofani

OITAVA TURMA

Des. Federal João Pedro Gebran Neto – *Presidente*
Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus
Des. Federal Leandro Paulsen

SUMÁRIO

DOUTRINA 13

Parecer: Remuneração pelo uso de faixa de domínio de rodovias, taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo e Recurso Extraordinário 581.947
Eros Roberto Grau 15

O Judiciário do terceiro milênio
Antônio de Pádua Ribeiro 25

Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal
Maria Isabel Gallotti 47

Juízes que escrevem outros textos
Marga Inge Barth Tessler 69

Paisagem e memória
Marga Inge Barth Tessler 85

O legado do julgamento de Nuremberg
Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz 93

Funções institucionais do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, no âmbito da investigação criminal: a necessária complementaridade no exercício das respectivas atribuições
Victor Luiz dos Santos Laus 97

A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*
Márcio Antônio Rocha 107

João Leitão de Abreu: a face lúdica de um notável personagem da República
Jayme Eduardo Machado..... 133

Repensando o dogma da discricionariedade administrativa a partir do prisma das políticas públicas de saúde no Brasil
Têmis Limberger 139

Transparência e democracia: para um governo com poderes visíveis
Andréia Scapin e Gisele Bossa 175

Avanços em matéria de cooperação jurídica internacional: cartas rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e auxílio direto
Carmen Tiburcio 203

DISCURSOS..... 235
Maria Lúcia Luz Leiria 237
Celso Kipper..... 241

ACÓRDÃOS..... 249
Direito Administrativo e Direito Civil 251
Direito Penal e Direito Processual Penal 309
Direito Previdenciário 637
Direito Processual Civil 671
Direito Tributário 693

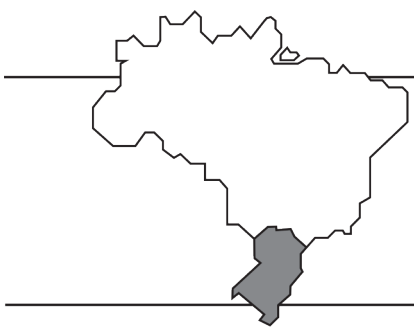
SÚMULAS 737

RESUMO..... 747

ÍNDICE NUMÉRICO..... 751

ÍNDICE ANALÍTICO 755

ÍNDICE LEGISLATIVO 765



DOUTRINA

Parecer: Remuneração pelo uso de faixa de domínio de rodovias, taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo e Recurso Extraordinário 581.947

Eros Roberto Grau[*]

A Associação Brasileira de Concessionárias de Rodovias – ABCR encaminhou-me a seguinte

"Consulta

O uso remunerado de faixa de domínio das rodovias por concessionárias de distribuição e comercialização de energia elétrica, distribuição de gás canalizado, prestação de serviços de telecomunicações e de saneamento é assunto que tem dividido doutrina e jurisprudência já há muito tempo. Com base em uma recente decisão no Supremo Tribunal Federal em caso de cobrança de taxa pelo uso do espaço urbano – aéreo ou no subsolo – no Município de Ji-Paraná, tem-se procurado estabelecer o entendimento de que a cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias, pelas mesmas razões que fundamentaram essa decisão, também não seria devida pelas concessionárias de serviços públicos. A decisão em comento é o Recurso Extraordinário 581.947/RO, julgado em 27 de maio de 2010, contra a qual foram opostos embargos de declaração, ainda pendentes de julgamento.

A cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias, no entanto, é distinta, o que prejudicaria o tratamento da decisão supracitada como 'paradigma' ou de repercussão geral: o uso do espaço urbano tem natureza diversa do uso de faixa de domínio de rodovias em zona rural. Em regra, no caso de uso do espaço urbano municipal, a concessionária de serviço público não tem outra escolha a não ser se valer dessa possibilidade para acessar o seu usuário e disponibilizar a ele a infraestrutura e os serviços respectivos, sendo, portanto, compulsório. Diante disso, não haveria como o poder público local onerar os usuários do serviço público, dado que a cobrança de taxa colidiria, consequentemente, com a modicidade

[*] Ministro aposentado do Supremo Tribunal Federal.

tarifária. O valor pago ao poder público teria que ser repassado aos usuários na revisão tarifária, fatalmente por meio de aumento da tarifa.

Diversa é a hipótese de uso da faixa de domínio de rodovias: aqui, o concessionário de serviços públicos poderia se valer de outras possibilidades para implantar sua infraestrutura para conectar cidades ou aglomerações urbanas. A primeira possibilidade, clássica, é instituir uma servidão de passagem, ou então valer-se de outros meios, como utilizar a faixa de domínio de rodovia, de ferrovia, ou de dutos. A escolha da faixa de domínio da rodovia, quando possível, representa a solução mais vantajosa do ponto de vista econômico e operacional para as concessionárias de prestação dos serviços públicos acima mencionados.

Assim, pode-se constatar que esse uso produz uma 'utilidade' ao concessionário de serviço público, a qual não existiria se ele buscasse outros meios de instalação de equipamentos para a prestação de seu serviço público respectivo que não a utilização da faixa de domínio das rodovias. Essas vantagens representam inquestionáveis benefícios ao concessionário de serviço público e, por consequência, aos seus usuários. Logo, enquanto para os concessionários dos serviços públicos o uso da faixa de domínio da rodovia representa benefícios, para o operador da rodovia esse uso representa restrições, que devem ser compensadas pelo pagamento do preço público pertinente. Há ainda que considerar que, no caso das rodovias concedidas à iniciativa privada, o pagamento recebido, como receita acessória, é considerado para fins da modicidade tarifária, princípio expresso no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95.

No caso do poder público e do uso do espaço urbano – como ocorreu no caso de Ji-Paraná –, não há alternativa para o concessionário de serviço público chegar ao seu usuário, daí porque se sustentaria o descabimento de cobrança de tributo ou tarifa para a sua remuneração. Tal situação fática não se verifica no caso das rodovias, conforme demonstrado.

Diante de tal contexto, surgem os seguintes pontos a serem abordados:

a) O caso de Ji-Paraná aplica-se indistintamente a todos os casos de uso de vias públicas por concessionárias de serviços públicos? Pode ser considerado como de repercussão geral para os casos de cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias, servindo como paradigma para discussões ulteriores sobre o tema? Em caso negativo, quais seriam as diferenças entre o caso de Ji-Paraná e o caso da cobrança pelo uso de faixa de domínio das concessionárias de rodovias?

b) Há, realmente, diferenças entre o uso do espaço urbano – aéreo ou no subsolo – e o uso de faixa de domínio de rodovias?

c) O uso da faixa de domínio de rodovias reflete-se em uma comodidade ou utilidade não existente no uso de outros bens públicos?

d) Por fim, é legal e constitucional a cobrança, por concessionária de rodovia, pelo uso das faixas de domínio das rodovias às demais concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, distribuição de gás canalizado, prestação de serviços de telecomunicações e de saneamento?"

Parecer

Remuneração pelo uso de faixa de domínio de rodovias, taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo e Recurso Extraordinário 581.947

01. A hipótese a respeito da qual versa a consulta diz com o uso remunerado de faixa de domínio de rodovias por concessionárias de distribuição e comercialização de energia elétrica, distribuição de gás canalizado, prestação de serviços de telecomunicações e de saneamento. Uso remunerado não à União, ao estado-membro ou ao município, porém ao concessionário da rodovia. A remuneração por esse uso não consubstancia *preço* – próprio às relações de intercâmbio –, mas uma *contribuição* – própria às relações de comunhão de escopo –, como veremos mais adiante. Preço ou contribuição, não importa, consubstanciam *receita contratual*.

A taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo, diversamente, consubstancia *receita tributária*.[1]

Uma com a outra não se confundindo, a decisão firmada pelo Supremo Tribunal Federal no RE 581.947 é inaplicável à hipótese a respeito da qual versa a consulta.

02. Deveras, o RE 581.947 cogita de taxa de uso e ocupação de solo e espaço aéreo imposta por lei municipal, como se lê em sua ementa. Tratava-se aí de receita tributária, inconfundível com a auferível por concessionária de rodovia, especialmente quando consubstancie *contribuição* própria às relações de comunhão de escopo.

03. A consulente indaga se o caso de Ji-Paraná [o RE 581.947] aplica-se indistintamente a todos os casos de uso de vias públicas por concessionárias de serviços públicos e pode ser considerado como de *repercussão geral* para os casos de cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias. Mais ainda, se pode servir como *paradigma* para discussões ulteriores sobre o tema. Por certo que não.

O caso do Município de Ji-Paraná encerra características que não se manifestam em outras hipóteses de uso de vias públicas por concessio-

[1] Espécie de *receita legal*, distinta, pois, das incluídas no gênero das *receitas contratuais*.

nárias de serviços públicos: [i] imposição de taxa, *receita tributária*, pelo uso do espaço urbano aéreo ou no subsolo; e [ii] impossibilidade material de utilização, pela concessionária do serviço, de alternativa a esse mesmo uso.

Em outras situações, tais como a aludida na consulta, [i] cuida-se da percepção, pelo concessionário da rodovia, de *receita contratual*, e [ii] as concessionárias de serviços públicos podem se valer de outras opções para, essencialmente em áreas rurais, implantar a infraestrutura indispensável à disponibilização dos seus serviços entre cidades e aglomerações urbanas.

04. O uso do espaço urbano – seja o espaço aéreo, seja o subsolo – é diverso do uso de faixa de domínio de rodovias.

No primeiro caso, o concessionário do serviço não tem alternativa senão implantar a infraestrutura indispensável à disponibilização dos seus serviços no espaço aéreo ou no subsolo das vias públicas urbanas. No segundo, o concessionário poderá, em áreas rurais, optar entre instituir servidões de passagem ou utilizar a faixa de domínio de rodovia, ferrovia ou dutos.

Todas essas circunstâncias apartam o caso da cobrança pelo uso de faixa de domínio das concessionárias de rodovias, de que trata a consulta, e o caso de Ji-Paraná, o que me permite enunciar desde já a resposta ao que me foi indagado ao final do primeiro quesito:

[i] o caso de Ji-Paraná respeita à imposição de taxa, *receita tributária*, pelo uso do espaço urbano aéreo ou no subsolo; essa receita é do município; nesse caso, há impossibilidade material de utilização, pela concessionária do serviço, de alternativa que não a sujeita à incidência da taxa; esse uso é feito essencialmente em área urbana;

[ii] o caso da cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias por concessionárias de serviços públicos respeita à percepção, pelo concessionário da rodovia, de *receita contratual*; nesse caso, as concessionárias de serviços públicos podem se valer de outras opções para implantar a infraestrutura indispensável à disponibilização dos seus serviços; esse uso é, ademais, feito essencialmente em áreas rurais.

05. Daí por que a decisão lavrada no RE 581.947 não pode ser considerada como de repercussão geral para os casos de cobrança pelo uso

de faixa de domínio de rodovias, servindo como paradigma para discussões ulteriores sobre o tema.

Note-se que a *repercussão geral* é das questões constitucionais discutidas em cada recurso extraordinário, "nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso" (§ 3º do artigo 102 da Constituição).[2] As questões constitucionais atinentes aos casos de cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias são diversas das abrangidas pelo RE 581.947. Recurso *paradigma*, por outro lado, é aquele a cujo relator serão distribuídos, por prevenção, os recursos abrangidos por repercussão geral relacionados ao mesmo tema.[3]

Por isso a decisão lavrada no RE 581.947 não se presta a informar a *repercussão geral* de recursos extraordinários – sejam os já interpostos, sejam os que eventualmente vierem, no futuro, a ser interpostos – atinentes ao uso de faixa de domínio de rodovias, menos ainda a servir como *paradigma* para discussões sobre o tema.[4]

A situação de uso compartilhado de infraestrutura a que respeita a consulta

06. Há doze anos, emiti parecer afirmando a ilegalidade da cobrança de *preço* pelo uso, por empresas concessionárias de serviços públicos, de faixas de domínio de rodovias federais, estaduais ou municipais. Mais, que o município não pode, no âmbito de sua competência consti-

[2] Trata-se aí de "questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico, que ultrapassem os interesses subjetivos da causa" (§ 1º do artigo 543-A do CPC).

[3] Cf. o artigo 325-A do Regimento Interno do Supremo Tribunal, nele inserido pelo artigo 2º da Emenda Regimental nº 42, de 2 de dezembro de 2010.

[4] A respeito da *repercussão geral*, anotei na mais recente edição do meu *O direito posto e o direito pressuposto*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 346: "Preocupa-me muito, contudo, o instituto da *repercussão geral*. A decisão de um caso ao qual tiver sido ela atribuída consubstancia uma *súmula* cujo fim é, no entanto, diverso do atribuído às *súmulas vinculantes*. Essas se prestam a inovar o ordenamento jurídico. A súmula de repercussão geral não. Não é texto normativo sujeito a interpretação pelos que a aplicarão, mas, imediatamente, obstáculo à apreciação de determinadas matérias constitucionais pelo Supremo Tribunal Federal. Temo que, tal como a ela conferiu contornos a Lei 11.418/06 e como a vem praticando o tribunal, visando à redução dos recursos extraordinários, a função jurisdicional do tribunal seja estreitada. Cada caso que envolva debate judicial é um caso, em sua individualidade, a mim parecendo injustificável seja sonegado, a quem reivindique o exame de matéria constitucional pelo STF no seu caso particular, o controle de constitucionalidade que ao tribunal incumbe. O tempo dirá se estou enganado, mas procedimentos simplificadores que impliquem obstáculo à prestação jurisdicional não se justificam. A existência, ou não, de questões relevantes do ponto de vista econômico, político, social ou jurídico que ultrapassem os interesses subjetivos da causa – como diz a lei, não a Constituição – apenas pode ser apurada caso a caso. É ao próprio Supremo Tribunal Federal que incumbe examinar a admissão do recurso – como diz a Constituição –, não a 'Tribunais, Turmas de Uniformização ou Turmas Recursais' – como diz a lei".

tucional, cobrar remuneração, a qualquer título, pela instalação de redes de gás canalizado ou pela passagem de dutos no seu perímetro urbano.

Dois anos depois, em junho de 2001, em outro parecer, afirmei que as empresas concessionárias de serviço público têm legitimidade para cobrar de terceiro[5] contribuição pelo uso compartilhado da infraestrutura sob sua titularidade, ainda que esse terceiro seja prestador de serviço público. Observei então que a remuneração percebida em razão do uso compartilhado de infraestrutura não é, juridicamente, *preço*; consubstancia a *contribuição* de cada partícipe da relação de compartilhamento para a realização do escopo de otimização de recursos, redução de custos operacionais e disposição de outros benefícios em favor dos usuários dos serviços prestados.

07. Os dois últimos quesitos propostos na consulta estão atrelados a essa segunda situação, de uso compartilhado de infraestrutura.

Como esclarece a consulente, a utilização da faixa de domínio de bem público sob a titularidade de empresas concessionárias de rodovias representa, quando possível, a solução mais vantajosa do ponto de vista econômico e operacional para as concessionárias de prestação dos serviços públicos. À utilização dessa faixa corresponde uma *utilidade* inexistente se o concessionário do serviço público fizesse uso de outros meios, qual o da instituição de servidões de passagem sobre bens privados para, entre cidades ou aglomerações urbanas, implantar a infraestrutura indispensável à disponibilização dos serviços. À utilização dessas faixas e à facilidade de acesso para sua manutenção e inspeção corresponde um valor econômico, decorrente da redução dos custos indispensáveis à implantação das suas infraestruturas.[6]

Daí por que não há paralelismo nenhum entre a utilização da faixa de domínio de bem público sob a titularidade de empresas concessionárias de rodovias e o uso, necessário, do espaço aéreo ou no subsolo de vias públicas urbanas para esse mesmo fim.

Esse uso compartilhado da faixa de domínio de bem público sob a titularidade de empresa concessionária de rodovia não é remunerável

[5] Seja ele prestador de serviço público de energia elétrica ou de telecomunicações de interesse coletivo, seja explorador de atividade econômica de transporte dutoviário de petróleo, seus derivados e gás natural.
[6] Veja-se, a propósito, o disposto no artigo 11 e no parágrafo único da Lei 8.987/95.

mediante a percepção, pela concessionária da rodovia, de um *preço*, o que reclama breve exposição, conclusiva, a propósito do tema.

Preço e contribuição pelo uso compartilhado de infraestrutura instalada em faixa de domínio de bem público sob a titularidade de empresas concessionárias de rodovias

08. *Preço* – qual anotei em outra ocasião[7] – é conceituado, na linguagem corrente, como o *quantum* exigido, geralmente em dinheiro, para a aquisição de determinada mercadoria, coisa ou serviço.[8]

O conceito de *preço* envolve tanto a noção de dinheiro – *pretium in numerata pecunia consistere debet*[9] – quanto a de *contraprestação*. O *preço* é uma prestação, consistente em dinheiro, que corresponde a uma contraprestação de outra natureza.[10] Na medida em que se trata de prestação por contraprestação, é expressão de uma *equivalência* em termos patrimoniais.

O *preço*, dessarte, é elemento dos contratos de intercâmbio, aos quais Von Ihering alude como *Verträge des Tauschverkehrs*[11] e nos quais se reclama uma equivalência entre prestação e contraprestação. Entenda-se aí *equivalência*, segundo ainda Von Ihering, como a justa proporção entre prestação e contraprestação,[12] o equilíbrio entre ambas, inferido por meio da experiência, desde o qual os contratantes entram em acordo.[13]

Preço, pois, é a contrapartida com a qual, nos *contratos de intercâmbio*, uma parte comparece perante a outra em situação de diversidade de necessidades recíprocas, que, por isso mesmo, são satisfeitas mediante a troca de prestações diversas e distintas entre si.

---

[7] *Vide* meu *Licitação e contrato administrativo*. São Paulo: Malheiros, 1995. p. 90 e ss.

[8] Sucede, contudo, que o direito positivo expressa, por meio de distintos vocábulos, diversas retribuições pela aquisição de mercadorias, coisas e serviços. Assim, o Código Civil refere: *aluguel* (artigo 569, II), *salário* (parágrafo único do artigo 599), *juros* (artigos 591 e 670), *remuneração* (artigo 676), *prêmio* (artigo 757), *indenização* (parágrafo único do artigo 868).

[9] Inst., III, 23, 2.

[10] Cf. NUSSBAUM, Arthur. *Teoria juridica del dinero*. Traduzido por Luis Sancho Seral. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez, 1929. p. 26.

[11] *Der Zweck im Recht*. v. 1. 2. ed. Leipzig: Druck und Verlag von Breitkopf & Härtel, 1884. p. 129.

[12] Ob. cit., p. 132.

[13] Ob. cit., p. 133.

09. No caso de que cogitamos, não há *relação de intercâmbio* entre as concessionárias de serviço público que participam do compartilhamento de infraestrutura, porém relação de *comunhão de escopo*.

A distinção entre *contratos de intercâmbio* e *contratos de comunhão de escopo* foi equacionada por Von Ihering, em seu *Der Zweck im Recht*.[14] Nos *contratos de intercâmbio*, cada parte persegue os seus próprios interesses; quanto mais desvantajosa for a compra para o comprador, mais vantajosa será para o vendedor, e vice-versa; a política de cada parte pode ser sumariada na seguinte frase: o prejuízo dele é o meu lucro (*sein Schaden mein Gewinn*). Nos *contratos de comunhão de escopo* – Von Ihering refere-se aos contratos de sociedade –, os interesses dos contratantes são paralelos. Se um dos contratantes sofre prejuízo, os outros também o suportam. Do espírito de solidariedade de interesses que os caracteriza, o lema: a vantagem dele é a minha vantagem, minha vantagem é a sua vantagem (*sein Vorteil mein Vorteil, mein Vorteil sein Vorteil*).

A distinção, em verdade, fora já discernida por Grócio, no século XVII, como observa Ascarelli[15]: os contratos de intercâmbio *dirimunt partes*, os de comunhão de escopo *communionem adferunt*. Se, nos contratos de intercâmbio, o elemento fundamental é o *sinalagma* – vínculo de recíproca dependência entre as obrigações do contrato bilateral –, na associação, como na sociedade e no consórcio, o elemento fundamental é o *escopo (objetivo) comum*.[16] Daí a observação, ainda de Von Ihering[17]: o contrato de intercâmbio tem por pressuposto a *diversidade*, ao passo que o pressuposto do contrato de sociedade – contrato de comunhão de escopo – é a *identidade* de objetivo.

10. No compartilhamento de infraestrutura, temos uma *relação de comunhão de escopo*: os interesses dos contratantes correm paralelamente; há identidade de objetivos no uso compartilhado da infraestrutura; ambos perseguem um *escopo comum* em termos de otimização de recursos, mútua redução de custos operacionais e mútua disponibilida-

[14] Ob. cit., p. 212-213.
[15] *Problemas das sociedades anônimas e Direito Comparado*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 255.
[16] *Vide* COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. p. 137 e *Novos ensaios e pareceres de Direito Empresarial*. Rio de Janeiro: Forense, 1981. p. 44.
[17] Ob. cit., p. 208.

de de outros benefícios aos usuários dos serviços prestados.[18]

De tudo resulta bem claro que a remuneração pelo uso compartilhado da infraestrutura não é, juridicamente, *preço*, porém *contribuição* de cada partícipe da relação de compartilhamento para a realização do escopo comum. Do que resulta, também, ser possível a pronta solução da derradeira questão que me foi proposta, atinente à constitucionalidade e à legalidade da cobrança de que se cuida pelos concessionários de rodovias.

Respostas aos quesitos

11. Aos quesitos propostos na consulta dou as seguintes respostas:

a. *não*; o caso de Ji-Paraná não se aplica indistintamente a todos os casos de uso de vias públicas por concessionárias de serviços públicos; não pode ser considerado como de repercussão geral para os casos de cobrança pelo uso de faixa de domínio de rodovias; não serve como paradigma para discussões ulteriores sobre o tema; as diferenças entre o caso de Ji-Paraná e o caso da cobrança pelo uso de faixa de domínio das concessionárias de rodovias estão enunciadas no item 04, acima;

b. *sim*; há, realmente, diferenças entre o uso do espaço urbano – aéreo ou no subsolo – e o uso de faixa de domínio de rodovias; no primeiro caso, o concessionário do serviço não tem alternativa senão implantar a infraestrutura indispensável à disponibilização dos seus serviços no espaço aéreo ou no subsolo das vias públicas; no segundo, situado além da área urbana, o concessionário poderá optar entre instituir uma servidão de passagem ou utilizar a faixa de domínio de outras rodovias, ferrovias ou dutos.

c. *sim*; considerado o quanto exposto na consulta, o uso da faixa de domínio de rodovias reflete-se em uma comodidade ou utilidade não existente no uso de outros bens públicos;

[18] Veja-se ainda o disposto no artigo 11 e no parágrafo único da Lei 8.987/95.

d. *sim*; é legal e constitucional a cobrança, por concessionária de rodovia, pelo uso das faixas de domínio das rodovias às demais concessionárias de serviços públicos de energia elétrica, distribuição de gás canalizado, prestação de serviços de telecomunicações e de saneamento.

É o que me parece.
São Paulo, 25 de agosto de 2011.

O judiciário do terceiro milênio

Antônio de Pádua Ribeiro[*]

Sumário: Introdução. Formas de governo. Tipologia. Divisão de poderes. Revolução Francesa. Constituição americana. Sistema político brasileiro. Judiciário no Brasil. Independência. Judiciário como poder político. República democrática: governo das leis, e não dos homens. Garantias jurisdicionais dos cidadãos. Crise do Estado. Disparidade entre a demanda social e a resposta política. Fenômeno da desnacionalização do direito e seus reflexos. Tecnologia e multiplicação das relações sociais. Governo Eletrônico (e-Gov). Anacronismo da legislação. Lei como produto semiacabado. Legislação e princípios supranacionais. *Civitas maxima* de Kelsen. STF e efetivação dos princípios constitucionais. Crise da lei e crise da Justiça. Justiça: não é praticada só pelo Judiciário. Efetividade dos direitos e da cidadania. Acesso à Justiça. Obstáculos ao acesso à Justiça: econômico, organizacional e processual. Tutela do direito coletivo. Juizados especiais de pequenas causas. Meios alternativos de solução de litígios. Poder Judiciário: sentimento de deslegitimação. Expansão da função legislativa. Ativismo judicial. Interesses difusos, homogêneos e coletivos. Crise do Judiciário: aspecto da crise do próprio Estado. O tempo e o processo. Legitimidade do Judiciário, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade. Litigiosidade contida e impunidade: superação. Judiciário e democracia.

[*] Ministro aposentado do Superior Tribunal de Justiça, Presidente do Superior Tribunal de Justiça e do Conselho da Justiça Federal (1998/2000), Corregedor Nacional de Justiça (2005/2007), Advogado.

1. É com prazer que compareço a esta bela e culta cidade de Campinas [em 21.09.2009], atendendo ao honroso convite formulado pelo Dr. Valdeci dos Santos, ilustre Diretor do Foro desta Subseção Judiciária da Justiça Federal em São Paulo e Coordenador do III Ciclo de Palestras, evento do calendário oficial da Escola de Magistrados do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, versando sobre "Questões atuais de Direito Público".

2. Antes de tecer reflexões sobre o Judiciário como poder político neste século, tema que me foi destinado, convém ter presente esta observação de *Maquiavel*:

"Costumam dizer que os homens prudentes, e não casualmente ou sem razão, que aqueles que desejam ver o que será, ponderam sobre o que já foi: porque todas as coisas do mundo, em todo tempo, têm sua própria relação com os tempos antigos. Isso acontece porque, se as coisas são feitas pelos homens, que têm e sempre tiveram idênticas paixões, é inevitável que produzam idêntico efeito."[1]

Ponderando sobre o que já foi, Montesquieu escreveu a sua célebre obra *O espírito das leis*, consagrando uma vida que "não foi senão uma pesquisa e um magistério científico, exercido por amor dos povos". A sua obra "foi uma autoimolação", deixando-o, ao cabo de vinte anos de labuta, debilitado e quase cego. Foi, como diria *Camões*, "mais do que prometia a força humana".[2] "Os meus princípios, não os tirei dos meus preconceitos, mas da natureza das coisas", assinalou o Mestre no seu prefácio.

3. O estudo sobre a tipologia das formas de governo se perde nas brumas dos tempos. *Norberto Bobbio*, em uma das suas obras, descreve a célebre discussão, narrada por Heródoto, entre três persas – Otanes, Megabises e Dario –, após a morte de Cambises, sobre a melhor forma de governo a adotar no seu país. Diz, com razão, que a passagem é exemplar porque traduz, com clareza, as três formas clássicas de governo: o de muitos, o de poucos e o de um só, ou seja, "democracia", "aristocracia" e "monarquia". Defensor do governo do povo, Otanes

[1] MACHIAVELLI, N. *Discorsi*, III, 43.

[2] *Os Lusíadas*. Conto I, 29. Saraiva, 1982. p. 5 e 6. Ver a introdução sobre a tradução de *O espírito das leis*, escrita pelo Des. Pedro Vieira Mota.

condena o governo de um só e o de poucos. Defensor da aristocracia, Megabises condena o governo de um só e o do povo. Por fim, Dario defende a monarquia e, ao fazê-lo, condena o governo do povo e o de uns poucos.

A diferença entre a classificação dessas formas de governo no debate narrado por Heródoto e a classificação de Aristóteles está em que, na primeira, a cada proposta tida como boa correspondem duas outras vistas como más, enquanto, na outra, a cada proposta boa corresponde a mesma na sua forma má: a monarquia corrompida transforma-se em tirania; a aristocracia, em oligarquia; e a democracia, em demagogia.[3]

Essas formas de governo, nas idas e vindas da história, estão sempre presentes, embora, algumas vezes, com roupagens novas, dando razão a *Maquiavel* no dizer que os governos são obras de homens, que têm e sempre tiveram as mesmas paixões.

4. Pouco importa seja o poder exercido por um, por alguns ou por muitos. Quem o detém tende a dele abusar. O poder vai até onde encontra os seus limites. Para que os seus titulares não possam abusar dele, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder freie o poder. Esse o ensinamento de *Montesquieu* para sustentar que a liberdade política só se encontra nos governos moderados, embora não exista sempre nos Estados moderados. Ela só existe nestes quando não se abusa do poder.[4]

Para que um poder freie o outro, o grande clássico francês sustentou a famosa doutrina da divisão dos poderes, assinalando que "estaria tudo perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de príncipes ou nobres, exercesse esses três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares".[5]

5. Nessa linha de entendimento, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, obra da Revolução Francesa e que resume a sua ideologia político-jurídica, proclamou, no seu art. 16, que "toda sociedade que não assegure a garantia dos direitos

[3] Ver *Teoria das formas de governo*. 9. ed. UnB. p. 39-43.
[4] *O espírito das leis*. Traduzido por Pedro Vieira Mota. Saraiva, 1987. p. 163.
[5] Obra citada, p. 165.

nem estabeleça a separação dos poderes não tem constituição".[6]

A primeira aplicação prática da doutrina da divisão de poderes deu-se com a Constituição americana de 17 de setembro de 1787. Daí se generalizou, sendo adotada pelo constitucionalismo dos dois últimos séculos.

6. Esclarece *Pinto Ferreira* que o sistema político brasileiro, desde a Constituição do Império, de 25 de março de 1824, recebeu a influência decisiva do pensamento teórico da distinção de poderes. Consignava a existência dos poderes clássicos, aos quais ainda agregava o poder moderador, nas mãos do imperador, com o papel essencial de equilíbrio e solução dos conflitos constitucionais.[7] Trata-se de importante herança do direito português.

Com a queda do Império, foi promulgada, em 24 de fevereiro de 1891, a primeira Constituição republicana, estabelecendo, na consonância dos ensinamentos de *Montesquieu*, o sistema de três poderes, cuja estrutura básica, no tópico, permaneceu a mesma nas Constituições subsequentes, com os hiatos decorrentes do regime político corporificado na Carta outorgada em 10 de novembro de 1937 e do período de excepcionalidade da Revolução de 1964.

A Constituição em vigor, promulgada em 5 de outubro de 1988, diz, no seu art. 2º, que "São Poderes da União, independentes e harmônicos entre si, o Legislativo, o Executivo e o Judiciário". No seu Título IV, que versa sobre a organização dos poderes, destina um capítulo a cada poder, referindo-se o Capítulo III ao Poder Judiciário.

7. O Judiciário no Brasil é, pois, um poder do Estado. O Estado brasileiro consubstancia-se em uma República Federativa, formada pela união indissolúvel dos estados, dos municípios e do Distrito Federal. Constitui-se em Estado democrático de direito e tem como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa e o pluralismo político. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição (art. 1º e parágrafo único).

---

[6] Este o texto francês: "*Toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de constitution*".

[7] Ver *Teoria geral do Estado*. 3. ed. Saraiva, 1975. v. 2. p. 743.

Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: construir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

No exercício das suas atribuições, o Judiciário há de ter sempre presentes esses princípios fundamentais.

8. A independência do Judiciário, sem prejuízo da sua atuação harmônica com os outros poderes, é assegurada pela Constituição, que lhe dá autonomia administrativa e financeira e estabelece as garantias da magistratura (arts. 95, 99 e 168).

Os Tribunais elaboram e encaminham as suas propostas orçamentárias ao Congresso Nacional, com observância dos limites estipulados conjuntamente com os demais poderes na lei de diretrizes orçamentárias. Os recursos correspondentes às dotações orçamentárias que lhes são destinadas, compreendidos os créditos suplementares e especiais, lhes são entregues, em duodécimos, até o dia 20 de cada mês. Essas regras são também aplicáveis à justiça estadual.

Aos juízes são asseguradas as garantias da vitaliciedade – estando sujeitos, porém, à aposentadoria compulsória aos setenta anos –, da inamovibilidade e da irredutibilidade de subsídio.

São órgãos do Poder Judiciário: o Supremo Tribunal Federal; o Conselho Nacional de Justiça; o Superior Tribunal de Justiça; os Tribunais Regionais Federais e Juízes Federais; os Tribunais e Juízes do Trabalho; os Tribunais e Juízes Eleitorais; os Tribunais e Juízes Militares; e os Tribunais e Juízes dos Estados e do Distrito Federal e Territórios (art. 92, com a redação da EC nº 45, de 2004).

Há dois Tribunais da Federação, ou seja, que exercem jurisdição sobre a Justiça Comum Federal e Estadual: o Supremo Tribunal Federal, corte predominantemente constitucional, órgão de cúpula de todo o Judiciário, incluindo a justiça especializada (militar, eleitoral e do trabalho), e o Superior Tribunal de Justiça, órgão de cúpula da Justiça Comum Federal e Estadual, ao qual cabe zelar pela autoridade e pela uniformidade interpretativa do direito federal.

9. É diante desse contexto, que descreve, em resumo, o Judiciário brasileiro no âmbito histórico e no concerto das Nações, que cumpre refletir sobre ele como poder político neste século.

No tocante ao posicionamento do Judiciário como poder político do Estado, o que se espera, no Brasil, é a manutenção das mesmas regras e princípios hoje existentes, que se igualam ou até mesmo superam em conquistas as já obtidas por outros importantes Estados democráticos de direito.

O problema está em colocar em prática esses princípios, de maneira a tornar o exercício das funções jurisdicionais menos moroso e mais eficiente, tendo em conta que o Judiciário presta serviço público de alta relevância, qual seja, aquele de distribuir justiça.

É preciso ter-se em conta que, em uma república democrática, o governo é das leis, e não dos homens. A esse respeito, examinando o assunto com a profundidade que lhe é peculiar, conclui *Bobbio*:

"Se então, na conclusão da análise, pedem-me para abandonar o hábito do estudioso e assumir o do homem engajado na vida política do seu tempo, não tenho nenhuma hesitação em dizer que a minha preferência vai para o governo das leis, não para o governo dos homens. O governo das leis celebra hoje o próprio tempo da democracia. E o que é a democracia senão um conjunto de regras (as chamadas regras do jogo) para a solução dos conflitos sem derramamento de sangue? E em que consiste o bom governo democrático se não, acima de tudo, no rigoroso respeito a essas regras? Pessoalmente, não tenho dúvida sobre a resposta a essas questões. E exatamente porque não tenho dúvidas, posso concluir tranquilamente que a democracia é o governo das leis por excelência. No momento mesmo em que um regime democrático perde de vista esse seu princípio inspirador, degenera rapidamente em seu contrário, em uma das tantas formas de governo autocrático de que estão repletas as narrações dos historiadores e as reflexões dos escritores políticos."[8]

10. Em termos de garantias jurisdicionais dos cidadãos, relativamente à administração da justiça, a vigente Constituição brasileira adota como postulado constitucional fundamental o "devido processo legal", expressão oriunda da inglesa "*due process of law*", ao dizer: "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal" (art. 5º, LIV). Adota, ainda, o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, ao estatuir que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito" (art. 5º, XXXV). Consagra o

[8] *O futuro da democracia*. 5. ed. Traduzido por Marco Aurélio Nogueira. Paz e Terra. p. 170-171.

princípio da isonomia: "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"; "homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição" (art. 5º, *caput* e inciso I). Estabelece, ainda, o princípio do juiz ou promotor natural, ao dizer que "não haverá juízo ou tribunal de exceção" e que "ninguém será processado nem sentenciado senão pela autoridade competente" (art. 5º, XXXVII e LIII). Estatui o princípio do contraditório: "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes" (art. 5º, LV). Prevê o princípio da proibição da prova ilícita: "são inadmissíveis, no processo, as provas obtidas por meios ilícitos" (art. 5º, LVI); o princípio da publicidade dos atos processuais: "todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos" (art. 93, IX), acrescentando que "a lei só poderá restringir a publicidade dos atos processuais quando a defesa da intimidade ou o interesse social o exigirem "(art. 5º, LX); e o princípio da motivação das decisões judiciais, sob pena de nulidade (art. 93, IX).

11. O Estado está em crise; e a sua atuação, em dissonância com o que dele esperam os cidadãos. Nesta época de globalização e liberalismo econômico, acerbas críticas são dirigidas aos entes públicos, ao fundamento de que não funcionam a contento a serviço da coletividade e de que têm esquecido a sua finalidade precípua, qual seja, a de realizar o bem comum e, em decorrência, ajudar a população a alcançar a sua grande aspiração, que é a de toda a humanidade: efetivar o sonho de ser feliz.

A crise do Estado decorre da gritante disparidade entre a demanda social e a resposta política. Hoje, não se pede ao Estado apenas proteção, mas muito mais que isso, e ele não tem poder suficiente para realizar o que dele se espera.

A deficiente estrutura do Estado, inadequada para atender às suas finalidades, gera excesso de regulamentação e de atos administrativos ensejadores de conflitos com os particulares (funcionários públicos, beneficiários da previdência social, empresas, etc.). São litígios fundados

na legislação estatutária, previdenciária, tributária e financeira, entre outras. Enseja, ainda, essa deficiência a contínua edição de leis, muitas delas aprovadas, mal redigidas, causadoras de insegurança jurídica e, em decorrência, de litígios. Esses litígios ou lides, em número avassalador, vão sobrecarregar o Judiciário, estendendo-lhe as consequências da crise do Estado.[9]

12. No panorama deste século, merece especial reflexão o fenômeno da desnacionalização do direito e seus reflexos.

O extraordinário desenvolvimento da tecnologia dos meios de comunicação e de transporte tem multiplicado de forma geométrica as relações humanas não só entre os nacionais, mas, também, entre estes e os cidadãos de outros países. Há, ainda, um inter-relacionamento cada vez maior entre entidades internacionais, empresas privadas internacionais, cidadãos de diferentes países e entre uns e outros. Isso tem atingido em cheio o funcionamento dos poderes tradicionais do Estado. O poder que mais se tem enfraquecido é o Legislativo. O que mais se tem fortalecido é o Judiciário. Fala-se mesmo que o século XIX foi o da proeminência do Executivo; o século XX, do Legislativo; e o século XXI será o do Judiciário.

Thomas L. Friedman, no excelente livro que escreveu intitulado *O mundo é plano*: uma breve história do século XXI, identifica dez forças que achataram o mundo, que podemos assim resumir: a *primeira*, a queda do muro de Berlim, ocorrida em 09.11.1989, que inclinou a balança do poder mundial para o lado dos defensores da governança democrática, consensual, voltada para o livre-mercado, em detrimento dos adeptos do governo autoritário, com economias de planejamento centralizado; a *segunda*, o dia 09.08.1995, em que o Netscape foi para a bolsa e o mundo ficou interconectado (como se sabe, o Netscape nos proporcionou o primeiro navegador comercial a ganhar popularidade para surfarmos na Internet); a *terceira* consiste nos *softwares* de fluxo de trabalho (reabastecimento de peças, comércio eletrônico, prestação de serviços a distancia e outros); a *quarta*, o chamado "Código Aberto" (comunidades de colaboração que se auto-organizam, com origem nas

[9] Ver TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. As tendências brasileiras rumo à jurisprudência vinculante. *Informativo Jurídico da Biblioteca Oscar Saraiva*, v. 10, p. 143-149, 1998.

comunidades acadêmicas e científicas; proporciona a troca de conhecimentos e a avaliação da ciência pela ciência); a *quinta*, a terceirização, que permite a utilização de cérebros a longa distância a custos baixos, no campo das ciências, da engenharia e da medicina; a *sexta*, a criação dos *offshorings* (uma empresa pega uma de suas fábricas de Canton, Ohio, e transfere-a inteira para Cantão, na China, por exemplo, onde produzirá o mesmo produto, exatamente da mesma maneira, só que com mão de obra mais barata, carga tributária menor, energia subsidiada e menos gastos com planos de saúde dos seus empregados); a *sétima*, a cadeia de fornecimento (trata-se de verdadeira sinfonia em vários movimentos sem *finale*; são movimentos que se repetem, como no caso da Wal-Mart, 24 horas por dia, 7 dias por semana, 365 dias por ano: entrega, seleção, embalagem, distribuição, compra, fabricação, novo pedido, entrega, seleção, embalagem...); a *oitava*, a *internalização*, uma "solução de comércio sincronizado", que permite aos pequenos pensar grande e aos grandes agir pequeno (pequenas empresas não têm condições de gerenciar, por conta própria, cadeia de fornecimento complexa e global e, por outro lado, empresas grandes – HP, Nike e outras – preferem aplicar recursos em seus produtos a gastar o seu dinheiro em cadeias de fornecimento); a *nona*, denominada "*In-formação*" (são empresas como Google, Yahoo!, MSN, Web Search, que nivelam as informações, ignorando divisões de escolaridade e classe); a *décima* força são os *esteroides* (iPad; iPhone; iPod e outros). A nata da nata será o *superesteroide*, que trará, como já tem trazido, a aposentadoria dos fios, permitindo-nos pegar todo o material digitalizado, visualizado e personalizado e acessá-lo de qualquer lugar.[10]

13. Ao lado dessas grandes transformações, merece reflexão, também, o chamado Governo Eletrônico (e-Gov). Em artigo que publicou no *Conjur*, o Prof. Hugo Cesar Hoeschl, da UFSC, após assinalar os efeitos positivos do governo via *bits* (melhoria da qualidade, da segurança e da rapidez dos serviços para os cidadãos; simplificação da burocracia; transparência etc.), indaga sobre se a evolução tecnológica não vai aumentar a disparidade social entre países e adverte, referindo-se à

[10] *O mundo é plano*: uma breve história do século XXI. Objetiva, 2005.

legislação japonesa, que as lideranças regional e mundial, com objetivos estratégicos, querem manter essas lideranças. E conclui:

"No momento, o maior de todos os riscos, e que mais deve ser observado, é a utilização internacional do Governo Eletrônico como instrumento de perpetuação do cenário mundial de dominação que vige atualmente. Para isso, devemos ficar extremamente atentos aos protocolos e padrões internacionais que estão sendo fixados exatamente agora, enquanto você está lendo este texto, pois, como já advertiu Rousseau, 'o mais forte nunca é suficientemente forte para ser sempre o senhor, senão transformando sua força em direito e a obediência em dever'."

14. Antoine Garapon, ao tratar do tema da *desnacionalização do direito*, lembra que, para a teoria clássica da democracia, "a lei é a expressão da soberania popular. O juiz não tem qualquer influência sobre ela, limitando-se a aplicá-la". Acrescenta, porém, que

"Essa concepção 'legicêntrica' do direito é combatida por dois fenômenos diferentes, porém convergentes: a inflação de textos mal redigidos com conteúdo fraco, de um lado, e a integração em uma comunidade jurídica supranacional, de outro. A emancipação do juiz tem sua origem, antes de mais nada, no colapso da lei que garantiu, na visão clássica, a subordinação do juiz, e na nova possibilidade de julgar a lei oferecida pelos textos que contêm princípios superiores, como a Constituição e os Tratados Internacionais."[11]

Sustenta o ilustre autor, à vista do anacronismo da legislação, ser preciso que o direito reencontre a sua elegância. E ele só a reencontrará quando passar a ser concebido não apenas como um conjunto de regras, mas também como um conjunto de princípios. E esclarece:

"O legislador acantona-se de preferência na gestão da cidade, e não no seu comando. O papel especificamente do Parlamento é paralisado pelo crescente teor técnico em textos que reclamam uma competência que ele não possui. Em numerosos países, há muito tempo a lei não é mais elaborada pelo Parlamento, mas por tecnocratas politicamente irresponsáveis. É isso que enfraquece o papel de contrapoder do Legislativo e afasta um pouco mais o governante do governado. A eficácia dos textos parlamentares é perturbada pelo jogo de alianças e coalizões, o qual faz com que a lei deixe de ser a expressão da vontade, para transformar-se na subtração de múltiplas negações. O compromisso anda de mãos dadas com termos frágeis e disposições ambíguas que não despertam discórdia. A lei torna-se um produto semiacabado que deve ser terminado pelo juiz."

Argumenta, com razão, que "o enfraquecimento da lei foi acelerado pela importância que fontes supranacionais assumiram nos sistemas jurídicos nacionais" e que "o juiz atualiza a obra do constituinte e torna-se um colegislador permanente".

[11] *O juiz e a democracia*. 2. ed. Revam. p. 40-41.

15. No tópico, creio que o passar do tempo tem dado razão a *Kelsen*, o grande Mestre de Viena, que, ao conceber o ordenamento jurídico como uma pirâmide hierarquizada de normas em cujo cume se situaria a norma fundamental hipotética, previu o deslocamento desta para servir de fundamento básico, com caráter impositivo, à legislação de vários países, caminhando-se em direção à *civitas maxima*, à "cidade universal". Esta se consubstanciará com a superação das contradições e dos conflitos entre as legislações nacionais e a prevalência dos princípios superiores de direito e de justiça. É um caminho longo a ser percorrido, mas que tem sido vencido, com relativa rapidez, nos últimos tempos. Os atos terroristas ocorridos nos Estados Unidos em 11 de setembro de 2001 e a guerra do Iraque têm gerado grandes consequências nas relações internacionais, colocando em xeque a pretensa hegemonia absoluta norte-americana, governada com extrema insensatez pelo então Presidente George Bush, ao esquecer-se dos princípios legados pelos fundadores daquela grande nação. A ordem econômica e política mundial tem se transformado rapidamente, e, com ela, a ordem jurídica.

O direito comunitário da União Europeia e a Convenção Europeia de Direitos Humanos são exemplos de legislação cada vez mais difundida a exercerem papel significativo nos direitos dos países-membros.

16. No Brasil, os parágrafos segundo, terceiro e quarto ao art. 5º da Constituição em vigor, estes dois últimos com a redação da EC 45/2004, que versam sobre a matéria, estão assim redigidos:

"§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.

§ 4º O Brasil se submete à jurisdição do Tribunal Penal Internacional a cuja criação tenha manifestado adesão."

O § 2º do referido artigo preceitua:

"Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte."

No contexto assinalado, há de se examinar o Tratado do Mercosul.

Outrossim, a integração cada vez maior entre os países ibero-americanos está refletida no Código Modelo de Cooperación Interjurisdicio-

nal para Iberoamerica (*Revista de Processo*, n. 116, p. 203 e seguintes).

Sobre temas específicos de cooperação internacional na área jurisdicional, muitos tratados têm sido assinados pelo Brasil.

17. Para a efetivação dos princípios constitucionais antes mencionados, após a EC nº 45/2004, o Supremo Tribunal Federal tem atuado com desenvoltura no julgamento de ações declaratórias de inconstitucionalidade (ADIs), ações declaratórias de constitucionalidade (ADCs) e ações de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) e, também, dos recursos extraordinários com repercussão geral, ensejadores da edição de súmulas vinculantes. A atuação da Excelsa Corte está em consonância com os princípios que regem o Judiciário moderno. Creio, porém, que deveria adstringir a sua atuação às questões constitucionais em tese, como preconizava o grande Professor Miguel Reale. Se continuar a examinar casos concretos, irá esvaziar a atuação dos outros órgãos jurisdicionais, fragilizando o Poder Judiciário como um todo. A questão é de dosagem, e a sabedoria dos juristas irá encontrar, tenho certeza, uma posição de equilíbrio em prol da eficiência e da respeitabilidade da função jurisdicional.

18. Sob um ângulo mais específico, convém ter em foco que a Lei e a Justiça "compõem as duas faces deste universo sobre o qual gravitam todos os fenômenos jurídicos". Há uma crise da Lei e uma crise da Justiça. Essas crises decorrem da "distorção entre a lei e os anseios sociais" e da "ineficiência da realização da justiça". Daí que, com inteira pertinência, destacou o então Desembargador Luiz Fux, hoje eminente Ministro do STF,[12] que

"resplandece no céu do terceiro milênio, encartada em uma das 'Eras do Direito', idealizadas pelo notável *Norberto Bobbio*, a 'Era da Legitimidade', resultante das novas expectativas quanto à 'lei e à justiça', emergentes das respostas à crise jurídica que agoniza no mundo que ora contemplamos."

É o citado magistrado e professor, ainda, quem realça que a "crise judicial confina com a crise da lei", assinalando que, "em outra medida, a 'justiça da decisão' depende da 'justiça legal', porquanto o magistrado

[12] Em 2009, quando foi proferida esta palestra. Desde 2011, o Ministro Luiz Fux integra o Supremo Tribunal Federal.

tem como atividade precípua a submissão dos fatos às normas".[13]

E, após dizer que "uma sentença em que se constrói o 'jurídico' antes do 'justo' se equipara a uma casa onde se erige o teto antes do solo", endossando *Plauto Faraco de Azevedo*, preconiza a era de um poder judicial criativo

"que atenda às exigências de justiça perceptíveis na sociedade e compatíveis com a dignidade humana, um poder para cujo exercício o juiz se abra ao mundo ao invés de fechar-se nos códigos, interessando-se pelo que se passa ao seu redor, conhecendo o rosto da rua, a alma do povo, a fome que leva o homem a viver no limiar da sobrevivência biológica."[14]

19. Os conflitos multiplicam-se na sociedade e, a cada instante, os cidadãos estão a clamar por justiça. Frequentemente, os jornais se referem aos sem-terra, aos sem-teto, aos que reclamam por assistência médica, por educação, por emprego. Tais conflitos, de origem geral, precisam ser solucionados, mas a sua justa solução pressupõe sempre a opção por valores que, em um determinado momento, devem prevalecer. O deslinde desses conflitos ocorre mediante a atuação dos poderes do Estado: o Executivo, o Legislativo e o Judiciário. Portanto, a Justiça, em termos estatais, não é praticada só pelo Judiciário, mas também pelos outros poderes. Ao Judiciário cabe solucionar apenas certos conflitos especiais, denominados litígios ou lides.

Essas distinções são feitas porque o Judiciário, hoje, é intensamente criticado e, com frequência, de forma injusta. Muitas vezes dele se exige uma justiça que não pode praticar. Essas limitações, nem sempre notadas por pessoas que se dizem letradas, foram percebidas, com percuciência, pelo representante dos trabalhadores rurais, homem simples, mas catedrático na luta pela vida, em importante simpósio sobre a reforma do Poder Judiciário, no qual os temas pertinentes eram debatidos com amplos setores da sociedade. Disse ele, referindo-se à reforma agrária, com sabedoria e de maneira respeitosa, aos representantes do Judiciário presentes: "A Justiça que nós queremos, vocês não a podem nos dar".

20. É preciso, porém, repensar o Judiciário, objetivando a adoção de providências no sentido da efetividade dos direitos e da cidadania,

[13] O que se espera do Direito no terceiro milênio, frente às crises da lei, da justiça e do ensino jurídico. Aula magna proferida em 31.08.1998, Universidade Gama Filho.
[14] Idem.

na certeza de que justiça lenta e à qual tem acesso apenas parte da população é injusta. E, no desempenho dessa tarefa, impõe-se considerar não apenas, como até aqui tem acontecido, *os operadores do sistema judiciário*, mas especialmente *os consumidores* da justiça. Não se pode olvidar que, no regime democrático, a atuação precípua do Estado, mediante os seus órgãos, há de visar sempre à afirmação da *cidadania*. De nada adianta conferirem-se direitos aos cidadãos, se não lhes são dados meios eficazes para a concretização desses direitos.

As ideias sobre a matéria vêm sendo desenvolvidas em países da Europa e da América, em torno do que se convencionou chamar "acesso à justiça", sendo relevantes a esse respeito os sucessivos trabalhos publicados por *Mauro Cappelletti* e *Vittorio Denti*.

Em suma, o que pretende essa corrente de pensamento é "a abertura da ordem processual aos menos favorecidos da fortuna e à defesa de direitos e interesses supraindividuais, com a racionalização do processo", que "quer ser um *processo de resultados*, não um processo de conceitos ou de filigranas".[15] O que se almeja é a *efetividade do processo*, sendo indispensável, para isso, "pensar no processo como algo dotado de bem definidas destinações institucionais e que deve cumprir os seus objetivos sob pena de ser menos útil e tornar-se socialmente ilegítimo".[16] Acesso à justiça é o *acesso à ordem jurídica justa*, no dizer de *Kazuo Watanabe*. "Não tem acesso à justiça aquele que sequer consegue fazer-se ouvir em juízo, como também todos os que, pelas mazelas do processo, recebem uma justiça tarda ou alguma injustiça de qualquer ordem".[17]

21. Em brilhantes conferências a respeito do tema, assinalou o Professor *Mauro Cappelletti* ser muito fácil declarar os direitos sociais; o difícil é realizá-los. Daí que "o movimento para acesso à justiça é um movimento para a efetividade dos direitos sociais", e a sua investigação deve ser feita sob três aspectos principais, a que denominou *ondas* renovatórias. A primeira refere-se à garantia de adequada representação

[15] DINAMARCO, Cândido Rangel. *A reforma do Código de Processo Civil*. 4. ed. 2. tir. Malheiros, 1998. p. 21 e 22.
[16] Idem.
[17] Idem.

legal dos pobres. Como fazê-la? A designação honorífica de advogados não tem mais sentido. Deve-se permitir a escolha de profissionais, instituir órgãos de defensoria pública ou adotar-se sistema misto? Seja qual for a solução, é fundamental que se assegure aos necessitados assistência jurídica, integral e gratuita.[18]

A segunda onda renovatória visa à tutela dos interesses difusos ou coletivos, com o objetivo de proteger o consumidor ou o meio ambiente. Pressupõe que o conceito de pobreza não se adstringe ao indivíduo carente de recursos financeiros, ou de cultura, ou de posição social. É mais vasto: abrange grupos e categorias, como no caso do consumidor. Uma empresa produz milhões de produtos com um defeito de pouco valor. Trata-se de interesse fragmentado, pequeno demais para que o cidadão, individualmente, defenda o seu direito. Mas, se todos os consumidores, em conjunto, decidirem atuar, estarão em jogo interesses consubstanciados em valores consideráveis. Há, pois, de atentar-se para os *carentes econômicos* e para os *carentes organizacionais*.

A terceira onda preocupa-se com fórmulas para simplificar os procedimentos, o direito processual e o direito material, como, por exemplo, nas pequenas causas, a fim de que o seu custo não seja superior ao valor pretendido pelo autor. O tema envolve estudos, entre outros, sobre os princípios da oralidade e da imediatidade, bem como sobre os poderes do juiz e sobre a instrumentalidade do processo.

Em síntese, segundo o insigne jurista, os principais problemas do movimento reformador são os seguintes:

> "a) o obstáculo *econômico*, pelo qual muitas pessoas não estão em condições de ter acesso às cortes de justiça por causa de sua pobreza, correndo seus direitos o risco de serem puramente aparentes;
>
> b) o obstáculo *organizador*, mediante o qual certos direitos ou interesses 'coletivos' ou 'difusos' não são tutelados de maneira eficaz se não se operar uma radical transformação de regras e instituições tradicionais de direito processual, transformações essas que possam ter uma coordenação, uma 'organização' daqueles direitos ou interesses;
>
> c) finalmente, o obstáculo propriamente *processual*, pelo qual certos tipos tradicionais de procedimentos são inadequados aos seus deveres de tutela."

[18] No Brasil, a Constituição estabelece que "o Estado prestará assistência judicial integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos" (art. 5º, LXXIV), esclarecendo que "A Defensoria Pública é instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados" (art. 134).

22. Com apoio nos textos constitucionais em vigor, importantes leis têm sido promulgadas com o objetivo de tornar realidade as novas regras atinentes ao que se denominou "acesso à justiça". Nesse sentido, incluem-se aquelas relativas à reforma do Código de Processo Civil.

No Brasil, essa grande transformação começou, no plano legislativo, com a edição da Lei da Ação Popular (Lei n° 4.717, de 29.06.1965) e assumiu dimensões revolucionárias com a promulgação da Lei da Ação Civil Pública (Lei nº 7.347, de 24.07.1985), estendida até mesmo à tutela da ordem econômica pela Lei n° 8.884, de 11.06.1994 (art. 88), do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei n° 8.069, de 13.07.1990) e do Código de Defesa do Consumidor (Lei n° 8.078, de 11.09.1990).

A Lei da Ação Civil Pública, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor instituíram as bases da tutela do direito coletivo em nosso ordenamento jurídico. Esses diplomas legais atribuíram legitimidade ao Ministério Público e a outras entidades representativas de classe, estabeleceram regras sobre a coisa julgada *erga omnes* e *ultra partes* e dispuseram sobre a conceituação das três espécies de direitos e interesses a serem objeto de tutela coletiva: os difusos, os coletivos e os individuais homogêneos.

Ressalte-se que a Constituição Federal em vigor, no plano da tutela constitucional das liberdades, criou os institutos do *habeas data*, do *mandado de injunção* e do *mandado de segurança coletivo*, disciplinado pela Lei 12.016, de 07.08.2009, consagrando princípios relativos à *tutela jurisdicional coletiva* (legitimidade dos sindicatos e das entidades associativas em geral: art. 5º, inciso XXI, e art. 8º, inciso III) e dando feição constitucional aos Juizados Especiais de Pequenas Causas (art. 24, inciso X, e art. 98, inciso I) e à ação civil pública (art. 129, inciso III). Com essa nova visão, foram promulgadas a Lei n° 9.099, de 26.09.1995, e a Lei nº 10.259, de 21.07.2001, que dispõem sobre os Juizados Especiais Cíveis e Criminais, no âmbito da Justiça Estadual e da Justiça Federal, respectivamente, as quais adotaram os seguintes princípios básicos: oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, buscando, sempre que possível, a conciliação ou a transação.

O significativo número de demandas transindividuais ajuizadas, fundadas na legislação a que antes me referi, mostra a boa acolhida que

vem obtendo da sociedade e a sua grande utilidade para a população e para a defesa do interesse público.

Cumpre assinalar, outrossim, que os meios alternativos de solução de litígios devem ser difundidos, estimulando-se o uso da mediação, da conciliação e da arbitragem. A esse respeito, foi promulgada a Lei n° 9.307, de 23.09.1996, também denominada "Lei Marco Maciel".

Recentes alterações da legislação processual penal e civil têm procurado simplificar o exercício da tutela jurisdicional em prol da efetividade dos direitos. No plano processual penal, porém, será necessário que o Supremo Tribunal Federal encontre solução no sentido de harmonizar os princípios constitucionais consubstanciadores dos direitos e das garantias individuais e aqueles que concernem à proteção da própria sociedade, pois os cidadãos se sentem cada vez mais inseguros, e os criminosos, confiantes na sua impunidade.

São providências importantes. No entanto, muitas outras precisam ser tomadas. Impõe-se afastar o "sentimento de deslegitimação por parte da maioria da população" com que depara o Poder Judiciário. É preciso dar meios aos excluídos e aos pobres para que deixem de recorrer a outros canais de mediação, como a polícia, o padre, o líder comunitário e o justiceiro. Ou seja, cumpre dar condições a toda a população para assegurar de fato a sua cidadania.

23. O Estado social, que emergiu no curso deste século, em um panorama de tensões, crises e controvérsias, é caracterizado pela expansão sem precedentes dos poderes do Estado legislador e administrador. Daí que se tornou mais aguda e urgente a exigência do controle judiciário da atividade do Estado. As lides deixaram de envolver apenas sujeitos privados e passaram a comprometer os poderes políticos do Estado. Está a ocorrer a judicialização da política.

Ademais, como antes assinalado, a expansão da função legislativa e o crescente volume de legislação, além de sobrecarregarem os parlamentos, ensejaram a edição de leis ambíguas e vagas, deixando delicadas escolhas políticas à fase da sua interpretação e aplicação.

Acrescente-se, ainda, a existência de massa de leis que continuam "nos livros" mesmo depois de se tornarem obsoletas. Esses eventos ensejaram a necessidade de um ativismo judicial mais acentuado, mas não

são considerados pelos críticos desse ativismo. A tudo isso se acrescenta o fato de que, em regra, os direitos sociais são "promocionais" e voltados para o futuro, exigindo, para a sua gradual realização, a intervenção ativa e prolongada no tempo pelo Estado. Ao aplicar as leis pertinentes, o juiz não pode proceder de maneira estática, mas tendo presente a finalidade social da lei à vista dos programas prescritos de maneira vaga pelas referidas normas.

Finalmente, assumem cada vez mais significação os conflitos decorrentes do fenômeno da "massificação", especialmente a tutela dos denominados interesses difusos, homogêneos e coletivos. Isso está a exigir uma nova visão dos conceitos e das regras do processo judicial e do próprio papel do juiz moderno.

24. Sob essa perspectiva, resulta claro que a crise do Judiciário é, também, um aspecto da crise do próprio Estado. Sem se organizar e dar eficiência ao Estado-administrador e ao Estado legislador, deficiente continuará o Estado-justiça.

Convém, por isso mesmo, na atual conjuntura, que se aumente a colaboração entre os poderes do Estado, objetivando apressar soluções tendentes ao bem comum. Não se trata de abrir mão dos princípios que regem a atuação de cada poder, mas de buscar uma aproximação maior entre os seus membros com o fito de se tomarem medidas de interesse geral, visando à sociedade como um todo. O que se há de procurar é dar cumprimento à segunda parte do art. 2º da Constituição, segundo o qual os poderes são independentes, mas harmônicos entre si. Ou seja, a independência não exclui a harmonia, e a harmonia só poderá ser obtida mediante conversações que permitam identificar as posições convergentes sobre os problemas do Estado, a fim de que, na velocidade dos tempos modernos, possam ser superados. Com esse objetivo, já foram firmados dois "pactos republicanos de Estado" entre os três poderes, com relativo êxito.

Não há olvidar que, à semelhança do que acontece com a atividade dos juízes, dos membros do Ministério Público e dos advogados, o relacionamento entre os poderes obedece ao sistema dos vasos intercomunicantes. O Estado só funciona bem quando as suas atividades fundamentais são exercidas harmonicamente, sem dolo, sem malícia,

em nível ético. Um poder que, pela atuação dos seus agentes, falta ao respeito ao outro ignora o que não pode desconhecer: não se pode baixar o nível de um, sem baixar, de igual modo, o do outro.[19] E, no que concerne ao mútuo respeito,

"inexiste o mais alto: o respeito não desce de cima para baixo, não sobe de baixo para cima. Horizontalmente se manifesta sempre. Interligam-se de tal modo os três, que a elevação de um a todos enobrece, assim como o desrespeito a um a todos atinge."[20]

25. O Estado proibiu a autotutela, punindo como crime fazer justiça pelas próprias mãos. Assumiu, pois, o compromisso de solucionar, de forma adequada, efetiva e em tempo hábil, os litígios ou lides que ocorrem no seio da sociedade. O processo, mediante o qual atua a sua função jurisdicional, deve ensejar resultado semelhante ao que se verificaria se a ação privada não estivesse proibida.[21]

É relevante ter-se em conta que

"a demora da resposta judicial leva ao exaurimento de forças a parte débil, que, diferentemente do litigante mais portentoso, não tem condição de arcar com essa lentidão, permitindo a este arrancar-lhe vantajosas concessões. Por essa razão, *Cappelletti*, curvado sobre o problema, cedeu à realidade ao concluir: 'a justiça é igual para todos, mas um pouco mais igual para os ricos e um pouco menos igual para os pobres'."[22]

A Convenção Europeia para Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais estabeleceu, no seu art. 6°, § 1°, que a Justiça que não cumpre suas funções dentro de "um prazo razoável" é, para muitas pessoas, uma justiça inacessível.[23]

Nessa perspectiva, é intuitivo que "a inexistência de tutela *adequada* a determinada situação conflitiva corresponde à própria negação da tutela a que o Estado se *obrigou* quando chamou a si o monopólio da

[19] O enfoque foi utilizado por Piero Calamandrei na comparação das atividades entre juízes, advogados e membros do Ministério Público, e não entre os poderes do Estado. Ver: *Eles, os juízes, vistos por nós, os advogados*. 4. ed. Clássica. p. 22. O texto consta no meu discurso de posse na Presidência do Superior Tribunal de Justiça, ocorrido em 02.04.1998.

[20] A expressão foi usada pelo Il. advogado Dr. Justino Vasconcelos, ao falar sobre "Advocacia e relacionamento com a Magistratura e o Ministério Público", Tese n. 12, *VI Conferência Nacional da OAB*, Salvador, BA, outubro de 1978. Não se referiu o autor ao relacionamento entre os poderes do Estado. O texto consta no meu discurso de posse, antes citado.

[21] MOREIRA, José Carlos Barbosa. Tutela sancionatória e tutela preventiva. In: *Temas de Direito Processual*. 2. série. São Paulo: Saraiva, 1980. p. 21. MARINONI, Luiz Guilherme. *Efetividade do processo e tutela de urgência*. Sérgio Antonio Fabris, 1994. p. 12.

[22] Desembargador *Luiz Fux*, aula magna citada, p. 26-27.

[23] CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Traduzido por Ellen Gracie Northfleet. Sérgio Antônio Fabris, 1988. p. 20-21.

jurisdição". Daí a necessidade de tutelas rápidas e imediatas para remediar a ineficácia do procedimento ordinário e da própria administração da justiça.[24]

Impõe-se, pois, que o legislador e o juiz do terceiro milênio tenham

"em mente que 'as situações de periclitação e as de evidência' merecem tutela imediata. A primeira, em face da possibilidade de dano irreparável acaso a justiça não seja imediata. A segunda, porque, em face de um 'direito líquido e certo', não se revela justo o aguardar indefinido de uma resposta judicial, que não pode ser outra senão aquela que acompanha a prova inequívoca que conduz à verossimilhança e à probabilidade de êxito alegado pela parte."

Ademais,

"as sentenças devem valer por si sós, sem necessidade de atividades complementares que impliquem nova e delongada relação processual. A autoexecutividade e a mandamentalidade das decisões são anseio cuja contemplação não pode ultrapassar a 'nova era' sem a correspondente consagração."[25]

No Brasil, as alterações do Código de Processo Civil introduzidas pela Lei nº 8.952, de 13.12.1994, prestigiaram a doutrina da criação de tutelas diferenciadas, inclusive das tutelas de evidência. Quanto a estas últimas, passou a contemplar aquela lei duas modalidades de antecipação de tutela: uma relativa a obrigações de dar (art. 273), e outra, às obrigações de fazer e não fazer (art. 461).[26] Leis subsequentes têm aperfeiçoado o instituto, inclusive para admitir a fungibilidade das tutelas de urgência.

Continuam, porém, as dificuldades de cumprimento das sentenças condenatórias. Não há tipificação criminal e, por isso, prisão por "descumprimento de ordem judicial" ou "desacato judicial". No direito anglo-saxão, a prisão por dívida é vedada, mas isso não afasta aquela decorrente do descumprimento voluntário e afrontoso de ordens judiciais. Todavia, decisões têm sido proferidas, especialmente no âmbito civil, estipulando multa no caso do seu descumprimento. Procura-se adaptar o instituto do *contempt of court* ao direito brasileiro.

[24] MARINONI, Luiz Guilherme. Obra citada, p. 66.

[25] Desembargador *Luiz Fux*, aula magna citada, p. 28-29. O tema é desenvolvido pelo ilustre autor na tese em que obtém a titularidade de Direito Processual Civil da UERJ: *Tutela de segurança e tutela de evidência*.

[26] CARREIRA ALVIM, J.E. *Tutela especifica das obrigações de fazer e não fazer*. Del Rey, 1997. p. 9 e 10.

26. Cumpre encerrar. Muito falei e levantei questões sobre o Judiciário. Não é fácil dizer como solucioná-las. O importante é tê-las presentes, é ter delas consciência, a fim de que, no momento próprio, possam ser superadas. É imperioso que os estudiosos trabalhem conscientes de que, nesta época em que tudo se questiona, não se pode olvidar o tema sobre a legitimidade do Judiciário como poder, sob o enfoque da sua aceitação pela sociedade a que serve. São indispensáveis a mudança de mentalidade e a criatividade, a fim de que novos princípios sejam aplicados à solução dos litígios, mitigando-se, assim, o fenômeno da litigiosidade contida e da impunidade, que, como doença insidiosa, pode aflorar com todas as suas energias funestas e atingir os alicerces que sustentam a causa democrática. O Judiciário só se impõe como verdadeiro poder no Estado de direito. É por isso mesmo que, quando a democracia floresce, assume a sua verdadeira dimensão de órgão do Estado que equilibra a atuação das forças vivas da nacionalidade, reduzindo os inevitáveis conflitos decorrentes das concepções antagônicas sobre os fatos da vida e mostrando aos cidadãos o caminho do entendimento e da harmonia, sem o qual seremos forçados a volver às formas de convivência ultrapassadas, próprias dos períodos mais obscuros registrados pela História.

Recurso especial como instrumento de uniformização do direito federal

Maria Isabel Gallotti[*]

Sumário: 1 A criação do Superior Tribunal de Justiça como solução para a crise do recurso extraordinário. 1.1 Acórdão recorrido com fundamento legal e constitucional. 2 O julgamento tripartido do recurso especial: requisitos gerais de admissibilidade, fundamentos vinculados e, se conhecido o recurso, julgamento da causa. 3 Fundamentos vinculados do recurso especial. 3.1 Causas decididas definitivamente na instância ordinária. 3.2 Recurso especial contra decisão acerca de antecipação de tutela ou liminar. 3.3 Alínea *a*: violação de lei federal. 3.3.1 Prequestionamento. 3.4 Alínea *b*: ato de governo local contestado em face de lei federal. 3.5 Alínea *c*: divergência. 4 Julgamento da causa, após conhecido o recurso especial. 4.1 Questões de fato não apreciadas na origem. 4.2 Questões de ordem pública. 4.3 Questões dependentes de alegação das partes: prequestionamento; distinção entre a posição do recorrente e a do recorrido. 5 Crise do recurso especial. Perspectivas. Relevância da questão federal.

1 A criação do Superior Tribunal de Justiça como solução para a crise do recurso extraordinário

A missão de assegurar a unidade, a validade e a autoridade do direito federal – constitucional e ordinário – competia, com exclusividade, ao

[*] Ministra do Superior Tribunal de Justiça.

Supremo Tribunal Federal, que exerceu, desde o Império (o então Supremo Tribunal de Justiça), papel relevante na sedimentação da unidade nacional, e, na fase da República, passou a exercer a função de garantia da vigência da lei federal.

Não é necessário acentuar a importância dessa função em um Estado Federal de dimensões continentais, marcado por acentuadas disparidades regionais, onde cada unidade da federação é dotada de Poder Judiciário próprio, com competência para aplicar não apenas o direito estadual, mas também o federal. Leis estruturais do sistema jurídico pátrio – como os Códigos Civil, Penal, de Processo Civil e de Processo Penal e a Consolidação das Leis do Trabalho, entre inúmeras outras da competência legislativa privativa ou concorrente da União – teriam, com o tempo, interpretação que as dotaria de sentido completamente diverso, quando não contraditório, se aplicadas às múltiplas situações cotidianas por tribunais do Rio Grande do Sul ao Amazonas, de acordo com a cultura e a consciência coletiva próprias de cada uma das regiões do país.

Sem um tribunal de superposição, encarregado de uniformizar a interpretação do direito federal, com poder de cassar ou rever decisões dos Judiciários federal e estadual, o sentido das leis federais não seria único, variaria conforme a interpretação que lhe fosse conferida, em última instância, pelos Judiciários estaduais, segundo as contingências políticas, econômicas, sociais e culturais de cada estado, comprometendo a própria ideia de direito federal.

Mas a tarefa sempre se viu hercúlea. José Guilherme Villela, em trabalho publicado em 1986,[1] historia que, desde a Constituição de 1891 até 1986, foram autuados no STF 106.041 recursos extraordinários, além de milhares de agravos de instrumento (104.308) e arguições de relevância (30.266), o que fez atingir, em pouco menos de um século, 240.575 provocações de litigantes vencidos, com o propósito de buscar no Supremo a revisão de decisões locais.

Recordou José Guilherme Villela que já se falava em crise do Supremo desde o remoto ano de 1915,[2] mas que essa crise se acentuara a

[1] VILLELA, José Guilherme. Recurso extraordinário. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 23, n. 89, jan./mar. 1986, p. 232-252.

[2] Em entrevista a "O Jornal", publicada em 13.02.31, Antônio Joaquim Pires de Carvalho e Albuquerque,

partir do final da década de quarenta, pois, até 1946, durante 56 anos de existência, foram ao STF pouco mais de 10.000 recursos extraordinários, enquanto que nos últimos 39 anos (anteriores a 1986) lhe vieram mais de 96.000 recursos extraordinários, além dos numerosos agravos e arguições de relevância.

Era, pois, unânime o veredito da necessidade de reduzir o número de recursos extraordinários, recurso que, sem embargo de outros relevantíssimos instrumentos processuais, como o *habeas corpus*, o mandado de segurança e a representação por inconstitucionalidade de lei, era o principal instrumento da atividade rotineira de uniformização do direito federal.

Aventou-se o aumento do número de ministros, o uso prévio da ação rescisória, a supressão do cabimento de recursos por contrariedade à lei federal, remanescendo apenas o recurso por divergência, a criação de Tribunal Superior de Justiça e de Corte Constitucional, a generalização da arguição de relevância, cada uma dessas opções defendida e combatida por expressivas opiniões de teóricos e práticos do direito, como nos dá notícia o Ministro Victor Nunes Leal, no artigo "Aspectos da Reforma Judiciária", publicado em 1965.[3]

Veio, então, a Constituição de 1988, caracterizada por firme opção pela segurança em detrimento da celeridade da prestação jurisdicional.[4] Maiores garantias foram conferidas aos litigantes, como o direito ao contraditório e à ampla defesa, em matéria civil e administrativa, estendendo-lhes princípios antes existentes apenas no processo penal, tendo sido, paralelamente, expandido o sistema de recursos, com o acréscimo do recurso especial.

O Supremo Tribunal teve mantida, no controle difuso, a competência para o julgamento de recurso extraordinário, em caso de ofensa à Constituição.

Foi criado o Superior Tribunal de Justiça, com 33 ministros, o triplo do Supremo Tribunal, e a ele transferida, sem possibilidade de filtros

Ministro do STF e Procurador-Geral da República, dá precioso depoimento a respeito da crise do STF no início da década de trinta. A entrevista consta do livro *Culpa e castigo de um magistrado*. 3. ed. Hunos, 1972. p. 141-147.

[3] NUNES LEAL, Victor. Aspectos da Reforma Judiciária. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 2, n. 7, p. 19-33, 1965.

[4] Cf., a propósito, o discurso de posse de Luiz Octávio Gallotti na Presidência do STF, em maio de 1993.

legais nem regimentais, a competência para processar e julgar, em recurso especial, as questões de direito federal ordinário.

1.1 Acórdão recorrido com fundamento legal e constitucional

Bipartiu-se o antigo recurso extraordinário, de forma que, tendo o acórdão do tribunal de apelação fundamento legal e constitucional, passou a ser necessária a interposição de dois recursos de natureza extraordinária, o recurso extraordinário propriamente dito, dirigido ao Supremo Tribunal Federal, e o recurso especial, endereçado ao Superior Tribunal de Justiça.

É importante ressaltar que, sendo cada um dos fundamentos (o legal e o constitucional) por si só suficiente, a ausência de interposição do recurso extraordinário impede o conhecimento do recurso especial (Súmula 126/STJ). O motivo é óbvio: de nada adiantaria o STJ reformar o fundamento de natureza legal se persistisse inabalada a conclusão do acórdão recorrido por conta do fundamento constitucional (Súmula 283 do STF).

Neste ponto, observo que, frequentemente, o acórdão recorrido baseia-se em institutos e princípios de estatura constitucional, mas delineados em normas infraconstitucionais, como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Embora não seja pacífico o tema, há acórdãos do STJ segundo os quais, havendo dispositivo constitucional com o mesmo conteúdo da regra legal cuja violação se alega, a questão é constitucional, não susceptível de apreciação na via do recurso especial. Orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal, todavia, no sentido de que não cabe recurso extraordinário por ofensa aos princípios constitucionais da legalidade, do devido processo legal, da coisa julgada, do direito adquirido, entre outros, se, para apreciá-la, for necessária a interpretação de legislação ordinária.[5]

Os conceitos de direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada são dados por lei ordinária (Lei de Introdução, art. 6º), sem aptidão, portanto, para inibir o legislador infraconstitucional. Assim, se a lei ordinária contiver regra de cujo texto se extraia ordem de retroatividade, em prejuízo de situação jurídica anteriormente constituída, a ofensa será direta à Constituição, passível de exame em recurso extraordinário.

[5] Cf. acórdão no AgRg no Ag. 135.632/RS, relator o Ministro Celso de Mello, *RTJ* 171/275, entre outros.

Diversamente, caso se cuide de decidir acerca da aplicação da lei nova a determinada relação jurídica existente quando de sua edição, a questão será infraconstitucional, impugnável mediante recurso especial.

Impõe-se admitir, contudo, que, na prática, em diversas situações, tem sido frequente a interposição de recursos praticamente idênticos, dirigidos ao STJ e ao STF, embora ao menos um deles sem chances de êxito, para evitar o óbice das Súmulas 126/STJ e 283/STF.

2 Julgamento tripartido do recurso especial: requisitos gerais de admissibilidade, fundamentos vinculados e, se conhecido o recurso, julgamento da causa

Segundo o art. 105, inciso III, da Constituição de 1988, compete ao STJ julgar, em recurso especial, as causas decididas, em única ou última instância, pelos tribunais regionais federais ou pelos tribunais dos estados e do Distrito Federal, quando a decisão recorrida contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência (alínea *a*); julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal (alínea *b*); ou der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal (alínea *c*).

O julgamento do recurso especial pode compreender três fases, cada uma delas tendo como pressuposto a superação positiva da anterior. A primeira consiste no exame dos requisitos intrínsecos e extrínsecos comuns aos recursos em geral, como legitimidade, interesse, tempestividade e pagamento de custas. A segunda tem por objeto o exame dos denominados "fundamentos vinculados", relacionados às hipóteses constitucionais de cabimento do recurso (CF, art. 105, inciso III), e, portanto, à finalidade que inspira a existência do recurso, a saber, a garantia da inteireza, da validade, da autoridade e da unidade de interpretação do direito federal. A terceira, se conhecido o recurso especial, é o julgamento da causa, com a aplicação do direito à espécie (Regimento Interno do STJ, art. 257, e Súmula 456 do STF). Passarei a discorrer sobre a segunda e a terceira etapas.

3 Fundamentos vinculados do recurso especial

As instâncias ordinárias de primeiro e segundo grau satisfazem o direito das partes de ter sua causa apreciada pelo Poder Judiciário, com

o debate e a decisão de todas as questões de fato e de direito, estabelecendo a vontade concreta da lei para cada conflito de interesses.

Em grau extraordinário de jurisdição, o STJ tutela, mediante a apreciação de casos individuais, a autoridade e a uniformidade de interpretação do direito federal ordinário. Embora seja de difícil compreensão para o público leigo, o papel constitucional do STJ não é corrigir injustiças causadas por equivocada apreciação da prova ou de cláusulas contratuais. Para análise de provas e disposições contratuais, a última instância é a Justiça de segundo grau. Nesse sentido, as Súmulas 5 ("a simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial") e 7 ("a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial"), ambas do STJ. Se houver erro, resta apenas, nos casos previstos em lei, a ação rescisória (CPC, art. 485). A segurança e a paz social impõem que haja decisão definitiva, insusceptível de recurso, com a qual devem as partes se conformar e a que devem obedecer.

O recurso especial para o STJ não deveria ser regra, mas recurso de natureza extraordinária, destinado a corrigir interpretações equivocadas no direito federal, comprometedoras da autoridade e da uniformidade do ordenamento jurídico federal.

É sob esse enfoque que devem ser analisados os pressupostos de admissibilidade dos recursos dirigidos aos tribunais superiores, os quais, no caso do STJ, têm alçada constitucional, vale dizer, não podem ser limitados por lei ou por norma regimental, sendo sujeitos, todavia, a interpretações da jurisprudência do tribunal, que, historicamente, são cada vez mais restritivas, como se observa da evolução da jurisprudência do STF e, agora, do STJ.

3.1 Causas decididas definitivamente na instância ordinária

Lê-se na Constituição que o recurso especial é cabível no caso de "causas decididas, em única ou última instância, pelos Tribunais Regionais Federais ou pelos Tribunais dos Estados, do Distrito Federal e Territórios (...)".

Pela expressão causa, em sentido amplo, entendem-se todas as questões de direito federal, de natureza jurisdicional, decididas definitivamente pelos tribunais estaduais e federais. Não cabe recurso especial contra decisões de juizados especiais. Decisões administrativas dos tri-

bunais, como as relacionadas ao processamento dos precatórios, não são passíveis de recurso especial (Súmula 311 do STJ).

É pressuposto do recurso especial o esgotamento da instância ordinária, vale dizer, a interposição e o julgamento de todos os recursos cabíveis no tribunal de origem (Súmula 281/STF e Súmula 207/STJ).

Na mesma linha, não admite a jurisprudência do STJ o recurso especial protocolado antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação (Súmula 418/STJ), mesmo que tais embargos sejam rejeitados.

A decisão recorrida pode haver extinguido o processo, ou pode ser decisão interlocutória, confirmada pelo tribunal de origem (Súmula 86/STJ), desde que tenha decidido definitivamente qualquer questão processual naqueles autos.

3.2 Recurso especial contra decisão acerca de antecipação de tutela ou liminar

No âmbito do STJ, é controvertida a possibilidade de cabimento de recurso especial contra decisão que concede ou nega liminar ou antecipação de tutela. Entendo, na mesma linha da Súmula 735 do STF ("Não cabe recurso extraordinário contra acórdão que defere medida liminar"), que a decisão que analisa o pedido de antecipação de tutela está fazendo mero exame de plausibilidade do pedido, que poderá ser revisto pelo próprio juízo de origem, não se tratando, pois, em geral, de causa decidida em caráter definitivo, além do que, na maioria das vezes, a apreciação dos pressupostos para a antecipação da tutela demandaria reexame da situação de fato. O STJ é vocacionado à interpretação última do direito federal infraconstitucional, e não à solução precária de contendas com base na aferição de fatos da causa e da verossimilhança de pretensão ainda não julgada sequer em primeiro grau de jurisdição. Não caberia, pois, dessas decisões precárias, a meu sentir, recurso especial.

A exceção seria a hipótese de ser diretamente violada a lei processual que regula o cabimento da antecipação de tutela, como o dispositivo legal impeditivo de concessão de liminar ou de decisão antecipatória de tutela em determinadas situações, por exemplo, a proibição de liminares concessivas de aumento a servidores públicos. Nesse caso, o próprio

dispositivo legal a respeito da concessão da liminar ou da antecipação de tutela estaria sendo violado e, portanto, caberia o recurso especial.

Outra exceção dá-se quando a decisão antecipatória de tutela dispõe, preliminarmente, acerca de questão processual ou prejudicial de mérito. Se, por exemplo, a decisão afasta preliminar de incompetência, carência de ação ou prejudicial de prescrição e, em seguida, defere a antecipação de tutela, o recurso especial é, em princípio, cabível para apreciar eventual violação de lei federal relacionada a tais questões preliminares. Isso porque não se trata de decisões precárias, mas de decisões definitivas sobre temas que podem definir ou pôr fim à relação processual. Assim, se o STJ declarar o autor carecedor de ação ou prescrito o direito de ação, a sua decisão será definitiva; o processo, na origem, será extinto, ficando, por consequência, cassada a antecipação. Caso sejam, porém, afastadas definitivamente tais alegações, delas não mais se cogitará no mesmo feito. É o contrário do que sucede em relação ao juízo perfunctório a propósito da presença de *fumus boni iuris* ou *periculum in mora*. Nesses casos, a decisão do STJ reconhecedora da ausência de plausibilidade do direito do autor não impede a concessão da segurança pelo juízo de primeiro grau, dando origem a nova sequência de recursos em que se decidirá a mesma questão de direito federal, agora em caráter definitivo.

A matéria não é, todavia, pacífica no STJ, havendo situações excepcionais em que, mesmo fora de tais hipóteses, o recurso especial contra antecipação de tutela é conhecido e provido, dada a gravidade do dano irreversível que pode causar a manutenção da tutela, no curso da longa tramitação do processo, antes que o mérito da causa possa alcançar o STJ. Exemplifico esse tipo de situação excepcionalíssima com o caso de decisão precária, deficientemente fundamentada, que determine o levantamento, sem caução, de elevada quantia monetária, por pessoa sem comprovada idoneidade financeira.

3.3 Alínea *a*: violação de lei federal

A primeira hipótese de cabimento do recurso especial, descrita na *alínea a* do inciso III do art. 105 da CF, dá-se quando o acórdão recorrido "contrariar tratado ou lei federal, ou negar-lhes vigência".

Por contrariar, entende-se não apenas interpretar erroneamente uma

lei, mas também aplicá-la em hipóteses inadequadas, ou negar-lhe aplicação quando a situação de fato descrita no acórdão a ela se subsumir.

Compreende a jurisprudência do STJ, por "lei federal", os atos normativos de caráter geral e abstrato editados por órgão da União com base em competência derivada da própria Constituição, a saber, leis, medidas provisórias, decretos autônomos ou regulamentares expedidos pelo Presidente da República. Não se incluem nesse conceito resoluções, circulares, portarias, instruções normativas produzidas por autoridades administrativas.

A ofensa à lei federal há de ser direta. Se, para demonstrar a contrariedade à lei federal, houver necessidade de interpretação de lei estadual ou municipal, ou de atos, portarias, instruções e resoluções administrativas, não cabe o recurso especial (Súmulas 280 e 636 do STF).

3.3.1 Prequestionamento

O cabimento do recurso especial pressupõe que o acórdão recorrido tenha efetivamente decidido a questão de direito federal objeto do mencionado recurso. Cuida-se, aqui, do requisito do prequestionamento (Súmula 282/STF). Isso significa que a questão deve ter sido enfrentada pelo voto condutor do acórdão recorrido; vale dizer, das razões do acórdão deve resultar inequívoco que os julgadores tiveram em mira o dispositivo legal dado por contrariado no recurso, mesmo que de forma implícita, ou seja, sem mencionar literalmente o artigo violado.

Se a questão de direito federal foi alegada pelas partes, em razões ou contrarrazões de apelação, mas não foi apreciada pelo acórdão recorrido, cabe à parte interessada opor embargos de declaração, alegando omissão (CPC, art. 535), para reiterar ao órgão julgador o pedido de exame da matéria (Súmula 356/STF).

O mesmo sucede se a violação tiver origem no próprio julgamento da apelação, quando, por exemplo, houver vício de publicação na pauta da sessão que prejudique a intimação das partes e dos seus advogados. Nesse caso, devem ser opostos embargos de declaração suscitando a questão perante o tribunal de origem e pedindo a anulação do julgamento. Se mesmo em face dos embargos de declaração persistir a omissão do tribunal, a jurisprudência atual do STJ, ao contrário do entendimento tradicional do STF, considera não atendido o requisito do prequestio-

namento (Súmula 211/STJ), o que impede o conhecimento do recurso especial quanto à questão federal a respeito da qual se deu a omissão. Deve a parte, nesse caso, interpor recurso especial alegando ofensa ao art. 535 do CPC e postulando o retorno dos autos à origem para novo julgamento dos embargos de declaração.

Neste ponto, anoto que a jurisprudência sumulada do STJ entende necessário que o prequestionamento da questão federal se dê nos votos vencedores, não sendo suficiente a análise da questão federal no voto vencido (Súmula 320/STJ).

3.4 Alínea *b*: ato de governo local contestado em face de lei federal

Cabe também recurso especial, nos termos da *alínea b*, quando o acórdão recorrido "julgar válido ato de governo local contestado em face de lei federal". Cuida-se, aqui, de atos locais de natureza infralegal. Se o ato estadual julgado válido em face da lei federal for lei estadual, o recurso cabível será o extraordinário, porque o conflito entre lei local e lei federal não se resolve pela hierarquia, mas pela análise do campo de competência próprio de cada ente federado, ou seja, trata-se de conflito constitucional típico, de competência do STF (CF, art. 102, III, *d*).

3.5 Alínea *c*: divergência

A terceira hipótese constitucional de cabimento do recurso especial é a da *alínea c*, a saber, quando o acórdão recorrido "der a lei federal interpretação divergente da que lhe haja atribuído outro tribunal".

Também, aqui, exige-se que a questão federal tenha sido realmente apreciada pelo acórdão recorrido, tendo ele dado a determinado dispositivo de lei federal interpretação divergente da que lhe foi conferida por outro tribunal (prequestionamento da questão federal a respeito da qual se alega a divergência).

Esse outro tribunal pode ser o extinto TFR,[6] o STF (ao qual o STJ sucedeu na interpretação da legislação ordinária),[7] o próprio STJ ou

[6] Há controvérsia quanto à admissão, como paradigma, de acórdão do extinto TFR. Não admitindo, lembro, entre outros, o AgRg no REsp 983.904/DF, rel. Ministro Humberto Martins, DJ 14.12.2007; o AgRg no REsp 38.096/SP, relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 07.02.1994; o REsp 14082/MG, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 24.02.92. Admitindo, na linha de meu entendimento, cito, entre outros, o EREsp 896/RJ, rel. Ministro Peçanha Martins, DJ 14.11.1994; o REsp 27.971/RJ, rel. Ministro José de Jesus Filho, DJ 25.04.1994; o REsp 276.094/DF, rel. Ministro Hamilton Carvalhido, DJ 10.04.2001; e, do Supremo Tribunal Federal, o AgRg no AI 142.522-9, DJ 22.05.92, rel. Ministro Octavio Gallotti.

[7] Também existe controvérsia quanto à admissibilidade, como paradigma, de acórdão do STF. No sentido

qualquer outro tribunal submetido ao crivo revisório do STJ, mas não tribunais integrantes de outro ramo do Poder Judiciário, como os tribunais do trabalho, os tribunais eleitorais e o STM.[8] Não há mecanismo de unificação do direito ordinário entre as Justiças especializadas, pois não há hierarquia entre os tribunais superiores. Não cabe recurso especial por divergência com acórdão do mesmo tribunal do qual se originou o acórdão recorrido (Súmula 13 do STJ).

Segundo a Súmula 83 do STJ, "não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida". A divergência há de ser, pois, com a jurisprudência atual, e não com jurisprudência superada. A Súmula 83 tem sido também aplicada ao recurso especial fundamentado em violação de lei, dele não se conhecendo caso a interpretação dada pelo tribunal de origem se encontre em harmonia com o entendimento atual do STJ a propósito do tema.[9]

Assim como ocorreu em relação ao prequestionamento, em que a jurisprudência foi se tornando cada vez mais exigente, também no tocante à demonstração da divergência, desde os tempos do antigo recurso extraordinário, vem aumentando, significativamente, o grau de rigor.

A esse respeito, assinalava, em 1986, José Guilherme Villela: "parece definitivamente afastada a benignidade de alguns acórdãos mais antigos, que dispensavam o recorrente de comprovar a divergência com o STF, a pretexto de que o tribunal deve conhecer a própria jurisprudência".[10]

Faço essa referência apenas como registro histórico, já longínquo na década de oitenta do século passado. De há muito é impensável que o recorrente deixe de indicar expressamente o acórdão paradigma. Trata-se de exigência não mais apenas regimental, pois expressamente con-

positivo, na linha do entendimento acima exposto, cito, entre outros, o AgRg no REsp 509.433, relator o Ministro convocado Haroldo Rodrigues, DJe 10.05.2010; e o REsp 1.264.894-PR, relator o Ministro Humberto Martins, DJe 09.09.2011. Em sentido contrário, lembro o REsp 114.358-SP, relator o Ministro Gilson Dipp, DJ 30.08.1999; e o REsp 112.190/RS, rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, DJ 24.11.97.

[8] Cf., entre outros, o AgRg no REsp 168.254/PR, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJ 08.09.1998; o AgRg no AG 1.185.911-RS, rel. Ministro Massami Uyeda, DJe 29.10.2009; e o REsp 824.667-PR, rel. Min. José Delgado, DJ 11.09.2006.

[9] Nesse sentido: AgRg no REsp 1.094.707/SP, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 01.06.2011; AgRg no AREsp 86532/RS, rel. Ministro Ricardo Villas Boas Cueva, DJe 24.09.2012; e AgRg no REsp 1.1327.134/MG, rel. Ministro Castro Meira, DJe 24.08.2012.

[10] Ob. cit., p. 232-252.

tida no art. 541, parágrafo único, do CPC, segundo o qual, na redação dada pela Lei 11.341/2006,

"quando o recurso fundar-se em dissídio jurisprudencial, o recorrente fará a prova da divergência mediante certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório de jurisprudência, oficial ou credenciado, inclusive em mídia eletrônica, em que tiver sido publicada a decisão divergente, ou ainda pela reprodução de julgado disponível na Internet, com indicação da respectiva fonte, mencionando, em qualquer caso, as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados."

Em regra, salvo abrandamento eventualmente admitido em caso de dissídio notório, não é suficiente a mera citação, nas razões do recurso especial, da ementa do acórdão paradigma. Cumpre ao recorrente fazer o cotejo analítico dos acórdãos recorrido e paradigmas, a fim de demonstrar que, diante de circunstâncias de fato semelhantes, os acórdãos em confronto deram solução divergente à mesma questão jurídica (Regimento Interno do STJ, art. 255, § 1º, Súmula 291/STJ). Não serve à demonstração do dissídio a mera invocação de súmula. Devem ser indicados como divergentes os precedentes que deram origem ao entendimento sumulado.

Como visto, os pressupostos de admissibilidade do recurso especial derivam diretamente das hipóteses de cabimento previstas na Constituição; todos têm sua razão de ser, relacionada aos fundamentos desse recurso de natureza extraordinária; todos são considerados necessários ao conhecimento do recurso desde os primórdios do antigo recurso extraordinário.

O que foi aumentando gradativamente, na evolução do recurso extraordinário e, hoje, do recurso especial, foi o rigor da jurisprudência na análise, diante dos casos concretos, dos mesmos pressupostos constitucionais de admissibilidade, como reflexo da crise histórica do recurso extraordinário, que hoje assola também o Superior Tribunal de Justiça.

4 Julgamento da causa, após conhecido o recurso especial

Superadas positivamente as duas etapas de julgamento da admissibilidade do recurso especial, sendo ele conhecido, o tribunal julgará a causa, aplicando o direito à espécie. É o que dispõe o art. 257 do Regimento Interno do STJ, na linha da Súmula 456 do STF, segundo a qual "o Supremo Tribunal Federal, conhecendo do recurso extraordinário,

julgará a causa aplicando o direito à espécie".

Isso ocorre porque dispõe o art. 105 da Constituição competir ao Superior Tribunal de Justiça julgar, em recurso especial, "as causas decididas [...]"; o que significa que o tribunal não é apenas corte de cassação, cabendo-lhe a revisão, o rejulgamento da causa, se conhecido o recurso.

O Ministro Teori Zavascki, em palestra a propósito do recurso especial, proferida em 2011, no II Seminário Internacional Brasil-Alemanha, promovido pelo Conselho da Justiça Federal, esclarece que, superada a fase de admissibilidade do recurso especial, cumprirá ao tribunal julgar a causa, aplicando o direito à espécie. Para tanto, terá cognição ampla, "não somente a respeito das questões de direito constitucional ou federal, mas também da matéria de ordem pública conhecida de ofício, e de todas as demais questões discutidas, sejam de Direito, inclusive de direito local, sejam de fato".[11]

4.1 Questões de fato não apreciadas na origem

A interpretação de qual seja a extensão desse efeito devolutivo do recurso especial conhecido, notadamente no tocante a questões de fato não apreciadas na origem, tem sido, todavia, bastante controvertida.

Em elucidativo voto no Recurso Especial 17.646, o Ministro Eduardo Ribeiro rememora as variações na jurisprudência do STF a propósito do alcance da Súmula 456. Menciona o Agravo de Instrumento 23.496 e o Recurso Extraordinário 56.323, ambos de relatoria do Ministro Victor Nunes Leal, nos quais se entendeu que, conhecido o recurso, ensejava-se exame completo da causa, inclusive com reapreciação da matéria de fato. Tendência mais restritiva predominou no RE 67.284 (RTJ 52/340), relator Ministro Thompson Flores, quando se concluiu não dever o Supremo Tribunal prosseguir na apreciação da causa, desde que necessário, para tanto, acertar fatos com exame de prova. Filiou-se o Ministro Eduardo Ribeiro, com a adesão dos demais membros da 3ª Turma do STJ, ao entendimento de que

"a norma constitucional, a determinar o julgamento da causa pelo Superior Tribunal de Justiça, deva ser interpretada dentro do sistema e em atenção às funções desta Corte. A base empírica do julgamento será a oferecida pelas instâncias ordinárias. Salvo violência a norma de direito probatório, os fatos a considerar serão os acertados no tribunal que

[11] ZAVASCKI, Teori. Pressupostos de admissibilidade do recurso especial no STJ. *Cadernos do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal,* n. 27, p. 98.

proferiu a decisão recorrida. Não se coaduna com o papel constitucional deste tribunal sopesar provas. Tenho, pois, como adequados os parâmetros estabelecidos no julgamento do RE 67.284, acima mencionado. Se o julgamento da causa condicionar-se ao exame de provas, para verificar quais os fatos a serem considerados, deve a matéria ser devolvida à apreciação do tribunal de origem."

O caso concreto julgado no REsp 17.646 permite o esclarecimento da questão. Tratava-se de ação renovatória de contrato de locação. Em sua resposta, o réu pleiteou a retomada do imóvel comercial, por dele necessitar para seu uso. Em réplica, a autora sustentou dois fundamentos autônomos: (1) afirmou não estar demonstrada a necessidade para uso próprio do réu; e, (2) invocando a Lei 6.239/75, defendeu ser inadmissível a retomada, por cuidar-se de prédio utilizado por estabelecimento de ensino. O acórdão recorrido recusou a retomada por entender não comprovada a sinceridade do pedido, uma vez que o réu não era, até então, comerciante. Não examinou o fundamento relativo à Lei 6.239/75, o que não causou prejuízo à parte-autora da renovatória, que, vitoriosa, o havia alegado.

Veio, então, o recurso especial, em que se defendeu que, na retomada para uso próprio, há presunção de sinceridade, dispensando-se a produção de provas. Em seu voto, o Ministro Eduardo Ribeiro deu razão ao recorrente quanto ao único fundamento adotado pelo acórdão recorrido. Com efeito, a jurisprudência dominante não exigia que a locadora comprovasse a sinceridade do pedido de retomada para uso próprio. Conhecido o recurso e afastado o fundamento acolhido pelo acórdão, cumpria julgar a causa, apreciando a outra alegação do recorrido, a saber, a impossibilidade de retomada do imóvel no qual funcionava estabelecimento de ensino, à vista do disposto na Lei 6.239/75.

Anotou o Ministro Eduardo Ribeiro que "esse dado de fato não se encontra no acórdão, que não cuidou da matéria. Em verdade, não carecia de fazê-lo, já que, por outro motivo, negou a retomada".

Ressaltou que, no julgamento da causa após conhecido o especial, não poderia o STJ "reexaminar os elementos de fato em que se baseou a decisão recorrida": "a base empírica de julgamento não será diversa da que serviu ao acórdão que se intenta reformar". Assim, se o acórdão recorrido houvesse negado funcionar, no local, estabelecimento de ensino, não caberia ao STJ, reexaminando a prova, concluir diferentemen-

te. No caso em exame, todavia, não era de modificar o suporte fático, pois se tratava de tema de que não cuidara o julgado.

Reportando-se ao precedente do STF citado (RE 67.284), esclareceu o Ministro Eduardo Ribeiro que não seria possível, "desde logo, examinar a matéria não versada se, para tanto, impuser-se sopesar provas".

No caso em apreciação no REsp 17.646, porém, não havia necessidade de exame de provas para decidir-se a respeito da ocorrência do fato alegado pelo réu (funcionamento, no imóvel locado, de estabelecimento de ensino), pois a parte adversária não o havia negado oportunamente, na primeira ocasião em que lhe fora facultado manifestar-se sobre a alegação.

Encontrando-se a matéria de fato acertada, sem que fosse preciso sopesar elementos de prova constantes dos autos, entendeu a Turma não ser o caso de retorno dos autos para novo pronunciamento do tribunal de origem, passando ao exame do fundamento não enfrentado pelo acórdão recorrido, concluindo por negar provimento ao recurso especial, mantendo a procedência do pedido renovatório, em face do disposto na Lei 6.239/75.

Diversos outros precedentes reafirmaram o entendimento de que, conhecido o recurso especial, cabe ao STJ julgar a causa, aplicando o direito à espécie, apreciando as outras questões sustentadas pelo recorrido, ainda que não enfrentadas na instância de origem, podendo negar provimento ao recurso especial por outro fundamento.[12]

4.2 Questões de ordem pública

Compete, pois, ao STJ, no julgamento da causa, *após conhecido o recurso especial*, decidir acerca de questões eventualmente não enfrentadas pelo acórdão recorrido. As questões de ordem pública devem ser, então, examinadas, mesmo de ofício, como ressaltou o Ministro Teori Zavascki, ao acentuar, no julgamento do REsp 609.144-SC, que

"o recurso não é uma via meramente consultiva, nem um palco de desfile de teses meramente acadêmicas. Também na instância extraordinária o tribunal está vinculado a uma causa e, portanto, a uma situação em espécie (Súmula 456 do STF; art. 257 do RISTJ).

[12] Cf., entre outros, Corte Especial, EREsp 58.265-SP, rel. para o acórdão o Ministro Humberto Gomes de Barros, DJe 07.08.2008; Corte Especial, EREsp 1.088.405/RS, Relator o Ministro Felix Fischer, DJ 17.12.2010; 2ª Seção, EREsp 20.645-SC, rel. Ministro Ari Pargendler, DJ 01.08.2000; 3ª Turma, EREsp 28.325-9-SP, rel. Ministro Eduardo Ribeiro, DJ 03.05.1993; 2ª Seção, EREsp 41.614-SP, rel. Ministra Nancy Andrighi, DJe 30.11.2009; e 2ª Seção, EREsp 595.742-SC, acórdão de minha relatoria, DJe 13.04.2012.

Assim, quando eventual nulidade processual ou falta de condição da ação ou de pressuposto processual impede, a toda evidência, que o julgamento do recurso cumpra sua função de ser útil ao desfecho da causa, cabe ao tribunal, mesmo de ofício, conhecer da matéria, nos termos previstos no art. 267, § 3º, e no art. 301, § 4º, do CPC."

4.3 Questões dependentes de alegação das partes: prequestionamento; distinção entre a posição do recorrente e a do recorrido

Quanto às questões dependentes de alegação das partes, há, todavia, relevante distinção entre as que favorecem o recorrido e as que poderiam beneficiar o recorrente. Essa distinção é feita pelo Ministro Eduardo Ribeiro em seu voto nos embargos declaratórios no REsp 17.646, acima citado, do qual transcrevo:

"À parte que teve sua pretensão inteiramente atendida não é dado recorrer, por faltar-lhe interesse. O processo não visa à discussão de teses acadêmicas, mas ao fim pragmático de assegurar a um dos litisconsortes determinado bem da vida. Desse modo, a quem já obteve tudo o que poderia obter não será lícito pretender outro pronunciamento judicial, apenas porque não considerado determinado fundamento, sem que daí adviesse qualquer consequência prática. No caso em exame, o autor fora vencedor, garantindo-se-lhe a renovação compulsória do contrato. Não lhe era possível recorrer. O fundamento desconsiderado no julgamento, mas debatido no processo, não deixaria, entretanto, de existir. Seria inadmissível que fosse agora negada a renovação, embora a ela tivesse o autor direito, por desconhecer razão de que as instâncias ordinárias não cuidaram, já que entendiam haver outro motivo, bastante para conduzir ao mesmo resultado.

É diversa, obviamente, a posição do recorrente. Sendo vencido, a ele interessa recorrer. Ao fazê-lo, deverá deduzir toda matéria que lhe aproveite. Disso se abstendo, não se cogitará do que omitiu.

De outra parte, para que se viabilize o especial, é necessário o prequestionamento, pela evidente razão de que não poderá o tribunal *a quo* ter contrariado a lei quanto a matéria de que não tratou. Menos ainda dissentir de outro julgado. Entretanto, não se exigirá prequestionamento quanto a temas capazes de levar a que se negue provimento ao recurso. Não se reformará decisão juridicamente correta, quanto à conclusão, apenas porque acolhido o fundamento errado, dos vários debatidos na causa."

Neste ponto, friso que, embora não se exija o prequestionamento, no acórdão recorrido, de questões que possam levar ao não provimento do recurso especial, somente serão consideradas, no julgamento da causa, as que foram ventiladas em alguma oportunidade nas instâncias ordinárias. Não é imprescindível que tenha sido reiterado, nas contrarrazões do recurso especial, o fundamento não apreciado pelo tribunal de origem, pois, como ressaltado pelo Ministro Carlos Alberto Menezes

Direito em seu voto no EREsp 20.645, "a parte, nessas circunstâncias, deve enfrentar as razões postas no recurso, não sendo a resposta um contrarrecurso, a conter todas as matérias que o recorrido apresentou para postular seu direito, finalmente reconhecido por ato judicial recorrível". Mas, salvo questões de ordem pública conhecíveis de ofício, não poderá o STJ, no julgamento da causa, apreciar fundamento novo, inoportunamente trazido pelo recorrido.

O prequestionamento é, pois, requisito exigível do recorrente. Diversamente, conhecido o recurso especial, competirá ao tribunal o julgamento da causa, com a aplicação do direito à espécie, não se exigindo o enfrentamento, pelo tribunal de origem, acerca de questões suscitadas pelo recorrido nas instâncias ordinárias, capazes de levar ao não provimento do recurso especial, tampouco de questões de ordem pública, passíveis de conhecimento de ofício.

Essa é a explicação teórica, extraída de antigos precedentes do STF e do STJ, para o mister de julgamento da causa, após o conhecimento do recurso especial.

Valho-me, contudo, novamente, da autorizada palavra do Ministro Teori Zavascki, para

"reconhecer que a prática das nossas Cortes Superiores não abona inteiramente o significado da natureza revisional do recurso extraordinário, cuja principal consequência é justamente esta, de, na sua etapa final de julgamento, permitir a ampla cognição de todas as questões postas na causa. Por uma razão ou por outra, quase sempre de ordem prática, e por imposição da descomunal carga de processos submetida à sua apreciação, o Supremo Tribunal Federal e o Superior Tribunal de Justiça preferem, com muita frequência, recorrer à alternativa – justificável em alguns casos, mas não em todos – de devolver à origem a apreciação dessas questões, conferindo ao recurso uma natureza muito mais de cassação do que de revisão, o que, a rigor, não é compatível com a Súmula/STF 456, nem com o art. 257 do Regimento Interno."[13]

5 Crise do recurso especial. Perspectivas. Relevância da questão federal

O STJ passou a funcionar em 07.04.1989. Em seu primeiro ano, foram distribuídos 6.103 processos; no segundo, 14.087; no ano de 2007, registrou-se o ápice da distribuição: 313.364. Como efeito da Lei 11.672/2008, que permitiu a retenção, na origem, de processos sobre

[13] Ob. citada, "Pressupostos de admissibilidade do recurso especial no STJ", p. 98.

teses repetitivas, operou-se redução dos processos enviados ao STJ. Ainda assim, no ano de 2012, foram distribuídos 289.524 processos, os quais tendem a ser aqueles cujas teses não são facilmente padronizáveis, especialmente na área do direito privado, de forma que a diminuição numérica não reflete em igual proporção a redução da carga de trabalho.

De abril de 1989 até dezembro de 2012, o STJ julgou o assombroso número de 3.446.375 processos.[14] Comparando-se com a soma do número de recursos extraordinários, agravos de instrumento e arguições de relevância autuados no STF desde a Constituição de 1891 até 1986 (240.575), conforme o já citado artigo de José Guilherme Vilela, observa-se que a escalada dos recursos de natureza extraordinária tem sido vertiginosa.

Como foi dito, ao Supremo Tribunal Federal a Constituição de 1988 reservou, além de variadas competências originárias e do controle concentrado de constitucionalidade, o controle difuso, desempenhado, sobretudo, por meio do recurso extraordinário propriamente dito. Anoto que, mesmo no auge da crise do antigo recurso extraordinário, quando o Supremo, valendo-se de expressa permissão constitucional, instituiu óbices aos recursos por violação ou dissídio a propósito de interpretação de lei ordinária (os quais somente eram transpostos mediante o acolhimento da denominada arguição de relevância), não havia obstáculo regimental ao cabimento de recurso extraordinário fundamentado em ofensa à Constituição.

A mencionada bipartição do antigo recurso extraordinário, com a atribuição, ao STJ, da competência para julgar em última instância os recursos especiais em matéria infraconstitucional, não resolveu a crise. Seguindo tendência mundial já vislumbrada por Victor Nunes Leal,[15] prosseguiu o crescimento vertiginoso dos recursos de natureza extraordinária, seja perante o STF, seja, agora, perante o STJ.

Buscando solução para a crise no STF, em 2006, foi editada a Lei 11.417/2006, que, regulamentando o art. 103-A da CF, instituiu a súmula vinculante, por meio da qual o STF edita enunciados tendo por

[14] BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Coordenadoria de Gestão da Informação. Disponível em: <http://intranet/intranetstj/processo/boletim/Default.asp?imInTab+GEE&imInTabPai=GE>.
[15] Ob. cit., p. 19-33.

objeto a validade, a interpretação e a eficácia de normas determinadas, acerca das quais haja, entre os órgãos judiciários ou entre esses e a administração pública, controvérsia atual que acarrete grave insegurança jurídica e relevante multiplicação de processos sobre idêntica questão. Da decisão judicial ou administrativa que contrariar súmula vinculante caberá reclamação ao Supremo.

No mesmo ano, com a Lei 11.418/2006, passou a ser requisito do conhecimento do recurso extraordinário o acolhimento, por pelo menos um terço dos ministros do STF, da alegação de repercussão geral das questões constitucionais discutidas no recurso.

A repercussão geral tem fundamento constitucional (CF, art. 102, § 3º) e, portanto, autoriza a efetiva redução não só do número de processos, mas, sobretudo, do número de questões constitucionais a serem efetivamente apreciadas pelo Supremo.

Em 2008, a Lei 11.672 estabeleceu o rito dos recursos repetitivos, a ser instaurado, por provocação do tribunal de origem ou decisão de ofício do relator no STJ, quando "houver multiplicidade de recursos com fundamento em *idêntica* questão de direito". Selecionados um ou mais processos representativos da controvérsia, serão sobrestados, na origem, os demais recursos especiais até o pronunciamento definitivo do STJ. Publicado o acórdão, os recursos pendentes terão seguimento negado, ou serão novamente examinados pelo tribunal de origem, na hipótese de divergência com o decidido pelo STJ. Caso mantida a decisão divergente, far-se-á o exame de admissibilidade do recurso especial.

O rito dos recursos repetitivos possibilitou a redução do número de processos a respeito de teses absolutamente padronizadas enviados diariamente ao STJ. Em nada diminuiu – nem seria possível, dada a falta de autorização constitucional – o número de questões de direito federal que devem, por imperativo da Constituição, ser apreciadas pelo Superior Tribunal de Justiça.

Levando-se em consideração a dimensão continental do país e a circunstância de que a parte mais expressiva do Poder Legislativo é de competência privativa ou concorrente da União (CF, arts. 22 e 24), questões federais podem, em tese, existir em qualquer disputa entre vizinhos, em litígios familiares e no mais comum acidente de trânsito, algumas delas de interesse estritamente limitado às partes litigantes,

com escassa possibilidade de repetição, dadas as peculiaridades da vida cotidiana.

Havendo previsão constitucional de um recurso especial dirigido ao STJ, dele valem-se, com legitimidade, os litigantes sérios, quase sempre descontentes com a decisão que os desfavoreceu, mas também outros interessados apenas na postergação indefinida da lide, com o sacrifício do direito da parte vitoriosa.

Todos os casos não repetitivos devem ser analisados, um a um, sendo certo, todavia, que a quantidade avassaladora de processos não apenas compromete a qualidade das decisões naqueles processos de interesse individual, mas, especialmente, retira ao tribunal tempo precioso que deveria ser dedicado ao amadurecimento de questões federais de ampla repercussão na vida nacional.

Hoje se põe, portanto, a questão de como resolver a crise do STJ. Não sendo razoável a carga de processos remetidos diariamente ao STJ, seus 33 membros se esforçam, de forma infatigável, porém inglória, na tentativa de vencer o estoque de centenas de milhares de processos pendentes dos anos anteriores, enquanto outros milhares de processos não param de chegar. Os jurisdicionados reclamam, com razão, do retardo da prestação jurisdicional.

Para fazer frente ao volume sempre crescente de processos, as decisões tornaram-se cada vez mais individuais, em detrimento da técnica de julgamento em colegiado.[16] O rigor na aplicação dos óbices ao cabimento dos recursos tem endurecido, fenômeno já observado desde os tempos do antigo recurso extraordinário, mas, sem dúvida, cada vez mais agravado. A subjetividade na interpretação de determinados óbices, como o que seja, em cada caso concreto, prequestionamento implí-

[16] Segundo dados colhidos pela Coordenadoria de Gestão da Informação do STJ, nos processos que tramitam perante a 1ª Seção, competente para o julgamento de processos em matéria de direito público, o índice de julgamentos singulares no ano de 2012 foi de 96,30%, sofrendo agravos regimentais ou embargos de declaração que permitem seu julgamento pela Turma cerca de 35,81% dos casos. Na 2ª Seção, 3ª e 4ª Turmas, competente para o julgamento de processos em matéria de direito privado, o índice de julgamentos singulares no ano de 2012 foi de 99,25%, com agravos regimentais ou embargos de declaração em cerca de 26,63% dos casos. Na 3ª Seção, responsável pelas questões penais, o índice de julgamentos singulares no ano de 2012 foi de 80,98%, com agravos regimentais ou embargos de declaração em cerca de 25,04% dos casos. O impressionante índice de julgamentos singulares nas turmas de direito privado reflete o enorme percentual de prosaicas questões do dia a dia, envolvendo matéria de reexame de fatos e provas, além de inovações de teses, objeto de recursos para o STJ, como que para alcançar um terceiro julgamento, em outra apelação superposta, na inconformidade natural com o insucesso obtido nas instâncias inferiores.

cito e adequada demonstração da divergência, entre outros, é inerente ao sistema de julgamentos individuais da maior parte dos milhares de recursos decididos anualmente no tribunal.

Há, é certo, alguns casos em que os mesmos óbices são justificavelmente examinados de maneira mais flexível, tendo em vista a repercussão, a importância social, política e econômica da questão federal em causa ou o manifesto confronto com a jurisprudência do tribunal (dissídio notório).

O recurso especial não é, em tese, necessário à satisfação do direito individual à tutela jurisdicional do Estado, suficientemente assegurado com o duplo grau de jurisdição ordinária, mas é imprescindível, no Estado Federado, para preservar a autoridade e a uniformidade da interpretação do direito federal.

Essa autoridade e essa uniformidade do direito federal infraconstitucional dependem da qualidade, da coesão sistemática e da força das decisões de mérito do Superior Tribunal de Justiça, as quais vêm sendo comprometidas, com os julgamentos quase sempre individuais e o pouco tempo que sobra para a meditação, com a profundidade desejável, a respeito de temas relevantes, tendo em vista o ingente esforço de analisar os pressupostos de admissibilidade de centenas de milhares de recursos, a maioria estatisticamente fadada ao insucesso.

Considero, pois, preferível permitir constitucionalmente ao STJ filtrar as questões sobre as quais há necessidade de uniformização a alimentar a ilusão de que seja possível caber, realmente, recurso para tribunal superior de todas as decisões de litígios individuais em que se possa arguir a violação de lei federal e de que tal recurso, uma vez conhecido, ensejará não apenas a cassação do julgado violador da lei, mas o rejulgamento, com ampla cognição, da causa em sua integralidade.

Na linha desse propósito, por sugestão do STJ, tramita a Proposta de Emenda Constitucional 209/2012, que acresce parágrafo primeiro ao art. 105 da Constituição, assim redigido:

> "No recurso especial, o recorrente deverá demonstrar a relevância das questões de direito federal infraconstitucional discutidas no caso, nos termos da lei, a fim de que o Tribunal examine a admissão do recurso, somente podendo recusá-lo pela manifestação de dois terços dos membros do órgão competente para o julgamento."

A esperada aprovação desse projeto representará, ao meu sentir, op-

ção mais objetiva, transparente e factível, a fim de permitir a melhoria da qualidade doutrinária dos julgamentos da Corte e orientar a conduta das partes e dos seus advogados, na tentativa de obter solução amigável ou, ao menos, o término do processo em prazo mais razoável, também este relevante postulado constitucional.

Juízes que escrevem outros textos[*]

Marga Inge Barth Tessler[**]

"Quando o leitor sai da própria vida e encarna no papel do personagem, ele conhece mais do outro e de si mesmo e da vida. Só a arte pode fazer isso."
Antoine Compagnon. Literatura pra quê. Belo Horizonte: UFMG, 2009.

"A alma é literatura
E tudo acaba em nada e verso."
Fernando Pessoa

Sumário: Introdução. 1 A obra literária e o cinema são expressões artísticas poderosas. 2 Direito e Literatura: semelhanças e diferenças. 3 A literatura ressitua e nos transporta. 4 Direito e Literatura são universos narrativos. 5 A Literatura acrescenta algo à realidade. 6 Juízes que escrevem e leem outros textos. 7 Era uma vez... Cedo na vida... *Es war einmal*. 8 Escrever outras coisas... Comecei tarde... Quando foi possível. 9 Administrar o tempo das atividades não judiciárias. 10 Sugestão que poderia dar aos leitores. Conclusão.

[*] Texto-base para o painel *Juízes que escrevem outros textos*, coordenado pelo Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior e do qual também participaram os juízes federais Roberto Schaan Ferreira, Prêmio Açorianos 2011, Livro do Ano em 2013, *Por que os ponchos são negros*, e Marcel Citro de Azevedo, Prêmio Açorianos 2010, com *Travessia*: quinze contos peregrinos, *Outonos de fogo*, romance histórico sobre a fundação do Rio Grande, *A noite de Sáurio*. O painel foi realizado em 06.07.2015 e integrou a programação do Curso de Formação Inicial na Carreira da Magistratura da 4ª Região, promovido pela Escola da Magistratura (Emagis) do TRF4.

[**] Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Introdução

A organização deste ciclo de palestras para os juízes aprovados no XVI Concurso Público da Magistratura da 4ª Região solicitou uma abordagem sobre as experiências transmitidas por juízes escritores e leitores de textos não jurídicos. Os participantes teriam a oportunidade de conhecer relatos de magistrados que utilizam a linguagem fora do contexto jurídico e refletir sobre como isso pode contribuir para a vida e o trabalho no Judiciário.

É uma oportunidade para refletir sobre a trajetória pessoal e as expectativas de futuro, identificando alternativas para atividades não jurídicas que possam contribuir para o aprimoramento pessoal e o desempenho profissional.

1 A obra literária e o cinema são expressões artísticas poderosas

Pois bem, a obra literária e também a linguagem imaginática do cinema são expressões artísticas poderosas que nos auxiliam na compreensão dos dilemas humanos. A leitura fixa sentidos e abre significados. O cinema é produtor da impressão de realidade com situação dinâmica de espacialidade e temporalidade. Ambos podem causar forte impacto emocional. A emoção estética experimentada pela literatura, pelo cinema, é meio pelo qual se obtém relativa plenitude existencial, e isso tem a ver com a felicidade.

2 Direito e Literatura: semelhanças e diferenças

Entre o Direito e a Literatura há algumas semelhanças e muitas diferenças. Ambos são linguagem, existem na própria linguagem, e não pela linguagem. Recorro à lição de Judith Martins Costa,[1] no sentido de lembrar que ambos se ocupam de temas comuns, como vida, morte, culpa, castigo, casamento, testamento, dinheiro, laços sociais, amor, ódio, encontros e rupturas. Repousam ambos em ficção, estabelecem-se no "como se", o Direito para ordenar e a Literatura para colocá-lo em reflexão, pela dramaticidade ou pela sátira.

[1] MARTINS COSTA, Judith. *Narração e normatividade*: ensaios de Direito e Literatura. Rio de Janeiro: GZ, 2013.

3 A Literatura ressitua e nos transporta

O Direito é espelho e geômetra do mundo,[2] e a Literatura nada quer espelhar ou enquadrar no "dever-ser", mas ressitua os discursos presentes na esfera social. A Literatura nos transporta para o passado, para o futuro, para outras realidades e outros mundos. A técnica cinematográfica[3] oportuniza uma experiência logopática, manifestando "conceitos -imagem",[4] e a linguagem da imagem, em termos de estrutura, é intensamente subversiva. O discurso legal é performativo e tem pretensão de compor a letra com o espírito da lei. Já a Literatura quer mais é distância da literalidade, quer ressignificar e ressituar discursos existentes na esfera social. No Direito, como na vida, não se verbaliza impunemente. A Literatura é um condicionante existencial, um fenômeno social, e assim auxilia na hermenêutica jurídica, como ensina Lenio Streck.[5, 6]

---

[2] GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito Curvo*. Livraria do Advogado, 2013. (Diante da Lei, 1). Sobre a pretensão de ser "geômetra do Humano", afirma Calvo que "continuar sustentando, atualmente, que o Direito é Geometria trata-se de uma geometria 'variável'". "O Direito Curvo, dessa maneira, não pretende o abandono da forma – do modo como, nas artes plásticas, surgiram o expressionismo abstrato americano e o informalismo europeu. (...) em suma, a geometria cubista do Direito Curvo não buscará um desalinhamento da forma, mas sua modelação para compor outra figuração geométrica do espaço jurídico. E essa é uma geometria volumétrica através da forma em curva, em rotação, em giro. Portanto, o Direito Curvo não é ápice, é cúpula; não é vértice, é circularidade. Em uma palavra, não é frontalidade, mas revolução. Temos, assim, dois elementos definidores do Direito Curvo, a circularidade jurídica e a descentralização dos lugares clássicos 'de imputação jurídico-normativa'. (...) Aparece nitidamente no novo modo de relação entre as fontes do Direito Interno e do Direito Internacional. (...) O que observo diariamente na prática jurídica é a curvatura da linha divisória do espaço entre as categorias jurídicas, Direito Público e Direito Privado".

[3] CABRERA, Júlio. *O cinema pensa*. 2. ed. Rio de Janeiro: Rocco, 1999. Destaco o exercício nº 4, "A relação do homem com a natureza". A natureza esteticamente apresentada. *Barry Lyndon*, de Stanley Kubrick, *Nada é para sempre*, Robert Redford e a natureza como problema. *Tubarão*, *Parque dos Dinossauros*, *Twister*... *Contatos imediatos de terceiro grau*, *A cor púrpura*, *Império do Sol* e *A lista de Schindler*.

[4] COMPAGNON, Antoine. *Para que serve a literatura*.

[5] STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. O Prof. Lenio Streck comanda o programa *Direito e Literatura* da TV Justiça. STRECK, Lenio; TRINDADE, André Karam (org.). *Direito e Literatura*: da realidade da ficção à ficção da realidade. Atlas, 2013.

[6] STRECK, Lenio Luiz. Direito, literatura e o jardim dos caminhos que se bifurcam (posfácio). In: GONZÁLEZ, José Calvo. *Direito Curvo*. Livraria do Advogado: "Fico com a convicção de que a literatura pode ensinar muito ao Direito. Faltam grandes narrativas no Direito. A literatura pode humanizar o Direito. Este é o ponto. (...) Olhando a operacionalidade cotidiana do Direito, parece que a realidade não nos toca, mas as ficções, sim. Com isso, confundimos as ficções da realidade com a realidade das ficções. Ficamos endurecidos. (...) Enfim, a função do Direito com a literatura abre um mundo novo. É existencial. (...) a função do direito com a literatura é um tesouro jusfilosófico. (...) O texto é um projeto que redundará em uma norma, como diz Friedrich Müller, dando o '*start'* do pós-positivismo, 'A linguagem é um constante projetar. Quem concretiza o mapa, a lei e a linguagem somos nós' (...)".

4 Direito e Literatura são universos narrativos

A linguagem literária transpassa espaços e tempos diversos, transporta, reinventa o passado e inventa o futuro,[7] cria o presente, percebe outras realidades possíveis. São universos narrativos,[8] tanto a lei quanto a Literatura. Mas a Literatura possibilita ouvir não a voz própria, mas a do outro. Necessitamos do estranho para completar a nossa humanidade e nos esclarecer. A Literatura humaniza o Direito, nos dizeres de Streck.

5 A Literatura acrescenta algo à realidade

Na reflexão de Carlos Fuentes,[9]

"A Literatura é uma arte, mas também uma função, situada na origem do ser falante, onde a ciência, a filosofia, a política e a informação se tornam possíveis. (...) A obra de arte [literária] acrescenta algo à realidade que antes não estava ali, e, ao fazê-lo, forma a realidade, mas uma realidade que, muitas vezes, não é imediatamente perceptível ou material. (...) a ponta objetiva da estrela da realidade surge, mas não as suas pontas subjetivas: a individual e a coletiva. (...) a ponta onde a nossa subjetividade encarna a nossa coletividade, ou seja, a nossa cultura. (...) A prisão do realismo é que pelas suas grades só vemos o que já conhecemos."

O escritor não sabe, imagina. A imaginação é o nome do conheci-

[7] CLARKE, Arthur Charles, *Eu, robô*, *Canções da terra distante*. Um ficcionista que antecipou a realidade em mais de 50 anos. Para encarar o futuro, sugiro: ASIMOV, Isaac, *Fundação*; *2001*: uma odisseia no espaço; BRADBURY, Ray, *Fahrenheit 451* e *Crônicas marcianas*; HUXLEY, Aldous, *Admirável mundo novo* (1932); VERNE, Júlio, *Viagem ao centro da Terra* (1959) e *Vinte mil léguas submarinas* (1870); ROBINSON, Kim Stanley, *2312* e *Aurora* – Nova York se transforma em uma Veneza; DICK, Philip, *Androides sonham com ovelhas elétricas?*, que foi adaptado ao cinema no icônico *Blade Runner*: o caçador de androides por Ridley Scott, e o filme é melhor do que o livro, coisa rara. Los Angeles de 2019, em penumbra e chuva ácida. Trilha sonora de Vangelis, ambiente *noir*. O teste da humanidade: "Fale-me de sua mãe..."; Irmãos Wachowski, *Matrix*, a trilogia, inspirada no *Neuromancer*, de William Gibson: "Bem-vindo ao deserto do real". Elementos sobre a tecnologia da informação, o transporte, a força do pensamento, o simulacro – na pós-modernidade, prevalecerá o simulacro; DICK, Philip, *Minority Report*: a nova lei, que inspirou o filme do mesmo nome, direção de Steven Spielberg, fantástico, com a Divisão Pré-Crime em Washington, em 2054. A produção das provas com as videntes. Sobre os benefícios e a magia da leitura de textos ficcionais, HERCULANO-HOUZEL, Suzana, *Pílulas de neurociência para uma vida melhor*.

[8] GONZÁLEZ, José Calvo, obra citada, conferência "Por uma teoria narrativista do Direito": "Tal como sucede em nossos dias, o olhar narrativo do Direito passa através da lente caleidoscópica da teoria jurídico-crítica – de mutável, múltiplo e às vezes diversificado enfoque – tanto na América Latina quanto na Europa. Por outro lado, a investigação narrativa em Direito se conservou plenamente e, inclusive, incrementou seu originário vínculo com as humanidades e, em particular, com a literatura, de modo que a maioria dos atuais desenvolvimentos narrativos que envolvem o fenômeno jurídico se ressituam no terreno da implicação Direito Literatura e, como modalidade estrutural de intersecção, dentro do que concretamente se apresenta por Direito como Literatura (...)".

[9] FUENTES, Carlos. *Geografia do romance*.

mento na Literatura. Aquele que só conhece dados veristas não poderá nos mostrar, como Dante ou Kafka, a realidade não visível, mas real. O romance cria complementos verbais do mundo.

Italo Calvino[10] nos remete aos clássicos, que são aqueles livros que nunca terminaram de dizer o que tinham a dizer. Milan Kundera atribui à Literatura redefinir perpetuamente os seres humanos, como problemas, em vez de entregá-los mudos, e de pés atados, às respostas pré-fabricadas da ideologia. Nunca deve haver uma voz única ou uma leitura única...[11] Hugo de São Vitor,[12] o Mestre Hugo, no *Didascálicon*: da arte de ler,[13] ensinou que existem duas coisas por meio das quais uma pessoa adquire conhecimentos, a leitura e a meditação. Da leitura se ocupa a obra, dando regras para ler.

6 Juízes que escrevem e leem outros textos

Inicio dizendo que, antes de tudo, sou leitora. Em mim estão os livros que li e amei. "Aprendo a ver", disse Proust, referindo-se à leitura.[14] Thomas Foster[15] diz que a leitura muito ganha com a prática: "se você lê bastante e dedica bastante reflexão ao que leu, começa a enxergar padrões, arquétipos, recorrências, pois a literatura nutre-se de outras literaturas". Em inúmeras ocasiões, encontrei pessoas que foram tocadas pelos textos que me emocionaram. São eternos; no futuro, outros serão encantados.

Há muitos juízes que escrevem outros textos. Estou entre escritores premiados: Roberto Schaan Ferreira e Marcel Citro de Azevedo. Temos um ministro do STJ poeta, Napoleão Nunes Maia Filho, que nos ensina que a poesia "pula do chão e cai do céu". Não existe uma forma poética, existe o sentimento poético: "poesia não é forma, é sentimento;

[10] CALVINO, Italo. *Por que ler os clássicos*. Cia. das Letras, 1991.

[11] KUNDERA, Milan. *A insustentável leveza do ser* e *Os testamentos traídos*. Asa, 1994, sobre a inteligência do romance.

[12] SÃO VITOR, Hugo de. *Didascálicon*: a arte de ler. Petrópolis: Vozes, 2001.

[13] MASINA, Léa (org.). *Guia de leitura*: 100 autores que você precisa ler. Insere o leitor em uma comunidade cultural em que nos movimentamos agora.

[14] TEISSIER-ENSMINGER, Anne. *A beleza do Direito*. 1999. A Literatura atua para os juristas como o espelho de Perseu, um instrumento de ótica.

[15] FOSTER, Thomas C. *Para ler literatura como um professor*. São Paulo: Lua de Papel, 2010. Capítulo 5, Velhos Conhecidos: "À medida que lemos, pode ser valioso lembrar o seguinte: não existe essa coisa de que uma obra literária é completamente original, uma vez que você aprendeu isso, conseguir ir em busca de velhos amigos e fazer a pergunta que acompanha o preceito: 'de onde é que te conheço mesmo?'".

é percepção singular das coisas e da vida".[16, 17] Há uma infinidade de contistas, como se pode ver nas publicações da Ajufe. Então cito, para exemplificar, sem esgotar a plêiade de escritores, a Desa. Federal Mônica Sifuentes, do TRF1; o Juiz Federal Friedmann Wendpap, colunista da Gazeta do Povo, no Paraná; Andrea Pachá, do TJ/RJ; Marcelo Dolzany da Costa; Edilson Pereira Nobre Júnior; Carlos Geraldo Teixeira; Raquel Domingues do Amaral; Telma Maria Santos; e muitos outros... O ministro do TST Ives Gandra Martins Filho utilizou a obra *O Senhor dos Anéis*, de Tolkien, para produzir um lindo tratado de ética.[18]

Temos desembargadores com imensas bibliotecas, muito além do Direito: os desembargadores Cândido Alfredo Silva Leal Júnior, Rômulo Pizzolatti e, talvez com a maior de todas, Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, no TRF4; o Des. Newton de Lucca, no TRF3; e, no STJ, o ministro aposentado Sidnei Beneti constam como senhores de vastas bibliotecas. Já a ministra aposentada do STJ Eliana Calmon, entre outros, tem um livro de receitas culinárias, o *REsp*, quitutes muito fáceis de fazer, e deliciosos. Grandes leitores sobre temas históricos e políticos são os desembargadores do TRF4 Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, Luiza Dias Cassales e Pedro Máximo Paim Falcão.

Bibliotecas nos remetem a Jorge Luis Borges[19] e seu belo conto *Biblioteca de Babel*, que constitui metáfora da sociedade da informação.

7 Era uma vez... Cedo na vida... *Es war einmal...*

Comigo, tudo começou com um belo livro de contos dos Irmãos Grimm, *Grimmärchem*, o *Dornröschen* ou *Bela Adormecida*, histórias infantis garimpadas pelos irmãos na tradição medieval europeia. Encantada pelas ilustrações, tentei ler antes de ser formalmente alfabetizada e adquiri um hábito central na minha vida. Morei no Sítio do Picapau Amarelo, viajei com Gulliver, de Swift, estive na Ilha do Tesouro com Stevenson. Compulsoriamente, lia a Bíblia luterana todos os domingos; assim ganhei

[16] MAIA FILHO, Napoleão Nunes. *A poesia pula do chão e cai do céu*. Entrevista. *Revista da Ajufe de Cultura*, a. 7, n. 10, abr. 2015.

[17] SARAMAGO, José. *Cadernos de Lanzarote*, 8 de fevereiro: "Não perguntes ao sonhador por que está sonhando (...) ao poeta não se há de exigir que nos venha explicar os motivos, desvendar os caminhos e assinalar os propósitos. O poeta, à medida que avança, apaga os rastros que vai deixando, cria atrás de si (...) o poeta não pode senão renunciar o saber como o fez (...)".

[18] MARTINS FILHO, Ives Gandra. *Ética e ficção*: de Aristóteles a Tolkien. Campus-Elsevier.

[19] BORGES, Jorge Luis. A Biblioteca de Babel. In: _____. *Ficções*.

Ben-Hur[20] e *Quo vadis domine*,[21] sobre o episódio bíblico da perseguição aos judeus por Nero. Acho que então despertei para o romance histórico. Fui *Alice no País das Maravilhas* e amei o *Pequeno Príncipe*. Toda a coleção para meninas, começando pela *Moreninha*, de Joaquim Macedo, e *Senhora*, de José de Alencar. As aventuras, como *Os três mosqueteiros*, *O Conde de Monte Cristo* e *Rainha Margot*, de Dumas. Leituras obrigatórias na escola e livros proibidos, no alto da estante da casa da tia. Assim li *Lolita* e *Ada ou ardor*, de Vladimir Nabokov. *Anna Karenina*, de cortar os pulsos, e *Guerra e paz*, ambos de Tolstoi; *Os miseráveis*, de Victor Hugo; e *Salammbô*, de Gustave Flaubert. Salammbô era filha de Amilcar Barca, romance histórico, após as guerras púnicas. A série de Maurice Druon, *Os reis malditos*, Prêmio Concourt 1948, que se inicia com a morte de Felipe IV, o Belo, em 1314.

Toda a obra de Hermann Hesse: *Sidarta*, *Demian*, *Narciso e Goldmund*, *O lobo da estepe*... Quando terminei, à luz de velas, pois costumava faltar luz nas noites de verão na praia de Capão da Canoa nos anos 60, tinha 13 anos. Sem televisão, celular ou balada, refleti sobre como consegui viver 13 anos sem ter lido Hesse. Subi pela primeira vez na *Montanha mágica* e reli Thomas Mann inúmeras vezes, também em *Morte em Veneza*. *Romeu e Julieta* e *A tempestade*, de Shakespeare, o cânone ocidental. O *Rei Lear* traz o drama do idoso e das relações familiares conflituosas, lindo exemplo para refletir sobre o direito de família e sucessões. Entre os policiais, *Quarto azul*, com o Inspetor Maigret, de Georges Simenon.

Moby Dick e *Benito Cereno*, de Herman Melville, a bordo de naus, em busca de uma obsessiva caça à baleia: "Chamam-me de Ismael"... *Zanoni*,[22] o romance ocultista – ao terminar a leitura, pretendia filiar-me à honorável Ordem Rosa-Cruz.

Comecei a amar os poetas[23] Álvares de Azevedo, o ultrarromântico,

[20] WALLACE, Lew. *Ben-Hur*. Romance épico, Judá Ben-Hur, contemporâneo de Jesus Cristo.

[21] SIENKIEWICZ, Henryk. *Quo vadis*.

[22] BULWER-LYTTON, Edward. *Zanoni*. Conde Zanoni, Ordem Rosa-Cruz, ambientado durante a Revolução Francesa.

[23] FOSTER, Thomas C. *Para ler literatura como um professor*. São Paulo: Lua de Papel, 2010. Capítulo 5, Velhos Conhecidos, sobre como se deveria começar a ler poemas: "penso que as pessoas que leem poemas por fruição devem sempre ler primeiro o poema sem preocupar-se nem um pouco com forma ou estilo (...) bem como penso que as pessoas deveriam ler romances sem espiar o final: apenas usufrua a experiência. Após ter esse primeiro deleite, no entanto, um dos prazeres adicionais é observar como o poeta operou sua magia em você (...)".

Cruz e Sousa, o simbolista, e Fernando Pessoa, o fingidor,[24] por quem cultivo adoração eterna, a ponto de integrar-me a uma sociedade de seguidores. Sempre tenho algo dele, em todas as minhas casas. Os poetas são ladrões de fogo e nos queimam a alma com seus versos. Tal se dá com Sophia de Mello Breyner Andresen:

"Num deserto sem água
Numa noite sem lua
Num país sem nome
Ou numa terra nua
Por maior que seja o desespero
Nenhuma ausência é mais funda do que a tua."[25]

É com Mario Quintana que enfrento as injustiças:

"Eles passarão...
Eu passarinho!"

Embalo meus sonhos impossíveis:

"Se as coisas são inatingíveis... ora!
Não é motivo para não querê-las...
Que tristes os caminhos, se não fora
A presença distante das estrelas!"[26]

O poema nos encanta por diversas formas, a evocação de imagens, a musicalidade da linguagem, o jogo de palavras, as ideias desenvolvidas. Para ser lindo, tem que ser perfeito, e operar a magia em nós.

---

[24] PESSOA, Fernando. "Isto":
"Dizem que finjo ou minto
Tudo que escrevo. Não.
Eu simplesmente sinto
Com a imaginação.
Não uso o coração
(...)
Por isso escrevo em meio
Do que não está ao pé,
Livre do meu enleio,
Sério do que não é.
Sentir? Sinta quem lê!"

[25] ANDRESEN, Sophia de Mello Breyner. *Ausência*. Obra Poética II, Caminho II, "Dia de Mar":
"Mar sonoro, mar sem fundo, mar sem fim,
A tua beleza aumenta quando estamos sós.
E tão fundo intimamente a tua voz
Segue o mais secreto bailar do meu sonho,
Que momentos há em que eu suponho
Seres um milagre criado só pra mim."

[26] QUINTANA, Mario. "Das utopias", "Poeminho do contra", "Espelho mágico".

Memórias de Adriano, de Marguerite Yourcenar, causou-me um forte impacto: "*Animula vagula blandula...*". *O nome da rosa*, de Umberto Eco,[27] e *O leopardo*, de Lampedusa – os dois últimos resultaram em belos filmes. *O paciente inglês*, de Michael Ondaatje, o livro e o filme, que têm um dos mais tocantes encontros amorosos impossíveis, entre Almázy e Katharine. José Saramago, com *História do cerco de Lisboa*, *Ensaio sobre a cegueira* e *Os cadernos de Lanzarote*, com passagens lindíssimas, inspiradoras para ser firme nas questões ambientais.

Os vestígios do dia, de Kazuo Ishiguro, retrata um amor contido pela extrema formalidade dos amantes. *Doutor Jivago*, de Boris Pasternak, li e reli, e o filme vi oito vezes!!! *Asas do desejo*, de Wim Wenders, com os anjos assistentes imóveis da humanidade. Günter Grass, *Nas peles da cebola*: é preciso muita coragem para reconhecer os erros do passado e perdoar-se.

O que leio hoje além do Direito? Tudo o que me interessa por algum motivo, ou sem motivo. E há motivos ligados à prática jurídica. Cito e recomendo todas as obras de Zygmunt Bauman, em especial *A arte da vida*, *Identidade*, *Amor líquido*, *Vida em fragmentos* e *Comunidade*, há passagens muito tocantes. Isaiah Berlin, *A busca do ideal*,[28] é consolo em alguns momentos. Amós Oz, *De amor e trevas*. Primo Levi, com a *Tabela periódica*, *A trégua*, *É isto um homem?*: "Se compreender é impossível, conhecer é necessário". *A memória, a história, o esquecimento*, de Paul Ricouer. Gabriel García Márquez, *O amor nos tempos do cólera* e *Cem anos de solidão*. Mario Vargas Llosa, em *Festa do bode*, *A guerra do fim do mundo* e *Peixe na água*. Jorge Luis Borges, o grande poeta, com seus labirintos, espelhos e símbolos:

> "Volte em minha voz a métrica do Persa
> A lembrar que o tempo é a diversa
> Trama de sonhos ávidos que somos
> E que o secreto Sonhador dispersa."[29]

Os guias de leitura podem ser uma ótima solução para quem inicia agora: recomendo especialmente o organizado pela Profa. Léa Masi-

[27] ECO, Humberto. *O nome da rosa*. A ação se passa em um mosteiro medieval, com uma fantástica biblioteca.

[28] BERLIN, Isaiah. *A busca do ideal*. Bizâncio; e *Estudos sobre a humanidade*. Cia. das Letras.

[29] BORGES, Jorge Luis. Rubaiyat. In: _____. *Elogio da sombra*. Porto Alegre: Globo, 1969. Dele também *O Aleph*.

na.[30] Por fim, há inclusive iniciativas elogiáveis em relação à leitura. Destaco, para exemplificar, a iniciativa do Projeto de Remição pela Leitura, no Sistema Penitenciário Federal. O CNJ estimulou a iniciativa, estabelecendo critérios.[31]

8 Escrever outras coisas... Comecei tarde... Quando foi possível

Contar histórias, guardar memórias, reinventar a vida é semear o futuro, nos dizeres de Mia Couto,[32] em palestra, aula magna no Fronteiras do Pensamento. Para mim, escrever é estabelecer vínculos afetivos com os outros, com a vida, as maravilhas da natureza, recuperar lembranças que, sem registro, se perderiam.

O que escrevo além do Direito? Comecei tarde na vida! Frequentei uma oficina literária ministrada pelo escritor Alcy Cheuiche.[33] Foi uma ótima experiência que resultou em obra coletiva dos oficineiros, *A arte da palavra*, e muitos textos inéditos que talvez possa agrupar em três eixos temáticos, assim divididos: temas ligados à Justiça; tema ligado às artes; e experiências da infância no interior de Santa Cruz e temática extraída de lembranças da imigração judaica, histórias contadas e experienciadas por familiares. Incluem receitas culinárias, disputas judiciais e vivências em uma pequena cidade da fronteira do Rio Grande do Sul, Uruguaiana. No momento, alegram-me os textos que li e leio muito mais do que aqueles que consigo produzir. Mantenho relação de leituras com avaliação pessoal sobre os livros. Gosto de receber indicações de colegas leitores, sempre são proveitosas.

Sobre escrever, tenho inspiração em Erico Verissimo[34, 35, 36] no *Solo*

[30] MASINA, Léa, obra citada.

[31] Portaria Conjunta 276 – CJF/PPN. Recomendação 44 CNJ. Há precedente judicial sobre a matéria, decisão judicial de 1º grau mantida pelo TJ/RS, interpretação à Lei de Execução Penal, Juiz Sidinei Brzuska. Ver também MARTINS, Jomar. Exigir leitura de 400 páginas para remir um dia de pena não viola a LEP, diz TJ/RS. *Consultor Jurídico*, 12 jul. 2015.

[32] COUTO, Mia. Aula magna. *Fronteiras do Pensamento*, 01 set. 2014: "O tempo presente que hoje nos impõem é um tempo vazado de história. É um tempo que vive nesta ditadura do imediato, do instantâneo". Convidou o público a refletir sobre o presente e contar histórias.

[33] CHEUICHE, Alcy. *Ana sem terra*, *Sepé Tiaraju*, *A mulher do espelho*, *Lord Baccarat*, *Nos céus de Paris*, *Mestiço de São Borja* e muitos outros.

[34] VERISSIMO, Erico. Para entender o Rio Grande: *O tempo e o vento*, *Olhai os lírios do campo*, *Clarissa*, *Solo de clarineta*, *O prisioneiro*, *Incidente em Antares*, leituras obrigatórias.

[35] GUIMARÃES, Josué. *A ferro e fogo*, para entender o Rio Grande, *Enquanto a noite não chega*, *Os tambores silenciosos*, *Camilo Mortágua*.

[36] MOSCOVICH, Cíntia. Assis, Morro Santana e Lisboa. *Zero Hora*, 22 jun. 2015, sobre Assis Brasil e os mestres: "Ele me empurrou para dentro da carreira da literatura e me manteve por perto (...). Sei lá, mas foi

de clarineta,[37] onde diz que o menos que um escritor pode fazer, em uma época de atrocidades, injustiças (e corrupção) como a nossa, é acender a sua lâmpada, fazer luz sobre a realidade de seu mundo, evitando que sobre ele caia a escuridão, propícia aos ladrões, aos assassinos, aos tiranos.

Sim, "segurar a lâmpada, a despeito da náusea e do horror. Se não tivermos uma lâmpada, elétrica, acendamos o nosso toco de vela ou, em último caso, isqueiros e fósforos repetidamente, como um sinal de que não desertamos de nosso posto". Hoje, diria que, como não carregamos mais fósforos, objetos do século passado, vamos levantar o celular, ligando a lanterna de luz forte e fria. Assim, comecei a escrever no tempo que foi possível e me contento em ser "lamparina que há de ser estrela".

O tempo é uma grande preocupação, e, para entendê-lo e aceitá-lo, gosto da Lya Luft[38]: "A gente tem que fazer do tempo nosso bichinho de estimação...". Foi com as *Confissões* de Santo Agostinho[39] que apreendi o que é o tempo: "O que é, por conseguinte, o tempo? Se ninguém me perguntar, eu sei; se quiser explicá-lo a quem me fizer a pergunta, já não sei...". Thomas Foster[40] diz sobre o processo criativo que não dá para criar histórias no vácuo. O pensamento ilumina e a memória traz as leituras anteriores, experiências da infância, cada filme que o escritor viu e se esgueira nos recessos da mente.

9 Administrar o tempo das atividades não judiciárias

Tenho certeza de que não terei tempo de vida para ler tudo que quero, uma vida não basta... Em geral, leio com música[41]: cada livro tem uma música própria. É certo que tantas leituras diversas se refletem, sim, no exercício da magistratura, no contato com as pessoas, no julgamento

naquela hora, em algum corredor da PUC, que eu entendi que a literatura me dava um futuro e, mais do que tudo, um mestre para toda a vida. *A joy forever*".

[37] ASSIS BRASIL, Luiz Antonio de. *Videiras de cristal*, *Concerto campestre*, *Um castelo no Pampa*, para entender o Rio Grande, *Perversas famílias*, *Bacia das almas*, *Cães da província*.

[38] LUFT, Lya. *Ponto cego*, *O tempo é um rio que corre*, *Rio do meio*, *Pensar é transgredir*, *A asa esquerda do anjo*. Colunista da Veja, tradutora, professora da Ufrgs. Iniciou vida de pintora com mais de 70 anos! Há tempo para tudo... pintar é escrever com tintas.

[39] HIPONA, Agostinho de. Aurélio Agostinho (354-430 DC). *Confissões*, *Cidade de Deus*. Vozes.

[40] FOSTER, Thomas C., obra citada.

[41] Buddha Bar Lounge, Enigma e Enya, música celta, músicas verdes, como Vangelis, Alpha, Pulstar, Era, Guitar Del Mar Buddha Bar, Canon in D – Pachelbel, em todas as versões, Üsküdara, Jordi Savall, Vivaldi in Garden.

dos processos e na elaboração de textos judiciários. Tenho a compreensão de que o jurisdicionado não merece esperar por uma peça literária. O que ele quer é saber se tem tal ou qual direito e quando vai conseguir resolver o problema que o trouxe à Justiça. Então, por mais que o caso renda ensejo a divagações estilísticas e literárias, não devemos fazê-lo. É guardar a história para outra oportunidade. Como já referi, a atividade literária, ler e eventualmente escrever, necessita um "outro clima". Leio com música e preciso de tranquilidade, inspiração para escrever. Em geral, sem os atropelos do cotidiano, durante a noite, "no silêncio indizível de um jardim, invadido de luar e de segredos". Noites na praia ou na serra, no glaceado frio do nevoeiro. Olhando o céu e as estrelas...

É certo que essa atividade deliciosa que é ler é praticada fora do expediente forense. Dificilmente, ou nunca, li um romance no gabinete. É no final de semana e nas noites que leio e escrevo. Ler é fundamental para manter as funções do cérebro, e uma memória mais eficiente pode fazer diferença. No momento, leio uma maravilha e renovo o sentimento de como, afinal, vivi até hoje, mais de meio século, sem ler Hermann Broch, *A morte de Virgílio*, um dos maiores feitos da literatura alemã no exílio. Preso pela Gestapo em 1938, começou a escrever a obra traçando os últimos dias do poeta Virgílio, que cogita destruir a Eneida, entre sonhos e um mosaico de recordações, angústias e delírios do poeta. É prosa e poesia. A descrição da entrada no porto de Brundísio, a bordo de uma nau da esquadra do imperador Augusto, é uma das mais belas descrições que li, com sinestesia, poesia e prosa.

Alberto Manguel,[42, 43] em palestra a que tive o privilégio de assistir, expressou que "talvez pudesse viver sem escrever, mas não poderia viver sem ler". É o meu caso. Desenvolveu o tema em um livro, *História da leitura*, sobre como as bibliotecas que levamos conosco, físicas, virtuais e memorizadas, definem e constroem nossa identidade individual e social. Complementa a ideia de Bobbio, no sentido de que "somos o que lembramos", acrescentando que "somos o que lemos ou o que já lemos". Mais adiante, faz uma comparação da leitura com a sexualida-

[42] MANGUEL, Alberto. *Uma história da leitura*. Palestra no Fronteiras do Pensamento, edição 2014. Fragmentos anotados pelo expositor. É argentino naturalizado canadense, escritor, leitor.

[43] ASSIS BRASIL, Luiz Antonio de. Em entrevista por ocasião dos 70 anos: "Minha sugestão é ler os contemporâneos e, na medida em que estes fizerem referência à tradição literária, ler os clássicos que dialogam com esta obra".

de: ambas seriam atividades pessoais e subversivas. Leitores reflexivos seriam mais amorosos e melhores amantes, vejam só... Thomas Foster[44] salienta que a imaginação do leitor é o ato de uma inteligência criativa que se envolve com outra. Assim, ler literatura é atividade intelectual, mas que também envolve afeto e instinto em elevado grau. Muito do que pensamos sobre o que lemos, antes sentimos. Quanto mais exercitamos a imaginação simbólica, mais rápido e melhor ela funciona. Acrescenta que tendemos a dar todo o crédito ao escritor, mas nossa criatividade encontra a do escritor. Recomenda que o leitor preste atenção ao que sente sobre o texto, provavelmente significa algo.

10 Sugestão que poderia dar aos leitores

Uma das coisas que costumo fazer é me aproximar da questão jurídica pela literatura que circunda a temática. Por exemplo, o direito à saúde. Muito lentamente e depois com mais frequência começou a judicialização, até o ponto em que o então Presidente do Supremo Tribunal Federal, Min. Gilmar Mendes, realizou a Audiência Pública nº 4. Reuni muita literatura temática em torno de diversos aspectos, por exemplo, Moacyr Scliar, em *Do mágico ao social*, *Saturno nos trópicos*, *A paixão transformada*; Daniel Defoe, *Um diário do ano da peste*; Albert Camus, *A peste*; Yu Hua, *Crônicas de um vendedor de sangue*, exemplo do estilo "tremendismo", sobre desastrosas políticas públicas chinesas; Gina Kolata, *Gripe*: a história da pandemia de 1918.

A balada de Adam Henry, de Ian McEwan, uma juíza com um caso delicado de um jovem a necessitar de transfusão de sangue. Alguns filmes são *Para sempre Alice*, *Óleo de Lorenzo* (curas milagrosas), etc. Sobre médicos, gosto especialmente do *O Alienista*, de Machado de Assis, com o médico Simão Bacamarte. *O físico*, de Noah Gordon, é uma linda história dos primórdios da medicina.[45] Também *O egípcio*, de Mica Waltari, a prática médica no Antigo Egito.

Para refletir sobre questões éticas envolvendo a magistratura, gosto de aplicar o Estatuto e os "Princípios de Bangalore" às situações ficcionais (evita constrangimentos). Tenho quase uma biblioteca de ro-

[44] FOSTER, Thomas C., obra citada.

[45] *O físico* (*The physician* no original) foi adaptado ao cinema com o mesmo título. Também sobre história da medicina, o filme *O outro lado da nobreza* (*Restoration*) se passa na Inglaterra de 1660. Ganhador do Oscar. Dirigido por Michael Hoffman.

mances de tribunal: cito *Divórcio em Buda*, de Sándor Márai, com o juiz Kristof Kömives. Deveria ele ter instruído a causa? Penso que não. John Grisham tem vários de tribunal. Cito o ótimo *O recurso*, onde se vê que há empresas especializadas em colocar juízes simpáticos nas cortes. A Juíza Sheila, que precisa se reeleger... Scott Turrow também contribui com vários títulos do gênero, como *Os limites da lei*, onde várias questões inquietantes são abordadas: o Juiz Mason, ao refletir que "a capacidade de decidir é mais importante do que estar certo"... Do mesmo autor, *Ofensas pessoais*, *Acima de qualquer suspeita*. Paul Levine, com *Os nove escorpiões*, é outro ótimo. Filmes: *Onze homens e uma sentença* é um clássico. *O julgamento de Nuremberg* e *Danton, o processo da Revolução* também. *O processo Talaat Paxá* e o *Processo Maurizius*. Ainda, *A filha do Burgomestre*, *O processo de Tiradentes*, de Tosto e M. Lopes, romances construídos sobre processos judiciais e recuperação histórica ilustrada sobre o Processo Tiradentes.

De livros que me derrotaram e não consegui chegar ao fim, lembro-me de *Tebas do meu coração*, de Nélida Piñon. Pretendo voltar a ele. Livros que li em uma noite: na noite do assassinato do pai de uma amiga, que sucedeu ao assassinato da mãe da amiga,[46] li *Sonhos de uma noite de verão*. No dia em que meu irmão não voltava para casa, *Vathek, o califa maldito*, de William Beckford. Recentemente, *Os últimos dias dos Romanov*, de Helen Rappaport, chocante. *Por favor, cuide da mamãe*, de Shin Kyung-Sook, escritora sul-coreana, lindo: "Ame, enquanto puder amar. O que acontece se é tarde demais para agradecer?".

O "livro de cabeceira" é sempre aquele que estou lendo, e algum de Fernando Pessoa.

O romance mais encantador que li no ano que passou foi *A lebre com olhos de âmbar*, de Edmund de Waal, a história de uma família judia por 300 anos. Com muito estilo, *O drible*, de Sérgio Rodrigues. Tenho guardados para ler nas férias o *Wolf Hall*, de Hilary Mantel,[47] centrado no personagem histórico Thomas Cromwell, na Corte de Henrique

[46] O episódio rendeu o livro-reportagem *O caso Kliemann*, de Celito de Grandi. Constitui um compêndio de erros nas investigações conduzidas para esclarecer o assassinato da esposa do político. Os episódios chocaram a comunidade de Santa Cruz do Sul e do Rio Grande como um todo.

[47] MANTEL, Hilary. Ganhou dois Man Booker Prize, é a dama das tramas políticas. Ver a entrevista ao jornal *Valor Econômico*, São Paulo, 17 jul. 2015, Caderno Fim de Semana; *Wolf Hall* e *O livro de Henrique*, *Bring up the bodies*.

VIII; *Brasil, uma biografia*, de Lilia Moritz Schwarcz e Heloísa Murgel Starling; *A melhor história está por vir*, de María Dueñas; *Flash Boys:* revolta em Wall Street, de Michael Lewis; *Mossad*: as grandes operações dos serviços secretos israelitas, de Michael Bar-Zohar e Nissim Mishal; *Rubem Braga, a biografia*, de Marco Antônio de Carvalho; *Cinquenta anos esta noite*, de José Serra; e *Bismarck*: uma vida, de Jonathan Steinberg.

Conclusão

Para concluir, recorro a Antoine Compagnon, que refere o poder moral da Literatura, fundamentando com o conceito de mímesis desenvolvido por Aristóteles na *Poética*. Por meio da experiência e do exemplo, a Literatura educa melhor, pois deleita e instrui. Seria também como um remédio para os períodos turbulentos, acrescentando que, em convulsões sociais ou momentos conflituosos, se lê mais. A Literatura, por fim, seria um espaço do "impoder sagrado", do não poder, onde se experimentam refúgio e liberdade.

Espero alguma sugestão de leitura de vocês, o que desde já agradeço. Vai valer a pena.

Paisagem e memória*

*Marga Inge Barth Tessler***

"Sete quedas por mim passaram,
e todas sete se esvaíram.
Cessa o estrondo das cachoeiras, e com ele
a memória dos índios, pulverizada,
já não desperta o mínimo arrepio.
Aos mortos espanhóis, aos mortos bandeirantes,
aos apagados fogos
de Ciudad Real de Guaira [...]

Sete quedas por nós passaram,
e não soubemos, ah, não soubemos amá-las [...]
sete fantasmas, sete crimes
dos vivos golpeando a vida
que nunca mais renascerá."
Carlos Drummond de Andrade, Sete Quedas de Guaíra

Introdução

Este encontro comemora os 10 anos da especialização das varas federais ambientais, ocasião em que houve ênfase na sustentabilidade, que, em síntese lapidar de Juarez Freitas, é o direito ao futuro, magní-

* Texto-base para a palestra de encerramento do curso Sustentabilidade socioambiental: 10 anos da implantação das varas federais ambientais na 4ª Região, promovido pela Escola da Magistratura do TRF da 4ª Região, nos dias 10 e 11 de setembro de 2015, em Foz do Iguaçu/PR.

** Desembargadora Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

fica lição que agradecemos. Agradecemos a todos os palestrantes, Professor Juarez Freitas, Des. Federal Vladimir Passos de Freitas, Prof. Édis Milaré, Dr. Nelton Miguel Friedrich, Dra. Karin Kässmayer, Dra. Denise Lucena Cavalcante, Dr. Rômulo Sampaio, Dra. Luciana Stocco Betiol, Dra. Ketlin Feitosa Scartezini, Dr. José Carlos Bonato, Cineasta André D'Elia, Des. Federais Cândido Alfredo Silva Leal Júnior e Ricardo Teixeira do Valle Pereira e Juiz Federal Nicolau Konkel Junior, pelas relevantes contribuições feitas, que muito nos ajudarão a prosseguir, enriquecidos com as ideias, e fazer melhor, "expandir liberdades e dignidades e permitir que cada ser humano atue como uma espécie de cocriador do destino".[1]

A sustentabilidade

Na definição de Freitas,

"consiste em assegurar, de forma inédita, as condições propícias ao bem-estar físico e psíquico do presente, sem empobrecer e inviabilizar o bem-estar no amanhã, razão pela qual implica o abandono, um a um, dos conceitos insatisfatórios de praxe. Cessa, ou tende a cessar, o barbarismo irracional dos que apostam no crescimento econômico pelo crescimento, nas perdas irreparáveis de biodiversidade e na devastação da biosfera como método. Resgata-se o equilíbrio ecológico dinâmico, mediante alocação inteligente dos recursos naturais."

É, na compreensão que tive, um novo contrato social.

Nessa moldura, desenvolvo o tema Paisagem e Memória, Sete Quedas de Guaíra, almejando, com a memória da paisagem das Sete Quedas, incentivar reflexão sobre os parâmetros do tecnicismo hidráulico do passado e as opções então feitas, examinadas e confrontadas com a legislação ambiental vigente, a partir da CF/88, art. 225 e seguintes. Estávamos na década de 50 do século passado, na idade da pedra, aquela em que se gerava energia desviando rios, removendo sítios paisagísticos, pedras, montanhas, animais e gente, para fazer energia por pressão de água em turbinas. Soa estranho que o modelo tenha continuidade com transposição de águas, ou com construções grandiosas no rio Xingu, no Pará. Asseguram que o custo será baixo, mas concentram novamente energia em um só local. A concentração de energia e poder

[1] FREITAS, Juarez. *Sustentabilidade*: direito ao futuro. Inspiração em SCHAMA, Simon. *Paisagem e memória*; ABRAMOVAY, Ricardo. *Muito além da economia verde*: planeta sustentável; DIAMOND, Jared. *Armas, germes e aço*. Record.

continua, embora os maus frutos que colhemos e os tesouros naturais que irremediavelmente perdemos.

Paisagem e memória

As paisagens, obras perfeitas da natureza, encontram-se por todo o território brasileiro e encantam nossa gente e os viajantes. Paisagem é cultura ao mesmo tempo em que é natureza. Natureza e paisagem são também memória. Chegamos ao tempo em que algumas paisagens são só memória, que pelo menos assim permaneçam. É o caso das Sete Quedas de Guaíra, paisagem memorial, enquanto as Cataratas do Iguaçu são patrimônio da humanidade.

As paisagens memoriais são um constructo da memória, da imaginação, da emoção projetada sobre matas, águas, rochas, vegetais, animais, sítios históricos e arqueológicos. A memória dos bens que só existem ainda em memória, e na exata medida em que são lembrados.

Os sítios de valor histórico e paisagístico, artístico, arqueológico, ecológico e científico têm a especial garantia de valorização e proteção pelo Estado (arts. 215 e 216 da CF/88), e o pleno exercício dos direitos culturais inclui também as manifestações culturais de evocação memorial.

A evocação memorial desenvolve e amplia a ideia de patrimônio, de herança recebida, relacionada com o sistema em que estava fisicamente inserido, pois fazia conjunto paisagístico com as Cataratas do Iguaçu.

Cronologia profana[2]

O início de uma história se dá em um ponto arbitrariamente escolhido pelo narrador. Assim, elege-se um verão qualquer perdido há 1.500 anos. Em um suntuoso cenário da Mata Atlântica, diversas etnias indígenas guardam, por tempo imemorial, uma terra ornada de cristalinas cataratas, mais de 300 cachoeiras que trovejam e lançam névoas, saltos de água grandes, água muita, um espetáculo natural guardado em um porta-joias verde, com os seus adereços de flores, orquídeas, frutos, animais, pássaros, borboletas – mais de 800 espécies. Diversas etnias indígenas guardaram por tempo imemorial os saltos de Guairá e Iguaçu.

Muitos séculos depois, vieram os conquistadores espanhóis coman-

[2] Pelo que parece, foi assim... ZIZEK, Slavoj. *A visão em paralaxe*. Boitempo.

dados por Álvar Núñez Cabeza de Vaca, que, com dificuldades incríveis, venceram o obstáculo natural, em busca da fortuna dos Incas. Deixaram para trás o deslumbrante espetáculo, olhos postos na prata andina, batizando-o de Saltos de Santa Maria. Ficaram esquecidos, perdidos, encantados em só existir. Intactos, entregues ao futuro.

Foram cruzados por missionários, que ali reforçaram a fé na força divina, e contemplados por aventureiros e guerreiros. Tingiram-se de sangue e choraram os mortos da Guerra do Paraguai (1864-1870). Estavam agora em imprecisos limites geográficos, reivindicados pelos combatentes. O Paraguai, vencido, perdeu 60% da população masculina e 40% do seu território. Em 1876, ainda intactas, assombraram o paulista André Rebouças, que registrou no seu diário de viagem "se deixasse tudo aquilo intacto para as gerações futuras, que tinham o direito de conhecer as cachoeiras tal como Deus as criou". Defendeu pioneiramente a criação de um Parque Nacional Contínuo (Província do Paraná. Caminhos de Ferro para Mato Grosso. Bolívia) englobando Guairá e Iguaçu, passando pelo eixo do rio Paraná. A terra erma, fronteira sem dono, chamou a atenção do deputado paranaense Jaime Bailão, que, sem palavras para descrever o que via, recomendou que o poder público tomasse posse dos recursos naturais, que, na sua ótica, estavam abandonados. Após, Manoel Carrão, Diretor de Higiene da Província do Paraná, sugeriu que aquelas riquezas tivessem utilização mais adequada, com a geração de energia. Era assim a ótica sobre rios e cachoeiras.

O isolamento preservou as Sete Quedas, pois os brasileiros, em sua grande maioria, não sabiam o que existia ali, nas terras de ninguém, guardadas por uma guarnição militar em Foz, instalada desde 1889, pelo Governo Imperial. À colônia militar, agregaram-se colonos vindos do sul e europeus que se sensibilizaram pelas possibilidades turísticas.

Jorge Schimmelpfeng, primeiro prefeito de Foz do Iguaçu, convidou um brasileiro instalado no lado argentino, Frederico Engel, para construir o primeiro hotel. Santos Dumont, em 1916, espantou-se ao saber que aquelas terras tinham dono, as cachoeiras eram do espanhol-paraguaio Jesus de Val. Após a visita, foi ao Governador Affonso Camargo, e o decreto de expropriação foi expedido pelo Estado do Paraná em 31.06.1916, mas foram só 1.000 hectares, para a instituição de um parque.

Em 1940, foi ampliada a área para 3.300 hectares. Em 1935, a República Argentina criou o Parque Iguaçu, no seu território, e Getúlio Vargas, em 10.01.1939, em ritmo de autoritarismo (Estado Novo) e emergência, decretou o Parque Nacional de Iguaçu, sem precisar a área, sem fixar os limites. O regime vigente era o do Código Civil de 1916, art. 526, inspirado no Código Napoleônico, de 1804.

Foi impressa extrema urgência à licitação para a construção da sede do parque, de trilhas, pontes e de uma usina hidrelétrica de 500 quilowatts. O clima era de confronto, o Brasil passava ao Estado Novo (em 27 de novembro de 1937 ocorreu a queima das bandeiras estaduais, governadores mantidos como interventores).

No cenário internacional, havia a II Guerra Mundial. Ao final do conflito, o turismo se intensificou com personalidades internacionais (Walt Disney, Henry Fonda, Eleanor Roosevelt). Na fase de ouro da exuberância florestal, foram abatidos milhões de animais selvagens, queixadas, catetos e veados, colocados em extinção, e expandiu-se a extração do palmito. Ao chegar-se às Sete Quedas de Guaíra, a comparação com Niágara era imediata. O potencial energético, contudo, era o que mais deslumbrava os técnicos, com vantagens sobre a nossa paisagem.

Em 1958, foi inaugurado o Hotel das Cataratas, para conforto do Presidente Juscelino Kubitschek, que desejava também imprimir modernidade e desenvolvimento ao local. No aspecto jurídico, tínhamos um regime extremamente utilitarista. O Código de Águas é superveniente ao Código Civil de 1916 e foi baixado pelo Decreto 24.643/34, que mantinha a possibilidade e a compreensão da possibilidade de águas privadas e a ideia de inesgotabilidade das águas. O Código Florestal, Decreto 23.793/34, continha a mesma visão de inesgotabilidade, mas o § 2º do artigo 9º dizia que os caminhos de acesso aos parques não deveriam alterar o aspecto natural da paisagem. Reconhecia-se a função protetora das florestas e a importância do aspecto paisagístico.

Em um dia do mês de março de 1963, após uma reunião no Estado do Mato Grosso com empreiteiros, o Presidente João Goulart voltou a Assunção para encontro com o Presidente Alfredo Strossner, e ali acertaram definitivamente o aproveitamento hídrico do Rio Paraná. Havia uma questão diplomática que se arrastava sem solução, referente à fi-

xação dos limites entre os dois países. No Paraguai, uma ditadura, e, no Brasil, insegurança e agitação, duas agendas políticas que controvertiam para implantar um projeto de poder.

Muita agitação, inflação, e, após, derrotado em votação para aprovar emenda constitucional para uma reforma agrária, uma pauta positiva precisava ser criada. Havia, desde o período colonial, sem solução pelo Império, uma disputa por limites com o Paraguai. A diplomacia construiu a solução para resolver as duas questões, decidindo a geopolítica da região. Seria instituída uma empresa binacional para geração de energia com a força hidráulica disponível, e, ao mesmo tempo, seria sepultado o motivo da discórdia nos limites com o Paraguai. No início de 1964, foi criada uma empresa binacional. Os projetos avançaram rápidos. Poucas vozes no Brasil se manifestaram contra a solução. A crise política se intensificou. Em 31 de março, o movimento revolucionário depôs o presidente e assumiu o projeto de construção.

O consórcio brasileiro-paraguaio cancelou a encomenda de turbinas aos russos, preferindo adquiri-las da multinacional Siemens, e o projeto Sete Quedas foi mantido na sua essencialidade, assinando-se em 26.04.1973 o Tratado de Itaipu. Muitas empreiteiras e empresas de engenharia que já haviam trabalhado em Brasília foram convocadas, entre elas Camargo Corrêa, Andrade Gutierrez, Mendes Júnior. As obras prosseguiram, no primeiro momento não contestadas, pois a instabilidade política consumia as forças da população. Após, sob um regime de força, a censura não animava muita divergência. Houve pouca informação e transparência sobre as consequências do fantástico empreendimento, que, afinal, iria oferecer luz, conforto e progresso.

Rumores primeiro, e, no início de 1982, a notícia de que Sete Quedas iria morrer circulou pelo Brasil, deixando todos consternados. Manifestos tímidos. Uma ação popular na Justiça Federal do Rio de Janeiro. Seguiram-se apelos turísticos, "conheça antes que acabe". A conservação das pontes e da infraestrutura das Sete Quedas já não se fazia. Houve um imenso afluxo de turistas para admirar pela última vez a beleza que seria extinta. O volume d'água, maior do mundo, um cenário raro, cultuado pelos indígenas, encantava a todos com os arcos-íris quase permanentes, fracionando a luz em meio ao rumor das águas. A consequência do turismo predatório e da cegueira das autoridades ocasionou

um acidente fatal. A ponte precária que cruzava a garganta da Cascata Maior, ponte Roosevelt, salto 19, rompeu no dia 17 de janeiro de 1982, matando 32 turistas. Seis foram tirados das águas ligeiras e turbulentas por um morador, João Mendi, que, sem pensar, em ato de extrema coragem e solidariedade, pulou do precipício. Entrevistado, trinta anos após, emocionou-se: "Para ajudar, Deus dá força".

Os indígenas realizaram cerimônias fúnebres, o Quarup.

Em 13 de outubro de 1982, a paisagem do nosso encanto, reino vegetal de água, vento e luz, desapareceu, virou lago. Durante as estiagens, ultimamente frequentes e persistentes, aparecem os picos das rochas, antes cumes dos desfiladeiros. Uma estranha e sinistra força paira sobre as águas naqueles locais profundos.

Nas noites muito escuras, sem lua, consta haver estranhos redemoinhos, sete redemoinhos, que afugentam os barqueiros. É o espírito do rio veloz, aprisionado na calma do lago. Na visão profana, parece que foi assim...

Opções sustentáveis

O mundo mudou. Na segunda década do século 21, estamos na era da energia solar, da eficiência da energia eólica, na revolução dos semicondutores, não podemos insistir na energia mecânica. Ingressar na era solar é um passo para que o Brasil deixe de destruir as paisagens e o patrimônio cultural da humanidade. Certamente, hoje faríamos uma opção mais sustentável. Temos a beleza da paisagem só na memória e na tela, na representação do mundo, e, quanto mais olhamos para a tela, mais nos afastamos da natureza, pois o nosso imaginário é formado por imagens agora da tela, sem contato direto, que não seja a regra...

Na CF/88, o desenvolvimento sustentável é um valor supremo que perpassa toda a carta política. O desenvolvimento reconceituado veda omissões e opções danosas, e precisa ser inclusivo, sendo vinculante, com a nota da sustentabilidade para o poder público e os particulares. Em todos os projetos de obras públicas, entre outros requisitos, há de ser feito o necessário estudo de impacto e a avaliação de custos ambientais, sociais, econômicos, paisagísticos, prospectivos e de longo prazo. A evocação memorial das Sete Quedas de Guairá será estímulo para evitar opções técnicas dramáticas, antiquadas e irreversíveis.

Sete Quedas por nós passaram...

O legado do julgamento de Nuremberg

Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz[*]

"Civilization does not expect that you can make war impossible. It does expect that your judicial action will put the forces of international law, its precepts, its prohibitions and, most of all, its sanctions on the side of peace, so that men and women of good will in all countries may have 'leave to live by no man's leave, underneath the law'."

Justice Robert H. Jackson, discurso de abertura da acusação, em 20 de novembro de 1945.

Há setenta anos, em 20 de novembro de 1945, iniciaram-se os procedimentos para o julgamento dos líderes nazistas naquele que se tornaria o primeiro julgamento internacional da história: o julgamento de Nuremberg.

Terminado o devastador conflito mundial, descobertos os horrores praticados pelo regime nazista, impunha-se a responsabilização criminal dos autores dos crimes contra a humanidade.

Deve-se ao Presidente Franklin D. Roosevelt, incentivado pelo seu Secretário de Defesa, Henry Stimson, a iniciativa de elaborar um plano visando à realização de um julgamento público, integrado pelos juízes das potências vitoriosas na segunda grande guerra, no qual seriam julgados os 21 líderes nazistas, entre eles, Hermann Goering, Joachim von Ribbentrop, Albert Speer, Hjalmar Schacht, Franz von Papen e o Marechal Keitel.

[*] Desembargador Federal, Vice-Presidente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Os aliados vitoriosos, atentos às lições da História, concluíram que uma das formas de ajudar a Alemanha na sua reconstrução era o reconhecimento de que os seus líderes derrotados foram justamente os principais responsáveis, os verdadeiros arquitetos dessa destruição.

Em 12 de abril de 1945, pouco antes da rendição da Alemanha, ocorre a morte repentina do Presidente Roosevelt, que é sucedido pelo Vice-Presidente, Harry Truman, que encarrega o juiz da Suprema Corte dos Estados Unidos Robert H. Jackson de organizar o Tribunal Militar Internacional e, ao mesmo tempo, ser o promotor-chefe.

A missão primordial do *Justice* Jackson foi a de assegurar um julgamento justo, concedendo aos réus a mais ampla defesa, aquela por eles negada às suas vítimas indefesas.

Homem público com vasta experiência nos tribunais, imbuído daquele sentimento expresso por Von Jhering, de que a força de um povo corresponde à força de seu sentimento jurídico, envidou o juiz Jackson todos os esforços e a sua determinação para realizar um julgamento que demonstrasse o triunfo de uma moral superior, e não simplesmente o de um poder superior das potências vencedoras do conflito.

Nesse ponto, impõe-se reconhecer que o *Justice* Jackson era o homem ideal para o trabalho a ser realizado, pois, além de seu comprovado compromisso com a justiça, ele tinha uma profunda aversão pelo regime nazista.

Calha, neste passo, a célebre frase que Sófocles, na Antígona, pôs na boca de Creonte:

> "É impossível conhecer a alma, o sentir e o pensar de quem quer que seja, se não o vimos agir, com autoridade, aplicando as leis."[1]

Em seu primoroso discurso inaugural, dando início ao julgamento e apresentando a acusação, acentuou Robert Jackson, *verbis*:

> "A civilização quer saber se a justiça é tão lenta a ponto de ter sido inútil para lidar com crimes dessa magnitude cometidos por criminosos dessa ordem de importância. Não esperem que possamos evitar a guerra. Essa ação jurídica impulsionará as forças do direito internacional, seus preceitos, suas proibições e, sobretudo, suas sanções em prol da paz, para que homens e mulheres de boa vontade, em todos os países do mundo, possam ter a liberdade de viver, sem ter de pedir permissão a ninguém, sob a proteção da lei."[2]

---

[1] *In Théatre de Sophocle*. Traduzido por Robert Pignarre. Paris: Garnier, 1947. Tomo 1º. p. 91.

[2] *In Nazi conspiracy and aggression*. Washington: Office of United States Chief of Counsel for Prosecution of Axis Criminality, Unites States Government Printing Office, 1946. v. I. p. 173.

No decorrer da instrução, avolumaram-se as provas contra os réus, cujas atrocidades, ricamente documentadas, horrorizaram a própria civilização.

A respeito, observou em suas memórias Francis Biddle, o juiz titular norte-americano no Tribunal, *verbis*:

"*There was no end to the horrors of the testimony. The mind shrank from them, grew tired, rejected the imaginative and systematic cruelties. Or one tried to feel, to share the heroism of the victims.*"[3]

Decorridos setenta anos do início desse histórico julgamento, pode-se concluir que o legado de Nuremberg é o seu próprio precedente, visto que, a partir de então, nenhum chefe de Estado pode alegar estar acima da lei, e as pessoas que com ele colaboraram não mais podem esquivar-se de suas responsabilidades, escondendo-se atrás da anonímia de um governo ao qual servem.[4]

Ademais, o julgamento de Nuremberg lançou as bases de uma nova ordem mundial, privilegiando a resolução dos conflitos pela Diplomacia, em que os Estados soberanos podem, por meio de um sistema organizado de negociação, pôr um fim em suas disputas, como almejava o saudoso Presidente Woodrow Wilson na Conferência de Versalhes, em 1919.[5]

Por outro lado, e esse, talvez, seja o seu legado mais importante, as decisões proferidas pelo Tribunal de Nuremberg projetaram-se diretamente no Direito Internacional, criando os fundamentos para a instituição das leis internacionais visando a proteger os direitos humanos, propiciando que todas as pessoas possam recorrer às cortes de justiça se acharem que os seus direitos foram violados, responsabilizando os autores dessa grave violação.[6]

Por fim, convém recordar as palavras do *Justice* Jackson, em seu célebre discurso de acusação aos criminosos nazistas, combatendo as

[3] *In Brief authority*: from the years with Roosevelt to the Nürnberg Trial. New York: Doubleday, 1962. p. 432.

[4] Nesse sentido, as seguintes obras: Robert Ehrenfreund, *in The Nuremberg Legacy*. Palgrave-Macmillan, 2007. p. 215-9; Paul Roland, *in The Nuremberg Trials*: the Nazis and their crimes against humanity. Arcturus, 2010. p. 202-5.

[5] HOOVER, Herbert. *The ordeal of Woodrow Wilson*. New York: McGraw-Hill, 1958. p. 300-3.

[6] Nesse sentido: *La protection internationale des droits de l'homme*. Departement de l'Information des Nations Unies, 1948. p. 70 e seguintes; LEVAL, Pierre. The long arm of International Law. *Foreign Affairs*, p. 16-21, mar./abr. 2013.

pessoas que personificaram, como nunca antes visto na História da Humanidade, o ódio racial, o nacionalismo xenófobo, o militarismo exacerbado e o mais cruel abuso de poder, *verbis*:

"Meritíssimos senhores, tenho a honra e o privilégio de abrir a sessão do primeiro julgamento na história de crimes contra a paz mundial, o que impõe uma grande responsabilidade. Os crimes que vamos julgar e condenar são tão premeditados, tão perversos e tão devastadores que a civilização não pode ignorá-los, nem serem repetidos. As quatro potências, incentivadas pela vitória e chocadas com as injustiças cometidas, estendem a mão da vingança e, voluntariamente, submetem seus inimigos capturados a julgamento neste tribunal em um dos mais significativos tributos que o poder fez à razão. Estes homens são os primeiros líderes de uma nação derrotada na guerra a serem julgados em nome da justiça, portanto, concordamos que eles têm o direito de alegar inocência e aceitamos o ônus de comprovar os atos criminosos e de responsabilizar os acusados por suas ações."[7]

Ius gentium est quod naturalis ratio inter omnes homines constituit (GAYO, Dig. 1, 1, 9).

[7] Op. cit., v. I, p. 114.

Funções institucionais do Ministério Público Federal e da Polícia Federal, no âmbito da investigação criminal: a necessária complementaridade no exercício das respectivas atribuições

Victor Luiz dos Santos Laus[*]

Introdução

Recentemente, a Oitava Turma deste Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou questão atinente às prerrogativas institucionais inerentes às atividades desempenhadas, com fundamento constitucional, pelo Ministério Público Federal, de um lado, e pela Polícia Federal, de outro, em julgamento concluído na sessão realizada em 02.09.2015. O debate instaurou-se durante a apreciação de agravo regimental interposto no Recurso Criminal em Sentido Estrito 5032332-92.2014.4.04.0000.

A moldura fática verificada na hipótese, que acabou por dar ensejo à situação de tensão entre o titular da ação penal pública e a autoridade policial, poderia ser assim resumida: iniciou-se, em 24.01.2014, inquérito policial, a partir de requisição do Ministério Público Federal, para apurar possíveis crimes de furto, roubo e receptação praticados, em tese, por indígenas; após a realização de diligências investigató-

[*] Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, integrante e ex-Presidente da 8ª Turma, com jurisdição em matéria criminal. Coordenador do Sistema de Conciliação da Justiça Federal da 4ª Região.

rias, a Polícia Federal elaborou relatório conclusivo, em 14.11.2014, no qual, ao final, *sugere* "respeitosamente ao juízo federal competente, após a oitiva do presentante ministerial, que analise a possibilidade de declinação da competência (...)". Isso porque, no entender do signatário do mencionado relatório, cuidava-se, no caso, de crimes de natureza comum, e não daqueles delitos que o constituinte de 1988 teria pretendido abranger ao estabelecer a competência da Justiça Federal para apreciar "a disputa sobre direitos indígenas" (artigo 109, XI).

Remetidos os autos a juízo, colheu-se manifestação do órgão ministerial contrária à proposição da autoridade policial, na qual se ressaltava que a atribuição do *parquet* federal para o feito havia sido assentada, no âmbito interno daquela instituição, pela mais alta instância competente para tanto, a 2ª Câmara de Coordenação e Revisão. Nada obstante, sobreveio decisório no qual restou declinada a competência, em favor da Justiça Estadual gaúcha. Em face dessa decisão, o Ministério Público Federal interpôs recurso criminal em sentido estrito que, inicialmente, teve seu seguimento negado por decisão unipessoal proferida por quem, à época, estava no exercício da relatoria, mas que acabou por chegar ao conhecimento da Turma, em virtude do manejo do competente agravo regimental.

1 Atuação da Polícia Federal e do Ministério Público Federal no âmbito da investigação criminal: limites ao exercício das respectivas prerrogativas institucionais

Nas razões recursais oferecidas pelo *dominus litis*, postulava-se a reforma do provimento exarado em primeira instância, com base em dois argumentos centrais: primeiro, que a autoridade policial não teria capacidade para postular, diretamente ao Judiciário, a declinação da competência; e, segundo, que essa declinação não poderia dar-se de ofício. Acolhida a validade desses dois fundamentos, o resultado a que se chegaria, na visão do recorrente, seria a manutenção da competência federal.

O colegiado, ao concluir o julgamento, deu provimento, à unanimidade, ao agravo regimental para determinar o prosseguimento do feito na Justiça Federal, ao menos até que fossem mais bem esclarecidos os fatos objeto de investigação. As razões de decidir, expostas pela maio-

ria, não coincidiram, integralmente, com os motivos que, na visão deste julgador, justificavam a reforma do decisório contrastado; não por outra razão, fez-se constar, do respectivo extrato de ata, a apresentação de fundamentação diversa pelo signatário deste, a qual, nesta oportunidade, dada a relevância e a atualidade do tema, passamos a explicitar.

1.1 Remessa dos autos do inquérito pela Polícia Federal diretamente ao Poder Judiciário, após a elaboração do relatório final: artigo 1º da Resolução CJF 63/2009 *versus* artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal

Quanto ao primeiro argumento deduzido pelo órgão ministerial ("a autoridade policial não teria capacidade para postular, diretamente ao Judiciário, a declinação da competência"), consignamos que, a rigor, não teria havido "postulação" ou "requerimento" dirigido pela Polícia Federal ao magistrado *a quo*; remeteu-se ao julgador, em verdade, o relatório final do inquérito, no qual estava contida mera *sugestão* de avaliação da possibilidade de incompetência do juízo.

Nesse contexto, a questão a ser dirimida, portanto, diria respeito à (im)possibilidade de que a autoridade policial, uma vez relatado o inquérito, remetesse-o diretamente ao Judiciário, e não ao Ministério Público Federal, e, no passo seguinte, investisse sobre atribuição assegurada, constitucionalmente, ao *parquet*.

Diante desse quadro, ressaltamos, inicialmente, que a Resolução 63/2009 do Conselho da Justiça Federal instituiu a tramitação direta dos inquéritos policiais entre a autoridade policial e o Ministério Público Federal e estabeleceu, em seu artigo 1º, que os apuratórios somente seriam admitidos à distribuição nas varas federais quando houvesse:

"a) comunicação de prisão em flagrante efetuada ou qualquer outra forma de constrangimento aos direitos fundamentais previstos na Constituição da República;

b) representação ou requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal para a decretação de prisões de natureza cautelar;

c) requerimento da autoridade policial ou do Ministério Público Federal de medidas constritivas ou de natureza acautelatória;

d) oferta de denúncia pelo Ministério Público Federal ou apresentação de queixa-crime pelo ofendido ou seu representante legal;

e) pedido de arquivamento deduzido pelo Ministério Público Federal;

f) requerimento de extinção da punibilidade com fulcro em qualquer das hipóteses previstas no art. 107 do Código Penal ou na legislação penal extravagante."

Assim, com base na aludida resolução, não seria justificado, na hipótese então em exame, o envio dos autos diretamente ao juízo de origem.

De outro lado, o artigo 10, § 1º, da Lei Adjetiva Penal veicula dispositivo redigido nas seguintes linhas:

> "Art. 10. O inquérito deverá terminar no prazo de 10 dias, se o indiciado tiver sido preso em flagrante, ou estiver preso preventivamente, contado o prazo, nesta hipótese, a partir do dia em que se executar a ordem de prisão, ou no prazo de 30 dias, quando estiver solto, mediante fiança ou sem ela.
>
> § 1º A autoridade fará minucioso *relatório* do que tiver sido apurado e *enviará autos ao juiz competente*. (...)" (destaques nossos)

Acerca da vigência e da eficácia desse normativo, observamos que é elucidativo o acórdão proferido pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 2.886 (Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Ministro Joaquim Barbosa, j. 03.04.2014, DJe 05.08.2014).

Naquele processo objetivo, foi atacada a norma contida no artigo 35, IV, da Lei Complementar 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro, o qual apresentava o seguinte conteúdo:

> "Art. 35 – No exercício de suas funções, cabe ao Ministério Público:
>
> (...)
>
> IV – receber diretamente da polícia judiciária o inquérito policial, tratando-se de infração de ação penal pública;
>
> (...)"

Ao final do julgamento, declarou-se a inconstitucionalidade *formal* do dispositivo, tendo em vista, em síntese, que o exercício da competência legislativa pelos estados, quanto a procedimentos em matéria processual, deve observar os limites estabelecidos pelas normas gerais editadas pela União (artigo 24, XI e parágrafo 1º, da Constituição de 1988); e, em face do contido no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, não poderia a lei estadual determinar a remessa imediata do inquérito relatado ao Ministério Público, sem o prévio trânsito pelo Poder Judiciário.

Essa declaração de inconstitucionalidade não se fez sem o reconhecimento dos méritos da tramitação direta entre polícia e Ministério Público, como se nota na leitura do voto do Ministro Joaquim Barbosa, relator para o acórdão:

"(...)

A enunciação dos diferentes aspectos da questão é importante para que fique claro que o art. 35, IV, da Lei Complementar estadual nº 106/2003 é inconstitucional, ante a existência de vício formal, pois extrapolada a competência suplementar delineada no art. 24, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Ao assim me posicionar, *não desconheço que o Ministério Público é o destinatário da investigação feita e o fiscal da regularidade do inquérito* (cf. CARVALHO, Salo de. Considerações sobre o arquivamento do inquérito policial: requisitos e controle judicial (estudo de caso). *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 83, mar. 2012, p. 322). Com efeito, *o procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público* (HAMILTON, Sergio Demoro. O inquérito policial no projeto de Código de Processo Penal. *Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal*, n. 46, fev./mar. 2012, p. 11).

Entretanto, a disciplina legal estadual, que se coaduna com a crítica doutrinária ou com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, *não afasta a sua inconstitucionalidade formal, insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação*. (...)" (destacamos)

A ementa do julgado foi elaborada nos termos que se seguem:

"Ação direta de inconstitucionalidade. Incisos IV e V do art. 35 da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro. Necessidade de adequação da norma impugnada aos limites da competência legislativa concorrente prevista no art. 24 da Constituição Federal. Ação julgada parcialmente procedente apenas para declarar a inconstitucionalidade do inciso IV do art. 35 da lei complementar estadual. A legislação que disciplina o inquérito policial não se inclui no âmbito estrito do processo penal, cuja competência é privativa da União (art. 22, I, CF), pois o inquérito é procedimento subsumido nos limites da competência legislativa concorrente, a teor do art. 24, XI, da Constituição Federal de 1988, tal como já decidido reiteradamente pelo Supremo Tribunal Federal. O procedimento do inquérito policial, conforme previsto pelo Código de Processo Penal, torna desnecessária a intermediação judicial quando ausente a necessidade de adoção de medidas constritivas de direitos dos investigados, razão por que projetos de reforma do CPP propõem a remessa direta dos autos ao Ministério Público. No entanto, apesar de o disposto no inc. IV do art. 35 da LC 106/2003 se coadunar com a exigência de maior coerência no ordenamento jurídico, a sua inconstitucionalidade formal não está afastada, pois insuscetível de superação com base em avaliações pertinentes à preferência do julgador sobre a correção da opção feita pelo legislador dentro do espaço que lhe é dado para livre conformação. Assim, o art. 35, IV, da Lei Complementar estadual nº 106/2003 é inconstitucional ante a existência de vício formal, pois extrapolada a competência suplementar delineada no art. 24, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Já em relação ao inciso V do art. 35 da Lei Complementar estadual nº 106/2003, inexiste infração à competência para que o estado-membro legisle, de forma suplementar à União, pois o texto apenas reproduz norma sobre o trâmite do inquérito policial já extraída da interpretação do art. 16 do Código de Processo Penal. Ademais, não há desrespeito ao art. 128, § 5º, da Constituição Federal de 1988, porque, além de o dispositivo

impugnado ter sido incluído em lei complementar estadual, o seu conteúdo não destoou do art. 129, VIII, da Constituição Federal de 1988 e do art. 26, IV, da Lei nº 8.625/93, que já haviam previsto que o Ministério Público pode requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial. Ação direta julgada parcialmente procedente para declarar a inconstitucionalidade somente do inciso IV do art. 35 da Lei Complementar nº 106/2003, do Estado do Rio de Janeiro."

Apesar do conteúdo desse precedente da Corte Suprema, registramos posicionamento no sentido de que a Resolução 63/2009 mantém-se dentro da legalidade, enquanto forem observados os limites do poder normativo atribuído constitucional e legalmente ao Conselho da Justiça Federal, especialmente quanto aos seus destinatários, é dizer, enquanto for vista como norma que regula a administração judiciária, apenas. Colacionamos, a propósito, os dispositivos relacionados ao alcance da capacidade normativa do Conselho:

Constituição Federal:

"Art. 105. (...)

Parágrafo único. Funcionarão junto ao Superior Tribunal de Justiça:

(...)

II – *o Conselho da Justiça Federal*, cabendo-lhe exercer, na forma da lei, *a supervisão administrativa e orçamentária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus*, como órgão central do sistema e com poderes correicionais, cujas decisões terão caráter vinculante." (destacamos)

Lei 11.798/2008:

"Art. 3º. *As atividades de administração judiciária, relativas a recursos humanos, gestão documental e de informação, administração orçamentária e financeira, controle interno e informática*, além de outras que necessitem de coordenação central e padronização, *no âmbito da Justiça Federal de primeiro e segundo graus*, serão organizadas em forma de sistema, cujo órgão central será *o Conselho da Justiça Federal*.

Parágrafo único. Considerar-se-ão integrados ao sistema de que trata o *caput* deste artigo os serviços atualmente responsáveis pelas atividades ali descritas, pelo que se sujeitarão à orientação normativa, à supervisão técnica e à fiscalização específica do órgão central do sistema.

(...)

Art. 5º. *Ao Conselho da Justiça Federal compete*: (...)

III – *expedir normas relacionadas ao sistema de administração judiciária da Justiça Federal de primeiro e segundo graus*, constante do art. 3º desta lei; (...)" (destacamos)

Assim, se, por um lado, o inquérito policial em que ausente qualquer das situações previstas no artigo 1º da Resolução CJF 63/2009 não deve ser admitido à distribuição – norma que diz respeito apenas à adminis-

tração da unidade judiciária –, de outro, é certo, também, que o delegado que remete o apuratório relatado diretamente ao juízo competente, e não ao Ministério Público Federal, não comete qualquer ilegalidade, pois age ao abrigo do artigo 10, § 1º, do Código Processual Penal, cuja vigência restou, recentemente, reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal.

Com essas considerações, concluímos que, na hipótese em análise, não teria ocorrido qualquer irregularidade no envio dos autos do apuratório ao julgador de origem, em lugar de sua remessa ao titular da persecução criminal.

1.2 Declinação da competência, com base em enquadramento típico proposto pela autoridade policial, apesar de posicionamento contrário manifestado pelo *dominus litis*: a necessidade de atuação complementar das instituições envolvidas na investigação criminal

De qualquer sorte, tendo em vista que, como ressaltado anteriormente, não houve, de fato, "requerimento" de declinação de competência, mas simples *sugestão* de seu exame, seguimos adiante para verificar se poderia o magistrado declarar-se incompetente de ofício, dado que se cuidava de procedimento ainda em fase inquisitorial e sem manifestação definitiva do Ministério Público Federal acerca da conclusão de sua tramitação.

No ponto, recordamos o recente julgamento do Supremo Tribunal Federal em que a Corte pôs fim à questão até então tormentosa dos poderes investigatórios do Ministério Público (RE 593.727, Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, j. 18.05.2015). Ressaltamos que, naquele recurso extraordinário, decidiu o Pretório Excelso que a polícia judiciária e o *parquet* devem somar esforços para o bom desempenho de suas atribuições, isto é, devem agir sob o pálio/signo da complementaridade, e não da exclusividade. Reproduzimos, a fim de ilustrar o entendimento, o resumo do quanto decidido, conforme publicação contida no Informativo 785 da Corte Suprema (o acórdão do julgado, à época, ainda não havia sido publicado)[1]:

[1] Em 08-09 p.p., sobreveio a divulgação do inteiro teor do acórdão proferido no julgamento em tela; no que aqui interessa, assim constou da ementa, confirmando o conteúdo da notícia veiculada no mencionado Informativo 785: "(...) 4. Questão constitucional com repercussão geral. Poderes de investigação do Ministério Público. Os artigos 5º, incisos LIV e LV, 129, incisos III e VIII, e 144, inciso IV, § 4º, da Constituição Federal não tornam a

"O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e as garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/1994, art. 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Enunciado 14 da Súmula Vinculante), praticados pelos membros dessa instituição. Com base nessa orientação, o Plenário, em conclusão de julgamento e por maioria, negou provimento a recurso extraordinário em que discutida a constitucionalidade da realização de procedimento investigatório criminal pelo Ministério Público. No caso, o acórdão impugnado dispusera que, na fase de recebimento da denúncia, prevaleceria a máxima *in dubio pro societate*, oportunidade em que se possibilitaria ao titular da ação penal ampliar o conjunto probatório. Sustentava o recorrente que a investigação realizada pelo *parquet* ultrapassaria suas atribuições funcionais constitucionalmente previstas – v. Informativos 671, 672 e 693. O tribunal asseverou que a questão em debate seria de grande importância, por envolver o exercício de poderes por parte do Ministério Público. A legitimidade do poder investigatório do órgão seria extraída da Constituição, a partir de cláusula que outorgaria o monopólio da ação penal pública e o controle externo sobre a atividade policial. O *parquet*, porém, não poderia presidir o inquérito policial, por ser função precípua da autoridade policial. Ademais, a função investigatória do Ministério Público não se converteria em atividade ordinária, mas excepcional, a legitimar a sua atuação em casos de abuso de autoridade, prática de delito por policiais, crimes contra a administração pública, inércia dos organismos policiais, ou procrastinação indevida no desempenho de investigação penal, situações que, exemplificativamente, justificariam a intervenção subsidiária do órgão ministerial. Haveria, no entanto, a necessidade de fiscalização da legalidade dos atos investigatórios, de estabelecimento de exigências de caráter procedimental e de se respeitar direitos e garantias que assistiriam a qualquer pessoa sob investigação – inclusive em matéria de preservação da integridade de prerrogativas profissionais dos advogados, tudo sob o controle e a fiscalização do Poder Judiciário. Vencidos os Ministros Cezar Peluso (relator), Ricardo Lewandowski (Presidente) e Dias Toffoli, que davam provimento ao recurso extraordinário e reconheciam, em menor extensão, o poder de investigação do Ministério Público, em situações pontuais e excepcionais; e o Ministro Marco Aurélio, que dava provimento ao recurso, proclamando a ilegitimidade absoluta do Ministério Público para, por meios próprios, realizar investigações criminais. RE 593727/MG, rel. orig. Min. Cezar Peluso, red. p/ o acórdão Min. Gilmar Mendes, 14.05.2015. (RE-593727)"

---

investigação criminal exclusividade da polícia nem afastam os poderes de investigação do Ministério Público. Fixada, em repercussão geral, tese assim sumulada: 'O Ministério Público dispõe de competência para promover, por autoridade própria e por prazo razoável, investigações de natureza penal, desde que respeitados os direitos e as garantias que assistem a qualquer indiciado ou a qualquer pessoa sob investigação do Estado, observadas, sempre, por seus agentes, as hipóteses de reserva constitucional de jurisdição e, também, as prerrogativas profissionais de que se acham investidos, em nosso país, os advogados (Lei 8.906/94, artigo 7º, notadamente os incisos I, II, III, XI, XIII, XIV e XIX), sem prejuízo da possibilidade – sempre presente no Estado democrático de Direito – do permanente controle jurisdicional dos atos, necessariamente documentados (Súmula Vinculante 14), praticados pelos membros dessa instituição'. Maioria. (...)".

Nesse contexto, salientamos que, não estando configurada uma situação de ilegalidade na tramitação do inquérito policial perante a Justiça Federal, não caberia ao julgador de primeira instância, ciente de que a *opinio delicti* do Ministério Público Federal acerca do fato suspeitado estava ainda em processo de formação, antecipar uma solução quanto à tipificação da conduta, pois esse proceder obliteraria o exercício da atribuição constitucional do titular daquela instituição. Sem embargo, se, na visão do magistrado, estivesse configurado algum retardo injustificado no agir ministerial e disso resultasse prejuízo ao investigado, caberia a ele provocar o órgão de cúpula do *dominus litis*, a teor do artigo 28 do Código de Processo Penal, a fim de sanar tal mora institucional.

Ressaltamos, ainda, que o procurador da República que, originalmente, atuava no feito havia já, anteriormente, declinado de sua atribuição em favor do congênere estadual; todavia, a promoção não fora homologada pela 2ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal, em sessão realizada em 19.02.2013, tendo sido, em decorrência da aludida decisão, designado outro membro da instituição para dar prosseguimento à investigação.

Destarte, arrematamos que: seja porque a *opinio delicti* ainda estava em processo de definição, revelando-se precoce a anterior promoção no sentido da falta de atribuição, à vista da manifestação do órgão superior integrante da estrutura do *parquet*; seja, ainda, porque a decisão recorrida teria se revelado na contramão do que decidiu o Supremo Tribunal Federal, ao acolher a proposta de enquadramento sugerida pela Polícia Federal, é dizer, olvidando a exclusividade dessa atribuição conferida ao Ministério Público e o ponto de equilíbrio institucional, demarcado pela diretiva da complementaridade na condução da investigação, propugnada pela Excelsa Corte, mostrava-se forçoso o provimento do recurso criminal em sentido estrito para manter a competência da Justiça Federal, ao menos até que o agente ministerial, entendendo suficientes os elementos coligidos no bojo do procedimento apuratório, submetesse sua avaliação acerca do fato suspeitado ao juízo, a fim de que este a examinasse, sem prejuízo do exercício do controle da legalidade até esse momento.

Conclusões

Pensamos que o caso concreto trazido à apreciação da Oitava Turma rendeu-nos o ensejo para construir duas conclusões que, a nosso entender, podem mostrar-se úteis a apaziguar situações de conflito que têm sido constatadas nas relações institucionais mantidas entre Ministério Público Federal e Polícia Federal, no campo da investigação criminal, e que podem ser assim enunciadas: (1) o artigo 1º da Resolução CJF 63/2009, que estabelece que os inquéritos policiais não serão admitidos à distribuição enquanto não verificada alguma das hipóteses nele elencadas, constitui-se em norma que diz respeito apenas à administração judiciária – tendo em vista os limites constitucionais e legais dos poderes normativos atribuídos ao Conselho da Justiça Federal e o quanto disposto no artigo 10, § 1º, do Código de Processo Penal, cuja vigência foi reafirmada pelo Supremo Tribunal Federal –, e, portanto, sua eventual inobservância não macula o procedimento da autoridade policial; e (2) a polícia judiciária e o *parquet* devem somar esforços para o bom desempenho de suas atribuições, isto é, devem agir sob o pálio/signo da complementaridade, e não da exclusividade, conforme decidido pelo Pretório Excelso, no julgamento do RE 593.727 (Tribunal Pleno, rel. p/ acórdão Ministro Gilmar Mendes, DJe 08.09.2015), o que significa dizer que, de regra, enquanto a *opinio delicti* do Ministério Público estiver ainda em processo de formação, não cabe ao juiz, acolhendo proposta de enquadramento típico formulada unilateralmente pela Polícia Federal, declinar, prematuramente, da competência para o feito, pois assim estará impedindo o exercício da atribuição constitucionalmente conferida àquela instituição.

A participação da sociedade civil na luta contra a corrupção e a fraude: uma visão do sistema jurídico americano focada nos instrumentos da ação judicial *qui tam action* e dos programas de *whistleblower*

Márcio Antônio Rocha[*]

Senado Americano: "9 das 10 maiores empreiteiras no setor de segurança estão sob investigação por múltiplas fraudes"[1]

O dado extraído do relatório do Senado americano, acima referido, foi expedido no ano de 1986, e parece refletir o cenário do Brasil em 2015. De acordo com recente reportagem da Folha de São Paulo,[2] nove das dez maiores construtoras brasileiras estão atualmente sob investigação em fraudes e corrupção envolvendo o setor de exploração de petróleo. Apesar de os cenários serem muito semelhantes, segundo a Transparência Internacional, que monitora dados sobre corrupção, os Estados Unidos ocupam atualmente a 17ª posição, enquanto o Brasil ocupa a

[*] Desembargador Federal, Vice-Corregedor Regional eleito para o biênio 2015/2017, Participante do Hubert Humphrey Program (2013/2014), Mestrando pela Washington College of Law.

[1] U.S. Senate Report, n. 99-345, at 2-3 (1986): "*In 1985, the Department of Defense Inspector General, Joseph Sherick, testified that 45 of the 100 largest defense contractors, including 9 of the top ten, were under investigation for multiple fraud offenses. Additionally, the Justice Department has reported that in the last year, four of the largest defense contractors (...) have been convicted of criminal offenses while another (...) has been indicted and awaits trial (...). The Department of Justice has estimated fraud as draining 1 to 10 percent of the entire Federal Budget*". Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/31/senaterept-99-345-1986.pdf>.

[2] Folha de São Paulo *online*. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/infograficos/2014/11/117738-muro-alto.shtml>.

perturbadora 69ª posição no índice de percepção de corrupção. O ponto, portanto, é analisar quais foram as medidas tomadas pelo Congresso americano para remediar a fraude sistêmica no ano de 1986 e verificar se as soluções adotadas podem de alguma forma ser trilhadas pelo Brasil. Este estudo compara os principais instrumentos da participação da sociedade civil no combate à corrupção e à fraude nos sistemas jurídicos existentes no Brasil e nos Estados Unidos. Para o propósito deste trabalho, dentro do sistema jurídico brasileiro, a atenção será focada na "ação popular". No sistema legal americano, a atenção será focada na chamada *qui tam action* e nos programas de *whistleblower*. Essas ferramentas legais são reconhecidas, nos Estados Unidos, como as mais eficientes armas de combate à fraude e ao abuso contra os recursos do erário americano.[3] Como conclusão, o estudo pretende estabelecer que o sistema jurídico brasileiro pode ser influenciado pela experiência norte-americana, por meio da introdução do conceito da *qui tam action* e do programa de proteção e incentivo ao denunciante, como importantes ferramentas para melhorar o combate à corrupção e às fraudes públicas, mediante o fomento da participação da sociedade civil.

Em qualquer país ou governo, quando se trata dos mecanismos de contenção do desperdício de recursos públicos e das fraudes contra o erário, a participação da sociedade civil é indispensável para se viabilizar a efetividade das demais ferramentas destinadas a conter os desajustes nos gastos públicos.[4] Existe unanimidade desse conhecimento nos fóruns de debates internacionais sobre os temas da corrupção, da fraude pública, da governança, etc. Em decorrência disso, a importância da necessidade de participação da sociedade é reconhecida também por

[3] US Department of Justice: "*The False Claims Act is the government's primary civil remedy to redress false claims for government funds and property under government contracts, including national security and defense contracts, as well as under government programs as varied as Medicare, veterans' benefits, federally insured loans and mortgages, transportation and research grants, agricultural supports, school lunches and disaster assistance. With more whistleblowers coming forward since the act was strengthened in 1986, the government opened more investigations, which led to the surge in recoveries we see today*". Ver <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>.

[4] "*Governance is no longer seen as an intergovernmental concern but as a cross-cutting issue involving all kind of actors, intergovernmental bodies, academia, mass media, NGOs, Civil Society (...). Corruption can't be addressed by one sector of society in isolation from others*". U4 Anti-Corruption Resource Center, Chene, Marie and Dell, Gillian, *UNCAC and the participation of NGOs in the fight against corruption*, 2008.

governos, ao ponto de estar firmada em compromissos internacionais expressos, dos quais se destaca a Convenção das Nações Unidas de Combate a Corrupção – Uncac.[5]

Em geral, a participação da sociedade no combate à fraude pública tem como pressuposto a transparência de gastos, a disponibilização da contabilidade pública e o direito de obter informações. A sociedade em geral tem como fonte, ainda, o conhecimento advindo da capilaridade dos cidadãos na vida cotidiana das empresas, das obras públicas, dos serviços públicos. Entretanto, a sociedade, ao tomar conhecimento de lesões ao erário, pode se deparar com um sistema jurídico que não lhe disponibilize meios de, efetivamente, exigir, controlar e fiscalizar o próprio processo apuratório dessas fraudes. E, assim, embora o conhecimento, as medidas de transparência passam a não alcançar os resultados desejáveis quando não existe para o cidadão uma via para o prosseguimento ativo nessa participação. Ao cidadão cabe unicamente informar os fatos às chamadas "autoridades competentes", esperando que algo seja feito. Dependendo a aplicação da lei de um processo apuratório cuja titularidade seja entregue apenas aos agentes do Estado, os resultados para participação civil, limitados à denúncia, podem ser frustrados por uma série de fatores, decorrentes das limitações do processo investigativo e punitivo estatal.

Nesse sentido, já de início, a autoridade investigadora ou processante usualmente falha em prestar contas ao cidadão sobre os trabalhos desenvolvidos a partir de determinada denúncia, e com isso o cidadão não vê repercutida a sua ação no interesse público. Outrossim, não raramente o agente público enfrenta suas próprias deficiências, materiais e pessoais, para levar a termos razoáveis a apuração do fato. E, em geral, quanto mais propenso à fraude e à corrupção é o Estado, menos recursos materiais e humanos disponibilizará ao setor incumbido de conhecer tais ilicitudes. Nesse Estado haverá, ainda, a falta de ferramentas legais eficientes a instrumentalizar a participação da sociedade, transparecendo, então, não a anterior falta de recursos, mas a falta de vontade política do enfrentamento do problema. E, assim, a regra cotidiana é que, contidos pela escassez de recursos, os agentes públicos

[5] Uncac, artigos 13 e 13-2.

não têm condições de analisar todos os atos da administração passíveis de prejuízo ao erário. É importante notar que mesmo nos países mais desenvolvidos, com órgãos de controle bem-estruturados, com recursos orçamentários significativos, ocorre um contraste entre o enorme número de atos administrativos passíveis de lesão ao erário e o número insuficiente de agentes públicos com autoridade para investigar, punir ou buscar indenizações civis para esses mesmos atos.

Frente a esse disparate de números, frequentemente, pelo menos três consequências ocorrem: os agentes públicos simplesmente não tomam conhecimento da possível lesão; os agentes públicos tomam conhecimento da possível lesão, mas não têm estrutura suficiente para apurar a ocorrência; ou, na maioria dos casos, os agentes públicos optam pela apuração de casos de maior expressão e/ou que tenham seus fatos ilícitos melhor esclarecidos já em um primeiro momento. Esses três cenários indicam a preponderância das chances de a fraude pública imperar frente aos mecanismos de defesa do erário. Acresça-se, ainda, um elemento importante nessa desvantagem da sociedade, além mesmo da falta ou não de recursos, composto pela simples ineficiência da apuração a ser desenvolvida, a qual, ao longo de seu processamento, pode ser impactada por uma série de fatores que vão desde a falta de elementos para apuração, passando pela falta de *expertise* suficiente dos agentes públicos para lidar com fraudes "inéditas" e bem-arquitetadas, de difícil compreensão por pessoas fora de um determinado setor econômico. Chega-se ao extremo da possibilidade de ocorrência de prevaricação ou corrupção do agente apurador. Frente a esse conjunto de deficiências, o cenário que remanesce é que mesmo em Estados com economias fortes haverá deficiências materiais e humanas para que os setores ligados ao combate da corrupção e das fraudes públicas possam fazer frente às inúmeras ocorrências ilícitas. Essa luta não é justa para com a grande maioria dos cidadãos de bem e os respectivos Estados, pois as regras permitem que os grupos contrapostos sejam desproporcionais.

Por isso, a análise das regras dessa luta, estabelecidas por meio de legislação, revela o quanto determinado Estado, via Poder Legislativo, deseja, ou não, vencer a batalha contra a fraude pública. Em outras palavras, o quão sincero é determinado sistema jurídico quando menciona desejar o combate à corrupção e à fraude pública, com participação da

sociedade no monitoramento dessas fraudes.

Todavia, há um único elemento capaz de dar um alento, pois alterará as proporções numéricas dos lados envolvidos. As proporções numéricas, sabe-se, apresentam-se em grupos dentro de uma sociedade. Há um grupo muito pequeno de pessoas tornadas funcionários públicos com atribuição para contenção das fraudes públicas e da corrupção. Por outro lado, há um grupo muito maior de pessoas interessadas em obter vantagens à custa do erário. Porém, existe ainda um terceiro grupo, muito maior, hoje contido pela legislação injustificadamente restritiva, formado pela imensa maioria da sociedade, que não almeja qualquer vantagem ilícita perante o erário público, muito pelo contrário, deseja a obtenção do maior benefício social para os recursos disponíveis. Portanto, a luta somente tem chances de vitória ao se agregar potencialmente todos os cidadãos de bem, com ferramentas que incentivem não apenas o exercício do direito à denúncia, mas que também possibilitem o desencadeamento de ações concretas para o ressarcimento e a punição civil das condutas lesivas. Essa participação é marcadamente importante quando o Estado apresenta dimensões continentais, com as dificuldades daí decorrentes.

Lamentavelmente, a legislação brasileira limita a participação da sociedade na apuração e na reparação de danos decorrentes de fraudes públicas. O cidadão não é parte legítima para propor ações de improbidade, ação civil pública, nem qualquer ação tendente a punir civilmente o autor dos danos. Quando se trata de apuração de fraudes contra o erário público, ao cidadão cabe unicamente o direito de denunciar os fatos a autoridades como a Controladoria, o Ministério Público, os tribunais de contas, a Polícia. O Estado, sem perceber, monopoliza as alternativas legais de cumprimento das leis e rejeita a participação ativa da sociedade. Uma vez feita a denúncia, a legislação não prevê expressamente o direito de receber, em razoável forma e tempo, informações sobre o encaminhamento dado ao fato, o andamento das medidas desencadeadas, o resultado do julgamento administrativo ou judicial e, finalmente, se foram realmente ressarcidos os danos, cobradas eventuais penalidades civis e aplicadas as penalidades criminais.

Além desse poder de reportar, mero direito de reclamar, o legislador, quase 50 anos atrás, criou a ação popular, por meio da Lei 4.717/65.

De pouquíssima frequência nos fóruns nacionais, ela é mera ação de ressarcimento movida pelo cidadão. Não é uma lei de incentivo à participação da sociedade, tampouco é uma lei que tenha o escopo de punir civilmente o fraudador do erário público. Não é uma lei de incentivo, porquanto nada há em seus termos a incentivar a participação do cidadão, de modo que, se a ação for bem-sucedida, o autor popular, ao final, recebe apenas o reembolso do que tenha pagado de custas processuais e honorários do advogado contratado para promover o processo judicial. Por outro lado, não é uma lei de sancionamento civil ao fraudador, pois o autor popular não obterá do Poder Judiciário qualquer punição do fraudador público, mesmo para uma penalidade meramente civil tal qual a aplicação de multa ou a proibição de contratação com o erário. Ou seja, a ação é um "quase nada", pois, ao final, o fraudador apenas devolve o que não lhe pertence e paga honorários e custas, não por ser um fraudador, mas por ter recebido uma sentença desfavorável. Não houve punições. Não houve qualquer compensação pelo trabalho do autor popular de coleta de dados, pelos riscos da apuração, pelos riscos do processo judicial. E, assim, a falta de eficácia dessa lei está estampada em seu histórico, não existindo resultados práticos relevantes.

Debatendo um pouco mais as deficiências da atual ação popular, como instrumento de efetiva participação da sociedade, há que se ter em mente que, para o ajuizamento proveitoso de qualquer ação civil em determinado juízo, deve o autor exercer um prévio trabalho que demanda esforço pessoal e recursos financeiros. Para tanto, ao início de um desafio dessa natureza, deve enfrentar os ônus pessoais dessa decisão. Caso deseje enfrentar uma fraude em um fornecimento de bens ou serviços, em uma obra ou arraigada no serviço público, deverá estar atento às possibilidades de retaliação, ameaças, exposição pessoal e de familiares a riscos à integridade física e moral. Caso pretenda enfrentar uma fraude que perceba em seu próprio ambiente de trabalho, os mesmos riscos anteriores ocorrem, cumulados com o risco de deterioração das condições de emprego, com risco de demissão, com a possibilidade de discriminação, perda de funções, perda de oportunidades de possíveis promoções, imposição de transferências ou "promoções" para locais não desejados e, ainda, riscos de ver contaminada inclusive a sua imagem profissional junto ao mercado de trabalho.

Sem um sistema adequado, os danos imateriais, não diretamente ligados à relação de emprego, ficam dependentes de ações genéricas por dano moral, de prova dificílima de se realizar, de processamento lento e de resultados finais insatisfatórios na grande maioria dos casos. Os danos imateriais ligados ao ambiente de trabalho, em geral, apenas recompõem formalmente a relação de emprego ceifada por uma demissão sem justa causa, e, quando agregado um componente de ressarcimento do dano moral, jamais indenizam os possíveis danos pessoais junto à família, à carreira profissional e à imagem do cidadão perante o mercado de trabalho e a sociedade. Além disso, quando presentes riscos à integridade física, a atual ação popular não prevê medidas de defesa do cidadão, tais quais realocação provisória do domicílio, asseguramento de auxílio financeiro durante o processamento da investigação, reservas quanto à divulgação do cidadão relator da fraude junto ao denunciado e ao público em geral. Enfim, não há qualquer medida do Estado tendente a preservar adequadamente o cidadão dos riscos à integridade física e moral. Enquanto o sistema jurídico não avaliar adequadamente a real possibilidade de tais riscos e custos pessoais e materiais, não contará o cidadão com meios eficientes de proteção jurídica nem de ressarcimento de tais ônus, caso verificados, e, assim, o Estado não disporá do esforço dos cidadãos frente a tais condições.

Além disso, a partir da tomada da decisão do ajuizamento da ação popular, deve haver a investigação de situações e a coleta de provas, documentos e dados diversos. Caso a ação venha a tratar, por exemplo, de aplicação de materiais de má qualidade em determinada obra, pode demandar oitiva de profissionais, aquisição de pareceres técnicos, prova pericial, etc. Todo esse trabalho demanda custos e tempo. Após esse trabalho inicial, haverá ainda o custo de contratação de advogado. Ao final, no caso de procedência da ação, com o ressarcimento das custas do processo, o que obterá o autor é o ressarcimento do que despendeu. Não sobrará ao autor e ao seu advogado nada além da remuneração por um trabalho, trabalho esse difícil, estressante e perigoso, em decorrência da natureza da causa.

Por tais motivos, a atual ação popular brasileira não desperta o interesse do cidadão, de profissionais com potencial para se tornarem autores populares (mestres de obras, engenheiros, contadores, médicos etc.)

nem dos profissionais da advocacia, que não encontram razões para se especializarem nesse tema. Dessarte, a própria contratação com a análise inicial da causa se mostra problemática, quer pela ótica do autor popular, quer pela ótica do advogado consultado nessa fase. Sabe-se que, usualmente, os advogados necessitam cobrar do próprio cliente algum valor para cobrir o dispêndio inicial de tempo para análise e preparação da causa. A pergunta que se faz nesse momento é: qual cidadão disporá de recursos para contratar um advogado para analisar uma fraude que interessa diretamente ao Estado, e apenas indiretamente ao cidadão? E mais, sabendo-se que fraudes públicas em geral são complexas, o advogado precisará solicitar e remunerar pareceres (parecer de engenharia, de um contabilista, de um médico, de um avaliador, de um corretor etc.), muitas vezes indispensáveis para a compreensão da fraude e a instrumentalização da futura ação judicial. Esse trabalho inicial pode demandar ainda a entrevista de pessoas, filmagens de locais, registros fotográficos e uma série de atos que demandam tempo e recursos. Esse esforço seria apenas preparatório de um longo processo judicial à frente, que demandará preparo de peças processuais, audiências, recursos. E todo esse trabalho seria feito sem uma ideia clara de quanto seriam os honorários advocatícios a serem fixados pelo juiz, sendo certo que, na maioria das vezes, tais honorários são arbitrados de modo tímido, sem correspondência com a importância dessa verba ao profissional. Não é, portanto, sem motivos que as universidades não apresentam especializações em matéria de ação popular; não há debates nem motivos para a criação de advogados especializados no combate à fraude pública.

Contrariamente a esse cenário frustrante da ação popular brasileira, nos Estados Unidos há incentivos processuais e de natureza financeira e medidas de proteção para que o cidadão coopere na detenção da fraude contra o erário público americano. Tais incentivos já estavam previstos na legislação americana desde 1863, por meio do False Claims Act – FCA, que autorizava o cidadão, pela denominada *qui tam action*, a cobrar judicialmente, em nome do governo americano, danos envolvendo fraudes nas aquisições de pólvora e armamentos subqualificados, cavalos doentes ou impróprios para a lida, etc. Desde tal data, o Congresso reconhece de modo claro essencialmente três aspectos: *i* – os oficiais do governo não são suficientes para deter a variedade de fraudes contra o

erário público; *ii* – apenas o cidadão com conhecimento próximo aos fatos pode coletar, preservar em momento próprio e trazer informações de difícil produção posterior; e, por fim, *iii* – o cidadão precisa ter incentivo financeiro e proteção por danos advindos da denúncia efetuada. Embora essa legislação existisse desde a guerra civil americana, foi em 1986, por meio do Dodd Frank Act, que o Congresso americano resolveu dar mais musculatura à chamada *qui tam action*, corrigindo interpretações dos tribunais e reforçando os incentivos financeiros ao cidadão. As razões para o Congresso americano assim agir foram justamente a constatação da imensa variedade de fraudes contra o governo e a impossibilidade de o governo dispensar a participação ativa da sociedade na apuração e na punição de tais atos:

"As evidências de fraude nos programas governamentais e de licitações estão em acentuada elevação. Em 1984, o Departamento de Defensa conduziu 2.311 investigações de fraude, mais de 30 por cento desde 1982. Semelhantemente, o Departamento de Saúde tem aproximadamente triplicado o número de solicitações fraudulentas de benefícios nos últimos 3 anos."[6]

Com efeito, ao momento da emenda Dodd Frank Act, o Congresso americano tinha ciência, por meio de relatórios do Senado, de que a grande maioria das fraudes permanecia encoberta e de que eram poucas as chances de as pessoas pegas cometendo fraudes receberem alguma punição.[7] Procurando dar soluções ao grave problema, o Congresso optou por reforçar aspectos jurídicos da lei, corrigindo inclusive interpretações restritivas dos tribunais, bem como por elevar a punição ao autor da fraude e aumentar os incentivos financeiros ao cidadão.

A partir das emendas introduzidas, a *qui tam action*, bem assim os programas correlatos de *whistleblower*, passou a ser a maior ferramenta de detenção da fraude pública e de aplicação de penalidades civis no que se refere a ilícitos contra a Administração. A emenda Dodd Frank Act ampliou fortemente as consequências do ato fraudulento, pois, além

[6] U.S. Senate Report, n. 99-345, 1986, p. 2. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/31/senaterept-99-345-1986.pdf>.

[7] "*GAO concluded in its 1981 study that most fraud goes undetected due to the failure of Governmental agencies to effectively ensure accountability on the part of program recipients and Government contractors. The study states: 'For those who are caught committing fraud, the chances of being prosecuted and eventually going to jail are slim (...). The sad truth is that crime against the Government often does pay'*". U.S. Senate Report, n. 99-345, 1986, p. 3. Disponível em: <http://www.justice.gov/sites/default/files/jmd/legacy/2013/10/31/senaterept-99-345-1986.pdf>.

da multa, a penalidade advinda dos chamados "danos punitivos" passou a ser de três vezes o valor do dano original (*treble damages*)[8] – similar ao que está previsto na Lei de Improbidade brasileira (Lei 8.429/92, art. 12) –, sendo a condenação acrescida, ainda, de ressarcimento dos danos, custas e honorários. Servindo a punição como base de cálculo para a premiação, e tendo-se ainda ampliado os percentuais, aumentou-se, consequentemente, a premiação do *qui tam author*.

Conceitualmente, por meio da *qui tam action*, qualquer pessoa, isolada ou em conjunto com outras, pode acionar judicialmente, em nome do governo americano, o responsável por uma cobrança fraudulenta contra o erário. A responsabilidade decorre de apresentar, ou de possibilitar que terceiro apresente, uma cobrança falsa para obtenção de vantagem contra o governo ou programa no qual haja recursos federais.[9] A lei exige algo mais que a mera negligência na apresentação de cobranças fraudulentas. Exige que o réu, tendo condições de saber que estava sendo feita cobrança indevida, atue de forma deliberadamente ignorante, ou com *reckless disregard*. O agir com *reckless disregard*, termo que não tem uma tradução perfeita para o português, é utilizado na imensa maioria dos casos como a fonte da responsabilidade.[10]

É importante perceber que a *qui tam action* é uma ação judicial de natureza cível. Por não ter natureza penal, não exige como pressuposto de responsabilidade os *standards* próprios do direito penal, que seriam, para fins volitivos, a vontade específica de fraude (*specific intent of*

[8] 31 U.S.C. 3729 (a) (1)(g).

[9] Corretamente, a cobrança falsa não precisa ser apresentada diretamente ao governo, e com isso se abrange a responsabilidade civil, *v.g.*, do construtor de obra ou fornecedor de serviços, quando o subcontratante embute falsas cobranças no orçamento principal de uma obra. 31 U.S.C. 3729(b)(2) – "*the term claim – (A) means any request or demand, whether under a contract or otherwise, for money or property an whether or not the United States has title to money or property, that – (i) (...) (ii) is made to a contractor, grantee, or other recipient, if the money or property is to be spent or used on the Government's behalf or to advance a Government program or interest, and if the United States Government – (I) provides or has provided any portion of the money (...)*".

[10] Segundo o Oxford Advanced Learner's Dictionary: "*reckless = showing a lack of care about danger and the possible results of your actions; disregard = to not consider something; to treat something as unimportant*". Em uma tentativa de tradução, poder-se-ia denominar o agir descuidadosamente sem atribuição de valor a determinada conduta. A compreensão do termo pode ser vista naquele contratante de uma grande obra pública que, por exemplo, passa a comprar toneladas de ferro ou concreto pagando um preço injustificadamente muito superior ao do mercado local, e com isso acaba aumentando o valor final da obra perante o poder público. A ideia, nessa situação, é que o empresário, caso efetuasse a obra apenas para si, trataria de verificar que os produtos para sua obra fossem fornecidos a preços de mercado, e não com injustificado sobrepreço.

fraud) e, para fins probatórios, provas e indícios "além de uma dúvida razoável" (*beyond reasonable doubt*). Ainda que atue na esfera cível, o objeto da *qui tam action* é duplo, pois visa ao ressarcimento da fraude contra o governo e, ainda, à aplicação e à cobrança das penalidades civis decorrentes do ato fraudulento. Não se limita aos casos envolvendo corrupção de funcionários públicos, e, portanto, estende-se aos casos em que o poder público é vítima de fraude ou de tentativa de obtenção de valores injustificados. O autor não precisa ter sofrido dano pela conduta fraudulenta. A atuação é em nome do governo, fraudado por ato do réu. É, portanto, uma ação de aplicação da lei, de "*enforcement*", desencadeada pelo cidadão e requerida perante o Poder Judiciário.[11]

Processualmente, a *qui tam action* tem interessantes características. Logo após ajuizada a ação pelo autor (usualmente chamado de *qui tam author*), a petição inicial e os documentos permanecem inicalmente sob sigilo, devendo uma cópia da inicial e dos documentos ser encaminhada ao Departamento de Justiça – DOJ. Esse sigilo é estabelecido no interesse do Estado e para a preservação da identidade do autor frente a possíveis retaliações ou tentativas de obstrução da apuração dos fatos. Durante essa fase de sigilo, o DOJ deverá verificar a viabilidade da ação e de seus elementos de prova e a necessidade de diligências complementares. O DOJ poderá, nessa fase, proceder às diligências que entender cabíveis, colher novos elementos probatórios, requerer diligências perante outros órgãos ou agências. Durante essa fase, frequentemente há um diálogo entre o advogado e seu cliente e o Departamento de Justiça, em busca de esclarecimentos. O sigilo é assegurado por prazo de 60 dias, podendo ser requerida, fundamentadamente e com boa razão, a prorrogação do prazo pelo juiz. Até o fim do período de sigilo, o DOJ deverá decidir se irá assumir o processo judicial como o principal autor, se irá apenas assistir processualmente o *qui tam author* ou se requererá fundamentalmente uma decisão do juiz para arquivamento liminar da ação, caso entenda que ela é evidentemente improcedente. Decorrido o prazo e concluídas as diligências necessárias, não havendo pedido de arquivamento (do qual o autor pode discordar perante o juízo), o sigilo será levantado e será determinada a citação do réu, iniciando o proces-

[11] Nos casos em que o governo intervém assistindo o *qui tam author*, há três partes no processo: o *qui tam author*, o governo e a empresa-ré.

so. Caso o DOJ tenha decidido não assumir sozinho o prosseguimento nem assistir processualmente o *qui tam author*, poderá se manifestar no processo a qualquer tempo, inclusive realizando acordo para encerramento do processo, submentendo-se os resultados à homologação do juízo e assegurando-se a participação do autor no resultado finananceiro advindo. Por outro lado, é importante ressaltar que, mesmo na existência de manifestação de arquivamento ou de negativa de ingresso do DOJ como assistente do *qui tam author*, é assegurado ao autor prosseguir sozinho no processo, em nome dos Estados Unidos, buscando a condenação civil do autor da fraude, nada obstante, nesse caso, os Estados Unidos não sejam considerados parte no processo e, portanto, não haja risco de sucumbência. Por fim, existindo mais de uma ação com diferentes autores, o sistema trabalha com a ideia de que a premiação caberá somente ao primeiro a ajuizar a petição inicial.

Quanto à premiaçao e à remuneração do autor, essas dependerão do montante total efetivamente cobrado, acrescido das penalidades civis, e da sucumbência, bem como da quantidade e da qualidade das informações trazidas com a participação do autor. Todavia, a lei é zelosa para que haja remuneração condigna do autor, de modo que a fixação de tal verba apresenta como limite mínimo o percentual de 10% e como limite máximo o de 30%. Charles Doyle[12] resume as regras de fixação da verba devida ao autor:

> "Se a *false claim act* for bem-sucedida, os relatores têm direito a uma participação nos lucros de até 30%. Se o governo não participou no litígio, os autores têm direito a um prêmio de 25% a 30%. Se o governo participou do litígio, eles têm direito a um prêmio de 15% a 25%, podendo ser reduzido a não menos de 10% quando o seu pedido foi baseado principalmente em informações públicas. Em qualquer caso, eles também têm direito a honorários advocatícios, despesas e custos."

Outra forma de aumentar a participação da sociedade no combate à corrupção e às lesões aos cofres públicos são os programas de denúncia, ou *whistleblower programs*. Os *whistleblower programs* são projetados para proteger e incentivar pessoas em geral e especialmente funcionários a relatarem o conhecimento sobre comportamentos ilícitos de que tenham conhecimento, dentro ou fora de uma determinada empresa.

[12] DOYLE, Charles. *Qui tam*: the false claims act and related federal statutes. CRS report for Congress, August 6, 2009. Disponível em: <https://www.fas.org/sgp/crs/misc/R40785.pdf>.

Trata-se de ferramenta tão importante quanto a *qui tam action*, sendo responsável por elevado número de processos administrativos para deter condutas ilícitas e aplicar sanções.

A importância dessas leis, evidentemente, também é reconhecida pelo governo dos Estados Unidos. O Professor Vaughn dá uma ideia clara sobre o número crescente de novas leis promulgadas pelo Congresso dos Estados Unidos:

"Desde 2000, o Congresso aprovou ou alterou significativamente 14 leis de *whistleblower* no setor privado. Essas leis vão de relatar condições de trabalho impróprias a permitir a divulgação de informações sobre áreas específicas de regulação, incluindo a aviação, o transporte de superfície, a fraude corporativa e outras faltas, a segurança de gasodutos, a regulação de energia, a segurança de trânsito, os contratos de defesa, a segurança ferroviária, a de produtos de consumo, a segurança do paciente, a da alimentação e a má conduta relacionada com a crise financeira de 2008. (...) Essas leis forneceram proteção para dezenas de milhões de trabalhadores do setor privado. O número de funcionários reflete o alcance das indústrias abrangidas por essas leis, incluindo o setor financeiro, a indústria de produtos de consumo e a indústria de produtos alimentícios."[13]

Fala por si o aumento do número de novas leis prevendo a proteção de *whistleblowers* nos vários setores. O Senador Patrick Leahy, falando ao Congresso americano sobre o tema, resume com perfeição a importância do *whistleblower*:

"Nós incluímos uma proteção significativa aos denunciantes corporativos, como aprovada pelo Senado. Aprendemos com Sherron Watkins, da Enron, que esses *insiders* são as testemunhas-chave que precisam ser encorajadas a reportar fraudes e ajudar a prová-las no tribunal (...). De nenhuma maneira nós poderíamos ter conhecido [a má conduta de funcionários da empresa Enron] sem esse tipo de denunciante."[14]

De fato, muitas vezes apenas os *insiders*, pessoas próximas aos fatos, podem esclarecer circunstâncias do porquê, do como, do quando e de que forma referentes a atos ilícitos praticados por corporações. E, nesse tema probatório, os programas de *whistleblower* e a *qui tam action* revolucionam completamente a forma de apuração de tais fraudes em geral. Conforme ressaltado pelo Senador Leahy, esses *insiders* são capazes de coletar informações que muitas vezes seriam perdidas posteriormente, ou que simplesmente seriam inacessíveis por uma investigação posterior tradicional. Por exemplo, como uma investiga-

[13] VAUGHN, Robert. *The successes and failures of whistleblower laws.* Edward Elgar, 2012. p. 149.

[14] Apud KOHN, Stephen M.; KOHN, Michael D.; COLAPINTO, David K. *Whistleblower law*: a guide to legal protections for corporate employees. Praeger, 2004. p. 4.

ção poderá concluir sobre o conteúdo de uma reunião de empresários dispostos a combinar preços de licitações de obras públicas, sem que alguém providencie o registro dessa reunião para denunciar o fato posteriormente? Em casos dessa natureza, a participação de um *whistleblower* pode oportunizar que sejam autorizadas judicialmente, quando necessárias, as medidas de preservação dessa prova, tais como coleta de *e-mails*, comunicações telefônicas e gravação de vídeo e áudio. Foi isso, por exemplo, o que ocorreu com Tina Marie Gonter, que reportou, em 2001, uma fraude no atendimeto dos requisitos técnicos de válvulas para submarino, recebendo, ao início, orientação das autoridades de que seria fundamental o registro das reuniões da empresa, e, assim, por seis meses gravou as reuniões em que se comprovava a ciência de que as válvulas não atendiam aos padrões técnicos requeridos pela Marinha americana.[15] Pessoas próximas aos fraudadores podem propiciar a coleta "em tempo real" de informações que jamais seriam obtidas de outra maneira. Também empresas achacadas pelo poder público podem ter na mesma situação uma oportunidade de coletar dados sobre a corrupção de agentes públicos, preservando-se, assim, de futuras implicações, e coletando, sem temor e com apoio do Poder Judiciário, as provas que comprometam a autoridade pública. Por outro lado, com as recentes medidas combatendo a corrupção e a fraude cometidas por empresas, sujeitas agora a pesadíssimas multas e penalidades, abre-se para empregados que não desejam participar de fraudes desencadeadas por seus superiores a oportunidade de diminuírem as consequências nefastas para a empresa e os empregados de serem as fraudes posteriormente descobertas pelo poder público. Assim, reportando as fraudes ao tempo da ocorrência, adotam medida de preservação da própria saúde da empresa, defendendo a continuidade da grande maioria dos empregados, que não têm qualquer benefício com ditas fraudes, mas que estariam em risco no caso de a empresa ser punida severamente.

Essa possibilidade de uma fraude engendrada por uma alta diretoria ser reportada por qualquer funcionário que dela venha a tomar co-

[15] Testemunho de Tina Marie Gonter, em 27.02.2008, perante o Comitê do Judiciário no Senado dos Estados Unidos, no evento *The False Claims Act Correction Act (S.2041)*: strengthening the government's most effective tool against fraud for the 21st Century. Disponível em: <http://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/08-02-27%20False%20Claims%20Act%20Correction%20Act%20-%20Gonter%20testimony.pdf>.

nhecimento, na prática, cria dois efeitos importantes. O primeiro é que haverá, para o agente fraudador ou a empresa, um permanente risco de que suas ações sejam reportadas, o que cria a dificuldade de obter o auxílio de funcionários, pois estes podem estar dispostos a adentrar em programas de denúncia. Conforme bem coloca Michael Hertz, Procurador-Geral Adjunto – DOJ,

"*In the wake of well-publicized recoveries attributable to qui tam cases, those who might otherwise submit false claims to the federal government are more aware than ever of the "watchdog" effect of the qui tam statute. We have no doubt that the Act has had the salutary effect of deterring fraudulent conduct*."[16]

O segundo é que tais programas de denúncia podem se tornar ferramentas a salvaguardar os interesses corporativos lícitos dos errôneos caminhos de seus administradores.

Esse efeito de salvaguarda da boa empresa ressalta uma diferença importante entre o *qui tam author* e o *whistleblower*, quando comparados com a chamada *delação premiada* e os *acordos de leniência*. A lei, ao prever a premiação do *qui tam author* e do *whistleblower*, faz com que o Estado, para obter informações e aplicar a lei, deva *interagir* (destaquei) com um cidadão honesto, próximo aos fatos e que não obteve qualquer benefício com a fraude. Essa interação entre Estado e cidadão permitirá que possam eficazmente ser aplicadas *integralmente* (destaquei) as sanções previstas em lei e ressarcidos os danos. Trata-se, portanto, de remunerar e incentivar os cidadãos que se levantam contra os malfeitores da sociedade. Ao contrário, os acordos de delação premiada e de leniência impõem deva o Estado, para obter informações e aplicar a lei, *negociar* (destaquei) com pessoas e corporações desonestas, que já se beneficiaram ilicitamente e causaram danos à sociedade e terão as punições atenuadas por colaborarem com a persecução de terceiros. Ou seja, nos acordos de delação e de leniência, o Estado é obrigado a *renunciar em parte* (destaquei) à aplicação das penalidades na intensidade prevista em lei. Isso equivale à consequência prática de que a *qui tam action* e os programas de *whistleblower* trabalham para que o poder público atue em sua maior expressão e a remuneração que eventualmente disponibilizem, além de ser coberta pelo próprio causa-

[16] Depoimento de Michael Hertz no Congresso americano, transcrito em ORTIZ, Ian M. *Fighting fraud with qui tam and the False Claim Act.* Nova Science, 2010. p. 25.

dor do dano, venha a remunerar uma parte honesta da sociedade por um serviço prestado.

Aliás, essa inclusão de atores honestos no combate à corrupção e a fraudes em geral é certamente algo capaz de modificar uma sociedade. Todo cidadão passa a ser potencialmente um repórter de uma situação de fraude e a buscar uma participação nas indenizações e penalidades respectivas. Podem-se incluir nessas situações profissionais que usualmente não apresentariam funções de investigação, por exemplo, o mestre de obras que verifica a aplicação de materiais inferiores em uma obra em desacordo com projeto licitado, o encarregado de obra que percebe a colocação de uma camada mais fina de asfalto em determinada estrada, a enfermeira que descobre que o hospital lança cobranças de procedimentos médicos não dispensados aos pacientes, o funcionário que vê o leite com validade de consumo vencida ser adulterado com formol para ser fornecido em licitações de escolas públicas, o contador que percebe serem os recursos da empresa migrados para empresas fantasmas a fim de se possibilitar a sonegação de lucros, o funcionário que sabe que sua empresa realiza desvio de energia ou que subrepticiamente lança resíduos que contaminam o meio ambiente. Além de incentivar a participação de pessoas comuns, há um segmento específico de profissionais com potecial para desenvolverem atividades especificamente ligadas à detecção de fraudes, tais como contadores; auditores contábeis, financeiros e tributários; engenheiros; economistas; médicos auditores; jornalistas investigativos; organizações não governamentais de transparência e controle da administração; profissionais do serviço público com larga experiência, porém aposentados (delegados, promotores, auditores federais); e, principalmente, os advogados. Com a participação social fomentada, agregam-se profissionais com talento e *expertise* para esse tipo de ação. A reunião de tais profissionais em um mesmo escritório ou por meio de parcerias profissionais pode mudar em muito o panorama da fraude e da perda de dinheiro público no Brasil e em qualquer país.

São os advogados os atores fundamentais tanto da *qui tam action* quanto dos programas de *whistleblower*. Com tais acréscimos no poder de atuação dos advogados, complementa-se de uma forma extraordinária o reconhecimento que a Constituição Federal já anteviu, de que

o advogado é essencial para a administração da justiça e para a própria sociedade.[17] Aos advogados caberá tomar conhecimento dos fatos em primeiro lugar, aconselhando o cidadão em pontos fundamentais, que vão desde a possível viabilidade da denúncia a orientações sobre quais informações são importantes, quais são os meios de obtenção e preservação de tais informações e as estratégias para comprovar os fatos, a necessidade ou não de obtenção de amparo judicial para a coleta de determinadas provas, os riscos pessoais e profissionais envolvidos, o dimensionamento dos danos e das penalidades a serem aplicadas e da possível premiação a ser buscada, a adoção de medidas cautelares de preservação de informações e patrimônio para garantir a execução das sanções financeiras, o inventário de patrimônio produto de crime e de enriquecimento ilícito, etc. O advogado terá o papel de frear reportagens referentes a apurações sem valor, evitando batalhas judiciais que não levem a resultado prático. Por outro lado, deverá ter a capacidade de dialogar com autoridades do governo que venham a apoiar a ação, estabelecendo com essas autoridades uma verdadeira parceria de trabalhos e objetivos. E ainda um importante aspecto: a participaçao do advogado é de fundamental importância na proteção da identidade do *whistleblower* e do período de sigilo da *qui tam action*. Claro que ao advogado restará, na contraparte, além da defesa da empresa ou corporação, ainda a orientação de medidas preventivas e de *compliance* para que tais fraudes sejam evitadas. Por esse fundamental papel do advogado, não é sem razão que nos Estados Unidos existem escritórios altamente especializados em *qui tam action* e programas de *whistleblower*.

A Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, no artigo 33, estabelece que cada Estado-parte deverá considerar a incorporação, em seu ordenamento jurídico interno, de medidas apropriadas para proporcionar proteção contra qualquer tipo de tratamento injustificado a qualquer pessoa que relata fatos relativos a infrações estabelecidas na Convenção. A mesma Convenção, em seu artigo 13-2, estabelece que os Estados-partes devem tomar medidas apropriadas para garantir que os organismos de combate à corrupção sejam conhecidos do público e facultar o acesso a tais órgãos, quando necessário, para relatar, inclusive

[17] Constituição Federal, art. 133.

anonimamente, tais infrações.

A ideia principal dos *whistleblower programs* é fornecer proteção ao empregado contra discriminações por parte dos empregadores e estímulo para que os funcionários rompam o "código de silêncio" existente no ambiente corporativo, incentivando-os a "soprar o apito" para chamar a atenção do poder público sobre a má conduta. Em 2008, Michael Hertz apontou em depoimento perante o Senado dos Estados Unidos:

> "Não existem programas governamentais que sejam imunes a possíveis fraudes, como refletido pela nossa carga de trabalho. Casos apresentados pelo Departamento nos termos da lei, incluindo aqueles iniciados por denunciantes, recuperaram fundos significativos, em nome do Departamento de Interior, da Administração de Serviços Gerais, do Departamento de Habitação e Desenvolvimento Urbano, do Departamento de Agricultura, do Departamento de Educação, do Departamento de Estado, do Departamento de Energia, da Nasa e, mais recentemente, do Departamento de Segurança Interna, para citar apenas alguns (...). Com efeito, dos 20 bilhões de dólares recuperados desde as emendas do FCA em 1986, 12,6 bilhões de dólares foram resultado da *qui tam action*."[18]

Diante do variado número de leis, toma-se o *Securities Exchange Act de 1934*, como emendado pelo *Dodd-Frank Act, em 2010*, como foco para este estudo. Por esse ato, uma pessoa pode ser descrita como um denunciante quando fornece, voluntariamente, informações relativas a condutas irregulares que violem ou potencialmente violem as leis do mercado mobiliário americano. A informação deve ser original, não conhecida das autoridades da Securities and Exchange Commission – SEC e conduzir ao processamento bem-sucedido da ação judicial ou administrativa, que resulte em sanções monetárias superiores a um milhão de dólares. As informações devem ser obtidas a partir de conhecimento independente, ou de análises ou pesquisas do denunciante, que não sejam do conhecimento da Comissão por qualquer outra fonte. A informação não pode ser proveniente exclusivamente de uma alegação feita em uma ação judicial ou administrativa, em um relatório governamental, uma audiência, auditoria ou investigação, ou a partir da notícia pública, a menos que o denunciante seja a fonte da informação.

Segundo a referida legislação, o *whistleblower* tem direito a um prêmio pago por um fundo criado junto ao Tesouro dos Estados Unidos e conhecido como Investors Protection Fund. Esse fundo está à dis-

[18] Depoimento de Michael Hertz no Congresso americano, transcrito em ORTIZ, Ian M. *Fighting fraud with qui tam and the False Claim Act*. Nova Science, 2010. p. 24.

posição da Comissão, sem apropriação ou limitação ao ano fiscal. Os limites do prêmio são fixados pela lei, e ele não deve ser inferior a 10% nem superior a 30% do total do que foi recolhido das sanções pecuniárias relacionadas. Isso significa que o valor das sanções impostas trará a base de cálculo do prêmio a ser pago ao *whistleblower*. A autoridade deve considerar alguns parâmetros para determinar o montante do prêmio: I) a importância das informações fornecidas pelo denunciante para o sucesso da ação judicial ou administrativa; II) o nível de assistência fornecido pelo denunciante e por qualquer representante legal; III) o interesse programático também é estabelecido, pois, para determinar a quantidade de um prêmio, a Comissão não levará em consideração o saldo do fundo. A remuneração é devida ainda que o réu venha a ser processado e punido por fato diferente do inicialmente reportado, sendo, nesse caso, mensurada qual foi a importância da informação trazida inicialmente.[19] Especificamente no caso do programa da SEC, a premiação do *whistleblower* pode abranger participação no resultado de eventual processo criminal, o que em geral não ocorre nos programas.[20] A existência do fundo, assim como a existência da própria remuneração, serve também para sinalizar a importância dessas pessoas como auxiliares do Estado. A premiação mostra que pessoas com essa coragem são de valor para a sociedade, pois defendem o interesse público especificado em lei ou regulamento. Essa medida mostra a importância de realmente fixar o prêmio ao *whistleblower* de acordo com o valor da informação e a sua cooperação, e não com quaisquer outros critérios possivelmente injustos.

Há duas outras características importantes do programa de *whistleblower* manejado pela SEC. Em primeiro lugar, o denunciante deve ser representado por um advogado. Em segundo lugar, o pedido pode ser apresentado com sigilo quanto ao nome do autor. Nesse caso, a identidade do *whistleblower* será conhecida apenas imediatamente antes do pagamento. No entanto, a divulgação de alguns documentos ou informações em um processo administrativo ou judicial pode conduzir à re-

[19] False Claim Act, S. 2041.

[20] 240 C.F.R § 21F-3(b). Nesse sentido, ver *SEC – 2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>. Nota de rodapé número 22.

velação da identidade do *whistleblower*. Todavia, nesse caso, presentes circunstâncias que o justifiquem, as informações podem ser sujeitas ao sigilo, fora do processo, por determinação judicial.

Deve-se ressaltar que ambos os programas anteriormente referidos, *qui tam action* e *whistleblower programs*, têm a possibilidade do relato com preservação da identidade da pessoa que reporta a fraude como uma característica importante para o seu sucesso. Aqui, uma distinção importante: não se trata de previsão da possibilidade de "denúncia anônima", mas da preservação da identidade do autor da denúncia contra possíveis retaliações. Todavia, a pessoa é identificada claramente por meio de seu advogado, fato que pode ser debatido na Corte em caso de comprovada necessidade. A possibilidade de se reportar de forma sigilosa também é hoje recomendação da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (artigo 13-2) como uma medida para proteger o denunciante. A Convenção estabelece que os Estados-partes devem proteger os *relatores*, inclusive por meio do anonimato (artigo 13-2), e devem considerar a incorporação, em seu ordenamento jurídico interno, de medidas apropriadas para proporcionar proteção a qualquer pessoa que apresente de boa-fé e em termos razoáveis quaisquer fatos relativos a infrações estabelecidas na Convenção.

Os programas de *whistleblower*, afora a premiação, em geral fornecem proteção do empregado para que não seja demitido, assediado, ameaçado ou submetido a qualquer tipo de discriminação. Em caso de retaliação, conforme o programa, o empregado tem disponível ação nos tribunais federais contra o empregador. Como medidas de indenização e recomposição, o empregado pode ter direito à reintegração, ao pagamento dobrado de salários passados e de despesas processuais, honorários de perito e honorários advocatícios. A Comissão também pode tomar medidas legais em processo de execução contra qualquer empregador que retalie um denunciante.

Por sua vez, também o Internal Revenue Service – IRS, a Receita Federal americana, que trata dos impostos não pagos ou sonegados, apresenta seu próprio programa de *whistleblower*.[21] Como características principais, pode-se destacar que o relato de fraude fiscal deve en-

[21] Internal Revenue Code, Section 7623(b).

volver, quando se trata de empresas, sonegações em que a soma do tributo com os acréscimos seja superior a dois milhões de dólares. O programa também aceita relatos de sonegações praticadas por pessoas físicas, desde que o sonegador apresente rendimentos brutos anuais superiores a duzentos mil dólares. Em ambos os casos, é assegurado ao *whistleblower* uma premiação de 15%[22] a 30% do que efetivamente venha a ser recuperado por parte da Receita.[23] O relato do *whistleblower* pode ser feito pela Internet, onde há um formulário *online* à disposição de qualquer pessoa.[24] Entretanto, são adotadas medidas para preservar a identidade do relator.[25] A Receita inclusive fornece palestras sobre o programa, e existem organizações sem fins lucrativos que fomentam a utilização de tais programas (*v.g.*, Taxpayers Against Fraud[26]) e uma Seção Tributária junto à Ordem do Advogados.[27]

Tanto o programa da SEC como o do IRS apresentam mecanismo de contenção de denúncias pífias e sem base fática ou jurídica, quando exigem a representação do relator por meio de advogado. Também a imposição de valores mínimos para conhecimento dos relatos, por exemplo, um milhão de dólares para denúncias junto à SEC e dois milhões de dólares junto ao IRS, funcionam como um filtro para se conhecer apenas das comunicações que sejam relevantes.

Existem claras evidências de que os programas denunciantes estão incentivando a participação do público em controlar comportamentos ilícitos nos Estados Unidos. A Securities and Exchange Commission, cujo programa de *whistleblower* iniciou-se em 12.08.2011, no ano fiscal de 2012, recebeu 3.001 relatos (TCRs),[28] sendo inclusive 3 denúncias relacionadas a ocorrências no Brasil. No ano fiscal de 2013, foram recebidos 3.238 relatos. Desde o início do programa, foram recebidas

[22] Se fornecidas apenas informações públicas, o percentual pode baixar para 10%.

[23] Isso impõe que a premiação somente seja paga após o contribuinte/sonegador exaurir suas defesas administrativas e judiciais, e o IRS inclusive aguarda o decurso do prazo para repetição do indébito, fato que tem atrasado os pagamentos de premiação, pois esse processo leva entre 5 e 7 anos para ser concluído.

[24] <http://www.irs.gov/pub/irs-pdf/f211.pdf>.

[25] Todavia, em determinadas situações, a identidade pode vir a ser revelada, especialmente quando o processo fiscal depender do testemunho do relator, conforme regras de confidencialidade. Ver: <http://www.irs.gov/uac/Confidentiality-and-Disclosure-for-Whistleblowers>.

[26] Ver: <http://www.taf.org/>.

[27] Conforme *Fiscal Year 2013 Report to the Congress on the use of Section 7623*. Disponível em: <http://www.irs.gov/pub/whistleblower/Whistleblower_Annual_report_FY_13_3_7_14_52549.pdf>.

[28] Chamadas: "*the TCR System*" – *Commission's Tips, Complaints, and Referrals System*.

denúncias advindas de 68 países, fora, portanto, dos Estados Unidos, tendo havido, durante o ano fiscal de 2013, o pagamento de um total de US$ 14.831.965,64.[29]

As estatísticas do Departamento de Justiça, em sua área de atuação, também mostram o elevado desempenho da *qui tam action* e do programa de *whistleblower*, pois foram recuperados, no ano fiscal de 2014, 5,6 bilhões de dólares em punições e acordos. Desde janeiro de 2009, com as reformulações na legislação implementadas pelo Congresso, o Departamento de Justica já recuperou aproximadamente 22,6 bilhões de dólares. No ano de 2014, foram iniciados mais de 700 processos de *qui tam*, com a recuperação de 3 bilhões de dólares advindos dessas ações, tendo sido pagas premiações que totalizaram US$ 435 milhões.[30]

No entanto, há ainda uma evidência empírica de como esse tipo de programa aumenta a participação social na luta contra a má conduta dos setores público e privado. Uma busca simples na *web* mostra que há uma grande participação de advogados auxiliando pessoas com reivindicações de *qui tam action* e programas de *whistleblower*. Esses profissionais especializados manejam o False Claim Act, os programas de *whistleblower* estabelecidos pelas diversas leis federais nos diversos setores, bem como os programas estaduais de *whistleblower*. Vários escritórios são extremamente especializados nessas questões, contando com uma série de profissionais de áreas afins para auxílio na apuração e na formulação de pedidos em nome do *whistleblower* e do *qui tam author*. Alguns escritórios inclusive anunciam em seus *sites* os processos nos quais atuaram e os valores litigados.[31] O trabalho junto a programas de *whistleblower* e à *qui tam action* apresenta apoio e divulgação

[29] *SEC – 2013 Annual Report to Congress on the Dodd-Frank Whistleblower Program*. Disponível em: <https://www.sec.gov/about/offices/owb/annual-report-2013.pdf>.

[30] Ver DOJ, endereço *web*: <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>. Para uma visão geral desde o ano de 1987 até 2014, ver <http://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-recovers-nearly-6-billion-false-claims-act-cases-fiscal-year-2014>.

[31] Ilustrativamente, *sites* consultados em 02.04.2014:
Escritório de Vogel, Slade & Goldstein, casos envolvendo mais de 2,7 bilhões de dólares, ver <http://vsg-law.com/summary-of-cases/>.
Escritório de Phillips & Cohen LLP, casos envolvendo mais de 11,6 bilhões de dólares, com recompensas acima de 1 bilhão de dólares, ver <http://www.phillipsandcohen.com/>.
Escritório de Lieff Cabraser, Heimann & Bernstein, casos envolvendo mais de 250 milhões de dólares: ver <http://www.lieffcabraser.com/Practice-Areas/False-Claims-Act/>.

dentro da Ordem dos Advogados Americanos,[32] ocorrendo debates anuais e específicos, sendo considerada uma das mais promissoras áreas de atuação.[33]

Mercado de trabalho semelhante pode ser desenvolvido no Brasil. De acordo com a Federação das Indústrias de São Paulo, o custo da corrupção é de cerca de 1,38% a 2,3% do PGB, e isso significa perdas anuais de em média 60 bilhões de reais.[34] O lamentável desses dois números é que a economia do Brasil está entre as 7 maiores do mundo, e, portanto, a inglória posição está a indicar fraudes gigantescas contra o erário. Os valores envolvidos, quando acrescidos de penalidades, danos puntivos, etc., indicam um montante em jogo superior a 130 a 180 bilhões anuais. Parte desses valores pode vir a ser buscada por ações judiciais civis, com auxílio indispensável de profissionais dos quadros da Ordem dos Advogados do Brasil, mediante o manejo de ferramentas legais apropriadas. Para tanto, o Congresso brasileiro pode, tal qual fez o Congresso dos Estados Unidos, quando a fraude contra o erário americano era sistêmica, dar nova formatação à atual ação popular, ou desenvolver legislação específica com a previsão de programas de *whistleblower* e da ação judicial da *qui tam action*. O atual quadro de corrupção e fraude no Brasil demanda medidas eficazes, e a eficácia passa necessariamente pela promoção da participação da sociedade, sem prejuízo das demais propostas já feitas pelo Executivo e pelas autoridades judiciais junto ao Congresso.

Em conclusão, o estudo analisou a ação popular brasileira, mostrando o quanto é insuficiente para atingir seus objetivos de promover a participação da sociedade no combate à fraude pública. A participação da sociedade, como exercício da democracia, é reconhecida internacionalmente como feramenta fundamental no combate à fraude e à corrupção. Está claro que os programas de *whistleblower* e a *qui tam action*, com seus esquemas de recompensa, desempenham um papel importante no

[32] Ver: <http://www.americanbar.org/groups/young_lawyers/publications/the_101_201_practice_series/an_introduction_to_whistleblower_qui_tam_claims.html>.

[33] Ver: <http://shop.americanbar.org/PersonifyImages/ProductFiles/169844/CEN4CFC_RevisedWebBrochure2_5-20-14.pdf>.

[34] Segundo a Fiesp, no estudo *Corrupção*: custos econômicos e propostas de combate. São Paulo: mar. 2010. Disponível em: <http://az545403.vo.msecnd.net/uploads/2012/05/custo-economico-da-corrupcao-final.pdf>, o custo da corrupção é de R$ 41,5 bilhões a R$ 69,1 bilhões.

combate à corrupção e a comportamentos fraudulentos nos Estados Unidos, sendo reconhecidos como as mais poderosas armas de combate à fraude e à ilegalidade. Essa premiação mostra o valor que se dá ao cidadão que se disponha a auxiliar o Estado na luta contra as fraudes ao erário público. O Brasil não tem estruturas legais semelhantes, e uma imensa quantidade de profissionais qualificados para auxiliar no combate às fraudes, notadamente advogados e profissionais afins, e pessoas com conhecimento de setores e fraudes específicas estão sem ferramentas eficientes para prestar os seus indispensáveis auxílios. Permito-me lembrar as palavras do Senador Leahy, às quais me referi anteriormente:

"Aprendemos com Sherron Watkins, da Enron, que esses *insiders* são as testemunhas-chave que precisam ser encorajadas a denunciar fraudes e ajudar a provar isso no tribunal (...). *De nenhuma maneira nós poderíamos ter conhecido [a má conduta] sem esse tipo de denúncia*."

Tanto a *qui tam action* quanto os programas de *whistleblower* apresentam o efeito de salvaguardar empregos quando as empresas, por seus dirigentes, colocam os destinos empresariais fora do caminho da licitude, e, portanto, com sérios riscos de paralisação de investimentos públicos e perda de empregos. Embora os acordos de delação premiada e de leniência sejam importantes para a aplicação da Justiça, conforme notícias que vêm especialmente da Justiça Federal brasileira, a *qui tam action* e os programas de *whistleblower* retiram a necessidade de o Estado, para aplicar a lei, negociar com pessoas e empresas que foram autores de práticas ilícitas. Por outro lado, a corrupção está sendo combatida em nível internacional, e medidas como o Foreign Corruption Practices Act – FCPA podem gerar multas bilionárias, a serem cobradas no estrangeiro, para empresas nacionais que atuem com expedientes escusos, recomendando, pois, que o Brasil faça tanto quanto possível para combater internamente tais ocorrências. As medidas aqui analisadas, conforme visto, geram um mercado de trabalho forte e especializado nos Estados Unidos e incentivam a formação de profissionais especializados, por meio do estabelecimento de remuneração certa, justa e incentivadora. O agregar dos advogados brasileiros, fortalecendo o cidadão que se levanta contra a fraude de que tem conhecimento, é um exercício de cidadania e democracia, aprimorando o Estado brasileiro. A ação popular brasileira, prevista na lei, precisa ser revista, para

que atinja os efeitos buscados pelo Congresso em 1965, atualizando-a para padrões internacionais atuais, previstos inclusive em convenções internacionais já assinadas pelo Brasil. Isso tudo antes que a única ação popular de que se tenha notícia seja aquela vista nas ruas, nos prédios, nos panelaços do Brasil, na qual o povo, sofrido e desestimulado por uma rotina de escândalos, carente de serviços públicos e infraestrutura, demanda a promessa cívica de que buscaríamos, como nação, a ordem e o progresso.

João Leitão de Abreu
A face lúdica de um notável personagem da República

Jayme Eduardo Machado[*]

"Hoje, ele precisa dos senhores; no futuro, muito provavelmente, os senhores poderão precisar dele." Com essas palavras proféticas – transcorria o ano de 1954 –, o advogado Orlando da Cunha Carlos, que construiu elevado conceito profissional e social em Cachoeira do Sul, recomendou o jovem conterrâneo João Leitão de Abreu ao corpo docente da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, para substituí-lo na regência da cadeira de Introdução à Ciência do Direito.

O cumprimento da profecia foi tarefa de que a história não se descuidou. A atestá-lo, a culminância que o indicado à docência acadêmica viria a alcançar no cenário político, jurídico e institucional do Estado e do País, nas tumultuadas décadas que se seguiram. A tal ponto que, em seu artigo dominical na Folha de S. Paulo de 20 de janeiro de 2007, o jornalista Elio Gaspari destaca João Leitão de Abreu como "o mais poderoso chefe da Casa Civil da história republicana brasileira, apesar de sua discrição". O perfil traçado pelo jornalista já me era familiar, pois, 27 anos antes, durante o II Encontro Nacional dos Procuradores da República, realizado em Vitória/ES, em 1980, o futuro ministro de Estado e do Supremo Tribunal Federal Francisco Rezek, então meu co-

[*] Subprocurador-Geral da República aposentado.

lega de procuradoria, comentou que fora convidado – juntamente com Guilherme Melchior – para assessorá-lo na chefia da Casa Civil da Presidência da República. E que jamais conhecera um homem público com tamanho senso do exercício convincente e persuasivo da autoridade, sem jamais se mostrar autoritário.

E parece se localizar na ressalva apontada pelo jornalista ao final da frase – a discrição – sua especial habilidade e talvez maior virtude. Pois foi ela que lhe permitiu conciliar o exercício quase sempre silencioso da autoridade para o êxito das elevadas funções desempenhadas na vida pública, com a sensibilidade para o desfrute sóbrio e respeitoso das amenidades do convívio social.

Ainda em Porto Alegre, fosse na roda de chope com os parceiros do Grêmio no Escandinávia – bar localizado no início da Quintino Bocaiúva dos anos 60 –, fosse com a intelectualidade "jurídico-boêmia" no restaurante do extinto Preto Hotel, na avenida Salgado Filho, cintilava a face lúdica de sua personalidade. Tudo, é claro, muito reservado aos "da turma", mas vez que outra o grupo se abria ao testemunho de um mais jovem, ou porque se iniciava na diretoria do Grêmio, ou porque havia sido seu aluno da faculdade. Ou as duas coisas, como no meu caso.

Aqueles fins de tarde ou manhãs de sábado – *happy hours* de raro talento coloquial – reuniam personagens inesquecíveis como o então juiz federal e futuro ministro do extinto TFR João Cesar Leitão Krieger – também cachoeirense e primo do João –, o desembargador Telmo Jobim, Orlando Carlos e vários outros advogados e professores que com ele compunham o seletíssimo conselho do extinto Departamento do Serviço Público – DSP –, que funcionava no "Palacinho" da Av. Cristóvão Colombo, atualmente ocupado pela vice-governadoria do Estado. Lá estavam, invariavelmente, Fernando Jorge Schneider, Paulino de Vargas Vares, Gil Villeroy e Ely Costa. Deste último, boêmio por vocação, amabilíssimo no trato, dono de uma verve notável, diziam que costumava chegar ao escritório já no fim do expediente e indagava de sua secretária: "Dona Estela, algum cliente me procurou?". "Não, senhor" – respondia a moça, constrangida. E o doutor Ely anunciava, aliviado: "Então já vou indo, porque pode ser que apareça algum!". Na mesma toada brincalhona – e estando na moda

em Porto Alegre as chamadas gincanas, em que toda a cidade se movimentava em torno da realização de tarefas quase impossíveis com que os organizadores do evento desafiavam os participantes –, o desembargador Telmo Jobim perguntou certa vez aos da mesa: "Sabem qual a tarefa mais difícil que pediram aos participantes dessa gincana das Lojas Renner?". Todos se olharam intrigados, e ele mesmo desfez o mistério: "Ora, bolas, pensei que vocês soubessem que estão todos desesperados à procura de uma só sentença do João Cesar!". A mesa invariavelmente explodia em risos após uma tirada sutil, por vezes de velada malícia, mas sempre bem-humorada e inteligente. O ambiente não combinava com temas sombrios.

E foi o privilégio da convivência fora do poder que me permitiu conhecer, na plenitude, a personalidade cativante do cidadão João Leitão de Abreu e suas circunstâncias mais amenas. Enfim, o lado lúdico do homem público de quem a face mais visível foi a do jurista emérito e notável articulador político.

Pois imaginem o poderoso chefe da Casa Civil da Presidência da República dos idos de 70, dez anos antes, preocupadíssimo porque não podia deixar ir embora o zagueiro Airton, principal jogador do seu Grêmio, que rompera o contrato com o clube e estava de malas prontas para ir jogar no Botafogo do Rio de Janeiro. Pois resolveu ir sozinho, sem que alguém soubesse, ao modesto chalé onde o atleta residia com sua mãe em uma vila da periferia de Porto Alegre. Apesar do sigilo absoluto, algo vazou inexplicavelmente e a visita foi flagrada por um fotógrafo da extinta *Folha da Tarde Esportiva* pela fresta da porta da entrada da casinha. A foto foi capa da edição do dia seguinte! Dava para perceber, na contraluz, as silhuetas de cada um sentado às extremidades da mesa tosca. Por certo que bastaria, a denunciar a presença ilustre, o vulto do inseparável chapéu preto sobre o móvel, a separá-los. Foi lá que a apreensiva senhora queixou-se da saúde e da necessidade de uma cirurgia há tempos adiada. Vinte e quatro horas depois, o craque desistiu de ir para o Rio, pois um médico atestara a necessidade imediata da cirurgia de sua mãe, e ele, o filho e arrimo, não poderia abandoná-la nesse momento crucial. A visita de Leitão de Abreu garantiu à família uma casa mais confortável, e ao Grêmio, muitos e muitos títulos adiante, pois o craque famoso nunca mais sairia do clube.

E foi no ano de 1961 – muito ruim para o futebol do Grêmio – que, por acaso, participei de um episódio em que, pela primeira vez, percebi o quanto Leitão de Abreu sabia usar, quando necessário, e sem alarde, o peso de sua autoridade. O técnico era Oswaldo Rolla, verdadeiro mito na história da agremiação. Era praticamente intocável e investido de poderes absolutos na função. Ninguém se aventurava a contestar seus métodos de treinamento, inclusive os de preparação física, que se orgulhava de dizer que eram europeus e que incluíam horas diárias de subida e descida dos atletas nas escadarias das arquibancadas do Olímpico. Isso levou os de compleição física mais frágil à exaustão, e o time, a derrotas sucessivas, mas ninguém se aventurava a responsabilizá-lo. Pois, em um início de tarde, chegava eu, então repórter da Rádio Guaíba – não tinha mais de 19 anos –, com um gravadorzinho de pilha para cobrir o treinamento do Grêmio, quando, a regular distância, vi o doutor Leitão de Abreu, então diretor de futebol, que chegava, olhar para as escadarias – onde os jogadores subiam e desciam extenuados e ofegantes – e dizer para o presidente: "Pedro (Pereira), mas o seu Rolla não está cumprindo nossas ordens...!". Noticiar que alguém pudesse "dar ordens" ao Foguinho (apelido do treinador) era provocar um incêndio pela imprensa, e, percebendo meu espanto, o professor pediu para me aproximar dele, colocou o braço sobre meu ombro e disse: "Jayme, tu és um dos nossos, e tem certas coisas que não podem ser divulgadas, como bem sabes... etc. etc.". Enfim, com muito jeito, esfriou meu entusiasmo pelo iminente "furo" de reportagem e convidou-me para descer pelas escadas do túnel até o vestiário, onde havia uma mesa de cuja única gaveta retirou um surrado *Compêndio de Educação Physica* (*sic*) – edição de 1930. Era ilustrado por "atletas" de bigodões com as pontas encurvadas para cima, pernas flexionadas dentro de calções justos até as canelas, levantando aqueles pesos com bolotas nas extremidades, trajando polainas e vetustos bonés. "Pois este, Jayme, este é o 'método' seguido pelo seu Rolla." Sem ter o que dizer, e passados alguns instantes de constrangimento, o repórter sentiu-se aliviado ao perceber o ruído crescente da algazarra dos atletas que – encerrado o treinamento – retornavam ao vestiário onde nos encontrávamos. Então, no cimento que reveste o túnel, reverberou a voz inconfundível do Foguinho, que, sem saber que lá adiante estava seu algoz, desabafou: "...aqui no Grrrêmio"

– falava espichando os "erres" – "tem um cidadão que é um grrrande chefe de família, um grrrande jurrrista, mas que de futebol não entende m...rrrr...a nenhuma!". Impassível em face do insulto a distância, Leitão de Abreu foi rápido: "Vai lá no cartório do Flávio Pinto Soares e dá um 'furo' maior do que aquele que te tirei. Entrevista o treinador do Grêmio, que é o Enio Rodrigues...". "Mas dr. João" – ponderei, espantado –, "o treinador não é o seu Rolla?" "Era, meu filho – era, mas não é mais!" Saí ventando vestiário afora para apanhar o ônibus que me levaria ao ex-jogador e novo treinador, para dar o único "furo" de reportagem de minha curta experiência jornalística. No dia seguinte, as capas dos jornais alardeavam a notícia "bomba" com a foto de seu detonador, João Leitão de Abreu. O único que teve a coragem de demitir o maior mito da história do Grêmio, herói da conquista do Campeonato Estadual de 1935, em comemoração ao Centenário da Revolução Farroupilha. E, graças a sua autoridade, o clube voltou a acumular títulos estaduais, ininterruptamente, pelos sete anos seguintes.

Quando se transferiu para Brasília, em 1966, jamais cortou as raízes. Se dispunha de tempo, recebia gremistas próximos sem qualquer agendamento, em seu gabinete, para conversas desinteressadas sobre seu clube. Com os amigos mais chegados, lá continuou compartilhando o humor sutil e inteligente. Como da vez em que o ministro da Justiça Mem de Sá, que o levara para ser seu chefe de gabinete, encontrando-o já cedo pela manhã, bateu-lhe suavemente nas costas para tirar algumas caspas caídas sobre os ombros do indefectível terno risca de giz preto e murmurou com amistosa suavidade: "...'leitão' com farofa!".

Esses fragmentos esparsos de memória, que a aproximação ocasional de um jovem com "o mais poderoso chefe da Casa Civil da história republicana brasileira, apesar da discrição", permitiu rejuntar, talvez sirvam de estímulo a alguém para uma futura biografia completa do homem público que, como poucos, exerceu o poder com silenciosa autoridade, mas sempre no benefício da coletividade.

Enfim, cumpriu-se a "profecia" lembrada no início, sem que lhe fosse necessário esconder a face lúdica da personalidade que completou o perfil do homem público vitorioso devotado à cultura jurídica e à harmonia social e política do país. E tudo fez sem mácula ou desvio, mesmo que fosse obrigado a caminhar sobre o "fio da navalha", em um

dos períodos mas difíceis da história republicana do Brasil.

Transferindo-me para Brasília em 1991, no final do ano telefonei-lhe convidando-o para irmos ao bar Salamanca, que costumava frequentar. Seria o último chope, pois João Leitão de Abreu faleceu meses depois, no dia 13 de novembro de 1992.

Repensando o dogma da discricionariedade administrativa a partir do prisma das políticas públicas de saúde no Brasil*

*Têmis Limberger***

Sumário: Introdução. 1 O dogma da impossibilidade de revisão judicial dos atos da Administração sob o manto da discricionariedade administrativa. 2 Direitos sociais no Brasil e em países que realizaram o Estado Social – trajetórias distintas. 3 O controle judicial e sua perspectiva constitucional. 4 O conceito de política pública desde a perspectiva jurídica, com ênfase no direito à saúde, e a banalização do direito à vida. 5 A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade. 6 A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde. 7 A judicialização excessiva e suas consequências: o privilegiamento das ações curativas em detrimento das preventivas. 8 Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas. Considerações finais. Referências bibliográficas.

Introdução

O jusfilósofo Norberto Bobbio afirmou que o problema grave de nosso tempo, com relação aos direitos do homem, não era mais funda-

* Trata-se de artigo inicialmente publicado no Anuário da Unisinos nº 8 e na Revista Interesse Público v. 76 e que, agora, está atualizado com estudos posteriores.

** Pós-Doutora em Direito pela Universidade de Sevilha, Doutora em Direito pela Universidade Pompeu Fabra de Barcelona, Mestra em Direito pela Ufrgs, Professora do Programa de Pós-Graduação em Direito Unisinos, Procuradora de Justiça do MPRS.

mentá-los, e sim protegê-los. Trata-se de um problema político, e não filosófico. Desde então, o professor italiano não teve razões para mudar de ideia.[1] Dentro dessa perspectiva, quando já se comemorou a maioridade da promulgação da Constituição Cidadã, a questão principal não é mais a declaração de novos direitos, mas a busca pela efetividade desses direitos. Aí se insere o direito à saúde, que, por ser um direito social, requer disponibilidade orçamentária para sua implementação. O direito à saúde teve a sua trajetória de construção nestas duas décadas, em que pese muito ainda ter de ser feito.

No Brasil, devido à falta de planejamento, são despendidas elevadas quantias quando se trata da implementação dos direitos sociais. Ao invés de haver uma atitude de prevenção, gasta-se muito mais na reparação. Pode-se pensar na questão da educação, da moradia, da segurança, do transporte, do trabalho, da previdência social, do lazer, da saúde, etc. Todos esses direitos sociais, previstos no art. 6º, *caput*, da CF, prestam-se para investigação, mas, devido a um corte metodológico necessário, é imprescindível delimitar a questão. Dentro dessa perspectiva, dois direitos sociais têm, por parte dos poderes públicos, as chamadas "verbas carimbadas", no sentido de que o percentual de recursos já se encontra previamente definido. São eles: educação (art. 212 da CF) e saúde (art. 198, § 2º, da CF). O constitucionalismo moderno acentua a importância das normas programáticas dentro do constitucionalismo dirigente. Daí se constata a importância de investimento para esses setores tão prioritários, para que, no futuro, o Brasil seja um país sem tantas desigualdades sociais. A relação que se pode estabelecer entre esses dois direitos sociais, educação e saúde, é no sentido de que, quanto maior o nível de instrução, mais saudável é a população, via de regra. Estudos[2]

[1] BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-5. Discurso de abertura pronunciado no Simpósio Internacional dos Direitos do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, mencionado no capítulo "Presente e futuro dos direitos do homem".

[2] SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social*: trajetória da saúde pública. São Paulo: Senac, 2002. p. 95. O médico sanitarista escreve: "(...) Sabe-se que a morbimortalidade materna, por exemplo, correlaciona-se inversamente com o grau de educação formal, independentemente das condições socioeconômicas. Para que o processo educativo em saúde atinja a plenitude de seus objetivos, é preciso percorrer várias etapas: a partir de um diálogo com a população, procura-se *informar* as pessoas, para que, informadas adotem uma *atitude* positiva, que deve gerar um *comportamento*; esse comportamento, idealmente, deveria ser introjetado sob a forma de *hábito*, ou seja, comportamento automatizado. Disseminado, o hábito evolui para o *costume*, que é uma prática generalizada, incorporada à própria cultura" (destaques do autor). *Vide* SZWARCWALD, Célia L. Mortalidade infantil no Brasil: Belíndia ou Bulgária? *Cadernos de Saúde*

demonstram que a educação é uma ferramenta importante quando se está a mencionar algumas problemáticas, tais como mortalidade infantil, gravidez precoce e número de filhos por núcleo familiar.

Este trabalho optou por abordar o direito à saúde. O desafio que se impõe é como fazer com que o direito à saúde não seja um comando meramente programático e se torne efetivo. Diante desse quadro, impõe-se a seguinte indagação: quais são as possibilidades e os limites do controle judicial atinente às políticas públicas que visem à implementação do direito à saúde?

Para responder a essa questão, algumas tomadas de posição são necessárias, tais como: por que vigora(ou) no direito administrativo brasileiro o dogma da impossibilidade de revisão dos atos administrativos, que se alberga sob o manto da discricionariedade administrativa? Qual é o conceito de política pública? E, por fim, quais são os critérios adequados para se estabelecer a intervenção do Poder Judiciário nessa seara?

O trabalho se propõe a uma abordagem das políticas públicas como determinações constitucionais, ou seja, mandatos a serem realizados pelo administrador, sujeitos, portanto, ao controle judicial. Assim, tarefas que são previstas na Constituição e que devem ser realizadas de acordo com a capacidade orçamentária, mas que não se constituem em uma discricionariedade administrativa, não ficando, portanto, imunes a questionamento judicial. Pretende-se, então, revisar o conceito de discricionariedade da Administração, que foi transposto, equivocadamente, do direito francês ao direito brasileiro, e também a forma de realização dos direitos sociais, em relação a que a doutrina alemã não se adapta totalmente à realidade brasileira. Por isso a necessidade de desenvolver uma teoria voltada às especificidades de nosso país e comprometida com o direito fundamental à boa administração.[3]

Questões vitais garantidas pelos direitos sociais reclamam, para sua implementação, dispêndios por parte do poder público, que precisa contar com disposições orçamentárias. Assim, o administrador, quando

Pública, Rio de Janeiro, v. 13, n. 3, 1997. Disponível também em: <http://www.saelosp.org>. Acesso em: 11 ago. 2014.

[3] FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 144.

concretiza uma política pública, encontra no orçamento o limite objetivo da reserva do possível. Da mesma forma, diante da omissão ou da precariedade da implementação da política pública, o Poder Judiciário fica também adstrito ao orçamento, mas pode pronunciar-se, quando provocado, para efetivar os direitos sociais. Durante muitos anos, havia a errônea concepção de discricionariedade administrativa, que servia para agasalhar todos os desmandos ou a ineficácia do Executivo. Sob o manto do ato discricionário, não poderia o Judiciário imiscuir-se na atividade da Administração. As ações judiciais interpostas e algumas decisões judiciais indicam que houve uma mudança de posição. É claro que isso não significa suprimir ou substituir a atividade administrativa, mas buscar a efetividade dos direitos sociais.

Da análise das decisões jurisprudenciais proferidas em matéria de políticas públicas, especialmente as que visam à implementação do direito social à saúde, com ênfase na audiência pública nº 4, realizada pelo STF, traçar-se-á um perfil dos limites e dos critérios de atuação do Poder Judiciário, tomando-se como referência temporal a promulgação da atual Constituição Federal. Desse modo, o trabalho a ser desenvolvido utilizará o pensamento de Hannah Arendt, partindo-se da ideia de que os direitos não são um dado, mas um construído.[4] Nesse aspecto, o direito à saúde representa um marco importante de desenvolvimento, no sentido de que sua evolução vem sendo construída pelos operadores do direito, de modo a promover condição de dignidade ao cidadão.

Com esses balizadores, será possível travar uma discussão acerca da eficácia e dos limites de implementação das políticas públicas de concretização dos direitos sociais quando são submetidas ao crivo do Poder Judiciário, especialmente no que diz respeito ao direito à saúde. O foco é a decisão que consegue ser adequada na perspectiva coletiva, atendendo aos preceitos constitucionais que visem à boa administração.

1 O dogma da impossibilidade de revisão judicial dos atos da Administração sob o manto da discricionariedade administrativa

Durante muitos anos, no direito brasileiro, vigorava o entendimento da impossibilidade de revisão judicial da atividade administrativa. O controle judicial dos atos da Administração não era realizado, fundado

[4] ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. 2. ed. Madrid: Taurus, 1999.

na justificativa da discricionariedade administrativa. Essa posição, que vigorou em nosso país de forma inconteste, ainda encontra seguidores, embora se encontre superada por, no mínimo, três motivos. O primeiro é que a impossibilidade de revisão dos atos administrativos por parte do Judiciário é doutrina transposta do direito francês, no qual existe uma especificidade, que é o contencioso administrativo, que no direito brasileiro não encontra similar, devido à opção brasileira de unicidade de jurisdição, consagrada na inafastabilidade de controle por parte do Poder Judiciário. O segundo motivo reside na teoria transposta do direito alemão segundo a qual os direitos sociais são comandos endereçados ao Legislativo e ao Administrativo, não cabendo ao Judiciário esse controle. Ocorre que, naquele país, esses poderes realmente levam a sério a implementação dessas políticas públicas, sem que seja necessária a interferência do Judiciário. Por fim, o terceiro aspecto a ser considerado é que, no Estado Democrático de Direito, somente existe escolha do administrador vinculada aos preceitos constitucionais, em especial à pauta dos direitos fundamentais. O Poder Judiciário, quando efetua essa decisão, não pode cair na casuística, autorizando ou negando todas as pretensões que lhe vêm a julgamento, sem considerar os dispositivos orçamentários, mas deve buscar a solução adequada constitucionalmente e verificar a sua (in)existência em matéria de políticas públicas, e aí reside a questão.

Com essa perspectiva, pretende-se desenvolver o trabalho para investigar os limites em que são controladas as políticas públicas judicialmente. Assim, o questionamento judicial desses atos da Administração vem ocorrendo, mas o importante é apontar os critérios de como ele vem se implementando, para que o Judiciário não se substitua à atividade do administrador e tampouco este fique livre dos controles judiciais. Essa sindicabilidade tem de ocorrer de forma a concretizar os preceitos estabelecidos pela Constituição Federal. As grandes questões do direito público neste terceiro milênio dizem respeito à possibilidade de controle judicial dos atos da Administração referentes às políticas públicas.

Em um país como o Brasil, onde os direitos sociais ainda não estão assegurados para grande parte da população, a pergunta que se faz é a seguinte: fica ao alvedrio a implementação dessas políticas públicas por parte do Executivo ou o Poder Judiciário pode ser um importante

mecanismo de pressão na implementação desses direitos, e em que limites? Assim, exemplificativamente, referente ao direito à saúde, o que a Constituição objetiva assegurar: um tratamento caro no exterior para uma só pessoa ou o tratamento de doença epidemiológica relevante para uma parcela expressiva da sociedade? Por isso, quando está ausente ou insuficiente uma política pública, o Judiciário deve agir, mas com critérios e limites, sob pena de se cair no subjetivismo judicial.[5] Daí advém a necessidade desta investigação, pois, em casos de omissão ou atuação precária do administrador, por vezes o Judiciário manifesta-se de forma tímida ou sem critérios. Visa-se, com este estudo, contribuir para essa questão, no sentido de apontar critérios formulados a partir dos preceitos constitucionais, sem que se caia em um casuísmo destituído de fundamento legal.

Com relação ao primeiro aspecto, a inadequação do modelo francês transposto à realidade brasileira, faz-se um retrospecto a respeito dos controles da Administração. Pode-se afirmar que existem dois sistemas: o da unidade e o da dualidade da jurisdição. O sistema da unidade ou da dualidade da jurisdição decorre da interpretação do princípio da separação dos poderes. É importante salientar que a doutrina a que se convencionou a denominação "separação dos poderes"[6] não foi assim conceituada por seu autor, Montesquieu. Da leitura de sua obra, extraem-se duas ideias principais, quais sejam: a distinção tripartite das funções do Estado e o controle recíproco entre essas atividades. Em momento algum escreveu o autor as palavras "separação dos poderes": isso decorreu da interpretação principal de sua obra, mormente a apropriação da doutrina, que se constituiu em um dos paradigmas apregoados pela Revolução Francesa. A interpretação e crítica de Louis Althusser[7] não teve fortes ecos, no sentido de que Montesquieu era de origem nobre, conhecido como Barão de La Brède, e formulou a teoria apenas para fortalecer o poder monárquico, na época em que este se encontrava em crise.

O início do constitucionalismo, no final do século XVIII, fez com

[5] STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[6] MOTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979. p. 148-54.

[7] ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu*: a política e a história. 2. ed. Lisboa: Presença, 1972.

que se instaurasse uma nova forma de relações entre o poder público e o cidadão. Desse período são representantes as constituições dos EUA e da França. No período liberal, as constituições tinham duas funções básicas: limitar os poderes do Estado e declarar os direitos fundamentais.

Na França, berço do princípio da separação dos poderes devido à doutrina de Montesquieu, este foi interpretado de forma drástica como a impossibilidade de um poder exercer o controle sobre outro. A origem histórica dessa interpretação encontra-se na desconfiança que os legisladores da Revolução Francesa tinham para com o Poder Judiciário, pois este tinha se mostrado resistente às conquistas populares. Waline[8] assevera que a Lei nº 16, de 24 de agosto de 1790, dispunha sobre a organização judiciária e proclamava a separação das funções administrativas e judiciais, a qual foi reafirmada no período que se seguiu à Revolução Francesa. Houve proibição legal expressa aos juízes do conhecimento da matéria administrativa. As reclamações com conteúdo administrativo não poderiam ser, em nenhum dos casos, encaminhadas aos tribunais. Deveriam ser submetidas ao rei, então chefe da administração geral.[9]

Por contencioso administrativo entende-se o conjunto de regras relativas aos litígios organizados que questionam a atividade dos administradores públicos. O progresso do direito administrativo francês deveu-se à existência de um contencioso. Essa instituição garantiu o desenvolvimento do direito propriamente dito, por meio das garantias de legalidade criadas, pela importância do aspecto moral da conduta dos administradores, dando respaldo às teorias subjetivas.

O recurso por excesso de poder é uma criação jurisprudencial devida ao próprio Conselho de Estado, constituindo-se no principal instrumento de controle da legalidade administrativa.[10] Assim, o Conselho de Estado[11] é um órgão de fiscalização dos atos da Administração, situado dentro do próprio Executivo, e que desempenha suas funções decisórias

[8] WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952. p. 45.

[9] LAUBADÈRE, André. *Manuel de droi administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995. p. 107.

[10] LAUBADÈRE, op. cit., p. 105-7. A respeito da evolução do recurso de excesso de poder, o autor faz uma análise de sua evolução até o final do século XX.

[11] Da mesma forma, o Conselho Constitucional é o órgão a quem incumbe o controle da constitucionalidade das leis, que é realizado de uma maneira preventiva, não se permitindo ao Judiciário o controle dessas questões.

com imparcialidade e em consonância com a legalidade. A justificativa é no sentido de que o Legislativo é o poder constituído a partir da vontade popular, e não seria democrática a substituição da representação da soberania do povo pelo Poder Judiciário, que não é eleito democraticamente.

Principalmente na França, havia grande crença no Parlamento como representante da soberania popular. Porém, devido à impossibilidade de o Parlamento editar normas que suprissem todas as carências, surgiu espaço para o poder regulamentar. Assim, o Executivo começa a desenhar as pautas da sociedade moderna. Com a mudança do perfil da sociedade, que antes vivia no campo e, com a industrialização, passa a viver nos grandes centros urbanos, ocorre o surgimento das demandas de cunho social. Após a Revolução Russa, inicia-se o constitucionalismo social, com a promulgação da Constituição do México, em 1917, e da Constituição de Weimar, em 1919, e, no Brasil, da Constituição de 1934. Essas cartas constitucionais, com forte conteúdo intervencionista, abriram espaço para que o Poder Executivo tivesse uma forte atuação, naquilo que se convencionou denominar discricionariedade administrativa.

Sob o binômio "conveniência" e "oportunidade", oportunizou-se ao Poder Executivo um ambiente de difícil sindicabilidade pelo Poder Judiciário, denominado "mérito do ato administrativo". Assim, afirma Sérgio Guerra, "o administrador público, sempre que a lei lhe permitia, escolhia a solução que, de acordo com seus próprios valores, entendia ser cabível para efetivação do interesse público. O controle judicial limitava-se às teorias francesas de desvio de poder e de motivos determinantes".[12]

Essa questão é bem enfrentada por Sérgio Cademartori,[13] que analisa a questão da legitimidade. Assim, o Poder Legislativo e o Poder Judiciário possuem intervenção calcada em pressupostos de legitimidade distintos. A legitimidade do Poder Legislativo decorre da ideia de soberania popular. O Poder Legislativo é o representante da população, em

[12] GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma teoria sobre as escolhas administrativas. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 354.

[13] CADERMATORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.

que pese poderem ser feitas críticas ao modelo representativo.[14] Com pressuposto diferente de legitimidade se encontra o Poder Judiciário, que possui seu fundamento no Estado de Direito.

Basicamente, são essas as razões de ordem histórica pelas quais não se permite a revisão dos atos administrativos no direito francês, que consagra a dualidade de jurisdição. Essa doutrina é inaplicável, em sua dimensão integral, ao direito brasileiro, em virtude do art. 5º, XXXV, da CF, que consagra a inafastabilidade do controle judicial. Logo, os atos da Administração que traduzem opções de políticas públicas não podem ficar à margem do questionamento judicial; o desafio está em estabelecer as atribuições de cada um dos poderes e os critérios para judicialização.

2 Direitos sociais no Brasil e em países que realizaram o Estado Social – trajetórias distintas

O direito administrativo é o direito constitucional concretizado, em uma síntese formulada pela doutrina alemã.[15] Assim, o administrador, na realização das políticas públicas, deve observar os preceitos constitucionais. O mandato político não deve ser desempenhado conforme critérios subjetivos do governante, mas representa política pública a ser desenvolvida em conformidade com os ditames constitucionais. Direitos sociais importantes foram consagrados no art. 6º da CF, visando à execução pelo administrador. Porém, esses preceitos não têm sido cumpridos. Opera-se uma situação de crise, pois o Estado brasileiro não foi capaz de atender às demandas do liberalismo clássico, com os direitos de cunho individual, tampouco conseguiu realizar as demandas do Estado Social. O Estado imiscuiu-se em atividades que não eram próprias do poder público e deixou de realizar atividades que eram prioritárias. Atualmente, não se afigura um projeto político claro com relação às demandas prestacionais sociais. Como consequência, os serviços públicos não são prestados ou o são de forma deficiente.

Assim, no Brasil, os direitos sociais, para que sejam efetivos, demandam um caminho diferente dos países europeus, onde estes são uma de-

[14] A respeito das insuficiências do modelo representativo e do movimento que ocorre em prol da democracia participativa, não se tratará dessa questão, por não ser objeto do presente trabalho.

[15] COUTO E SILVA, Almiro. Apresentação. In: MAURER, Hart. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2000. p. 14.

terminação da Constituição ao legislador ordinário ou ao administrador. Em nosso país, diante da particularidade própria de esses comandos não serem atendidos por seus destinatários, é importante a intervenção do Poder Judiciário. O desafio ocorre no sentido de verificar os limites em que se dá a atuação do Poder Judiciário, que não pode se substituir em atividades desses outros dois poderes, mas que tem de propiciar a efetividade dos direitos fundamentais sociais, quando decorrentes de políticas públicas insuficientes ou inexistentes.

A realização dos direitos sociais é de suma importância, principalmente em países como o Brasil, que não conseguiram implementar todas as conquistas do Estado Providência.[16] Na época em que foi realizada a Constituinte, vivia-se uma euforia, como se, a partir da colocação das garantias na Constituição, fosse haver uma transformação em nossa realidade. Pairava na sociedade a ideia de pensamento mágico, como se da previsão na Constituição fosse advir uma modificação na situação fática. É claro que a garantia representa um compromisso importante em termos de desenvolvimento de políticas públicas, isto é, que país queremos ser no terceiro milênio.

Tiveram que se passar mais de duas décadas para que se começasse a amadurecer a ideia de que os direitos sociais fossem relacionados com os dispositivos orçamentários. É o que Canotilho denomina de "Constituição orçamental".[17] As medidas de gestão orçamentária são importantes quando se pretende a realização dos serviços públicos.

O segundo motivo de análise são as especificidades do modelo alemão que foram equivocadamente transpostas para o Brasil, sem as necessárias adequações. Assim, no dizer de Hesse,[18]

"*derechos sociales fundamentales como por ejemplo (...) el derecho a una vivienda adecuada (...) no se hacen ya efectivos por el hecho de que se respeten y amparen, sino que requieren de antemano, y en cualquier caso más que en los derechos fundamentales tradicionales, acciones del Estado tendentes a realizar el programa contenido en ellos. No sólo exige esto regularmente un actuar del legislador, sino también el de la Administración; y puede*

[16] EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

[17] CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 173. Na Constituição orçamental estariam os preceitos relativos ao orçamento do Estado, principalmente a aprovação parlamentar do orçamento, incluindo a autorização parlamentar anual dos impostos e a autorização e o controle parlamentares das despesas públicas.

[18] HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996. p. 98 – destaques nossos.

afectar a los derechos-libertad ajenos. Por ello, los derechos fundamentales no alcanzan a justificar pretensiones de los ciudadanos invocables judicialmente en forma directa, como cuadraría a la doctrina de los derechos fundamentales."

É claro que os direitos sociais têm uma estrutura distinta dos direitos individuais, do liberalismo clássico. São comandos voltados prioritariamente para o administrador e o legislador, e para a sua implementação dependem de possibilidade orçamentária. Porém, no contexto brasileiro, diante da inoperabilidade desses poderes, por vezes, o Judiciário representa um fator importante para pressionar a realização das políticas públicas, visando assegurar a dignidade da pessoa humana, composta pelo mínimo existencial.[19] Um exemplo frutífero que pode ser apontado é o tratamento da Aids em nosso país. Diante da inicial omissão dos poderes Legislativo e Executivo no sentido de promover políticas públicas no tocante à prevenção e ao tratamento do HIV, ações reiteradas no âmbito judicial pedindo medicamentos incentivaram que o Brasil se tornasse um país referência nessa área.

Desse modo, são apropriadas as considerações de Andreas Krell,[20] conhecedor das realidades alemã e brasileira:

"Em face dos problemas sociais candentes de um país periférico como o Brasil, o princípio tradicional da separação dos poderes deve ser entendido sob parâmetros e dimensões novas e diferentes dos das nações centrais. *Ainda não foram aproveitadas as potencialidades dos modernos instrumentos processuais do direito brasileiro para correição judicial das omissões dos poderes Executivo e Legislativo na área das políticas públicas*, como a ação civil pública e a ação de inconstitucionalidade por omissão."

Em alguns países, como a França e a Alemanha, onde o Estado Providência[21] cumpriu seu papel, assegurando os direitos sociais à população, é adequado que se discuta a permanência ou a diminuição de algumas garantias, devido à proporção robusta que estas alcançaram. É diferente no Brasil, onde a população não conseguiu atingir níveis homogêneos em termos de acesso aos direitos sociais.

A "reserva do possível"[22] tem sido outro conceito mal transposto ao

[19] BARROSO, Luis Roberto. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 46, jan./mar. 2002. p. 59.

[20] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 109 – destaques nossos.

[21] EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.

[22] KRELL, Andreas J. Op. cit., p. 51-2. Segundo o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, esses

direito comparado. Essa teoria é adaptação de uma expressão cunhada no direito alemão, que entende que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está sujeita à condição da disponibilidade dos respectivos recursos, ou seja, no campo orçamentário.

Assim, é necessário avaliar em que limites está ocorrendo o provimento judicial a respeito das políticas públicas em um país como o Brasil, com especificidades próprias, principalmente no que diz respeito às grandes desigualdades econômicas e culturais. É perigoso importar diretamente conceitos cunhados em outros países com contexto cultural e socioeconômico diferente. O Brasil, que é um país em desenvolvimento, não pode transportar diretamente teorias de países ricos. O debate europeu sobre a redução dos direitos conquistados durante o Estado Social não pode ser transferido para o nosso país, porque aqui o Estado Providência nunca foi efetivado plenamente.

Por isso, em tempos em que se menciona a pós-modernidade, Häbermas nos alerta que a modernidade é um projeto inacabado. Dever-se-ia retomar o projeto de modernidade e cumprir as tarefas que ainda estão inconclusas. Principalmente no Brasil, onde ainda não foram cumpridas todas essas tarefas de efetividade dos direitos sociais, o discurso é apropriado. O filósofo alemão, de forma contundente, conclui que o pós-modernismo tem servido para acobertar posturas neoconservadoras.[23]

No embate entre o Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implementar um Estado minimalista desenhado a partir da globalização e da ideologia neoliberal, então, o correto manejo da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma ferramenta útil para a construção do perfil do Estado brasileiro, com dignidade para cada indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes do corpo social.[24]

Desse modo, o trabalho abordará a importância dos poderes Execu-

direitos a prestações positivas "estão sujeitos à reserva do possível no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira racional, pode esperar da sociedade". Essa teoria impossibilita exigências acima de um certo limite básico social; a Corte recusou a tese de que o Estado seria obrigado a criar quantidade suficiente de vagas nas universidades públicas para atender todos os candidatos.

[23] HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. Barcelona: Península, 1988. p. 282.

[24] SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 128.

tivo e Legislativo na implementação de políticas públicas e o papel do Judiciário na busca de efetividade do direito social à saúde, intentando construir limites e possibilidades de atuação.

3 O controle judicial e sua perspectiva constitucional

No Brasil, os poderes Executivo e Legislativo não têm implementado as políticas públicas a contento. Por isso, a discussão se insere na órbita judicial. Nesse contexto, outro aspecto a ser considerado é a sindicabilidade das políticas públicas como decorrência do Estado Democrático de Direito. Atualmente, não existe um poder discricionário livre, mas somente um poder discricionário vinculado,[25] vinculação essa que se pode relacionar aos ditames constitucionais. Dessa maneira, o conteúdo das políticas públicas não pode ficar ao alvedrio do administrador, mas tem de buscar efetivar os preceitos contidos na Constituição.

O direito administrativo se estruturou no século XIX, a partir do princípio da legalidade. Esse foi o primeiro grande freio que foi imposto ao administrador. Porém, atualmente, com a denominada fuga do direito administrativo ou a tendência neoliberalizante do Estado, ocasionando a chamada eficácia com relação a terceiros *drittwirkung*,[26] novos pressupostos devem ser erigidos. Para García de Enterría,[27] o aspecto subjetivo da Justiça Administrativa, que rompeu o mito histórico de sua suposta objetividade, atrás do qual se escondia uma superioridade formal da Administração sobre o cidadão, considerado ainda como súdito, que deveria ceder ante a suposta superioridade dos "interesses gerais", gestionados pela Administração, é uma conquista irrenunciável do nosso tempo.

Por isso, o grande desafio que é posto aos estudiosos do direito administrativo na atualidade é essa possibilidade de controle judicial. Afir-

[25] MAURER, Hart. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2007. p. 50.

[26] Os conflitos não mais se situam na polaridade Estado x cidadão, mas nas relações grupo x indivíduo. Isso ocorre porque alguns grupos econômicos possuem poder paralelo ao Estado, decorrente, em alguns casos, das privatizações, em que muitos serviços públicos são prestados por empresas privadas. O desenvolvimento da *dtittwirkung*, também conhecida por eficácia diante de terceiros ou eficácia horizontal, é hoje questão principal nos direitos do indivíduo. Os litígios foram se deslocando do plano das relações públicas para o das privadas. A propósito, *vide* BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEC, 1997. p. 256.

[27] GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las transformaciones de la justicia administrativa*: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Pamplona: Thomson Civitas, 2007. p. 147.

ma Moreira Neto[28] que há atuações administrativas constitucionalmente mandatórias, como é o caso das políticas públicas nacionais, e não apenas governamentais, da educação, da saúde e da segurança pública. Assim, o Estado Democrático de Direito reclama a implementação dos direitos fundamentais por meio das políticas públicas. Desse modo, a atividade administrativa no terceiro milênio deve ser pautada dentro dos balizadores que compõem o Estado Democrático de Direito: os direitos do homem e a democracia substantiva. A partir desses dois vetores, são estatuídos os quatro paradigmas atuais do direito administrativo[29]: legitimidade, finalidade, eficiência e resultados. Devem ser analisados de forma conjunta, e não isoladamente, tendo em vista a realização do serviço público. Esses critérios serão necessários quando exercidos os controles com relação à atividade administrativa, quer no âmbito preventivo, quer no repressivo.

Assim, legitimidade e finalidade, que eram requisitos intrínsecos dos atos administrativos, demandam um novo olhar. No tocante à legitimidade, serão constitucionais as prestações públicas que respeitem os direitos fundamentais. Não basta mais somente a legitimidade fundada no que se denominava pacto social: deve-se perquirir a respeito do atendimento dos valores que visam implementar a pauta dos direitos humanos, principalmente quando estes já completaram 60 anos.[30] A legitimação é, sobretudo, um fenômeno antropológico indissociável do consenso alcançado pelos grupos sociais, que consiste na verificação da concordância com os fenômenos políticos e valorativos relacionados ao poder, ou seja, à sua concentração, à sua distribuição, ao seu acesso, ao seu exercício e ao seu controle.[31] No que concerne à finalidade, estamos sob a época da redescoberta dos valores e das finalidades; deve-se buscar identificar a finalidade nos princípios.

A eficiência é um princípio trazido pela EC 19/98 e traduz um aspecto axiológico, no sentido de que o direito administrativo deve e pode ser

[28] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 403-412, out./dez. 2006. p. 406. *Vide* também ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Thomson Arandazi, 2004. p. 377.

[29] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

[30] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 33.

[31] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 63.

um instrumento para a realização dos direitos fundamentais e facilitador do desenvolvimento econômico e social.

Após o aspecto valorativo, ocorre o último paradigma, que é o do resultado. Cuida-se de mensurador prático, em que são buscadas técnicas de controle da gestão.[32] Deve-se atentar para a prestação do serviço público, que possui um espectro distinto da seara privada. Já foi mencionado o fenômeno da eficácia horizontal dos direitos fundamentais, em que os conflitos migraram da seara pública à privada. É a denominada fuga do direito administrativo em direção ao direito privado.[33] Isso aconteceu com a questão da saúde, também. Há, porém, especificidades, pois a iniciativa privada somente se interessa por setores em que há a possibilidade de lucro. As áreas deficitárias são suportadas pelo poder público. Assim, a prestação de serviço pelo SUS responde por aproximadamente 75% da população brasileira.[34] Isso demonstra que os 25% restantes incumbem à iniciativa privada, porque são setores com potencialidade de lucro. Dessa forma, o princípio da eficiência deve ser aferido com características próprias, e não com os mesmos balizadores privados.

4 O conceito de política pública desde a perspectiva jurídica, com ênfase no direito à saúde, e a banalização do direito à vida

O conceito de política pública partiu da ciência política e da administração pública, mas hoje encontra importante espaço de reflexão no campo jurídico. Assim, a definição apresentada na ciência política é a

[32] MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Op. cit., p. 139. São apresentadas técnicas destinadas a realizar as seguintes funções: a) definição de objetivos de políticas públicas; b) identificação das estruturas administrativas responsáveis por sua consecução; c) definição de normas de desempenho que traduzam um compromisso quanto ao grau de realização dos objetivos demarcados em função dos meios a eles destinados; d) resultados comensurados e sua comunicação; e) outorga de facilidades de gestão aos responsáveis proporcionalmente a seu desempenho (conforme convênios de gestão); f) análise dos dados de desempenho integrados com vista a informar as subsequentes decisões sobre recursos e orçamento; g) fixação de acompanhamentos físicos e contábeis necessários para os controles, correntes e posteriores.

[33] FLEINER, Fritz. Institutionem des Verwaltungsrechts. 8. ed. 1928. p. 326. Apud MIR PUIGELAT. *Globalización, Estado y Derecho*: las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004. p. 158.

[34] De acordo com a pesquisa mundial sobre saúde desenvolvida pela OMS e coordenada, no país, pelo Centro de Informação Científica e Tecnológica (CICT) da Fiocruz, em estudo que avalia os sistemas de saúde de 71 nações, os brasileiros dispensam em média 19% da renda familiar com saúde, da parcela da população de 25,8% que têm acesso aos planos de saúde privados, enquanto a maioria (74,2%) conta com os serviços do Sistema Único de Saúde – SUS. Disponível em: <http://www.ministeriodasaude.gov.br>. Acesso em: 11 ago. 2014.

dimensão normativa ou moral do Estado, que perpassa a filosofia política ocidental e objetiva garantir uma vida feliz ao cidadão.[35] A questão da política pública apresenta um núcleo com intersecção na organização do sistema internacional, da sociedade e do Estado. Não se apresenta como algo isolado, mas deve dialogar tendo em conta os três vértices: internacional, estatal e social.

Dessa forma, já se percebe por que o tema das políticas públicas entra na pauta jurídica nos últimos tempos. Da passagem do Estado Liberal, com sua feição de abstenção,[36] chega-se ao Estado Social, com seu conteúdo de intervenção, a partir das demandas concretas formuladas pelo cidadão. É o constitucionalismo social inaugurado no início do século XX, depois da Revolução Industrial e do Socialismo,[37] que tem sua marca na Constituição mexicana de 1917, na Constituição de Weimar, de 1919, e, em nosso país, na Constituição de 1934, da era Vargas. Passado o movimento pendular no sentido de constituições antidemocráticas e democráticas, chega-se à Constituição de 1988, na qual a democracia começa a se estabilizar e confere margem para a efetividade dos direitos. Desse modo, a discussão das políticas públicas ganha espaço no cenário jurídico. A política pública visa à implementação, pelo Poder Executivo, de um comando constitucional. Atinente ao direito à saúde, constata-se que, com o constitucionalismo social inaugurado no Brasil em 1934, ele aparece pela primeira vez em sede constitucional. Os textos seguintes limitaram-se a atribuir competência à União para planejar sistemas nacionais de saúde, conferindo-lhe a exclusividade da legislação sobre normas gerais de proteção e defesa da saúde, e a manter a necessidade de obediência ao princípio que garantia aos trabalhadores assistência médica sanitária.

No caso da saúde, o alerta que se instaura é no sentido de que o foro para a estatuição das políticas públicas deve ser o Legislativo, com a sua implementação pelo Executivo. Na omissão ou implementação de novas políticas, o Judiciário pode cumprir um papel importante com

[35] HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Come studiare le poliche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995. p. 5. Tradução de Studying public policy: policy cycles and policy subsystems. Oxford: Oxford University, 1995.

[36] A propósito, a Constituição dos Estados Unidos de 1787 e a Constituição francesa de 1791.

[37] SIGMANN, Jean. *1848*: las revoluciones románticas y democráticas de Europa. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1985.

o processamento de ações coletivas. As ações individuais devem servir como um instrumento de pressão, sob pena de se constituírem em casuística dotada exclusivamente de pessoalidade, comprometendo a impessoalidade que deve nortear a Administração.

Um delineamento a respeito do tema das políticas públicas é trazido por Ana Paula Bucci, como programas de ação destinados a realizar quer os direitos a prestações, diretamente, quer a organizações, normas e procedimentos necessários para tanto. As políticas públicas não são, portanto, categoria definida e instituída pelo direito, mas arranjos complexos, típicos da atividade político-administrativa, que a ciência do direito deve estar apta a descrever, compreender e analisar, de modo a integrar à atividade política os valores e métodos próprios do universo jurídico.[38]

As políticas públicas relativas à saúde, com repercussão no tratamento médico a pacientes, nos procedimentos clínicos e nos medicamentos que não são fornecidos, conduzem à reflexão a respeito da blindagem que vamos fazendo, a ponto de tratarmos a dor de um ser humano como um número a mais de paciente que não foi atendido. Parafraseando Hannah Arendt, é a "banalidade do mal",[39] ou, poderíamos dizer, a banalidade com relação ao sofrimento alheio. Todos os pedidos chegam ao Poder Judiciário sob um argumento genérico: o direito à vida. É inegável que o direito à vida e o princípio da dignidade da pessoa humana são alicerces básicos em nosso ordenamento jurídico, mas não podem ser utilizados de uma maneira genérica, sob pena de perderem a credibilidade.

Estima-se que pelo menos 2/3[40] das ações sobre medicamentos se referem a fármacos de uso contínuo, a exames e à compreensão ampla em matéria de medicamentos, nos quais estão compreendidos fraldas, leite, complementos alimentares, etc. Desse modo, na maioria das ações, o argumento do direito à vida é falacioso e prejudica a análise dos casos em que realmente a vida está em jogo. Então, fora dos casos

[38] BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org). *Política públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 31.

[39] ARENDT, Hannah. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999. p. 274.

[40] MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 ago. 2014.

emergenciais, banaliza-se o direito à vida, comprometendo os casos em que a vida está realmente em perigo. É uma estrutura burocrática enorme, que torna a busca do medicamento ou do tratamento de saúde uma verdadeira via-crúcis, fazendo com que a pessoa que dele necessita se veja em um emaranhado de repartição de competências entre os entes da federação com relação às responsabilidades que cada um tem. As alternativas administrativas não existem em todos os estados, e o recurso ao Poder Judiciário também é um longo caminho. Então, quando o cidadão já está fragilizado com a enfermidade, enfrentar todos esses percalços, fazer movimentar toda essa estrutura burocrática, é algo penoso.

O caráter de importância nas ações individuais somente se pode vislumbrar quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu no caso dos portadores de vírus HIV,[41] em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que, se o demandante havia contraído a enfermidade, era porque tinha dado causa a isso, em uma atitude nitidamente preconceituosa.

5 A audiência pública da saúde e a importância do diálogo interdisciplinar com diversos setores da sociedade

As audiências públicas são um marco democrático importante de aproximação do Poder Judiciário para com a sociedade. A interpretação constitucional não se restringe aos juízes, mas as forças plurais da sociedade se fazem presentes. No dizer de Häberle, "O processo de interpretação constitucional deve ser ampliado para além do processo constitucional concreto".[42] O processo constitucional foi estruturado

[41] Disponível em: <http://www.fiocruz.br/aids20 anos/linha do tempo.Html>. Acesso em: 09 jul. 2014. Em 1991, o Ministério da Saúde dá início à distribuição gratuita de antirretrovirais. A OMS anuncia que 10 milhões de pessoas estão infectadas pelo HIV no mundo. No Brasil, 11.805 casos são notificados. O antirretroviral Videx (ddl) é aprovado nos Estados Unidos, e a fita vermelha torna-se o símbolo mundial de luta contra a Aids. A Fiocruz foi convidada pelo Programa Mundial de Aids das Nações Unidas e da Organização Mundial da Saúde (Unaids/OMS) para participar da Rede Internacional de Laboratórios para Isolamento e Caracterização do HIV-1. Em 1992, pesquisadores franceses e norte-americanos estabelecem consenso sobre a descoberta conjunta do HIV. A Aids passa a integrar o código internacional de doenças, e os procedimentos necessários ao tratamento da infecção são incluídos na tabela do SUS. Combinação entre AZT e Videx inaugura o coquetel antiaids.

[42] HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997. p. 42.

classicamente como uma discussão jurídica na qual não mais se pode perquirir a respeito da matéria fática. A Lei nº 9.868/99, em seu artigo 9º, § 1º, inovou ao permitir a audiência pública perante o Supremo Tribunal Federal, fazendo com que haja um diálogo dos aspectos fáticos com os preceitos jurídicos, permitindo uma apreciação conjunta de ambos, com complementariedade, e não de forma dissociada. A audiência pública nº 4, conhecida como audiência da saúde, suscitou a crítica a respeito de sua pertinência, uma vez que não estava atrelada a um processo específico, tal como das outras vezes.[43] Seu objeto é muito mais amplo: seu enfoque é interdisciplinar, extrapola a seara jurídica, necessitando um debate com os profissionais da saúde e da sociedade, destinatária dessas prestações. Os recursos públicos são escassos. A expectativa de vida dos brasileiros passou de 67 anos para 72,7[44] nos últimos anos. A indústria farmacêutica possui uma enormidade de medicamentos. Nesse contexto, a eficácia do direito social à saúde é posta à prova.

Dois casos[45] foram o estopim para a convocação da audiência públi-

[43] As audiências anteriores foram realizadas com fundamento na Lei nº 9.868/99 (ADIn e ADC) e na Lei nº 9.882/99 (ADPF). Houve necessidade de que as audiências públicas se estendessem para outros processos e procedimentos, por isso a Emenda Regimental nº 29 revisou competências e deu nova redação ao art. 13, XVII, possibilitando a convocação de audiência pública para ouvir depoimento de pessoas com experiência e autoridade em determinada matéria sempre que se entender necessário o esclarecimento de questões ou circunstâncias de fato, com repercussão geral e de interesse público relevante, debatidas no âmbito do tribunal.

[44] A população brasileira ganhou 5,57 anos entre 1991 e 2007. Se considerarmos o decênio de 1997 a 2007, as mulheres aumentaram em 3,3 anos a expectativa no período, de 73,2 para 76,5 anos, enquanto os homens tiveram avanço de 3,5 anos, de 65,5 para 69 anos. Com isso, a população idosa com idade superior a 70 anos chegou a 8,9 milhões de pessoas, o equivalente a 4,7% da população total. A esperança de vida muda significativamente de acordo com a região onde ocorre o nascimento. A maior expectativa é no sul, onde a média é de 74,7 anos, sendo 71,4 anos para homens e 78,2 anos para mulheres. Outra mudança é com relação à taxa de mortalidade infantil, que declinou de 45,19:1000 para 24,32:1000 em 2007, representando uma diminuição percentual acima de 46% em 16 anos. Segundo técnicos do IBGE, o Brasil, como signatário da Cúpula do Milênio, tem como meta alcançar, até 2015, uma taxa de mortalidade infantil próxima de 15:1000, e a projeção sinaliza uma taxa de 18,2:1000. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br>. Acesso em: 27 ago. 2014.

[45] Primeiramente, a proposta de súmula vinculante nº 4, requerida pela Defensoria Pública-Geral da União com o objetivo de tornar solidária a responsabilidade dos entes federativos no tocante ao fornecimento de medicamentos e tratamento, visando afastar a alegação de que tal bloqueio fere o artigo 100, *caput* e § 2º, da CF (precatórios). Por segundo, o Recurso Extraordinário nº 566.471, em que foi reconhecida a repercussão geral que questiona se a situação individual pode, devido ao alto custo, colocar em risco as prestações da saúde como um todo. Tratava-se de remédio de elevando dispêndio patrimonial para o SUS, não previsto na lista dos ofertados na rede pública e imprescindível para o paciente. Os demais casos se constituem em questões diversas e aflitivas envolvendo falta de leitos, medicamentos fora da lista, tratamentos de alto valor, enfim, toda a casuística com a complexidade nessa área em que a vida da pessoa está em jogo. Veja-

ca, dois casos que questionam a eficácia do art. 196 e dos §§ 2º e 3º do art. 198 da CF, que sofreram alteração pela EC nº 29/2000. O direito à saúde estabelecido no art. 196 da CF contém seis diretrizes [a) direito de todos, b) dever do Estado, c) garantido por políticas sociais e econômicas, d) que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos, e) regido pelo princípio do acesso universal e igualitário, f) às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação].

Essas escolhas difíceis passaram a fazer parte do quotidiano de muitos juízes, que, em processos de cognição sumária, têm de decidir se concedem ou não um medicamento, um leito hospitalar, causas complexas e que envolvem conhecimento técnico de outras disciplinas, sem que disponham de todos esses elementos e de forma extremamente rápida. Essa resposta judicial é prestada a um cidadão nominado, mas trará consequências para muitos outros anônimos, não presentes no processo, mas integrantes do corpo social.

6 A tensão entre as funções dos poderes e o redirecionamento do direito à saúde

Por vezes, a demanda pode ser motivada pelo descumprimento de uma política pública ou pela omissão na sua realização, e isso envolve posições distintas na prestação jurisdicional. A problemática do direito à saúde expõe a necessidade de definir as funções dos poderes Legislativo, Executivo e Judiciário.

Essas questões imbricam o direito social à saúde com o custo econômico para sua realização. Impõem uma leitura da CF, na sua maioridade, de uma forma mais adulta por parte de seus intérpretes. Logo após a publicação da CF/88, os artigos 5º e 6º eram interpretados de uma mesma maneira, sem atentar para o contexto distinto dos direitos sociais, que impõem uma leitura correlata com o orçamento e o percentual de investimento de cada um dos entes da federação.

Os direitos sociais estão a reclamar um redirecionamento. Pode-se perguntar: existe um direito público subjetivo[46] para cada cidadão ou

se, a propósito, a Suspensão de Tutela nº 223, a Suspensão de Liminar nº 228/CE, a Suspensão de Tutela Antecipada nº 198/PR e a Suspensão de Tutela nº 268/RS.

[46] SARLET, Ingo W. *O acesso às prestações de saúde no Brasil*: os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 ago. 2014.

suprimem-se as demandas individuais, já que estamos na seara dos direitos sociais a serem implementados única e exclusivamente por meio de políticas públicas? Essas são posições extremas, e busca-se a construção de uma solução mais equilibrada, contemplando a diversidade e o pluralismo existentes em nossa sociedade. O que já foi apregoado por Aristóteles: "*in médio virtus*".[47] Na maioria das vezes, existe a política pública, mas não está sendo cumprida a contento. A omissão dos serviços não pode ser resolvida por uma atitude isolada, mas demanda atuação conjunta de diversos órgãos das instituições públicas.

O conceito de direito público subjetivo foi cunhado por Jellinek[48] no princípio do século XX, quando a doutrina liberal e o individualismo eram dominantes. Por isso, quando se trata de direitos sociais, merece um repensar, pois sua teoria para estes não estava voltada. Apesar de prever o *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem o direito de exigir prestações concretas do Estado, seus escritos são anteriores ao constitucionalismo social, que começa em 1917, com a Constituição mexicana, no que é seguida, dois anos mais tarde, em 1919, pela Constituição de Weimar.

O desafio é a conciliação entre as dimensões subjetiva, individual e coletiva do direito à saúde e a dimensão objetiva da saúde como dever da sociedade e do Estado; a judicialização deve ser sensível a todas.[49] Na Suspensão de Liminar nº 228-7, o STF afirmou as dimensões individual e coletiva do direito à saúde, não tomando partido exclusivamente por nenhuma delas, mas fazendo coexistir ambas.

O direito à saúde é um direito de cada pessoa, visto que diretamente relacionado à proteção da vida, da integridade física e corporal e da dig-

[47] ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. 4. reimp. Madrid: Gredos, 1998. p. 160-80: "*En la É.N. aparece el término* mesótes *junto a sýmmetra en el libro II. Así pues, la moderación y la virilidad se destruyen por el exceso y por el defecto, pero se conservan por el término médio (mesótes)*".

[48] JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübigen: 1919. p. 86 e segs. Assim, denominam-se: a) *status* negativo, *status libertatis*, em que o indivíduo é titular de uma esfera de liberdade individual, à margem de intervenção do Estado; b) *status* positivo, *status civitatis*, no qual o indivíduo tem direito a exigir prestações concretas do Estado; c) *status* ativo, *status activo civitatis*, em que o indivíduo é detentor do poder político e, como tal, tem direito a participar no exercício do poder.

[49] SARLET, Ingo W. *O acesso às prestações de saúde no Brasil*: os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 ago. 2014.

nidade humana.[50] O direito à saúde, enquanto direito público subjetivo, deve ser assegurado mediante políticas sociais e econômicas. Não é um direito absoluto a todo e qualquer procedimento necessário à proteção, à promoção e à recuperação da saúde, independentemente da existência de uma política pública que o concretize. Há um direito público subjetivo a políticas públicas que promovam, protejam e recuperem a saúde. O Min. Celso de Mello, na ADPF nº 45/DF,[51] estabeleceu o seguinte:

"considerando o encargo governamental de tornar efetiva a aplicação dos direitos econômicos, sociais e culturais, que os elementos componentes do binômio (razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado) devem configurar-se de modo afirmativo e em situação cumulativa."

Em outras palavras, com relação à reserva do possível, o ônus da prova da falta do recurso é do poder público, e o ônus da prova da necessidade do pedido é do particular.[52] Deve-se cuidar para não cair no descrédito jurídico. Krell[53] adverte para o risco de os direitos sociais se converterem em promessas vazias do Estado. O texto constitucional deve ter respaldo na realidade fático-social para que seja efetivo, sob pena de gerar a "frustração constitucional" (*verfassungsenttäuschung*), o que acaba desacreditando a própria instituição da Constituição como um todo.[54] Assim, interpretações desvinculadas da realidade causam descrédito e acabam tornando os dispositivos destituídos de efetividade.

7 A judicialização excessiva e suas consequências: o privilegiamento das ações curativas em detrimento das preventivas

Adverte Barroso que o Judiciário é o guardião da Constituição e deve fazê-la valer, em nome dos direitos fundamentais e dos valores e procedimentos democráticos, inclusive em face dos outros poderes. Eventual atuação contramajoritária, nessas hipóteses, se dará a favor,

[50] SARLET, Ingo W. et al. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88*. p. 152.
[51] DJU 04.05.2004.
[52] SARLET, Ingo W. *O acesso às prestações de saúde no Brasil*: os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 ago. 2014.
[53] KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado". Porto Alegre: Fabris, 2002. p. 46.
[54] SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. 1983. p. 63 e segs.

e não contra a democracia. Nas demais situações, o Judiciário, notadamente o Supremo Tribunal Federal, deverá acatar escolhas legítimas feitas pelo legislador, ser deferente para com o exercício razoável de discricionariedade técnica pelo administrador, bem como disseminar uma cultura de respeito aos precedentes, o que contribui para a integridade, a segurança jurídica, a isonomia e a eficiência do sistema. Por fim, suas decisões deverão respeitar sempre as fronteiras procedimentais e substantivas do direito: racionalidade, motivação, correção e justiça.[55]

O Conselho Nacional de Justiça procedeu a um estudo para verificar o número de ações que envolvem a saúde em todo país, de modo que totalizam 241 mil ações. O Estado do Rio Grande do Sul (TJ/RS) ostenta praticamente a metade de todas as demandas do país, 113.953 ações judiciais sobre saúde. Em segundo lugar está o Estado de São Paulo (TJ/SP), que possui 44.690 ações em tramitação. Saliente-se que São Paulo tem aproximadamente o quádruplo[56] da população do Rio Grande do Sul[57] e menos de metade de ações envolvendo a matéria.

Enquanto os gastos totais com saúde aumentaram em 9,6%, aqueles com medicamentos tiveram incremento de mais de 120% no período de 2002 a 2006. Isso merece atenção dos gestores públicos. Em 2006, segundo dados do IBGE, o PIB brasileiro cresceu 3,7%, enquanto houve aumento real de 7,5% no gasto do Ministério da Saúde e de 26% no gasto com medicamentos.[58] A diferença entre os custos com medicamentos e o orçamento da saúde fornece uma importante reflexão. Para a execução do dispêndio com medicamentos, a União teve que ampliar o orçamento da saúde. O Ministério da Saúde, por sua vez, teve que cortar verbas em políticas públicas preventivas. No Estado do RS, nos

[55] BARROSO, Luís Roberto. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. p. 19. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.

[56] Dados do IBGE de 2010 demonstram que o Estado de São Paulo possui uma população de 41.262.199 de habitantes, enquanto que o Estado do Rio Grande do Sul possui população de 10.693.929 de habitantes. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/estadosat/perfil.php?sigla=rs> Acesso em: 27 ago. 2014.

[57] Os dados são de maio de 2011 e estão sendo atualizados constantemente pelo Fórum da Saúde, mas já servem para mostrar um panorama significativo da situação das demandas judiciais na área que tramitam em tribunais de todo o Brasil. São, ao todo, 240.980 processos. "[...] A questão é que estas quase 241 mil ações mexem com um bem incomparável para todo ser humano: a própria vida". Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/15675-sp-rs-e-rj-sao-estados-que-mais-concentram-processos-na-area-de-saude>. Acesso em: 27 ago. 2014.

[58] Disponível em: <http://portal.saude.gov.br/portal/arquivos/pdf/estudo_gasto_medicamentos.pdf>. Acesso em: 27 ago. 2014.

primeiros meses do ano de 2010, gastou-se em saneamento 0,5% do valor gasto em saúde curativa.[59] Saliente-se que, na última década, o governo gaúcho não tem realizado os investimentos necessários obrigatórios, designados pela CF.[60]

Historicamente, no Brasil, as ações curativas foram privilegiadas, em detrimento das ações preventivas, menos onerosas e mais resolutivas, como o saneamento básico. É dizer do senso comum popular que enterrar canos não dá votos, denotando uma cultura patrimonialista[61] e não emancipatória da cidadania. As ações curativas e preventivas não se opõem, mas são complementares. O sistema de saúde pública, porém, deve atentar ao preventivo, pois programas bem implantados de saúde diminuem substancialmente a parte curativa. Isso proporciona uma potencialização dos recursos a serem investidos em outras áreas de relevância social. No RS, apenas 20% do esgoto coletado é tratado. A previsão para os próximos 4 anos é de que esse percentual chegue a 30%.[62]

Em estudo realizado durante a Mostra de Iniciação Científica na Unisinos, em 2011, fez-se o cotejo entre os dados do número de processos, da população e da acessibilidade, relacionando essas três variáveis.

[59] Disponível em: <http://www.sefaz.rs.gov.br/AFE/DOT-DES_1.aspx>. Acesso em: 27 ago. 2014.

[60] Veja-se, nesse sentido, que muitos municípios do RS investem minimamente em saúde, conforme a "Radiografia da saúde", apresentada pelo TCE/RS (Disponível em: <http://www2.tce.rs.gov.br/portal/page/portal/tcers/administracao/gerenciador_de_conteudo/noticias/Radiografia%20da%20sa%FAde%20%E9%20apresentada%20pelo%20TCE>. Acesso em: 27 ago. 2014). Tome-se, exemplificativamente, a situação do Município de Canoas, localizado na região metropolitana de Porto Alegre, que possui 326.458 habitantes. Canoas tem o segundo maior PIB do Estado do RS, sendo de R$ 12.580.262.000,00. Em 2007, os índices de abastecimento de água da cidade beiravam 93%, sendo que o índice total de saneamento não ultrapassava 13%. O índice de esgoto tratado por água consumida era de 11%. O investimento foi de R$ 15.596.000,00. Em 2008, os índices de abastecimento de água da cidade beiravam 94%, sendo que o índice total de saneamento era de 13%. O índice de esgoto tratado por água consumida era de 12%, com investimento de aproximadamente R$ 5.856.000,00. Dados da Prefeitura Municipal de Canoas/RS. Disponível em: <http://www.canoas.rs.gov.br/Site/Canoas/Indicadores.asp>. Acesso em: 27 ago. 2014.

[61] FAORO, Raymundo. *Os donos do poder*: formação do patronato brasileiro. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1. p. 84.

[62] Segundo dados da Secretaria de Habitação, Saneamento e Desenvolvimento Urbano. Disponível em: <http://www.habitacao.rs.gov.br/portal/index.php?acao=documentos&sessao=corsan&categoria=Projetos/Programas&codsessao=2&codcategoria=1&codsubcategoria=52>. Acesso em: 27 ago. 2014.

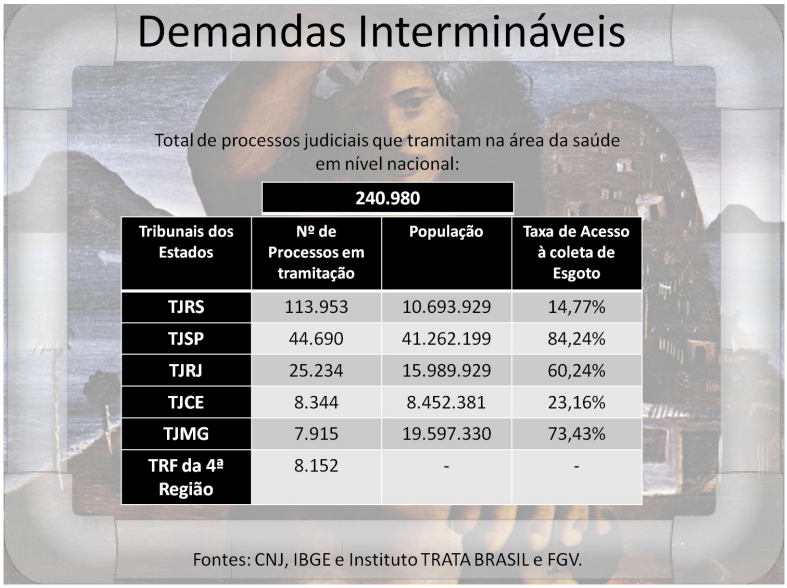


Tabela elaborada por Mariana Leão e Gabriel Fabris – Unisinos.

Da leitura da tabela, extrai-se com obviedade que o número excessivo de demandas judiciais é diretamente proporcional ao pequeno investimento em políticas públicas preventivas. Diante desse quadro caótico de demandas judiciais curativas dispendiosas para o Estado e ínfimos investimentos nas alternativas de prevenção, há de se repensar essa realidade, a fim de que se alcancem níveis adequados de desenvolvimento.

Uma análise qualitativa dos julgados aponta no sentido de que, normalmente, a competência comum entre o estado e o município (art. 23, II, CF) não é levada em conta nos julgamentos,[63] fazendo com que o

[63] "APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO. AGRAVO RETIDO. DIREITO PÚBLICO NÃO ESPECIFICADO. FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES PÚBLICOS. DIREITO À SAÚDE. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DOS FÁRMACOS. A produção de prova judiciária se destina ao processo, sendo, porém, o juiz o destinatário principal das provas, pois essas têm por finalidade a formação da sua convicção. Caso em que não se justificaria a dilação probatória, uma vez que há nos autos atestados e prescrições médicas, com a indicação da medicação necessária. *A responsabilidade dos entes públicos (União, estados-membros e municípios) é solidária, podendo a parte demandante optar por exigir o cumprimento da obrigação de um ou de todos, uma vez que são solidariamente responsáveis, cabendo àquele que satisfizer a obrigação exigir o ressarcimento dos demais, na hipótese de o procedimento requerido ser diverso dos especificamente previstos em lei para si. Cabe ao Estado (lato sensu) o dever de garantir o direito constitucional à saúde, devendo adotar medidas que assegurem o acesso universal e igualitário às ações e aos serviços para sua promoção, proteção e recuperação,*

magistrado, diante do caso aflitivo que lhe é posto, reconheça a solidariedade entre os entes da federação. Isso é um dos fatores que explica, em parte, o grande número de ações que tramitam no TJ/RS. Vale destacar que o STF, em decisão plenária, propugnou pela solidariedade.[64]

Na perspectiva de prevenção, tem-se que o saneamento básico é previsto no art. 3º da lei que instituiu o SUS, dentro do conceito de saúde pública. Há de se destacar a lei da Política Nacional dos Resíduos Sólidos, fruto de debate no Congresso Nacional por mais de 20 anos, que foi promulgada em 2010, Lei nº 12.305. Estima-se que, para cada R$ 1,00 investido em saneamento básico, economiza-se R$ 4,00 na medicina curativa.[65] Desse modo, é de fácil constatação que se economiza o quádruplo.

Assim, há de se reforçar o pensamento de Norberto Bobbio,[66] quando acentua que o direito tradicionalmente se volta aos fatos ocorridos e à repressão de condutas, quando poderia prevenir e incentivar as boas práticas por meio das normas de premiação.

8 Crítica e proposição de outros critérios: a importância das ações coletivas

Depois de ouvir os depoimentos prestados na audiência pública convocada pela presidência do STF para redimensionar a judicialização do direito à saúde no Brasil, o Min. Gilmar Mendes[67] destacou alguns pontos importantes. Deve ser considerada a existência ou não de po-

conforme disposto no art. 196 da Constituição Federal. No mesmo sentido, o art. 214 da Carta Magna determina que a saúde é direito de todos e dever do estado e do município, por meio de sua promoção, proteção e recuperação. Impossibilidade de substituição dos medicamentos. É o profissional de saúde quem conhece as peculiaridades do paciente. Logo, cabe a ele indicar o fármaco mais adequado no caso concreto. NEGADO SEGUIMENTO AO AGRAVO RETIDO E AO APELO. SENTENÇA MANTIDA, EM REEXAME NECESSÁRIO." (Apelação e Reexame Necessário nº 70061379749, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 18.09.2014)

64 "*REPERCUSSÃO GERAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 855.178 SERGIPE. RELATOR: MIN. LUIZ FUX. RECTE.(S)*: UNIÃO. *PROC.(A/S)(ES)*: ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO. *RECDO.(A/S)*: MARIA AUGUSTA DA CRUZ SANTOS. *PROC.(A/S)(ES)*: DEFENSOR PÚBLICO-GERAL FEDERAL. *RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. DIREITO À SAÚDE. TRATAMENTO MÉDICO. RESPONSABILIDADE SOLIDÁRIA DOS ENTES FEDERADOS. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA. REAFIRMAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA, em 05.03.2015, PLENÁRIO*."

65 De acordo com o Instituto Trata Brasil. Disponível em: <www.tratabrasil.org.br>. Acesso em: 11 set. 2014.

66 BOBBIO, Norberto. *Contribuición a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980. p. 375-6.

67 MENDES, Gilmar. *Vide* <www.stf.gov.br>. Os dados foram utilizados na análise das Suspensões de Tutela Antecipada (STAs) 175, 178 e 244, em 21.09.2009. Acesso em: 26 jul. 2014.

lítica estatal que abranja a prestação de saúde pleiteada pela parte. Ao deferir uma prestação de saúde incluída entre as políticas sociais e econômicas formuladas pelo SUS, o Judiciário não está criando política pública, mas apenas determinando o seu cumprimento.

Caso a prestação de saúde não esteja entre as políticas do SUS, é importante distinguir se a não prestação decorre de uma omissão legislativa ou administrativa, de uma decisão administrativa de não fornecê-la ou de uma vedação legal à sua dispensação. Há de se observar a necessidade de registro do medicamento na Agência Nacional de Vigilância Sanitária (Anvisa), além da exigência de exame judicial das razões que levaram o SUS a não fornecer a prestação desejada.

Em relação ao tratamento, deve ser privilegiado o tratamento fornecido pelo SUS em detrimento de opção diversa escolhida pelo paciente sempre que não for comprovada a ineficácia ou a impropriedade da política de saúde existente. Essa conclusão não afasta a possibilidade de o Poder Judiciário ou a própria Administração decidir que medida diferente da custeada pelo SUS deve ser fornecida a determinada pessoa que, por razões específicas de seu organismo, comprove que o tratamento fornecido não é eficaz no seu caso. Há necessidade de revisão periódica dos protocolos existentes e de elaboração de novos protocolos.

Além dos critérios propostos, é importante construir outros como forma de agregar ao debate que diz respeito às demandas a serem veiculadas para inclusão de um novo tratamento ou medicamento.

Primeiramente, a formulação de políticas públicas cabe aos poderes Legislativo e Executivo, uma vez que essas opções se constituem em uma decorrência da democracia representativa e, por vezes, participativa. Nos casos de ineficiência ou omissão na execução de políticas públicas, cabe a intervenção judicial. Aí se apresentam algumas situações. O Judiciário está autorizado a intervir quando o poder público não fizer o aporte exigido constitucionalmente à área da saúde, em conformidade com o art. 198, § 2º, CF.

Pode-se então perguntar: quais as ações mais adequadas para conduzir à implementação das políticas públicas? Considerando-se as demandas de cunho individual e coletivo, essas últimas não suscitam dúvidas. A indagação diz respeito às ações individuais: prestam-se estas para

estatuir políticas públicas? É sabido que o art. 5º, XXXV, da CF consagra o acesso à justiça de forma ampla e irrestrita. Desse modo, não se pode impedir o acesso, mas a concessão de medicamentos não previstos como essenciais demanda uma atenção para a sua decisão. O art. 196 da CF conjuga o direito à saúde a políticas sociais e econômicas, para que seja possível assegurar a universalidade das prestações e preservar a autonomia dos cidadãos, independentemente do seu acesso maior ou menor ao Poder Judiciário. "Presume-se que Legislativo e o Executivo, ao elaborarem as listas referidas, avaliaram, em primeiro lugar, as necessidades prioritárias a serem supridas e os recursos disponíveis (...)".[68] Por serem precedidas de amplo debate é que se faz essa presunção, que não é absoluta, mas pode ser relativizada, considerando-se o fato de que não esteja atualizada ou que as circunstâncias do caso autorizem o sopesar de circunstâncias particulares.

Essa presunção é decorrência de um argumento democrático. Os recursos usados para o fornecimento dos medicamentos são obtidos pelos tributos suportados pela população. Dessa forma, os representantes eleitos pelo processo democrático devem estabelecer quais são as prioridades na atual conjuntura. Pode ser simpático o argumento de ampla concessão de qualquer medicamento; porém, isso é falacioso, pois os recursos orçamentários são limitados em qualquer país e não é possível pretender fazer tudo a qualquer gasto. O argumento de que os recursos públicos são mal utilizados e, por vezes, desviados não é cabível nesta discussão, embora seja necessária a devida responsabilização na órbita da improbidade administrativa. Como os recursos são limitados, não se pode pretender o pagamento de um medicamento, por vezes com valor altíssimo, não testado suficientemente, em prol de uma lista estatuída a partir dos critérios legais e de implementação do Executivo.

O caráter de importância nas ações individuais somente se pode vislumbrar quando se tornam mecanismo de pressão para implementação das políticas públicas, como aconteceu no caso dos portadores de vírus HIV,[69] em que o Brasil se constitui em um país com tratamento que é

[68] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. p. 28. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.

[69] Disponível em: <http://www.fiocruz.br/aids20anos/linhadotempo.html>. Acesso em: 22 ago. 2014.

uma referência. Nas primeiras demandas, a contestação do Estado era no sentido de isentar-se de responsabilidade e dizer que, se o demandante havia contraído a enfermidade, era porque tinha dado causa a isso, em uma atitude nitidamente preconceituosa.

As ações coletivas permitem a discussão ampla do arrolamento de algum outro remédio ou tratamento na lista dos essenciais. Veja-se a questão atinente à mudança de sexo.[70] Houve ajuizamento de ação civil pública pedindo a inclusão na tabela do SUS da transgenitalização, que foi julgada procedente. Tal redundou em alteração da posição administrativa, ocasionando a portaria do Ministério da Saúde de nº 1.707/2008, que incorpora a alteração de sexo como procedimento oferecido pela rede pública. Três ponderações para que a discussão se trave em âmbito coletivo são apresentadas por Barroso.[71] Por primeiro, a discussão no âmbito coletivo exigirá a análise do contexto em que se situam as políticas públicas; por segundo, evita-se a questão da microjustiça, ou seja, a preocupação do juiz com o deslinde daquela ação esquecendo-se da macrojustiça, atendimento com recursos limitados a demandas ilimitadas; por terceiro, a decisão proferida em decisão coletiva terá efeitos *erga omnes*, preservando a igualdade e a universalidade do atendimento à população.

Outra crítica que se pode formular à judicialização das políticas públicas[72] atinentes à área da saúde é a quebra de igualdade, ou seja, aqueles que possuem condições de demandar, seja por advocacia privada, seja por defensoria pública, têm vantagem em relação aos que não têm acessibilidade ao Poder Judiciário, seja por falta de informação, seja de instrumentalização (não instalação de Defensoria Pública em alguns estados).

---

[70] O início foi uma ação civil pública proposta pelo MPF/RS, que ocasionou a decisão de 2007 do TRF-4 (Tribunal Regional Federal da 4ª Região) em que se obrigava o SUS a fazer esse tipo de cirurgia. A decisão do TRF determinava que o governo federal tomasse todas as medidas que possibilitassem aos transexuais a realização da cirurgia de mudança de sexo pelo SUS. "Direito Constitucional. Transexualismo. Inclusão na tabela do SUS. Procedimentos médicos de transgenitalização. Princípio da proibição de discriminação por motivo de sexo. Discriminação de gênero. Direitos fundamentais de liberdade, livre desenvolvimento da personalidade, privacidade e à dignidade humana e direito à saúde. Força normativa da Constituição". Rel. Roger Raupp Rios, Processo nº 2001.71.00.026279-9, D.E. 22.08.2007. Disponível em: <http://www.trf4.jus.br/trf4/jurisjud/resultado_pesquisa.phd>. Acesso em: 11 ago. 2014.

[71] BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. p. 31. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 18 ago. 2014.

[72] VIANNA, Luiz Werneck (org). *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

Destaca-se, também, a importância do diálogo entre poderes e instituições. Nas varas da fazenda pública que se ocupam da matéria, foram colocados farmacêuticos com o objetivo de auxiliar tecnicamente o juiz na avaliação de existência ou não de determinado medicamento equivalente na lista do SUS, similar ao solicitado. O diálogo entre os poderes e as instituições pode servir como importante canal para resolução dos conflitos, pois, apesar de uma separação funcional, todos são integrantes da estrutura burocrática do Estado.

No que concerne aos medicamentos em experimentação, que não têm a sua eficácia comprovada, estes não podem ser objeto da inclusão em lista pelo Poder Judiciário. Deve-se, ainda, optar pelo genérico de menor custo, quando houver essa possibilidade.

Nos casos de demanda individual, compreende-se a agonia do cidadão que requer o remédio, da família, que passa por uma situação difícil, e do magistrado, que, muitas vezes, se encontra em uma decisão entre a vida e a morte, iminentemente, mas se trava um embate entre deliberações públicas e privadas e situações de risco em curto e médio prazo. Por exemplo, às vezes se gasta mais na parte curativa do que na preventiva. Vejam-se os números que são investidos em saneamento básico e construção de redes de água potável, comparativamente à saúde.[73] Os primeiros são muito tímidos se comparados aos segundos. E a ausência de investimento em saneamento básico é um foco para disseminar doenças, posteriormente. Então, na premência do momento, descuida-se de uma perspectiva de futuro.

Desse modo, a concessão dos medicamentos não deve pautar-se por uma abordagem individual dos problemas sociais, mas pela busca de uma gestão eficiente dos escassos recursos públicos, analisando-se os custos e os benefícios, desde o prisma das políticas públicas.

Considerações finais

Na perspectiva de novos temas referentes à administração, o controle judicial das políticas públicas é o tema pautado neste terceiro milênio, que coincide com o processo de redemocratização e reconstitucionali-

[73] No Estado do Rio de Janeiro, foram gastos com os programas de assistência farmacêutica R$ 240.621.568,00, enquanto no saneamento básico foram investidos R$ 102.960.276,00. Comparando-se as duas quantias, o gasto com saneamento é menos da metade. Disponível em: <http://www.planejamento.rj.gov.br/orcamentoRJ/2007_LOA.pdf>. Acesso em: 10 jul. 2014.

zação do país, fruto da mudança de paradigma: a busca de efetividade dos direitos fundamentais. Assim, pretende-se contribuir ao debate, a fim de traçar os limites e as possibilidades de atuação judicial no tocante às políticas públicas, e construir um horizonte, com perspectiva favorável, para milhares de brasileiros que necessitam da eficácia dos direitos fundamentais sociais.

O Estado Social produziu a superação do conceito de interesse público, calcado exclusivamente nos objetivos da Administração, e o substituiu pelo interesse coletivo, aberto à participação popular. Voltando ao pensamento de Hannah Arendt, percebe-se que o direito à saúde está sendo construído por meio das políticas públicas de implementação de tratamentos e de medicamentos ditos essenciais, constituindo-se o Poder Judiciário em um instrumento de realização dos direitos dos cidadãos, desde que se apliquem critérios adequados com os preceitos da Constituição, deixando-se o casuísmo e o subjetivismo, nessa seara. Outro importante aspecto a ser considerado é a atenção dos direitos sociais aos dispositivos orçamentários. Mais de duas décadas de constitucionalismo democrático brasileiro demonstram essa busca de efetividade dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, a crise do direito administrativo é uma mutação para adequar-se às transformações e às mudanças sociais vividas no início do século XXI. É necessário voltar-se à pauta dos direitos fundamentais, que até hoje não foram efetivados de maneira universal, considerando, especialmente, o direito à saúde no Brasil. O manto da discricionariedade não pode servir para retirar de pauta algumas questões quando se trata de omissões junto aos poderes Legislativo e Executivo, mas não se pode ir ao extremo do ativismo judicial exacerbado.

Como compatibilizar um sistema de saúde ideal que está inscrito na Constituição Federal com as questões econômicas? Sempre existirá um limite: o desafio é alcançar o melhor resultado ao menor custo possível. Tal embate também tem de conciliar o âmbito individual e o coletivo do direito à saúde. Não se pode abarcar tudo, então o desafio é no sentido de adotar os procedimentos e os medicamentos que não sejam experimentais e atendam à equação custo/utilidade. Para que isso não produza um engessamento da estrutura, é necessário que os avanços tecnológicos venham acompanhados de critérios para incorporação ou

ampliação de novos procedimentos e fármacos. O não atendimento desses balizadores gera distorções no sistema, propiciando desigualdade que comprometem todo o sistema. Desse modo, a dotação de assessoria técnica em centros de referência, por profissionais *ad hoc* e sem conflito de interesses, desvinculados com a assistência e a prescrição aos pacientes, representa um apoio multidisciplinar importante.

Passados 200 anos de história política brasileira e mais de 26 anos da CF/88, a luta não é mais pela codificação de direitos, mas sim pela sua efetividade, por uma leitura madura que otimize os recursos orçamentários existentes, dos direitos sociais, em geral, e do direito à saúde, em particular. O que torna a efetividade do direito à saúde de maior complexidade é a sua dependência de outras políticas públicas. A efetividade do direito social à saúde é diretamente relacionada à educação e à informação, ambas situadas na esfera preventiva. A população com maior grau de instrução se alimenta melhor e tem mais cuidados com sua saúde. O direito à informação, utilizado de uma maneira preventiva, propicia o exercício do direito à saúde e também a fiscalização a respeito da execução orçamentária.

A via a ser construída aponta que os poderes e os organismos institucionais podem construir alternativas de aperfeiçoamento, objetivando a informação recíproca, com o intuito de melhorar a prestação do direito social à saúde, mediante a racionalização de rotinas e procedimentos, conferindo-lhe uma maior efetividade, bem como a otimização de recursos e sua fiscalização. Enfim, cada um dos atores jurídicos e dos poderes comprometidos no seu papel, trabalhando de uma maneira integrada.

Referências bibliográficas

ALLI ARANGUREN, Juan-Cruz. *Derecho administrativo y globalización*. Madrid: Thomson Arandazi, 2004.

ALTHUSSER, Louis. *Montesquieu*: a política e a história. 2. ed. Lisboa: Presença, 1972.

ARENDT, Hannah. *A condição humana*. 10. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2001.

_____. *Eichman em Jersusalém*. São Paulo: Cia das Letras, 1999.

_____. *Los orígenes del totalitarismo*. 2. ed. Madrid: Taurus, 1999.

ARISTÓTELES. *Ética Nicomáquea*. 4. reimp. Madrid: Gredos, 1998.
AZEVEDO, Plauto Faraco. *Ecocivilização*: ambiente e direito no limiar da vida. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
BARROSO, Luís Roberto. *Da falta de efetividade à judicialização excessiva*: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. 2009. Disponível em: <www.lrbarroso.com.br/pt/noticias.medicamentos.pdf>. Acesso em: 29 jul. 2014.
_____. Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo). *Revista do Ministério Público*, Porto Alegre, n. 46, jan./mar. 2002.
_____. *Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática*. 2012. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 19 set. 2014.
BECK, Ulrich. *Risk society*: towards a new modernity. Traduzido para o inglês por Mark Ritter. Londres: SAGE, 2005.
BERCOVICCI, Gilberto. Planejamento e políticas públicas: por uma nova compreensão do papel do Estado. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
BILBAO UBILLOS, Juan Maria. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares*. Madrid: CEC, 1997.
BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 12. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992. p. 24-5. Discurso de abertura pronunciado no Simpósio Internacional dos Direitos do Homem, realizado entre 1º e 03 de dezembro de 1967, em Turim, mencionado no capítulo "Presente e futuro dos direitos do homem".
_____. *Contribuición a la teoria del derecho*. Valencia: Fernando Torres, 1980.
BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: _____ (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
CADERMATORI, Sergio. *Estado de Direito e legitimidade*: uma abordagem garantista. 2. ed. Campinas: Millennium, 2006.
CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CHADWICK, E. *Reports on the sanitary condition of the laboring population of Great Britain*. Edinburgh: Edinburgh University, 1965.
COUTO E SILVA, Almiro. Apresentação. In: MAURER, Hart. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2000.
DALLARI, Sueli Gandolfi. Políticas de Estado e políticas de governo: o caso da saúde pública. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (org.). *Políticas públicas*: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.
EWALD, François. *L'Etat Providence*. Paris: Bernard Grasset, 1986.
FAORO, Raymundo. A interpretação do direito e os sistemas de pensamento. *RECHTD* 6(1), p. 44-53, jan./jun. 2014.
_____. *Os donos do poder*: formação do patronato brasileiro. 15. ed. São Paulo: Globo, 2000. v. 1.
FLEINER, Fritz. Institutionem des Verwaltungsrechts. 8. ed. 1928. p. 326. Apud MIR PUIGELAT. *Globalización, Estado y Derecho*: las transformaciones recientes del derecho administrativo. Madrid: Civitas, 2004.
FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
FREITAS, Juarez; TEIXEIRA, Anderson (orgs.). *Comentários à jurisprudência do STF*: direitos fundamentais e omissão inconstitucional. São Paulo: Manole, 2012.
GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Las transformaciones de la justicia administrativa*: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma? Pamplona: Thomson Civitas, 2007.
GIDDENS, Anthony. *Runaway world*: how globalization is reshaping our lives. New York: Routledge, 2000.
GUERRA, Sérgio. *Discricionariedade, regulação e reflexividade*: uma teoria sobre as escolhas administrativas. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*: a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição. Porto Alegre: Fabris, 1997.
HABERMAS, Jürgen. *Ensayos políticos*. Barcelona: Península, 1988.
HESSE, Conrado. Significado de los derechos fundamentales. In: BENDA et al. *Manual de derecho constitucional*. Madrid: Instituto Vasco de Administración Pública, 1996.

HOBSBAWM, Eric. *A era dos extremos*: o breve século XX – 1914-1991. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

HOWLETT, Michael; RAMESH, M. *Come studiare le poliche pubbliche*. Bologna: Il Mulino, 1995. Tradução de Studying public policy: policy cycles and policy subsystems. Oxford: Oxford University, 1995.

JELLINEK, Georg. *System der Subjektiven öffentlichen recht, zweit durchgesehene und vermehrte auflage, anastatischer neudruck der ausgabe von 1905*. Tübigen: 1919.

KRELL, Andreas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha*: os (des)caminhos de um direito constitucional comparado. Porto Alegre: Fabris, 2002.

LAUBADÈRE, André. *Manuel de droi administratif*. 15. ed. Paris: L.G.D.J., 1995.

LIMBERGER, Têmis. Direito à saúde e políticas públicas: a necessidade de critérios judiciais, a partir dos preceitos constitucionais. *Revista de Direito Administrativo*, v. 251, p. 179-200, 2010.

_____. Políticas públicas e o direito à saúde: a necessidade de critérios hermenêuticos para intervenção judicial. *Novos Estudos Jurídicos* (Univali), v. 15, p. 306-322, 2010.

_____. Políticas públicas e o direito à saúde: a busca da decisão adequada constitucionalmente. In: STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos: mestrado e doutorado. n. 5. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

_____. Burocratização, políticas públicas e democracia: o caminho a ser trilhado em busca dos critérios para efetivação do direito à saúde. In: STRECK, Lenio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de (org.). *Constituição, sistemas sociais e hermenêutica*: anuário do programa de pós-graduação em direito da Unisinos. n. 6. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 217-232.

MASCARENHAS, Rodrigo Tostes de Alencar. *A responsabilidade dos entes da federação e financiamento do SUS*. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 ago. 2014.

MAURER, Hart. *Elementos de direito administrativo alemão*. Porto Alegre: Fabris, 2007.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Novos horizontes para o direito administrativo: pelo controle das políticas públicas. *Revista de Direito do Estado*, Rio de Janeiro, n. 4, p. 403-412, out./dez. 2006.

_____. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno*: legitimidade, finalidade, eficiência, resultados. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

MOTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. *Do espírito das leis*. 2. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1979.

SARAIVA, Paulo Lopo. *Garantia constitucional dos direitos sociais no Brasil*. 1983.

SARLET, Ingo W. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (coord.). *Constituição e segurança jurídica*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *O acesso às prestações de saúde no Brasil*: os desafios do Poder Judiciário. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude>. Acesso em: 08 ago. 2014.

SARLET, Ingo W. et al. *Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88*.

SCLIAR, Moacyr. *Do mágico ao social*: trajetória da saúde pública. São Paulo: Senac, 2002.

SÊNECA, L. A. *Sobre a brevidade da vida* (cartas a Paulino). Porto Alegre: L&PM, 2007.

SIGMANN, Jean. *1848*: las revoluciones románticas y democráticas de Europa. 3. ed. Madrid: Siglo Veintiuno, 1985.

STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto*: decido conforme minha consciência? Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

WALINE, Marcel. *Traité élémentaire de droit administratif*. 6. ed. Paris: Recueil Sirey, 1952.

Transparência e democracia: para um governo com poderes visíveis[*]

Andréia Scapin[**]
Gisele Bossa[***]

Resumo

A estrutura atual dos sistemas tributários dos países em vias de desenvolvimento tende a obstacularizar a concretização dos interesses sociais do século XXI por não garantir a real justiça distributiva. Com efeito, ela deixa de prover a inclusão social e garantir recursos para a preservação ambiental e afasta investimentos em pesquisa e desenvolvimento (P&D), em novos negócios e na geração de empregos. Essa dinâmica impacta diretamente a competitividade dos *players* locais e prejudica o desenvolvimento socioeconômico dos Estados.

A complexidade da legislação tributária, a falta de transparência dos

[*] A respeito do assunto, foi realizada palestra sobre o tema "Tributação como instrumento de desenvolvimento" no dia 11 de abril de 2014 no *Curso de Currículo Permanente – Módulo I – Direito Tributário 2014*, promovido pela Emagis em *Florianópolis/SC* (Palestrante: Andréia Scapin).

[**] Doutoranda em Direito Tributário (USP), com período de pesquisa realizado na Università degli Studi La Sapienza di Roma, na Itália, como bolsista Capes, processo nº 10140-14-0, Mestre em Direito Penal (USP), Especialista em Direito Tributário (USP) e em Direito Público (ESMPSP), Membro do NEF/Direito SP – FGV, Professora convidada da pós-graduação *lato sensu* da Universidade Presbiteriana Mackenzie, Advogada sênior de contencioso tributário.

[***] Doutoranda e Mestre e Ciências Jurídico-Econômicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. *PhD Researcher* do NEF/Direito SP – FGV, Professora de graduação e pós-graduação, Advogada sênior de contencioso tributário.

dados públicos e as altas cargas fiscais sobre os bens de consumo e os serviços são características marcantes desses sistemas. Por isso, o grande desafio contemporâneo é compatibilizar três fatores: tributação, democracia e desenvolvimento. Buscar mecanismos e apontar as possíveis soluções para tornar as administrações públicas mais eficientes, transparentes e justas é o caminho para que as políticas tributárias sejam fortes aliadas do crescimento dos países.

Palavras-chave: Tributação. Democracia. Desenvolvimento.

Na contramão do esperado para os Estados Democráticos de Direito contemporâneos, os sistemas jurídicos tributários, especialmente dos países em vias de desenvolvimento, atuam como trava para o desenvolvimento socioeconômico em vez de impulsioná-lo. Isso porque as normas fiscais, tal como foram construídas, são extremamente complexas, o que dificulta ou até inviabiliza a sua interpretação e aplicação pelos contribuintes e operadores do Direito.[1]

Essa dinâmica acaba por ofuscar o exercício transparente da atividade governamental; criar insegurança jurídica; fomentar a atual indústria do contencioso tributário; enfraquecer as instituições de Estado; não garantir o cumprimento dos direitos difusos e coletivos de 1ª, 2ª e 3ª geração;[2] desestimular investimentos em P&D, na internacionalização de empresas, na geração de empregos e no aprimoramento da malha logística; e, consequentemente, prejudicar a produtividade e a manutenção dos *players* no mercado competitivo global.

Além disso, por vezes, as instituições tributárias e jurisdicionais prestam desserviço, em vista da falta de uniformidade de posicionamento por parte das autoridades fiscais e dos respectivos órgãos de julgamento, contribuindo ainda mais para a ineficiência sistêmica.

No Brasil, a solução de conflitos é vagarosa, marcada pela falta de informações sobre os processos administrativos tributários, pelo desalinhamento interpretativo da legislação tributária e, por conseguinte, pelo alto grau de litigiosidade, dada a insegurança jurídica estabelecida.

[1] BOSSA, Gisele; CAMPEDELLI, Laura Romano. Desafio para reforma tributária é superar ideia de reformas pontuais. *Revista Consultor Jurídico*, 21 ago. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-ago-21/desafio-reforma-tributaria-superar-ideia-reformas-pontuais>.

[2] Sobre o tema, *vide* MAZZILLI, Hugo Nigro. *A defesa dos interesses difusos em juízo*. 23. ed. São Paulo: Saraiva. p. 50-62.

Nesse sentido, de acordo com dados da Receita Federal do Brasil, o valor do passivo administrativo tributário totaliza US$ 230 bilhões. A partir de estimativa feita com base em dados divulgados pela imprensa, há também cerca de US$ 100 bilhões em casos tributários emblemáticos em discussão no Poder Judiciário. Portanto, constata-se que cerca de US$ 330 bilhões estão em discussão por conflitos tributários, o que corresponde a 15% do PIB brasileiro.[3]

Já nos Estados Unidos, conforme o Internal Revenue Service (IRS), agência americana responsável pela arrecadação em âmbito federal, o valor do passivo tributário alcançou US$ 40 bilhões em 2012, ou 0,2% do PIB desse país.[4]

Na África do Sul, país cujo grau de desenvolvimento é semelhante ao do Brasil, entre 2010 e 2011, o valor do passivo em discussão era de US$ 14,3 bilhões, isto é, 3,6% do PIB do país, segundo informações do relatório South African Revenue Services (SARS).[5]

Não se pretende aqui comparar minuciosamente os cenários, mas conhecer o *status* do Brasil em relação a outros países quanto ao grau de litigiosidade tributária, pois é inegável a diferença entre as estruturas tributárias e judiciárias de cada Estado.

Diante dessa realidade, o Núcleo de Estudos Fiscais (NEF) da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas (Direito SP – FGV) passou a investigar a relação entre tributação, democracia e desenvolvimento por meio de estudos empíricos com o propósito de contribuir positivamente para o desenvolvimento do Brasil.

Para tanto, o NEF foi além da compreensão da técnica jurídica,[6] pois passou a analisar casuisticamente os problemas existentes e os entraves que a tributação tem gerado para o crescimento do país, bem como a indicar mecanismos para tornar as políticas de Estado mais eficientes, transparentes e justas.

Considerando a relevância da Economia para a tributação e seu pro-

[3] Sobre os dados comparativos, *vide* estudo MESSIAS, Lorreine. Contencioso tributário brasileiro é muito superior ao dos EUA. *Revista Consultor Jurídico*, 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-21/lorreine-messias-contencioso-tributario-brasileiro-superior-eua>. Último acesso em: 31 mar. 2014.

[4] Idem.

[5] Idem.

[6] Ou seja, de debruçar-se sobre o estudo dos conceitos de renda e mercadoria, de fato gerador e hipótese de incidência, de decadência e prescrição.

dutivo diálogo com o Direito, o alicerce teórico das pesquisas do NEF foi construído com base nos trabalhos de James Alm (Tulane University), John Braithwaite (Australian National University), Joseph Stiglitz (Columbia University) e Richard Bird (University of Toronto), os quais apresentaram perspectivas inovadoras sobre a forma como a administração tributária pode influir para possibilitar o aumento do *tax compliance*, ou seja, ampliar o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias.

As investigações feitas pelos referidos estudiosos demonstraram que as estruturas tributárias tradicionais são inadequadas e ineficientes em sociedades democráticas, uma vez que foram construídas a partir do modelo de *comando e controle*. Tal arquétipo, baseado no paradigma do crime, impõe à administração tributária a função de qualificar e punir os contribuintes que descumprem a lei.

Parte-se da premissa de que o contribuinte analisa o possível custo *vs.* benefício da evasão fiscal. Faz a ponderação dos seguintes aspectos: os ganhos obtidos com o eventual descumprimento da norma tributária; a probabilidade de ser identificado pelo fisco; e os prejuízos resultantes das sanções a serem impostas. Logo, se os benefícios superarem os riscos, o sujeito passivo optará por não pagar o tributo, mas, caso contrário, se verificar probabilidade de auditoria ou de imposição de multa, observará o *tax compliance*.

Segundo James Alm, é preciso ultrapassar a ideia de que o comportamento dos contribuintes se apoia exclusivamente na maximização da utilidade. Segundo pesquisas empíricas realizadas, mesmo em países que possuem baixo índice de cumprimento de obrigações tributárias, há diversos fatores de ordem moral, social e cultural que induzem o contribuinte a agir em consonância com as expectativas do legislador tributário.[7]

Na medida em que o aumento da probabilidade de identificação e punição pelo fisco e a severidade das sanções aplicadas são indutores do comportamento no modelo de *comando e controle* – quanto maior a eficiência na fiscalização, menor o descumprimento das normas tribu-

[7] ALM, James et al. *Tax morale and tax evasion in Latin America*. Working Paper 07-04. Georgia State University, 2007. Disponível em: <http://aysps.gsu.edu/isp/files/ispwp0732.pdf>. Último acesso em: jan. 2011.

tárias –, a estratégia passa a ser a elaboração de regras cada vez mais específicas, que visam sanar as lacunas da norma tributária hábeis a evitar o pagamento de tributos.

Ocorre que, ante o emaranhado de regras específicas e altamente complexas, fica difícil identificar as fronteiras da legalidade. Essa é uma das consequências da aplicação do malsucedido modelo de *comando e controle* que pode ser facilmente verificada na realidade brasileira.

Articulações dessa espécie apenas prejudicam o bom contribuinte, incentivando o mal-intencionado a buscar novas técnicas para driblar as autoridades fiscais.[8]

Outra característica desse padrão é a conduta sigilosa do Estado. Passa a utilizar a falta de informações e dados como ferramenta para realizar suas funções em todas as esferas de governo. De acordo com Joseph Stiglitz, a conduta sigilosa do governo é certamente antidemocrática e serve para interesses pessoais e egoístas.[9]

Nota-se que o direito fundamental à informação é característico das sociedades democráticas. O Estado tem o dever de disponibilizar informações aos cidadãos, em especial sobre o quanto se arrecada, quanto e quais são suas despesas e como o valor é revertido em termos de políticas públicas.

A transparência dos dados públicos permite o *accountability social* e figura como importante instrumento para conter os abusos na gestão governamental.

Conforme Stiglitz, o segredo fornece àqueles que participam da administração do Estado controle exclusivo sobre determinadas áreas do conhecimento, de modo a ampliar seu poder. Essa dinâmica tem efeito corrosivo sobre a democracia, na medida em que cria relação de desconfiança entre o fisco e os contribuintes. Por isso, enfatiza que uma das maiores qualidades de um bom sistema tributário é a transparência. Frise-se que a abertura é uma parte essencial da governança pública.[10]

---

[8] Nessa mesma linha, SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Fisco e contribuintes estão alienados na névoa do sistema. *Revista Consultor Jurídico*, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/eurico-santi-fisco-contribuintes-alienados-nevoa-sistema>. Último acesso em: 01 abr. 2014.

[9] STIGLITZ, Joseph. Sobre a liberdade, o direito de conhecer e o discurso público. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva. *Transparência fiscal e desenvolvimento*: homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: Fiscosoft. p. 47. Tradução de Mariana Pimentel Fischer Pacheco.

[10] Ibidem, p. 48.

Em diversos países do mundo há a preocupação com a difusão indiscriminada e generalizada das informações, especialmente daquelas protegidas legalmente.[11] Encontrar o equilíbrio entre a transparência e o sigilo não é tarefa fácil, mas o esforço atual para balancear esses dois extremos é essencial para prevenir a corrupção, fortalecer as instituições,[12] promover a integridade e a moral tributária.

A título de conhecimento, dentre os países que pertencem à Comunidade Europeia, a Itália é o que possui maior resistência quando o assunto é transparência. Sua tradição está assentada na total reserva e no segredo.

A disciplina do acesso à informação deu-se com o Decreto nº 241/1990, que tornou obrigatório o dever de informar o cidadão interessado sobre a abertura de procedimentos administrativos, os atos praticados e a sua respectiva motivação.

Para a época, foi um verdadeiro avanço, pois, devido à aplicação do princípio do segredo de ofício, então vigente no país, inexistia comunicação entre a administração pública e o cidadão italiano.[13]

Não havia limites para o que devia ser considerado segredo de Estado, praticamente nada podia ser revelado. Contudo, Rossella Miceli, professora de Direito Tributário da Università degli Studi di Roma – La Sapienza, explica que o direito de acesso à informação previsto nesse decreto não é extensivo ao cidadão em geral, mas exclusivo do indivíduo que comprove interesse legítimo.

Com efeito, esse diploma legal não servia ao cidadão comum que pretendesse efetuar o controle amigável das atividades governamentais. Ademais, excluía expressamente a aplicação da transparência para atos de natureza tributária.

Em se tratando de um país democrático, a Itália precisou buscar medidas aptas a substituir o princípio do segredo de ofício pelo princípio da transparência. Para isso, 5 anos atrás, foi editado o DLeg nº 150/2009

[11] A questão do sigilo bancário, por exemplo, é tema controvertido. Há ordenamentos que recepcionam o sigilo bancário e outros não, para além das diferentes hipóteses de quebra.

[12] Sobre o fortalecimento das instituições, *vide*: LISBOA, Marcos de Barros; LATIF, Zeina Abdel. *Brazil*: democracy and growth. Legatum Institute, Centre for Development and Enterprise, 2013.

[13] SCAPIN, Andréia Cristina. Itália busca equilíbrio entre sigilo e transparência. *Revista Consultor Jurídico*, 12 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-12/andreia-scapin-italia-busca-equilibrio-entre-sigilo-transparencia>. Último acesso em: 01 abr. 2014.

para regulamentar a otimização da produtividade do serviço público, da eficiência e da transparência das atividades administrativas.

Tal medida é nítida consequência do Tratado de Lisboa, que consolida valores cooperativos, em prol de uma Europa mais democrática e transparente. Prevê, ainda, a criação de mecanismos que possibilitem maior interação entre os cidadãos europeus e as instituições.

Após essa lenta evolução da transparência em território italiano,[14] como resposta à Lei nº 190/2012 (anticorrupção), foi publicado o DLeg nº 33/2013, que impõe a criação de portais institucionais na *web* com o propósito de dispor informações que viabilizem o controle amigável dos atos administrativos e introduzam o programa trienal de atividades para instituir a cultura da transparência.[15]

Por meio dessa medida, mais de 20 mil órgãos públicos colocaram informações na *web*. O departamento de funções públicas do governo italiano instituiu a "bússola da transparência", que permite ao cidadão analisar estatísticas e verificar a evolução do projeto em tempo real.[16]

Diferentemente do que se verificou na história italiana, a Suécia é exemplo de transparência, pois até a monarquia do país se submete a ela. No Estado sueco, disponibilizam-se na *web* informações sobre a renda média dos cidadãos suecos, as quais podem ser consultadas por qualquer pessoa do povo. A transparência é percebida pelo funcionário público como legítima garantia do exercício do direito à liberdade de expressão do servidor para prestar contas à sociedade sobre seus atos.[17]

Conforme explica Joseph Stiglitz, a participação significativa do cidadão no processo democrático exige participantes informados, especialmente no momento em que deve eleger seus governantes. Nesse sentido, afirmou James Madison, arquiteto da Primeira Emenda da Constituição dos EUA: "Um povo que pretende ser seu próprio governante deve se armar com o poder que o conhecimento oferece. Um go-

[14] Tal amadurecimento já passa de 20 (vinte) anos.

[15] Cf. *Programma triennale per la trasparenza e l'integrità* (DLeg nº 33, de 14.03.2013). Disponível em: <http://www.governo.it/AmministrazioneTrasparente/DisposizioniGenerali/ProgrammaTrasparenza/programma_triennale_trasparenza_2012-2014.pdf>. Último acesso em: 03 abr. 2014.

[16] Disponível em: <http://www.funzionepubblica.gov.it/media/1066217/bussola.pdf>. Último acesso em: 03 abr. 2014.

[17] FUCS, Ildo. Na Suécia, até a monarquia se submete à transparência. *Revista Consultor Jurídico*, 13 set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-13/ildo-fucs-suecia-monarquia-submete-transparencia>. Último acesso em: 02 abr. 2014.

verno popular sem informações populares ou sem os meios para adquiri-las nada mais é do que um prólogo para uma farsa ou uma tragédia, ou talvez ambos".[18]

No Brasil, é necessário instituir a cultura da transparência, propagando-a para todas as esferas de governo com o propósito de que as informações sobre os atos estatais sejam transmitidas sem qualquer restrição à coletividade. A transparência é expressão do Estado Democrático de Direito e efetiva a cidadania fiscal. Dar ao cidadão conhecimento é tratá-lo com dignidade.

Com o intuito de aproximar a tributação da democracia, John Braithwaite sugere aplicar a regulação responsiva, induzir comportamentos sem a imposição de sanção. Em outros termos, incentivar os indivíduos e as instituições a atuarem conforme as expectativas da sociedade, sem apelar para estratégias estritamente punitivas.[19]

A teoria da regulação responsiva adquiriu relevância internacional com a obra de Braithwaite *Responsive regulation*: transcending the deregulation debate, em que defende a necessidade de iniciar a regulação a partir de medidas mais amenas, de acordo com a gravidade da conduta praticada. Estimula-se o cumprimento voluntário, antes de se recorrer às medidas punitivas, e afasta-se a presunção de que todo contribuinte pretende enganar a administração tributária para fugir ao pagamento de tributo.

Aliás, conforme afirma Richard Bird, o paradigma do crime – tradicional modelo de *comando e controle* – deve ser substituído pelo paradigma do serviço, em que o contribuinte passa a ser enxergado pelo fisco como cliente a ser atendido em vez de como potencial criminoso.

Para o autor, o cumprimento voluntário da legislação tributária não é garantido simplesmente por normas punitivas, mas por meio da formação da moral tributária, construída pela confiança do contribuinte nas instituições e pautada na ética recíproca.[20]

---

[18] Apud STIGLITS, Joseph. Op. cit., p. 55.

[19] BRAITHWAITE, John**.** Responsive regulation and developing economies. *World Development*, v. 34, n. 5, 2006, p. 884-898.

[20] BIRD, Richard. Transparência e tributação: algumas reflexões preliminares. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva. *Transparência fiscal e desenvolvimento*: homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: Fiscosoft. p. 174. Tradução de Daniel Leib Zugman.

Quanto mais responsivas forem as instituições ligadas à arrecadação tributária, maior será a probabilidade de cumprimento voluntário da legislação tributária pelo cidadão, pois se projeta na sociedade a percepção de legitimidade da cobrança. Nas palavras de Richard Bird, *verbis*:

"As decisões de política tributária não são feitas no vácuo. Tampouco são realizadas por um governo benevolente. Ao contrário, elas são o resultado de complexas interações sociais e políticas entre diversos grupos na sociedade em um contexto institucional estabelecido pela história e pela capacidade administrativa do Estado. A tributação não é simplesmente um meio de financiamento do governo; é também um componente muito verificável do contrato social subjacente ao Estado. Os cidadãos tendem a cumprir com maior frequência as leis tributárias se eles aceitam o Estado como legítimo e confiável e sentem, até certo ponto, que podem tanto apoiá-lo quanto temê-lo em consequência da falta de seu apoio."[21, 22]

Ao tratar o contribuinte como cliente, alternando o paradigma do crime com o do serviço, a tributação passa a ser vista além dos fatores estritamente econômicos. A administração tributária estrategicamente construirá uma relação cooperativa e de confiança entre o fisco e os contribuintes, por meio de medidas como: (i) prestar assistência ao cidadão, informando a interpretação dada às normas tributárias; (ii) agir com transparência; (iii) respeitar a capacidade contributiva no caso concreto; (iv) ser mais responsivo em relação às necessidades do contribuinte; e (v) estar aberto para relações cooperativas e menos coercitivas com os contribuintes.[23]

Logo, a efetividade das políticas fiscais depende da construção de diálogo profícuo e aberto entre os atores da relação jurídica tributária, o que irá, naturalmente, contribuir para reduzir os custos do Estado resultantes do exercício da atividade arrecadatória.

Tal argumento justifica-se porque os melhores resultados obtidos

[21] Apud ZUGMAN, Daniel. A atuação da administração fazendária após a Lei nº 12.527/2011. In: SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva. *Transparência fiscal e desenvolvimento*: homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: Fiscosoft. p. 174. Tradução de Daniel Leib Zugman.

[22] BIRD, Richard. *Tax challenges facing developing countries*. University of Toronto, Institute for International Business, Working Paper Series, IIB Paper n. 12, mar. 2008, p. 16. Disponível em: <http://www.rotman.utoronto.ca/userfiles/iib/File/IIB12(1).pdf>. Acesso em: 03 abr. 2012. Tradução de Daniel Leib Zugman: "*Tax policy decisions are not made in a vacuum. Nor they are made by benevolent government. Instead, they are the outcome of complex social and political interactions between different groups in society in an institutional context established by history and state administrative capacity. Taxation is not simply a means of financing government; it's also a very visible component of the social contract underlying the state. Citizens are more likely to comply with tax laws if they accept the state as legitimate and credible and are to some extent both willing to support it and afraid of what will happen to them if they don't*".

[23] Idem.

pelas administrações tributárias no mundo originaram-se dessa postura consistente e colaborativa do fisco. A criação de instrumentos aptos a assegurar a transparência, o alinhamento das normas tributárias ao atendimento das políticas públicas e o estímulo ao diálogo constante legitimam a atuação das autoridades fiscais e permitem que o cidadão enxergue a tributação como forma de reforçar o contrato social.

Foi dentro dessa perspectiva que o NEF/Direito SP – FGV, em seu V Colóquio Internacional, reuniu agentes públicos, advogados, empresários e acadêmicos no auditório da Associação dos Agentes Fiscais de Renda do Estado de São Paulo (Afresp), convidando-os para, conjuntamente, refletir sobre os desafios da tributação brasileira para construir uma agenda positiva entre fisco e contribuinte.

O perfil dos 300 participantes inscritos era diversificado: média de 35% de empresários, 25% de servidores públicos, 23% de advogados e 16% de acadêmicos, sendo que o principal objetivo era identificar problemas e buscar caminhos viáveis e práticos para o desenvolvimento do país.

Um dos palestrantes convidados, Jeffrey Owens,[24] enfatizou a imprescindibilidade da existência de diálogo entre fisco e contribuinte como primeiro passo para estruturar uma relação de confiança e possibilitar atuação cooperativa com a administração tributária. Acrescentou que é de fundamental importância a participação de acadêmicos na discussão das modificações no sistema tributário nacional.

Em sua palestra intitulada "As políticas fiscais perante as mudanças no meio global e o que o Brasil pode aprender com elas", Owens frisou três pontos fundamentais: (i) a criação de condições de ambiente de negócios que torne o Brasil o grande centro de investimento da América Latina e sede de grandes multinacionais; (ii) a busca por simplicidade e transparência do sistema tributário; e (iii) a alteração da cultura de dividendos para desestimular o planejamento tributário predatório.

Apesar de possuir grande potencial para o desenvolvimento, especialmente graças aos seus abundantes recursos naturais e à presença de importantes empresas sediadas em território nacional, o avanço do

[24] Owens é consultor de Política Tributária da EY, ex-diretor da Divisão de Política Tributária da OCDE e uma das pessoas mais influentes do mundo em temas de política tributária conforme a revista *Time* e a *International Tax Review*.

sistema tributário brasileiro tem sido letárgico.

Esse fato se dá em razão da alta carga tributária, do elevado custo de *compliance*,[25] da visível complexidade da legislação tributária e da falta de transparência dos dados públicos. Esse cenário de incertezas e imprevisibilidade gera insegurança jurídica, aumenta o grau de litigiosidade, afasta a alocação de capital e de novos investimentos no país.

Em vez de trazer avanços hábeis a garantir o cumprimento de políticas públicas, o regime tributário brasileiro trava o mercado competitivo local, contribuindo para a manutenção da crise e o retardamento do desenvolvimento socioeconômico.[26]

Para Ricardo Mariz de Oliveira, quase todos os entraves para o desenvolvimento do Brasil nascem da insegurança jurídica. Essa circunstância fática impede que o povo brasileiro se desenvolva economicamente, culturalmente e em qualquer outro aspecto de sua existência.[27]

A insegurança que o sistema jurídico tributário brasileiro produz, seja do ponto de vista institucional, seja do instrumental, emperra o progresso, afasta investimentos, causa prejuízos morais e econômicos, produz incontáveis males como desesperança, desconfiança e receio no curso da tomada de decisão pelos investidores.

Não é à toa que o Brasil está como 116º classificado no Doing Business 2014 e 120º classificado no Doing Business 2015, estudo que mensura a regulação de negócios para pequenas e médias empresas.[28]

No mais, segundo Jeffrey Owens, um grande volume de processos no contencioso é sinal de falha do sistema jurídico, pois reflete a falta de diálogo e de compreensão entre fisco e contribuinte. A prioridade deve ser reduzir o número de disputas e acelerar a resolução de litígios.

Dentro dessa temática, Fátima Cartaxo, especialista setorial em gestão fiscal e municipal do Banco Interamericano de Desenvolvimento

[25] Custos com pessoal decorrentes do grande número de obrigações acessórias no Brasil.

[26] KÖVESI, Ariel. Brasil precisa buscar maior simplicidade tributária. *Revista Consultor Jurídico*, 13 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/ariel-kovesi-brasil-buscar-maior-simplicidade-tributaria>. Último acesso em: 03 abr. 2014.

[27] OLIVEIRA, Ricardo Mariz de. Incertezas que entravam o desenvolvimento. In: *Tributação e desenvolvimento*: homenagem ao Professor Aires Barreto. São Paulo: Quartier Latin, 2011. p. 603-616.

[28] Idem. Verifica-se que o desenvolvimento econômico será maior se o ambiente de negócios for mais seguro e com maiores garantias para investimentos. *Vide* estudo *Doing Business 2014*. Disponível em: <http://portugues.doingbusiness.org/reports/global-reports/doing-business-2014>. Último acesso em: 30 mar. 2015.

(BID), sustenta que o contencioso administrativo tributário é instrumento por meio do qual a democracia tributária se expressa, poderoso mecanismo para o aperfeiçoamento do sistema fiscal e para o acesso do contribuinte à legalidade concreta. No entanto, é imprescindível que exista um processo contínuo de retroalimentação (*feedback*), no qual as discussões realizadas são aproveitadas pelos demais contribuintes para adequar suas atividades ao entendimento da administração tributária, evitando que os litígios se eternizem no país.[29]

Por meio do litígio construtivo, é possível pacificar conceitos e teses, explicitando-se os critérios jurídicos interpretativos utilizados pela administração tributária e a forma como a lei tem sido aplicada. Em outras palavras, é um modo de tornar formalmente compreensível como o fisco interpreta e aplica a norma jurídica tributária, o que contribui para: (i) reforçar a segurança jurídica; (ii) fortalecer o Estado Democrático de Direito; (iii) promover a confiança nas atividades do Estado; (iv) criar ambiente mais cooperativo entre o fisco e a sociedade; (v) estimular pagamento espontâneo e adequado do tributo; (vi) aclarar as ambiguidades e as incertezas da legislação.

Diante desse contexto, o NEF/Direito SP – FGV percebeu que uma forte estratégia para melhorar a relação entre contribuinte e fisco, incentivando o cumprimento espontâneo das obrigações tributárias, seria trabalhar com a transparência, ampliando o acesso à informação.

Pautado na perspectiva do paradigma do serviço, foi criado o índice de transparência do contencioso administrativo tributário (Icat), que mede o nível de transparência das instâncias administrativas dos estados brasileiros, do Município de São Paulo e da União.

A fim de aferir o grau de transparência do contencioso administrativo tributário, o NEF analisou os portais na Internet das autoridades administrativas de 1ª e 2ª instâncias das três esferas federativas (União, estados e Município de São Paulo), investigando a acessibilidade do cidadão às informações fiscais.

O que motivou o estudo foi o fato de as informações de natureza tributária não serem facilmente acessadas pelo cidadão contribuinte, pois

[29] V Colóquio Internacional do Núcleo de Estudos Fiscais da Fundação Getulio Vargas (NEF/Direito GV). Palestra proferida por Fátima Cartaxo. Disponível em: <http://vcoloquiodonef.blogspot.com.br>. Último acesso em: 05 abr. 2014.

não há a disponibilização sem qualquer restrição de consulta no *site* de Internet, o que afeta sensivelmente a efetivação da democracia tributária.

Parte-se da premissa de que há um direito fundamental à informação estabelecido no art. 5º, inciso XXXIII, da Constituição Federal de 1988 (CF/88), o qual foi regulado pela Lei nº 12.527/2012 – Lei de Acesso à Informação (LAI), que excepciona apenas as situações em que o sigilo seja necessário para a segurança da sociedade ou do Estado.

Além disso, o art. 2º, inciso II, da LC 131/2009 também determina que a transparência é regra e o sigilo só é admitido em casos expressamente motivados, os quais envolvam a segurança da sociedade e a segurança do Estado.

Pretende-se que o acesso à informação seja igualitário, amplo e facilitado, atingindo todos os cidadãos que estejam interessados em obtê-la, especialmente porque o conteúdo das decisões de 1ª[30] e 2ª instâncias poderá orientar toda a sociedade a efetuar uma avaliação correta dos tributos que deve pagar, bem como do custo e do retorno de cada operação a ser realizada.

Além disso, o acesso a esses processos também é importante para pesquisadores e estudiosos do Direito Tributário que pretendem conhecer o posicionamento da administração tributária sobre temas específicos. Figura como ferramenta para estimular o controle amigável dos atos administrativos, levando o contribuinte a conformar suas atividades com as da administração tributária.

Instrumentos como o Icat podem ser importantes para que seja possível passar de uma administração burocrática baseada no controle por meio de regras para uma gestão mais eficiente que leve em conta procedimentos e seja orientada pelo controle institucional e social *a posteriori*.[31]

[30] Sobre a importância da disponibilização das decisões das delegacias de julgamento da Receita Federal do Brasil, cabe menção ao parecer concedido por Eurico Marcos Diniz de Santi à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio de Janeiro (http://nefgv.com.br/files/upload/2014/11/06/parecer-doutrinario-do-jurista-eurico-marcos-diniz-de-santi.pdf) e a respectiva repercussão do tema (http://www.conjur.com.br/2014-nov-05/advogados-rio-ganham-acesso-sessoes-julgamento-receita; http://jota.info/justica-manda-receita-abrir-julgamentos; http://www.conjur.com.br/2014-nov-05/advogados-rio-ganham-acesso-sessoes-julgamento-receita).

[31] Nas palavras de Eurico de Santi: "O potencial da transparência é maior do que imaginamos, pois legitimidade caminha lado a lado com a eficiência. Pesquisas empíricas mostram que, quanto mais legítima

Novas teorias sobre governança em rede[32] esclarecem a importância de que não apenas o Estado atue como controlador. A transparência viabiliza a criação de formas de responsabilização deliberativa e circular e permite que todos sejam capazes de responsabilizar todos e que cada organização possa ser responsabilizada por indivíduos que dela participam.

Os estudos[33] também demonstram que a estratégia mais eficiente (e menos dispendiosa) para garantir a livre concorrência é a implementação de mecanismos que viabilizem que ONGs, universidades, empresas, escritórios de advocacia, dentre outros, controlem e denunciem abusos de poder político e econômico. No Brasil, a criação de índices de transparência tem se revelado tática hábil a gerar uma competição saudável entre atores públicos por mais transparência.

O trabalho feito pelos pesquisadores do NEF/Direito SP – FGV para aferir a transparência do contencioso administrativo tributário dos estados brasileiros parte da premissa de que as informações requeridas são públicas e devem ser transmitidas pela transparência ativa do Estado a todos os seus cidadãos contribuintes.

O produto dessa pesquisa nada mais é do que o desenvolvimento de uma ferramenta considerada como referência para medir a transparência fiscal por meio da divulgação de informações simétricas a todos os contribuintes e que, ao mesmo tempo, seja um instrumento que incentive boas práticas por parte dos estados, contribuindo para o desenvolvimento de um sistema tributário simples e eficiente.

Somente são consideradas as informações que constem nos *sites* públicos dos entes federativos, cuja consulta seja livre de qualquer obstáculo, a exemplo da realização de cadastros ou da necessidade de algum acesso especial.

---

aos olhos do cidadão for a tributação – e isso envolve necessariamente um incremento da transparência –, maior o nível de cumprimento voluntário de normas tributárias. Nesse sentido, a transparência fiscal é o caminho mais eficiente para o aumento da arrecadação" (SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Kafka, alienação e deformidades da legalidade. Cap. 8). Quanto às pesquisas empíricas, cumpre referenciar ALM, James et al. *Tax morale and tax evasion in Latin America*. Working Paper 07-04, Georgia State University, 2007. Disponível em: <http://www.researchgate.net/publication/46455679_Tax_Morale_and_Tax_Evasion_in_Latin_America>. Acesso em: 24.04.2014.

[32] AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John. *Responsive regulation*: trascending the deregulation debate. Oxford University Press, 1995.

[33] BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. *World Development*, v. 34, n. 5, 2006.

Vale frisar que, para fins de aferição, não foram consideradas a quantidade de cliques nos *sites* para se chegar à informação, mas simplesmente o fato de o ente federativo disponibilizar a informação, justamente porque, em um primeiro momento, sequer existia qualquer tipo de dado para acesso. Era preciso induzir boas práticas e conseguir estados de referência.

Em razão disso, a opção do Icat foi valorizar a divulgação dos "dados brutos" que retratam a aplicação da legalidade: basta digitalizar todos os documentos pertinentes aos atos administrativos concernentes à administração fiscal para se obter posição de destaque na aferição.

Portanto, entende-se que o tratamento e a transformação dos dados não devem ser mais um ônus do Estado e mais uma despesa pública a ser suportada pelo bolso dos contribuintes. Deve ficar a cargo da sociedade, especialmente das universidades, a sistematização dos dados mediante o exercício da cidadania ativa, participativa e inteligente, voltada a desenvolver e compreender melhor o Estado brasileiro.

Os pilares do Icat são:

i. *Simplicidade*: para reduzir complexidades da realidade que se pretende conhecer. Não se pretende medir a efetiva transparência de um ente para outro, tampouco exigir todas as informações sobre as atividades financeiras do Estado;

ii. *Confiança e previsibilidade*: para que os cidadãos confiem nas instituições públicas fiscais;

iii. *Isonomia e valorização da autonomia dos estados*: em respeito às diferenças entre os entes federativos; e

iv. *Incentivo à inovação e ao experimentalismo*: na busca por métodos inovadores de se alcançar a *accountability* e o controle social da arrecadação.

A vocação do Icat é a busca da realização de efetivo Estado Democrático de Direito, tal qual anunciado no Preâmbulo da Constituição Federal de 1988: quer-se transparência da legalidade concreta (a lei aplicada pelos administradores públicos) para que essa legalidade seja conhecida pelo cidadão e seja submetida ao controle de toda a sociedade brasileira para o fortalecimento de nossas instituições.

Dessa forma, o Icat é instrumento de divulgação e controle da legalidade prática realizada no exercício contencioso tributário. Sua missão

é implementar:

(i) Segurança jurídica, pela via da ampla e irrestrita publicidade e transparência da legalidade concreta; e

(ii) Cidadania fiscal, convocando a sociedade a exercer participação aberta e ativa no controle social da legalidade sob os atos ligados ao exercício do contencioso tributário.

A metodologia utilizada na aferição da transparência segue a pontuação definida por dois conjuntos de informações designados por "**bancos de dados**" e "**critérios**", abaixo detalhados.

Critérios	***Contencioso Administrativo Fiscal***
Banco 01	*Autos de infração impugnados* (20 pontos)
Banco 02	*Decisões de 1ª instância* (20 pontos)
Banco 03	*Decisões de 2ª instância* (20 pontos)
Critério 01	*Entrados no contencioso* (4 pontos)
Critério 02	*Encerrados definitivamente no contencioso* (4 pontos)
Critério 03	*Resultado dos processos julgados em primeira instância* (4 pontos)
Critério 04	*Resultados dos processos julgados em segunda instância* (4 pontos)
Critério 05	*Andamentos processuais* (4 pontos)
Critério 06	*Pautas de julgamento* (4 pontos)
Critério 07	*Composição dos órgãos julgadores* (4 pontos)
Critério 08	*Legislação do contencioso tributário* (4 pontos)
Critério 09	*Tempo de permanência* (4 pontos)
Critério 10	*Estoque de processos* (4 Pontos)

Existem *3 bancos de dados*, cada qual com a atribuição de *20 pontos*.

Nesses bancos, o que se busca é averiguar a disponibilização dos

documentos digitalizados, para consulta de todos os contribuintes e cidadãos interessados:

i. *Banco 01*: *Autos de infração impugnados (20 pontos)*: Serão atribuídos pontos aos entes que disponibilizarem o acesso documental da totalidade dos autos de infração impugnados, sem qualquer restrição de consulta, em observância à série histórica de 2010 a 2014, bem como nos termos do art. 10 do Decreto 70.235, de 1972. A pesquisa não pode estar limitada ao autuado que detém previamente os dados.

Frequência de atualização: diária.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: 15 pontos pela disponibilização da integralidade documental dos autos de infração; e 5 pontos pela série histórica de 2010 a 2014, sendo um ponto para cada ano.

A título exemplificativo, caso o estado disponibilize a integralidade documental somente de 2012, a pontuação conferida será 16 pontos.

Modelos de boas práticas: não há referência neste quesito.

ii. *Banco 02*: *Decisões de 1ª instância (20 pontos)*: Serão atribuídos pontos aos entes que disponibilizarem o acesso documental da íntegra das decisões de 1ª instância, sem qualquer restrição de consulta, em observância à série histórica de 2010 a 2014. A pesquisa não pode estar limitada ao autuado que detém previamente os dados.

Frequência de atualização: diária.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: a atribuição de pontos será conferida da seguinte forma: 15 pontos pela disponibilização da integralidade documental das decisões de 1ª instância; e 5 pontos pela série histórica de 2010 a 2014, sendo um ponto para cada ano.

A título exemplificativo, caso o estado disponibilize a integralidade documental somente de 2012, a pontuação conferida será 16 pontos.

Modelos de boas práticas: os Estados de São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Bahia e Alagoas são referência neste quesito.

https://www.fazenda.sp.gov.br/VDTIT/ConsultarVotos.aspx?instancia=1

https://tributario.sef.sc.gov.br/tax.NET/Sat.Pesef.Web/Publicacao/PeSEFPesquisarTAT.aspx#top

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/

http://www.sefaz.ba.gov.br/

http://gcs.sefaz.al.gov.br/sfz-gcs-web/consultarDocumentos.action?codigoCategoria=CAT010

iii. Banco 03: Decisões de 2ª instância (20 pontos): Serão atribuídos pontos aos entes que disponibilizarem o acesso documental da íntegra das decisões de 2ª instância, sem qualquer restrição de consulta, em observância à série histórica de 2010 a 2014. A pesquisa não pode estar limitada ao autuado que detém previamente os dados.

Frequência de atualização: diária.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: a atribuição de pontos será conferida da seguinte forma: 15 pontos pela disponibilização da integralidade documental das decisões de 2ª instância; e 5 pontos pela série histórica de 2010 a 2014, sendo um ponto para cada ano.

A título exemplificativo, caso o estado disponibilize a integralidade documental somente de 2012, a pontuação conferida será 16 pontos.

Modelos de boas práticas: os Estados de São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Bahia e Alagoas são referência neste quesito.

https://www.fazenda.sp.gov.br/VDTIT/ConsultarVotos.aspx?instancia=1

https://tributario.sef.sc.gov.br/tax.NET/Sat.Pesef.Web/Publicacao/PeSEFPesquisarTAT.aspx#top

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/

http://www.sefaz.ba.gov.br/

http://www.sefaz.al.gov.br/conselho/

A pontuação total aferida pelos *bancos de dados* é, portanto, *60 pontos*.

Além dos bancos de dados, foram estabelecidos outros *10 critérios* voltados eminentemente para a disponibilização de informações processuais, cada qual contabilizando *4 pontos*.

i. Critério 01: *Entrados no contencioso (4 pontos)*: Informações sobre a quantidade de processos que entraram no contencioso na primeira instância por dois critérios: (i) número de autos de infração; e (ii) valores dos créditos tributários, segregados em (a) principal; (b) multa; e (c) juros e outros.

Frequência de atualização: anual.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: é dado 01 ponto pelo cumprimento de cada item: número de autos (quantidade); série histórica de 2010 a 2014; valores dos créditos tributários; e segregação dos créditos em principal, multa e juros.

A título exemplificativo, caso o estado disponibilize o número de autos, o valor do crédito tributário e a respectiva segregação em principal, multa e juros somente de 2012, a pontuação conferida será 3 pontos (somente a série histórica será zerada).

Modelos de boas práticas: o Estado de São Paulo é referência neste quesito.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/relatorios_gestao/entrados/entrados.shtm

ii. Critério 02: *Encerrados definitivamente no contencioso (4 pontos)*: Informações sobre a quantidade de processos que foram encerrados definitivamente no contencioso em todas as instâncias por dois critérios: (i) número de autos de infração; (ii) valores dos créditos tributários, segregados em: (a) principal; (b) multa; e (c) juros e outros.

Frequência de atualização: anual.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: é dado 01 ponto pelo cumprimento de cada item: número de autos (quantidade); série histórica de 2010 a 2014; valores dos créditos tributários; e segregação dos créditos em principal, multa e juros.

A título exemplificativo, caso o estado disponibilize o número de autos, o valor do crédito tributário e a respectiva segregação em principal, multa e juros somente de 2012, a pontuação conferida será 3 pontos (somente a série histórica será zerada).

Modelos de boas práticas: O Estado de São Paulo é referência neste quesito.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/relatorios_gestao/encerrados/encerrados.shtm

iii. Critério 03: *Resultado dos processos julgados em primeira instância (4 pontos)*: Informações sobre a quantidade de processos que foram julgados no contencioso na primeira instância por dois critérios: (i) número de autos de infração; (ii) valores dos créditos tributários,

segregados em (a) mantidos; (b) reduzidos; e (c) cancelados.

Frequência de atualização: anual.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: é dado 01 ponto pelo cumprimento de cada item: número de autos (quantidade); série histórica de 2010 a 2014; valores dos créditos tributários; e segregação dos créditos em mantidos, reduzidos e cancelados.

A série histórica só será observada a partir da íntegra das decisões, e não das ementas eventualmente disponibilizadas.

A segregação dos valores dos créditos tributários em (a) principal; (b) multa; e (c) juros e outros denotará modelo de boa prática por parte do ente, mas não implica aumento ou diminuição da pontuação para este quesito.

Ademais, a título exemplificativo, caso o estado disponibilize o número de autos, o valor do crédito tributário e a respectiva segregação em mantido, reduzido e cancelado somente de 2012, a pontuação conferida será 3 pontos (somente a série histórica será zerada).

Modelos de boas práticas: o Estado de Santa Catarina é referência neste quesito.

http://www.tat.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&view=list&layout=table&slug=estatisticas-processos-julgados&Itemid=162

iv. Critério 04: *Resultados dos processos julgados em segunda instância (4 pontos)*: Informações sobre a quantidade de processos que foram julgados no contencioso na segunda instância por dois critérios: (i) número de autos de infração; (ii) valores dos créditos tributários, segregados em (a) mantidos; (b) reduzidos; e (c) cancelados.

Frequência de atualização: anual.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: é dado 01 ponto pelo cumprimento de cada item: número de autos (quantidade); série histórica de 2010 a 2014; valores dos créditos tributários; e segregação dos créditos em mantidos, reduzidos e cancelados.

A série histórica só será observada a partir da íntegra dos acórdãos, e não das ementas eventualmente disponibilizadas.

A segregação dos valores dos créditos tributários em (a) principal;

(b) multa; e (c) juros e outros denotará modelo de boa prática por parte do ente, mas não implica aumento ou diminuição da pontuação para este quesito.

Ademais, a título exemplificativo, caso o estado disponibilize o número de autos, o valor do crédito tributário e a respectiva segregação em mantido, reduzido e cancelado somente de 2012, a pontuação conferida será 3 pontos (somente a série histórica será zerada).

Modelos de boas práticas: O Estado de Santa Catarina é referência neste quesito.

http://www.tat.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&view=list&layout=table&slug=estatisticas-processos-julgados&Itemid=162

v. Critério 05: *Andamentos processuais (4 pontos)*: Divulgação de todos os andamentos processuais que digam respeito tanto às atividades das partes quanto aos atos do órgão julgador, preferencialmente sem a utilização de siglas ou abreviações de uso interno do respectivo órgão.

Frequência de atualização: diária.

Série histórica: não se aplica (devem constar todos os andamentos, desde o início do trâmite dos processos).

Atribuição de pontos: serão atribuídos pontos aos entes que disponibilizarem o acesso à totalidade dos andamentos processuais, sem qualquer restrição de consulta, desde o início do trâmite dos processos. A pesquisa não pode estar limitada ao autuado que detém previamente os dados.

Modelos de boas práticas: não há referência neste quesito.

vi. Critério 06: *Pautas de julgamento (4 pontos)*: Divulgação das pautas de julgamentos de processos administrativos da segunda instância com antecedência mínima de 7 (sete) dias úteis à data do julgamento.

Frequência de atualização: semanal.

Série histórica: 1 ano.

Atribuição de pontos: só será atribuída pontuação se o ente respeitar o prazo mínimo, a frequência semanal e a série histórica de um ano cumulativamente.

Para este quesito não é admitida pontuação parcial.

Modelos de boas práticas: os Estados de São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Bahia e Alagoas são referência neste quesito.

https://www.fazenda.sp.gov.br/pauta/pages/ConsultaPauta.aspx

http://www.tat.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=8&Itemid=114

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/pautas/

http://www.sefaz.ba.gov.br/

http://www.sefaz.al.gov.br/conselho/

vii. Critério 07: *Composição dos órgãos julgadores (4 pontos)*: Divulgação dos nomes dos membros que compõem os órgãos das segundas instâncias ou superiores que têm competência para julgar processos administrativos fiscais.

Frequência: não se aplica. O ente deverá divulgar a composição toda vez que houver alteração nos quadros.

Série histórica: não se aplica.

Atribuição de pontos: os pontos serão atribuídos a partir da observância literal do critério descrito.

Modelos de boas práticas: os Estados de São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais, Bahia e Alagoas são referência neste quesito.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/julgadora.shtm

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/superior.shtm

http://www.tat.sc.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=5&Itemid=132

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/composicao/composicao.pdf

http://www.sefaz.ba.gov.br/

http://www.sefaz.al.gov.br/conselho/institucional.php

viii. Critério 08: *Legislação do contencioso tributário (4 pontos)*: Disponibilização completa, sem qualquer restrição de consulta, de todos os instrumentos legislativos aplicáveis ao contencioso tributário (legais e infralegais).

Frequência de atualização: diária.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: serão atribuídos 04 pontos aos entes que efetivamente disponibilizem o amplo acesso à legislação tributária por meio

de *download* ou em qualquer formato (Word, PDF, dentre outros).

Modelos de boas práticas: os Estados de São Paulo, Santa Catarina, Minas Gerais e Bahia são referência neste quesito.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/tit_legis/indice_legislacao.shtm

http://legislacao.sef.sc.gov.br/Consulta/Views/Publico/Inicio.aspx

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/legislacao_institucional/

http://www.sefaz.ba.gov.br/

ix. Critério 09: *Tempo de permanência dos processos (4 pontos)*: Indicação do tempo médio de duração do processo administrativo fiscal, preferencialmente indicado pelos processos não julgados, ou seja, aqueles que fazem parte do estoque de processos.

Frequência de atualização: mensal.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: os pontos serão atribuídos a partir da indicação do tempo médio de duração (tramitação) do processo administrativo fiscal, observando inclusive os processos não julgados, ou seja, aqueles que fazem parte do estoque de processos. A observância da série histórica neste critério é requisito essencial para pontuação, sob pena de comprometê-la integralmente.

Modelos de boas práticas: os Estados de São Paulo, Santa Catarina e Minas Gerais são referência neste quesito.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/relatorios_gestao/tempo_tramitacao/tempo_tramitacao.shtm

http://www.tat.sc.gov.br/index.php?option=com_docman&view=list&layout=table&slug=estatisticas-processos-julgados&Itemid=162

http://www.fazenda.mg.gov.br/secretaria/conselho_contribuintes/resultado/prazos.html

x. Critério 10: *Estoque de processos (4 pontos)*: Indicação do estoque de processos do contencioso tributário por dois critérios: (i) número de autos de infração; (ii) valores dos créditos tributários, segregados em (a) principal; (b) multa; e (c) juros e outros.

Frequência de atualização: mensal.

Série histórica: 2010 a 2014.

Atribuição de pontos: é dado 01 ponto pelo cumprimento de cada item: número de autos (quantidade); série histórica de 2010 a 2014;

valores dos créditos tributários; e segregação dos créditos em principal, multa e juros.

A título exemplificativo, caso o estado disponibilize o número de autos, o valor do crédito tributário e a respectiva segregação em principal, multa e juros somente de 2012, a pontuação conferida será 3 pontos (somente a série histórica será zerada).

Modelos de boas práticas: o Estado de São Paulo é referência neste quesito.

http://www.fazenda.sp.gov.br/tit/relatorios_gestao/estoque/estoque.shtm

A pontuação total aferida pelos critérios é, portanto, *40 pontos*.

Comparativo 1ª aferição Icat (2013) e 2ª aferição final (2014)

Níveis	Estado (pontuação)	Pontos por Nível
A		60 - 100
B	São Paulo (Estado) (53) Santa Catarina (52)	50 - 59
C	*	40 - 49
D	Espírito Santo (37) União (34) Bahia (32) Minas Gerais (32) São Paulo (Município) (32) Rio de Janeiro (30) Tocantins (30)	30 - 39
E	Amazonas (28) Serpige (23) Paraíba (22)	20 - 29
F	Ceará (12) Paraná (12) Pernambuco (12) Piauí (12) Rio Grande do Sul (12) Mato Grosso do Sul (10) Rondônia (10) Acre (8) Goiás (8) Pará (8) Roraima (6) Alagoas (4) Distrito Federal (4) Maranhão (4) Mato Grosso (4) Rio Grande do Norte (4) Amapá (0)	00 - 19

Níveis	Estado (pontuação)	Pontos por Nível
A	Santa Catarina (72) São Paulo (Estado) (68) Minas Gerais (68) Bahia (64) Alagoas (60)	60 - 100
B	Tocantins (50)	50 - 59
C	*	40 - 49
D	Rio de Janeiro (37) Goiás (35) Paraíba (32) Piauí (32) Rio Grande do Sul (32) União (32) Ceará (30)	30 - 39
E	Amazonas (28) Mato Grosso do Sul (28) São Paulo (Município) (28) Sergipe (28) Acre (25) Pará (24) Mato Grosso (20)	20 - 29
F	Espírito Santo (19) Distrito Federal (18) Pernambuco (12) Rondônia (12) Paraná (12) Roraima (8) Maranhão (4) Rio Grande do Norte (4) Amapá (0)	00 - 19

Considerando que o Icat tem como um de seus pilares o compromisso de estimular que os participantes tenham boas práticas com seus ad-

ministrados, foram ponderadas algumas características contempláveis que denotam esse comportamento. São elas: a fácil acessibilidade do sítio de Internet, o engajamento dos funcionários, a qualidade dos relatórios disponibilizados e o trabalho intenso de sensibilização de suas áreas de tecnologia da informação.

Nesse sentido, os cinco estados que se mostram como modelos de boas práticas são:

• *Alagoas*, pelo substancial trabalho de sensibilização da área de tecnologia da informação.

• *Bahia*, pelo engajamento no processo de aferição.

• *Goiás*, pelo engajamento no processo de aferição.

• *Minas Gerais*, pelo engajamento no processo de aferição e pela qualidade dos relatórios disponibilizados.

• *Santa Catarina*, pela ampla acessibilidade dos dados e pela qualidade dos relatórios disponibilizados – o estado foi referência de boa prática em número significativo de quesitos.

• *São Paulo*, pela ampla acessibilidade dos dados, pela qualidade dos relatórios disponibilizados e pelo trabalho intenso de sensibilização de suas áreas de tecnologia da informação – o estado foi referência de boa prática no maior número de quesitos.

A premiação ocorre em *04 de maio de 2015*, no *Auditório* da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas – Direto FGV/SP, na Rua Rocha, nº 233, subsolo, durante o Colóquio do Núcleo de Estudos Fiscais, das 13h30min às 15h30min.

Bibliografia

ALM, James et al. Tax morale and tax evasion in Latin America. Working Paper 07-04. Georgia State University, 2007. Disponível em: <http://aysps.gsu.edu/isp/files/ispwp0732.pdf>. Último acesso em: jan. 2011.

ATALIBA, Geraldo. República e Constituição. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

BASTOS, Frederico Silva. Administração tributária eficiente, democracia e desenvolvimento: contornos de um novo modelo na relação entre fisco e contribuinte. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=2d95666e2649fcfc>. Último acesso em: 3 abr. 2014.

BETTE, Marian. Administración holandesa de impuestos y aduanas Pa-

íses Bajos. Assembleia Geral do CIAT nº 43, Santo Domingo (Rep. Dominicana), 2009. Disponível em: <www.ciat.org>.
BIRD, Richard. Tax challenges facing developing countries. University of Toronto, Institute for International Business, Working Paper Series, IIB, Paper n. 12, mar. 2008, p. 16. Disponível em: <http://www.rotman.utoronto.ca/userfiles/iib/File/IIB12(1).pdf>. Acesso em: 3 abr. 2012.
BRAITHWAITE, John. Responsive regulation and developing economies. World Development, v. 34, n. 5, 2006.
BOBBIO, Norberto. Democrazia e segreto. Giulio Einaudi, 2011.
FUCS, Ildo. Na Suécia, até a monarquia se submete à transparência. Revista Consultor Jurídico, 13 set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-13/ildo-fucs-suecia-monarquia-submete-transparencia>. Último acesso em: 02 abr. 2014.
KÖVESI, Ariel. Brasil precisa buscar maior simplicidade tributária. Revista Consultor Jurídico, 13 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-13/ariel-kovesi-brasil-buscar-maior-simplicidade-tributaria>. Último acesso em: 03 abr. 2014.
MESSIAS, Lorreine. Contencioso tributário brasileiro é muito superior ao dos EUA. Revista Consultor Jurídico, 21 nov. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-nov-21/lorreine-messias-contencioso-tributario-brasileiro-superior-eua>. Último acesso em: 31 mar. 2014.
OCDE. Tackling aggressive tax planning through improved transparency and disclosure: report on disclosure initiatives. OCDE, 2011.
SANTI, Eurico Marcos Diniz de; CHIRISTOPOULOS, Basile Georges; ZUGMAN, Daniel Leib; BASTOS, Frederico Silva. Transparência fiscal e desenvolvimento: homenagem ao Professor Isaias Coelho. São Paulo: Fiscosoft, 2013.
SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Fisco e contribuintes estão alienados na névoa do sistema. Revista Consultor Jurídico, 20 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-20/eurico-santi-fisco-contribuintes-alienados-nevoa-sistema>. Último acesso em: 01 abr. 2014.
SANTI, Eurico Marcos Diniz de; SCAPIN, Andréia Cristina. PGFN e Receita Federal dão passo para segurança jurídica. Disponível em:

<http://www.conjur.com.br/2014-fev-27/pgfn-receita-federal-dao-passo-seguranca-juridica-contribuintes>. Último acesso em: 03 abr. 2014.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de. Tributação e desenvolvimento: homenagem ao Professor Aires Barreto. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

SCAPIN, Andréia Cristina. Acesso a decisões administrativas previne conflitos. Revista Consultor Jurídico, 27 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-27/andreia-scapin-acesso-decisoes-administrativas-previne-conflitos>. Último acesso em: 05 abr. 2014.

_____. Contencioso administrativo reage ao Índice de Transparência. Revista Consultor Jurídico, 24 out. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-out-24/andreia-scapin-contencioso-administrativo-reage-indice-transparencia>. Último acesso em: 05 abr. 2014.

_____. Índice de transparência fiscal induz a boas práticas. Revista Consultor Jurídico, 26 set. 2013. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2013-set-26/andreia-scapin-indice-transparencia-fiscal-induz-boas-praticas>. Último acesso em: 06 abr. 2014.

_____. Itália busca equilíbrio entre sigilo e transparência. Revista Consultor Jurídico, 12 mar. 2014. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-mar-12/andreia-scapin-italia-busca-equilibrio-entre-sigilo-transparencia>. Último acesso em: 01 abr. 2014.

Avanços em matéria de cooperação jurídica internacional

Cartas rogatórias, homologação de sentenças estrangeiras e auxílio direto*

*Carmen Tiburcio***

Sumário: Introdução. I Cartas rogatórias. I.1 Cartas rogatórias ativas. I.2 Cartas rogatórias passivas. I.2.1 Competência. I.2.2 Requisitos. I.2.3 Competência internacional. I.2.4 Carta rogatória executória. I.2.5 Autoridade requerente. II Homologação de sentenças estrangeiras. II.1 Decisões passíveis de homologação. III Auxílio direto. Conclusões.

Introdução

A análise dos mecanismos de cooperação internacional no Brasil pressupõe duas observações, relacionadas à importância do tema e ao já não tão recente deslocamento de competência do STF para o STJ. O expressivo crescimento da necessidade de cooperação no plano internacional, de um lado, e a alteração promovida na Constituição quanto à competência para apreciação de determinados pedidos provenientes do exterior, de outro, constituíram circunstâncias particulares que, em conjunto, possibilitaram avanços sensíveis na jurisprudência brasileira.

* A autora agradece a colaboração de Felipe Albuquerque na elaboração deste trabalho, bem como o auxílio de Pilar Valente e Gabriela Antunes para a sua versão final.

** Professora Associada de Direito Internacional Privado na Universidade do Estado do Rio de Janeiro, LLM e SJD pela University of Virginia School of Law, EUA, Consultora.

Em sua acepção de direito internacional público, a jurisdição significa o poder sobre pessoas e bens; decorre da soberania e, por essa razão, é territorial. Vale dizer: cada Estado só pode exercer poder sobre pessoas e bens situados no seu território. Com a frequente interação de pessoas e movimentação de bens decorrente do tempo em que se vive, cada vez mais surgem litígios envolvendo pessoas domiciliadas em países diversos, que podem necessitar de diligências a serem realizadas fora dos limites territoriais do país em que tramita o processo ou que exijam que a decisão proferida em uma jurisdição produza efeitos em outra.

Para que essa interação seja possível em face da diversidade de jurisdições, é essencial que existam instrumentos que viabilizem a cooperação jurisdicional internacional. Tradicionalmente, o Brasil – como, aliás, o mundo em geral – não se preocupava muito com o fenômeno da cooperação e, durante muito tempo, poucos avanços foram feitos nessa seara. O tema, contudo, não é novo. Os idealizadores da Constituição norte-americana de 1787 já vislumbravam o reconhecimento automático das decisões dos Estados-membros[1] como fundamental para a criação de uma "perfeita União". Mais atualmente e no mesmo sentido, o tratado que constituiu a origem da União Europeia previu o reconhecimento recíproco das decisões judiciais,[2] sendo seguido, mais adiante, pela Convenção de Bruxelas de 1968,[3] pela Convenção de Lugano de

[1] LOWENFELD, Andreas. *International litigation and the quest for reasonableness*. 1996. p. 109. Constituição norte-americana, art. IV, § 1º: "*Full Faith and Credit shall be given in each State to the public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State*".

[2] Art. 293 (antigo art. 220) do tratado original que institui a União Europeia, assinado em Roma, em 25.03.1957: "Os Estados-membros entabularão entre si, sempre que necessário, negociações destinadas a garantir, em benefício dos seus nacionais: a proteção das pessoas, bem como o gozo e a proteção dos direitos, nas mesmas condições que as concedidas por cada Estado aos seus próprios nacionais; a eliminação da dupla tributação na Comunidade; o reconhecimento mútuo das sociedades, na acepção do segundo parágrafo do artigo 48º, a manutenção da personalidade jurídica em caso de transferência da sede de um país para outro e a possibilidade de fusão de sociedades sujeitas a legislações nacionais diferentes; a simplificação das formalidades a que se encontram subordinados o reconhecimento e a execução recíprocos tanto das decisões judiciais como das decisões arbitrais".

[3] Convenção de Bruxelas (também denominada Bruxelas I) de 24 de setembro de 1968, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial, a qual foi ratificada inicialmente pelos seis Estados fundadores da CEE e entrou em vigor em 1º de fevereiro de 1973. Essa convenção sofreu modificações introduzidas por quatro convenções de adesão, consequência da entrada de novos Estados-membros nas comunidades: a Convenção de 9 de Outubro de 1978, relativa à adesão da Dinamarca, da Irlanda e do Reino Unido; a Convenção de 25 de Outubro de 1982, relativa à adesão da Grécia; a Convenção de 26 de Maio de 1989, assinada em San Sebastian, relativa à adesão de Espanha e de Portugal; e a Convenção de 29 de Novembro de 1996, relativa à adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia. A Convenção de Bruxelas foi ainda completada pelo protocolo relativo à interpretação pelo

1988[4] e pelo Regulamento 44/2001 da União Europeia.[5]

No Brasil, merece atenção mudança ocorrida em 2004. Dentre as inovações da Emenda Constitucional nº 45, de 08.12.2004, alterou-se regra de competência interna, que passou do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça a competência para: i) conceder *exequatur* às rogatórias provenientes do exterior; e ii) homologar sentenças estrangeiras. Atualmente, ressalvados os pedidos de extradição – por força do art. 102, I, *g*, da CF –, o STF não possui mais competência originária para apreciar pedidos de cooperação internacional.

O objetivo da mudança é reduzir as competências do já assoberbado STF e dar-lhe um perfil mais aproximado ao de uma corte constitucional.[6, 7] A alteração – a princípio, somente procedimental – promoveu inúmeros avanços no âmbito do direito internacional privado, pois o STJ não necessariamente seguiu o entendimento anterior sobre

Tribunal de Justiça das comunidades europeias de 30 de junho de 1971, cujo texto sofreu alterações com as convenções de adesão de novos Estados em 1978, 1982, 1989 e 1996.

[4] Convenção de Lugano de 16 de setembro de 1988, relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial. A Convenção de Lugano foi celebrada com o espírito de promover a extensão dos princípios já adotados na Convenção de Bruxelas também aos Estados-membros da EFTA (European Free Trade Agreement). Ratificaram essa convenção os países seguintes: Países Baixos e França, Luxemburgo, Reino Unido, Portugal, Suíça e Itália, Suécia, Noruega, Finlândia, Irlanda, Espanha, Alemanha, Islândia e Áustria, Dinamarca, Grécia, Bélgica e Polônia.

[5] Esse regulamento veio substituir a Convenção de Bruxelas entre os Estados da União Europeia e se completou com a adesão da Dinamarca em 2005.

[6] Entende-se por Corte Constitucional "um órgão constitucional, institucional e funcionalmente autônomo", o qual "não tem apenas função jurisdicional, mas política também, na verdade uma função de conformação política. Suas decisões são dotadas de grande força política, uma vez que decidem questões constitucionais de especial sensibilidade e têm influência determinante junto a outros tribunais" (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2004. p. 591). Em decisão monocrática dada em caso no qual se discutiu o valor real das pensões e aposentadorias devidas pelo INSS, o relator, Ministro Gilmar Mendes, assinalou a importância do novo modelo que se inspira nos modernos sistemas adotados pelas Cortes Constitucionais. Tais Cortes conferem tanto ao recurso de amparo, no direito ibero-americano, quanto ao recurso constitucional, conhecido nos Estados Unidos e na Alemanha, uma função objetiva de defesa da ordem jurídica de aplicação generalizada. "A nova função atribuída aos tribunais constitucionais" – informa o magistrado – "deixou de ser, desde o início do século passado, a de resolver os conflitos privados, para limitar-se a definir, em termos objetivos e gerais, o sentido e o modo de aplicação das regras constitucionais. Por outro lado, passou a caber-lhe o poder de decidir quais as questões que considera relevantes e merecedoras da sua análise e do seu julgamento" (STF, *DJU* 13 jun. 2003, RE 376852 MC/SC, Rel. Min. Gilmar Mendes).

[7] Há quem critique a alteração, sob o fundamento de que o processo de cooperação pode tornar-se menos célere, uma vez que da decisão do STJ, em tese, pode-se interpor recurso extraordinário para o STF. Nada obstante, é importante frisar que a Emenda nº 45 previu, no art. 102, § 3º, a exigência de demonstração de repercussão geral das questões constitucionais — tentativa de minimizar o problema apontado. Sobre a mudança, v. TIBURCIO, Carmen. *Temas de Direito Internacional*. 2006. p. 65-6 e CÂMARA, Alexandre. A Emenda Constitucional 45/2004 e a homologação de sentenças estrangeiras: primeiras impressões. In: TIBURCIO, Carmen; BARROSO, Luís Roberto (orgs.). *O Direito Internacional contemporâneo*.

tais matérias. Dessa forma, muitas posições já sedimentadas do STF foram revistas, adotando-se, como regra, uma postura mais favorável à cooperação. Acresce, ainda, que a legislação infraconstitucional criou novos instrumentos de cooperação, cuja constitucionalidade tem sido questionada. Diante de tais circunstâncias, merece atenção especial o panorama atual em matéria de: i) cartas rogatórias; ii) homologação de sentença estrangeira; e iii) auxílio direto.

I Cartas rogatórias

No Brasil, a forma tradicional de se realizarem comunicações processuais (citações ou notificações) ou coleta de provas, tanto na esfera cível como na penal, é a via da rogatória. Portanto, na ausência de tratado específico a respeito, diligências solicitadas por autoridades estrangeiras a autoridades brasileiras (passivas) e aquelas requeridas por autoridades brasileiras a estrangeiras (ativas) devem ser feitas por cartas rogatórias, sempre que presentes elementos que assim o permitam.

Em uma primeira classificação, é possível distinguir cartas rogatórias ativas e passivas. No Brasil, serão cartas rogatórias ativas aquelas emitidas por autoridade brasileira com vistas à realização de atos processuais no exterior; configuram comissões passivas, de outra parte, as solicitações direcionadas à autoridade brasileira por autoridade estrangeira competente, que roga a realização de determinado ato processual no Brasil. Obedecendo a critério diverso, é possível identificar cartas rogatórias em matéria penal e em matéria civil, incluídas entre essas últimas questões trabalhistas e comerciais. Em que pese a possibilidade de distinções mais precisas quanto à matéria do processo que demanda a diligência, a separação dicotômica entre matéria penal e civil será levada em conta para a análise que se segue.

I.1 Cartas rogatórias ativas

Quanto às rogatórias ativas na esfera penal, é de se destacar a regra inscrita no Código de Processo Penal, que estabelece parâmetros importantes:

> "Art. 783. As cartas rogatórias serão, pelo respectivo juiz, remetidas ao Ministro da Justiça, a fim de ser pedido o seu cumprimento, por via diplomática, às autoridades estrangeiras competentes."

Do artigo em epígrafe, é necessário perceber que há três etapas distintas: i) a solicitação pela autoridade competente para formular o pedido; ii) o trâmite por meio do Ministério da Justiça; e iii) o encaminhamento por via diplomática. A atuação do Ministério da Justiça se dá por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Veja-se, nesse sentido, o art. 11 do Decreto 6.061/07:

"Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete:

(...)

III – negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional;

IV – exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional;

(...)

VI – instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias."

Os instrumentos de cooperação jurídica internacional têm íntima relação com a boa convivência institucional entre os Estados, e por isso devem ser considerados parte importante das relações internacionais do país. Note-se que, no Brasil, compete ao Presidente da República – chefe do Executivo – a condução das relações do Brasil com outros Estados, regra inscrita na Constituição:

"Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:

(...)

VII – manter relações com Estados estrangeiros e acreditar seus representantes diplomáticos."

Trata-se de opção tradicional no sistema constitucional brasileiro e no direito comparado. Nessa linha, a atuação do Ministério da Justiça – também integrante do Poder Executivo – é reflexo de delegação consubstanciada pelo Decreto 6.061, de 2007. Ademais, a prática foi consagrada pelo costume administrativo no sistema brasileiro.[8] Por sua vez, a atuação diplomática tem como fundamento único a efetivação do pedido à autoridade estrangeira, constituindo tarefa meramente administrativa.

Na esfera cível, o direito brasileiro prevê a realização de diligên-

[8] BRASIL. Secretaria Nacional de Justiça. Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional. Roteiro da tramitação interna da cooperação em matéria civil. In: _____. *Manual de cooperação jurídica internacional e recuperação de ativos*: matéria civil. 2008. p. 57.

cias no exterior por meio da carta rogatória ativa nos seguintes termos (CPC, art. 210):

"A carta rogatória obedecerá, quanto à sua admissibilidade e ao modo de seu cumprimento, ao disposto na convenção internacional; à falta desta, será remetida à autoridade judiciária estrangeira, por via diplomática, depois de traduzida para a língua do país em que há de praticar-se o ato."

Portanto, o CPC estabelece que, quanto à admissibilidade e ao modo de cumprimento das cartas rogatórias, deve-se observar, em primeiro lugar, o disposto nas convenções internacionais. Somente no caso de não haver norma convencional serão aplicáveis as normas do Código de Processo Civil. Trata-se de hipótese excepcional de previsão pelo legislador da prevalência do direito internacional sobre as regras domésticas (infraconstitucionais) sobre o assunto. Assim, inicialmente, há que se verificar se o país onde a diligência será efetivada é parte de algum tratado bilateral ou plurilateral em vigor no Brasil.[9] Havendo diploma internacional, segue-se o trâmite previsto no acordo; na sua ausência, o pedido será expedido por via diplomática.[10] Note-se que o dispositivo

[9] V., por exemplo: Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (promulgada pelo Decreto nº 1.898/96); Convenção de Direito Internacional Privado de Havana – Código Bustamante (promulgada pelo Decreto nº 18.871/29); Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa – Protocolo de Las Leñas (promulgado pelo Decreto nº 2.067/96); Protocolo de Medidas Cautelares – Protocolo de Ouro Preto (promulgado pelo Decreto nº 2.626/97). Argentina: Acordo para a Execução de Cartas Rogatórias (promulgado pelo Decreto nº 7.871/1880) e protocolo (promulgado pelo Decreto nº 40.998/57); Bolívia: Acordo para a Execução de Cartas Rogatórias (promulgado pelo Decreto nº 7.857/1880); Peru: Acordo para a Recíproca Execução de Cartas Rogatórias (promulgado pelo Decreto nº 7.852/1879) e Acordo Ampliativo do que foi concluído em 29 de setembro de 1879, para a Recíproca Execução de Cartas Rogatórias (promulgado pelo Decreto nº 1.395/1893); Uruguai: Protocolo Relativo à Execução de Cartas Rogatórias, modificativo do artigo 4º do acordo de 14 de fevereiro de 1879 (promulgado pelo Decreto nº 9.169/1911).

[10] V. decisão proferida ainda no período de competência do STF para a concessão de *exequatur*: STF, DJ 17 dez. 2001, Petição Avulsa 146.418/2001, Rel. Min. Pres. Marco Aurélio: "Constata-se, dessa maneira, que, em sede de cartas rogatórias ativas, ou seja, daquelas encaminhadas por juízes brasileiros à Justiça de outros países, o *iter* procedimental a elas pertinente não prevê a intervenção do Presidente do Supremo Tribunal Federal, uma vez que deverão ser dirigidas pelos próprios magistrados nacionais ao Ministro da Justiça, que, por sua vez, encaminhá-las-á ao Ministério das Relações Exteriores do Brasil, para que o Itamaraty, então, proceda à remessa do instrumento rogatório às missões diplomáticas brasileiras situadas no exterior, ou observar-se-á a regra fixada em convenção internacional, quando existente. As missões diplomáticas brasileiras, por sua vez, submeterão as cartas rogatórias oriundas do Brasil à apreciação das autoridades competentes do Estado estrangeiro a que foram destinadas. (...) Ao contrário do que prescreve o Código de Processo Penal, que determina o prévio encaminhamento das cartas rogatórias ativas ao Ministro da Justiça (art. 783), a legislação processual civil nada dispõe especificamente quanto a esse procedimento em tema de rogatórias ativas de natureza civil. Prática consuetudinária, no entanto, tem legitimado, mesmo em sede de rogatórias ativas de natureza civil, a remessa prévia dos respectivos instrumentos ao Ministério da Justiça, não obstante seja lícito, até mesmo com fundamento no art. 210 do CPC, proceder-se ao encaminhamento

é claro: a rogatória deve ser enviada seguindo-se o roteiro previsto em tratado. Na sua ausência, segue-se a via diplomática, não se admitindo o envio diretamente pela parte interessada, salvo se tal for autorizado pelo tratado.

Em casos excepcionais, o Código prevê a citação ficta, por edital, de réu domiciliado no exterior em lugar certo e conhecido, se o país de seu domicílio não cumprir, como regra, cartas rogatórias provenientes do exterior.[11] Nesse caso, será o réu citado por edital a ser publicado no Brasil e afixado na sede do juízo no Brasil. Dispõe o art. 231 do CPC:

> "Far-se-á a citação por edital:
> (...)
> II – quando ignorado, incerto ou inacessível o lugar em que se encontrar.
> § 1º – Considera-se inacessível, para efeito de citação por edital, o país que recusar o cumprimento de carta rogatória. (...)"

I.2 Cartas rogatórias passivas

I.2.1 Competência

Em situação inversa, ou seja, quando a ação foi ajuizada perante a justiça estrangeira e a diligência deve ser efetivada no Brasil, o meio processual tradicional para que a justiça estrangeira solicite à autoridade judiciária brasileira a realização da referida diligência em território nacional será a carta rogatória, salvo se houver tratado entre o Brasil e o país que requer a diligência prevendo outra forma de envio da solicitação.

---

direito de tais cartas ao Ministério das Relações Exteriores (...)".

[11] TJSP, j. 10 ago. 2010, AgIn 0339334-22.2010.8.26.0000, Rel. Antonio Ribeiro: "CITAÇÃO POR EDITAL – Ação de cobrança – Cabimento – Informação prestada pelos pais do réu de que este se encontra em país estrangeiro, a trabalho – Tentativa de citação no endereço fornecido pelo réu na contratação – Expedição de ofício ao BacenJud infrutífero – Citação fida que se justifica – Impossibilidade de cumprimento de carta rogatória, desconhecido endereço na África – Recurso provido". TJSC, j. 13 jun. 2013, AC 2012.060003-4, Rel. Trindade dos Santos: "[...] Observam, a respeito, Luiz Guilherme Marinoni e Sérgio Cruz Arenhart: 'Essa é a forma típica de citação ficta. Tem cabimento quando for desconhecido ou incerto o réu, quando for ignorado, incerto ou inacessível – aí inserido o país estrangeiro que recuse o cumprimento da carta rogatória brasileira – seu paradeiro ou ainda nos demais casos contemplados pela lei (art. 231 do CPC), como é o caso da ação de usucapião (art. 942 do CPC). Os requisitos da citação por edital variam conforme tenham por base as duas primeiras hipóteses acima alinhavadas – o réu desconhecido ou incerto, ou de localização ignorada, incerta ou inacessível – ou não. Para todas as hipóteses, exige-se o preenchimento dos requisitos enumerados no art. 232, II a V, do CPC, mas para as duas primeiras situações agrega-se a tais exigências a necessidade de se conter a afirmação do autor, ou a certidão do oficial, relativamente ao desconhecimento ou à incerteza quanto ao réu, ou ainda a incerteza, a inacessibilidade ou a ignorância de seu paradeiro [...]' (*Curso de processo civil*: processo de conhecimento. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. v. 2. p. 107 e 108) [...]".

Quanto à autoridade judiciária competente para conceder o *exequatur* às cartas rogatórias provenientes do exterior, há dois sistemas frequentemente utilizados. Pode-se adotar o sistema da autoridade única, com exame centralizado, ou o sistema descentralizado, no qual vários órgãos têm competência para analisar tais pedidos, como ocorre nos EUA[12] e em outros países.

O Brasil sempre adotou o critério da competência centralizada. Mais especificamente, a análise concentrava-se no órgão supremo do Judiciário: desde a Constituição de 1934, o Supremo Tribunal Federal, por meio de seu presidente, foi a autoridade competente para conceder o *exequatur* a rogatórias estrangeiras.[13] A regra prevaleceu por 70 anos, até que a Emenda Constitucional 45/2004 transferisse essa competência para o STJ.[14]

Ainda quanto à competência para apreciação dos pedidos, discute-se se tratado pode dispensar a submissão do pedido estrangeiro ao procedimento de *exequatur* perante o STJ. Em particular, são alvo de debate os arts. 7º da Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias[15] e 19 do Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul.[16]

---

[12] US CODE, § 1.782 (a): "*The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure*".

[13] Constituição de 1934, art. 77: "Compete ao Presidente da Corte Suprema conceder *exequatur* às cartas rogatórias das justiças estrangeiras".

[14] Constituição de 1988, art. 105: "Compete ao Superior Tribunal de Justiça: I – processar e julgar, originariamente: (...) i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias; (...)".

[15] Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (internalizada no Brasil pelo Decreto nº 1.898/96), art. 7º: "As autoridades judiciárias das zonas fronteiriças dos Estados-partes poderão dar cumprimento, de forma direta, sem necessidade de legalização, às cartas rogatórias previstas nesta convenção".

[16] Protocolo de Medidas Cautelares do Mercosul (internalizado no Brasil pelo Decreto nº 2626/97), art. 19: "A carta rogatória relativa ao cumprimento de uma medida cautelar será transmitida pela via diplomática ou consular, por intermédio da respectiva autoridade central ou das partes interessadas. Quando a transmissão for efetuada pela via diplomática ou consular, ou por intermédio das autoridades centrais, não se exigirá o requisito da legalização. Quando a carta rogatória for encaminhada por intermédio da parte interessada, deverá ser legalizada perante os agentes diplomáticos ou consulares do Estado requerido, salvo se, entre

Há quem sustente que a Constituição Federal estabelece uma regra geral de que toda sentença estrangeira e toda carta rogatória devem receber respectivamente a homologação e o *exequatur* do STJ. Trata-se, porém, de orientação equivocada, uma vez que a regra constitucional (art. 105, I, *i*, da CF) traduz uma norma de competência interna. Assim, aquelas sentenças que precisam ser homologadas e as rogatórias que precisam receber o *exequatur* deverão sê-lo ou recebê-lo do STJ, já que não se impõe a necessidade de homologação para todas as sentenças estrangeiras, tampouco a concessão de *exequatur* a todas as rogatórias provenientes do exterior.

I.2.2 Requisitos

O CPC silencia sobre a concessão de *exequatur* a cartas rogatórias passivas, remetendo o assunto ao Regimento Interno do STF:

"A concessão de exequibilidade às cartas rogatórias das justiças estrangeiras obedecerá ao disposto no Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal." (CPC, art. 211)

Nessa linha, a remissão do Código deve ser feita à Resolução nº 9 do STJ, que atualmente disciplina o procedimento.[17] Ademais, aplicam-se os arts. 12 e 17 da Lei de Introdução, que preveem, respectivamente:

"A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências." (LINDB, art. 12, § 2º)

"As leis, atos e sentenças de outro país, bem como quaisquer declarações de vontade, não terão eficácia no Brasil, quando ofenderem a soberania nacional, a ordem pública e os bons costumes." (LINDB, art. 17)

Portanto, a rogatória estrangeira, como regra, deve receber o *exequatur* (art. 12), que somente pode ser negado no caso de a diligência solicitada ferir a ordem pública (art. 17). Justifica-se a presunção de que a rogatória deve ser cumprida em face do princípio de que os Estados devem cooperar entre si. Dessa forma, a autorização para o cumprimento, no Brasil, da diligência pedida só deve ser negada em situações

os Estados requerente e requerido, haja sido suprimido o requisito da legalização ou substituído por outra formalidade. Os juízes ou tribunais das zonas fronteiriças dos Estados-partes poderão transmitir-se, de forma direta, os *exhortos* ou cartas rogatórias previstos neste protocolo, sem necessidade de legalização. Não será aplicado no cumprimento das medidas cautelares o procedimento homologatório das sentenças estrangeiras".

[17] Em sentido contrário, v. PEREIRA, Marcela Harumi Takahashi. *Homologação de sentenças estrangeiras*: aspectos gerais e o problema da falta de fundamentação no exterior. 2009. p. 47 e ss.

graves, pois indeferir o *exequatur* significa, em última análise, impedir que o país estrangeiro exerça a sua jurisdição.[18] Ou seja, se o Brasil negar a possibilidade de se realizar a citação do réu que reside no país, de se ouvir determinada testemunha ou perito que está aqui residindo, o Estado estrangeiro não poderá exercer a sua jurisdição no processo que tramita em seu foro ou a exercerá com falhas.

A Resolução, por sua vez, determina, em seu art. 9º:

> "Na homologação de sentença estrangeira e na carta rogatória, a defesa somente poderá versar sobre autenticidade dos documentos, inteligência da decisão e observância dos requisitos desta resolução."

Assim, o interessado em que não se cumpra a diligência não poderá suscitar questões de mérito da ação que tramita no exterior, pois só a Justiça estrangeira deve apreciar tais questões.[19] O STJ examinará apenas a autenticidade da rogatória e se a diligência a ser realizada no Brasil atenta contra a soberania ou a ordem pública nacionais. Desse modo, a rigor, ainda que o conteúdo da ação que tramita no exterior fira a ordem pública brasileira, se a diligência a ser cumprida no país é medida cujo atendimento, em si, não fere a ordem pública do país, o *exequatur* deve ser concedido.[20] Ou seja: o óbice da ordem pública deve se limitar ao contexto da diligência solicitada. Nessa linha, o julgado do STJ no qual se indeferiu o *exequatur* porque a solicitação estrangeira dizia respeito à realização, no Brasil, de interrogatório de menor.[21] No Brasil, tal sistema tem sido chamado de sistema de contenciosidade limitada, que,

---

[18] MORELLI, Gaetano. *Derecho Procesal Internacional*. 1953. p. 243. O autor esclarece o seguinte: "*Al proveer a la ejecución de las notificaciones de los actos instructorios relativos a procesos extranjeros, el Estado desarrolla una actividad en interés de los Estados extranjeros en cuanto les facilita el ejercicio de su función jurisdiccional*".

[19] STJ, *DJU* 18 fev. 2011, AgRg na CR 4893/US, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 12 ago. 2010, AgRg na CR 4635/CH, Rel. Min. Ari Pargendler.

[20] STJ, *DJU* 12 ago. 2010, AgRg na CR 356/US, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, j. 21 maio 2014, AgRg na CR 8368/EX, Rel. Min. Felix Fischer; STJ, j. 28 maio 2009, AgRg na CR 3744/ES, Rel. Min. César Asfor Rocha; STJ, *DJe* 03 set. 2009, CR 4033, Rel. Min. César Asfor Rocha.

[21] STJ, *DJU* 29 set. 2009, CR 3723/DE, Rel. Min. Hamilton Carvalhido: "Carta rogatória. Direito Penal. Autenticidade. Investigação criminal. Interrogatório de menor brasileiro. Incabimento. Ofensa à ordem pública. 1. A tramitação da carta rogatória pela via diplomática ou pela autoridade central lhe confere a necessária legalidade e autenticidade, não obstante a versão para o vernáculo ter sido feita na origem. 2. A extraterritorialidade da lei penal brasileira não obsta a investigação criminal no estrangeiro. 3. A inimputabilidade penal do agente, contudo, impede o *exequatur* de carta rogatória relativa a investigação criminal, sem prejuízo da iniciativa do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições, perante o Juízo da Infância e da Juventude. 4. *Exequatur* denegado".

ao menos em tese, prevalece desde a época da competência do STF:

"(...) Em tema de comissões rogatórias passivas – tanto quanto em sede de homologação de sentenças estrangeiras –, o ordenamento normativo brasileiro instituiu o sistema de contenciosidade limitada, somente admitindo impugnação contrária à concessão do *exequatur* quando fundada em pontos específicos, como a falta de autenticidade dos documentos, a inobservância de formalidades legais ou a ocorrência de desrespeito à ordem pública, aos bons costumes e à soberania nacional. Torna-se inviável, portanto, no âmbito de cartas rogatórias passivas, pretender discutir perante o tribunal do foro (o Supremo Tribunal Federal, no caso) o fundo da controvérsia jurídica que originou, no juízo rogante, a instauração do pertinente processo, exceto se essa questão traduzir situação caracterizadora de ofensa à soberania nacional ou de desrespeito à ordem pública brasileira. Precedentes."[22, 23]

Todavia, a despeito dessa posição em tese, nem sempre a jurisprudência tem seguido esse caminho nos casos concretos, por vezes examinando o mérito da ação que foi ajuizada alhures. Reiterados precedentes do STF negavam *exequatur* a pedidos de citação de réus (domiciliados no Brasil) em ação de cobrança de dívida de jogo, sob o fundamento de violação da ordem pública.[24] A incoerência é flagrante: se, de um lado, diz-se prevalecer entre nós o sistema de contenciosidade limitada – sem exame do mérito da ação em curso no exterior –, de outro, na prática, examinava-se o mérito, impedindo a citação naqueles casos em que a ação no exterior feria a nossa ordem pública.

I.2.3 Competência internacional

No conceito de violação à ordem pública também já se entendeu a citação de réu aqui domiciliado em hipótese de ação prevista no rol de competências exclusivas da autoridade judiciária brasileira. Conforme a jurisprudência, deve-se indeferir, por vulnerar a soberania nacional, a citação de réu domiciliado no Brasil em hipótese de competência *exclusiva* da autoridade judiciária brasileira:

"Carta rogatória. Embargos. Inexistência de invalidade do *exequatur*. Improcedência das alegações relativas a inovações formais. Em se tratando de citação para responder a ação que tramita perante tribunal estrangeiro, as questões de competência que podem ser apreciadas para a concessão do *exequatur* dizem respeito, única e exclusivamente, à competência

[22] STF, *DJU* 04 mar. 1999, AgRg na CR 7.870, Rel. Min. Celso de Mello.

[23] No mesmo sentido: STJ, *DJU* 22 abr. 2010, SEC 2.277, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior; STJ, j. 21 maio 2014, AgRg na CR 8368/EX, Rel. Min. Felix Fischer; STJ, j. 28 maio 2009, AgRg na CR 3744/ES, Rel. Min. César Asfor Rocha; STJ, *DJe* 03 set. 2009, CR 4033, Rel. Min. César Asfor Rocha.

[24] STF, *DJU* 28 nov. 2003, AgRg na CR 10.416/EU, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, *DJU* 05 nov. 2003, CR 10.853/EU, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, *DJU* 25 set. 2003, AgR na CR 10.415/EU, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, *DJU* 15 nov. 1996, CR 7.426/EU, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

absoluta da Justiça brasileira, e não à competência da Justiça rogante, em face da ordem jurídica de seu país, inclusive no tocante à eleição de juízo arbitral. Embargos rejeitados."[25]

Note-se que essa orientação não está em consonância com o que determinam alguns tratados em vigor no Brasil que preveem que questões relativas à competência (concorrente ou exclusiva) não impedem o cumprimento de rogatórias.[26]

Quanto às situações compreendidas na competência concorrente da autoridade judiciária brasileira – réu domiciliado no país, obrigação a ser aqui cumprida ou ação que decorra de ato ou fato aqui ocorrido –, deve-se deferir a citação de réu para responder a ação que tramita no exterior (ou a coleta de prova no país) porque, sendo hipóteses de competência *concorrente*, o legislador processual admite que a Justiça estrangeira decida sobre tais assuntos. A rigor, competência concorrente significa que tanto o Judiciário brasileiro é competente como o estrangeiro. Além disso, a concessão do *exequatur* precede a homologação de sentença estrangeira, e, mesmo por isso, os instrumentos não se confundem. Questões sobre competência deverão ser devidamente analisadas quando da homologação, já que o STJ, ao aplicar o art. 15 da Lei de Introdução e o art. 5º, I, da Resolução nº 9, examinará a competência internacional da Justiça estrangeira.[27]

[25] STF, *DJU* 13 dez. 1985, CR 4.052, Rel. Min. Moreira Alves. No mesmo sentido, v. STJ, *DJU* 13 mar. 2008, AgRg nos EDcl na CR 2.894, Rel. Min. Barros Monteiro; STJ, *DJU* 10 nov. 2005, CR 202, Rel. Min. Edson Vidigal.

[26] Convênio de Cooperação Judiciária em Matéria Civil entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Reino da Espanha (Promulgado pelo Decreto nº 166/91): "Art. 8: 1. O cumprimento da carta rogatória só poderá ser recusado quando seu objeto estiver fora das atribuições da autoridade judiciária do Estado requerido ou seja suscetível de atentar contra sua soberania ou segurança. 2. *O cumprimento da carta rogatória não poderá ser recusado sob fundamento de que a lei do Estado requerido estabelece uma competência internacional exclusiva para o assunto*, ou não reconhece vias jurídicas semelhantes às adotadas pelo Estado requerente, ou ainda porque conduza a resultado não admitido pela lei do Estado requerido" (grifo acrescentado); Convenção relativa à citação e à notificação no estrangeiro dos atos judiciais e extrajudiciais em matéria civil e comercial de Haia (não está em vigor no Brasil): "Art. 13: O cumprimento de um pedido de citação ou de notificação, segundo as disposições da presente convenção, não poderá ser recusado, a não ser que o Estado requerido julgue que tal cumprimento é atentatório da sua soberania ou da sua segurança. *O cumprimento não poderá ser recusado só pela única razão de a lei do Estado requerido reivindicar a competência judicial exclusiva no processo em causa ou não conhecer o direito em que se baseia o pedido*. Em caso de recusa, a autoridade central informará imediatamente o requerente, em conformidade, e indicará as respectivas razões"; Protocolo de Las Leñas: "Art. 8: A carta rogatória deverá ser cumprida de ofício pela autoridade jurisdicional competente do Estado requerido, e somente poderá denegar-se quando a medida solicitada, por sua natureza, atente contra os princípios de ordem pública do Estado requerido. *O referido cumprimento não implicará o reconhecimento da jurisdição internacional do juiz do qual emana*" (destaque nosso).

[27] Como é entendida tradicionalmente, a competência da Justiça estrangeira para os fins de homologação é

Nessa linha, a jurisprudência tem entendido que a carta rogatória receberá *exequatur* se a ação que tramita no exterior for relativa a qualquer uma das hipóteses de competência concorrente do Judiciário brasileiro, mesmo que o réu domiciliado no Brasil não deseje se submeter à jurisdição estrangeira:

"Não obsta a concessão do *exequatur* a competência meramente concorrente, ou relativa, da autoridade judiciária brasileira, motivada por achar-se o réu domiciliado no Brasil, ou originar-se a ação de fato ocorrido ou ato aqui praticado. *Exequatur*, portanto, concedido com menção à recusa do citando em submeter-se à jurisdição do Estado estrangeiro."[28]

Atendendo à cortesia internacional entre os Estados, o STF introduziu a novidade de informar à Justiça estrangeira que o réu não deseja se submeter a esta; nesse caso, para evitar que o Estado estrangeiro viesse a mover toda a sua máquina judiciária para proferir uma decisão que depois não será homologada no Brasil, o STF informava que o ordenamento jurídico nacional protege o réu aqui domiciliado.[29] Frise-se (mais uma vez), todavia, que, para a concessão de *exequatur* à rogatória, a recusa à jurisdição estrangeira pelas partes não assume relevância jurídica.[30]

I.2.4 Carta rogatória executória

Outro ponto a merecer atenção é a possibilidade de concessão de *exequatur* a cartas rogatórias executórias. Tradicionalmente, o STF negava solicitações dessa natureza. De acordo com essa orientação, cartas rogatórias poderiam ter como objeto apenas diligências a serem realiza-

verificada principalmente a *contrario sensu* das normas sobre competência internacional previstas no CPC. Assim, se é hipótese de competência exclusiva da autoridade judiciária brasileira, o Judiciário estrangeiro não tem competência, já que a situação está no rol das competências exclusivas do Judiciário brasileiro.

[28] STF, j. 02 set. 1993, AgRg na CR 4.982, Rel. Min. Octávio Gallotti.

[29] STF, *DJU* 06 ago. 1993, CR 6.365 AgR/AT, Rel. Min. Octávio Gallotti; STF, *DJU* 22 nov. 1991, AgRg nos Embargos na CR 4.920/AT, Rel. Min. Néri da Silveira; STF, *DJU* 05 set. 1986, Embargos na CR 4.338/Reino Unido e Irlanda do Norte, Rel. Min. Moreira Alves; STF, *DJU* 16 maio 1986, Embargos na CR 4.340, Rel. Min. Moreira Alves; STF, *DJU* 16 maio 1986, Embargos na CR 4.341, Rel. Min. Moreira Alves; STF, Embargos na CR 4.219, Rel. Min. Moreira Alves. O Superior Tribunal de Justiça deu continuidade, em parte, à postura, informando sobre os casos em que o réu se recusa a se submeter à Justiça estrangeira, sem, no entanto, explanar as consequências de tal negativa nos julgados, de maneira geral: STJ, *DJU* 28 set. 2009, CR 3721/GB, Rel. Min. Eliana Calmon; STJ, *DJU* 18 dez. 2008, AgRg nos EDcl no AgRg na CR 606/DE, Rel. Min. Fernando Gonçalves; STJ, *DJU* 21 ago. 2006, AgRg na CR 500/TR, Rel. Min. Barros Monteiro.

[30] STJ, *DJU* 11 set. 2006, Emb. Decl. na CR 807, Rel. Min. Barros Monteiro; STJ, *DJU* 19 maio 2005, CR 606, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira; STJ, *DJU* 25 out. 2005, AgRg na CR 136, Rel. Min. Edson Vidigal; STJ, *DJU* 01 out. 2009, CR 4.230, Rel. Min. César Asfor Rocha; STJ, *DJU* 25 nov. 2009, CR 4.345, Rel. Min. César Asfor Rocha.

das no Brasil (citação, intimação, oitiva de testemunhas e obtenção de provas em geral). Decisão tradicionalmente citada esclarece essa posição:

"Sentença negatória de *exequatur*. Carta rogatória expedida pela Justiça da República Argentina para se proceder no Brasil ao sequestro de bens móveis e imóveis. Medida cautelar prevista no art. 1.295 do Código Civil argentino com o nome jurídico de embargo e no artigo 822 do Código de Processo Civil brasileiro com o nome jurídico de sequestro. Tratando-se de providência judicial que depende, no Brasil, de sentença que a decrete, imperiosa é a conclusão de que tal medida não pode ser executada em nosso país antes de ser homologada, na jurisdição brasileira, a sentença estrangeira que a tenha concedido. *Exequatur* denegado."[31]

Ainda mais especificamente, no corpo da decisão:

"A carta rogatória constitui expediente pelo qual se cumprem ou executam os atos judiciais de procedimento que não dependem de sentença, tais como citações, intimações, avaliações *et similia*."

Segue essa tendência a Convenção Interamericana sobre Cartas Rogatórias (1975), ratificada pelo Brasil, que estabelece (art. 2º) o objeto das cartas rogatórias de que trata e exclui expressamente de seu escopo (art. 3º) as diligências com caráter executivo, *in verbis*:

"Art. 3º. Esta Convenção não se aplicará a nenhuma carta rogatória relativa a atos processuais outros que não os mencionados no artigo anterior; em especial, não se aplicará àqueles que impliquem execução coativa."

Excetuam-se dessa regra as cartas rogatórias expedidas no âmbito do Mercosul, com base nos Protocolos de Las Leñas e de Ouro Preto.[32] O Protocolo de Cooperação e Assistência Jurisdicional em Matéria Civil, Comercial, Trabalhista e Administrativa (Las Leñas, 1992) prevê a homologação de sentenças estrangeiras pela via da rogatória, medida inequivocamente executória (art. 19):

"O pedido de reconhecimento e execução das sentenças e de laudos arbitrais por parte das autoridades jurisdicionais será tramitado por via de cartas rogatórias e por intermédio da autoridade central."[33]

Na mesma linha, o Protocolo de Medidas Cautelares (Ouro Preto, 1994) prevê o cumprimento de cautelares pela via da rogatória (art. 18):

[31] STF, j. 25 jun. 1980, CR 3.237, Rel. Min. Antonio Neder.
[32] Promulgado por meio do Decreto nº 2.626/98.
[33] STF, *DJU* 09 maio 1997, AgRg na CR 7.613/AT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

"A solicitação de medidas cautelares será formulada por meio de *exhortos* ou cartas rogatórias, termos equivalentes para os fins do presente protocolo."[34]

Mesmo posteriormente à entrada em vigor desses protocolos do Mercosul, permaneceu essa a posição do STF, negando *exequatur* a cartas rogatórias que requeiram atos de execução, se originárias de países que não ratificaram os referidos protocolos:

"Carta rogatória. Citação. Admissibilidade. Busca e apreensão de menor. Ato de caráter executório. Impossibilidade. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal considera insuscetíveis de cumprimento, no Brasil, as cartas rogatórias passivas revestidas de caráter executório, ressalvadas aquelas expedidas com fundamento em atos ou em convenções internacionais de cooperação interjurisdicional." (STF, *DJU* 26 abr. 1999, CR 8525/EUA, Rel. Min. Celso de Mello)

Note-se, porém, que não havia uniformidade no que se refere à extensão desse conceito (carta rogatória executória), pois se negava *exequatur* sob esse fundamento para pedidos de mera coleta de provas no Brasil.[35] Confira-se: (1) atos de constrição judicial inerentes à execução forçada (CR 1.395); (2) exibição de documento (CR 9.977); (3) coleta de amostras biológicas (CR 10.177); (4) obtenção de documentos em cartório e informações bancárias (CR 10.925); (5) quebra de sigilo bancário (CR 10.661); (6) embargo executivo de cotas sociais (CR 7.044); (7) penhora de imóveis (CR 9.612) ou de móveis (CR 10.479). Para o tribunal, aparentemente, mera coleta de provas, caso suscite resistência da parte interessada, deveria qualificar-se como ato de execução.

Diante desse cenário, prevalecia, portanto, a dúvida. Com a passagem da competência para deferir o *exequatur* para o STJ, esse cenário mudou, e a orientação passou a ser mais previsível. Primeiramente, a Resolução nº 9/2005 do STJ abriu caminho para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias executórias, no seu art. 7º,[36] independentemente de tratado. Nessa linha, a jurisprudência do STJ tem se afastado da orientação adotada no STF acerca da rogatória executória.[37] Quanto às

[34] STF, *DJU* 26 jun. 2000, CR 9.194/AT, Rel. Min. Carlos Velloso.

[35] STF, *DJU* 15 mar. 2002, CR 9886/FR, Rel. Min. Pres. Marco Aurélio. No mesmo sentido decidiu o STF na Carta Rogatória 7126/IT, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* 20 mar. 1996; STF, j. 17 nov. 1995, CR 7154/Suíça, Rel. Min. Sepúlveda Pertence. STF, *DJU* 14 nov. 2011, CR 10661/Dinamarca, Rel. Min. Maurício Corrêa; STF, *DJU* 02 fev. 2004, CR 10925/Itália, Rel. Min. Pres. Maurício Corrêa.

[36] STJ, Resolução nº 9: "Art. 7º: As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios".

[37] Exemplificativamente: STJ, *DJU* 08 jun. 2011, CR 5480/FR, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 09

diligências com base em tratado, o tribunal continuou na linha do STF, autorizando diligências de caráter executório.[38]

I.2.5 Autoridade requerente

Questão igualmente relevante diz respeito à autoridade estrangeira que envia a rogatória para exame do STJ. A carta rogatória é instrumento disponível à autoridade competente, valoração essa que deve ser feita pela lei de origem do pedido, cumprindo ao tribunal brasileiro apenas a aferição objetiva desse requisito. Note-se que essa hipótese está condizente com a orientação já antiga do STF de homologar decisões estrangeiras proferidas por autoridades competentes segundo a legislação local. São homologáveis, desde a década de 50, divórcios decretados pelo Rei da Dinamarca[39] ou outras autoridades administrativas,[40] ou ainda registrados perante prefeito no Japão.[41] Pelo mesmo fundamento, decisões proferidas por autoridades religiosas, exequíveis no país estrangeiro, também receberam sempre a homologação. Portanto, divórcios proferidos por rabinos em Israel, por tribunais canônicos ou muçulmanos em países onde tais decisões são exequíveis, equivalem a uma sentença estrangeira; logo, são homologáveis.[42] Nessa linha, aliás, a Lei de Introdução de 1942, que, em seu art. 12, prevê:

> "A autoridade judiciária brasileira cumprirá, concedido o *exequatur* e segundo a forma estabelecida pela lei brasileira, as diligências deprecadas por autoridade estrangeira competente, observando a lei desta, quanto ao objeto das diligências."

Assim, a Lei de Introdução não restringe a concessão do *exequatur* somente a solicitações feitas por integrante do Judiciário. Determina o dispositivo, como parece óbvio, que a requisição deve se originar de autoridade competente segundo a legislação estrangeira.

---

maio 2011, CR 5632/UY, Rel. Min. Ari Pargendler; STJ, *DJU* 24 set. 2007, CR 438/BE, Rel. Min. Luiz Fux. Note-se que o STJ tem mantido a orientação de admitir somente a quebra de sigilo bancário com base em decisão judicial, submetida ao juízo de delibação. V. STJ, *DJU* 06 set. 2010, AgRg na CR 3162/CH, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha; STJ, *DJU* 30 abr. 2007, AgRg na CR 998/IT, Rel. Min. Edson Vidigal; STJ, *DJ* 24 set. 2007, CR 438, Rel. Min. Luiz Fux.

[38] STJ, *DJU* 08 jun. 2006, CR1.457/França, Rel. Min. Barros Monteiro; STJ, *DJU* 24 set. 2007, CR 438/BE, Rel. Min. Luiz Fux.

[39] STF, *DJU* 13 out. 1967, SE 1.943/DI, Rel. Min. Adaucto Cardoso.

[40] STF, *DJU* 11 set. 1952, SE 1.242/NO, Rel. Min. Mario Guimarães.

[41] STF, *DJU* 17 set. 1953, SE 1.312/JA, Rel. Min. Mario Guimarães.

[42] STF, *DJU* 03 set. 1982, SE 2.366/ES, Rel. Min. Alfredo Buzaid; STF, *DJU* 02 maio 1983, SE 3.135/LO, Rel. Min. Cordeiro Guerra; e STF, *DJU* 06 dez. 1978, SE 2.419/IS, Rel. Min. Thompson Flores.

Ao apreciar os Embargos de Declaração no *Habeas Corpus* nº 91002,[43] o posicionamento do Supremo Tribunal Federal se alinhou com aquilo que poderia se esperar desse tribunal. O STF indicou que o parâmetro pelo qual se deve aferir a presença de "autoridade competente" é a lei do país rogante, tornando as disposições legais do ordenamento jurídico brasileiro apenas aplicáveis em caso de carta rogatória ativa, ou seja, quando nossas autoridades se manifestam pela via rogatória a outros países.

II Homologação de sentenças estrangeiras

Quanto à competência para o reconhecimento, inicialmente e por breve período, o país adotou o sistema descentralizado: as decisões estrangeiras recebiam o "cumpra-se" do juiz que seria competente para a execução da decisão similar nacional, e assim se tornava exequível no território nacional, mediante certas condições (matéria regulada pelo Aviso de 01.10.1847, do Governo Imperial). Em 1878, o Decreto nº 6.982 (27.07.1878), da lavra do Conselheiro Lafayette Pereira, cumprindo disposição da Lei nº 2.615, de 1875, regulou o assunto, estabelecendo as condições necessárias para o reconhecimento.

Entre estas, não se mencionava a competência do juiz prolator; exigia-se, porém, que tivessem as sentenças transitado em julgado e que viessem revestidas das formalidades externas necessárias para torná-las executórias, segundo a legislação do respectivo Estado. Entretanto, não seriam executáveis as que contivessem decisão contrária à soberania nacional ou à ordem pública, às leis rigorosamente obrigatórias ou organizadoras da propriedade territorial ou às leis de moral.[44]

Ademais, o referido Decreto nº 6.982 de 1878, em seu art. 1º, § 1º, exigia a reciprocidade de fato (sem dependência de convenção ou tratado) para a concessão do "cumpra-se" no Brasil.[45] Em 1880, o Decreto nº 7.777 corrigiu tal determinação e passou a prever o *exequatur* do Poder Executivo para permitir a execução das sentenças estrangeiras nos casos em que faltasse a condição de reciprocidade.[46] A reciprocidade

[43] STJ, *DJU* 11 fev. 2009, HC 91002/SE, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho.
[44] VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 1978. v. III. p. 186.
[45] Id.
[46] ESPÍNOLA, Eduardo. *Elementos de Direito Internacional Privado*. 1925. p. 736. V. tb. MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 2003. v. V. p. 81.

foi dispensada como requisito para a homologação das sentenças estrangeiras no Brasil com a expedição do Decreto nº 917 de 24.10.1890, que tratava das sentenças estrangeiras declaratórias da falência de negociantes com domicílio no país em que fossem proferidas, bastando que estivessem presentes os demais requisitos previstos na Lei nº 6.982.[47]

A Constituição Republicana de 1891 não tratou da homologação das sentenças estrangeiras. Contudo, a partir de 1894, a Lei nº 221 (20.11.1894), que disciplinava a recém-criada Justiça Federal, substituiu os dois mecanismos acima (reciprocidade e *exequatur* do Poder Executivo) pelo processo judicial e implantou o sistema da competência centralizada: as cartas de sentença de tribunais estrangeiros não seriam exequíveis sem a prévia homologação do Supremo Tribunal Federal, com audiência das partes e do Procurador-Geral da República, disciplinando completamente a matéria o posterior Decreto nº 3.084 de 05.11.1898 – Consolidação das Leis da Justiça Federal.

Essa alteração foi objeto de polêmica doutrinária e jurisprudencial, pois se questionava se lei ordinária poderia criar, para o STF, uma competência não prevista na Constituição.[48] A questão foi finalmente pacificada, firmando-se após o ano 1900 jurisprudência no sentido favorável, por se tratar de matéria internacional, de atribuição da Justiça Federal (art. 60, *h*, da Constituição Republicana) e da maior relevância, logo implícita na competência do Supremo Tribunal Federal.[49] A polêmica ainda ressurgiu após a reforma de 1926, em razão de a emenda constitucional ter suprimido a competência da Justiça Federal para as questões de direito civil internacional, mas o Supremo Tribunal Federal decidiu manter a sua competência originária e privativa para a matéria.[50]

[47] MOREIRA, José Carlos Barbosa. *Comentários ao CPC*. 2003. v. V. p. 57.

[48] STF, j. 15 maio 1896, SE 10: "É constitucional a competência do Supremo Tribunal Federal para homologar sentença estrangeira". Esse e outros casos são citados por OCTAVIO, Rodrigo. *Dicionário de Direito Internacional Privado*. 1933. p. 311.

[49] SILVA, Agustinho Fernandes Dias da. *A competência judiciária no Direito Internacional Privado brasileiro* (tese de livre-docência em Direito Internacional Privado). 1965. p. 37; VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 1978. v. III. p. 187.

[50] STF, j. 03 nov. 1926, SE 846: "A reforma constitucional de 1926, passando para a justiça local a competência para conhecer das questões de Direito Internacional Privado, não afeta a competência do Supremo Tribunal para conhecer originária e privativamente das homologações de sentenças estrangeiras", mencionada por Rodrigo Octavio em *Dicionário de Direito Internacional Privado*. 1933. p. 305-6. VALLADÃO, Haroldo. *Direito Internacional Privado*. 1978. v. III. p. 187: "Retirada pela Reforma Constitucional de 1926 da Justiça Federal a competência para questões de DIP (embora, sempre, com recurso final para o Supremo), pôs-se em dúvida, novamente, aquela competência originária do tribunal,

A Constituição de 1934, pela primeira vez, tratou da matéria (art. 76, I, *g*),[51] mantendo-se a competência centralizada, tendo todas as Cartas posteriores expressamente adotado a regra da competência da Corte Suprema para homologar as sentenças estrangeiras: Constituição de 1937 (art. 101, I, *f*),[52] Constituição de 1946 (art. 101, I, *g*),[53] Constituição de 1967 (art. 114, I, *g*)[54] e sua Emenda Constitucional nº 1, de 17.10.1969 (Constituição de 1969, art. 119, I, *g*),[55] e Constituição de 1988 (art. 102, I, *h*).[56]

Com a promulgação da EC nº 45/2004, essa competência originária exercida pelo STF foi transferida para o STJ, passando a Constituição de 1988 a vigorar com a seguinte redação:

> "Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:
> I – Processar e julgar, originariamente:
> (...)
> i) a homologação *de* sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias;
> (...)" (destaque nosso)

É interessante observar que, em muitos países, a competência para a homologação de sentenças estrangeiras é atribuída aos juízes de 1ª instância (Alemanha, França, Canadá, Suíça, Itália, dentre outros).[57] Du-

que permaneceu fundadamente com parecer do Procurador-Geral, Ministro Pires e Albuquerque".

[51] Art. 76: "À Corte Suprema compete: 1) Processar e julgar originariamente: (...) g) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação *de* sentenças estrangeiras" (destaque nosso).

[52] Art. 101: "Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – Processar e julgar originariamente: (...) f) a extradição de criminosos, requisitada por outras nações, e a homologação *de* sentenças estrangeiras" (destaque nosso).

[53] Art. 101: "Ao Supremo Tribunal Federal compete: I – Processar e julgar originariamente: (...) g) a extradição dos criminosos, requisitada por Estados estrangeiros, e a homologação *das* sentenças estrangeiras" (destaque nosso).

[54] Art. 114: "Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – Processar e julgar originariamente: (...) g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação *das* sentenças estrangeiras" (destaque nosso).

[55] Art. 119: "Compete ao Supremo Tribunal Federal: I – Processar e julgar originariamente: (...) g) a extradição requisitada por Estado estrangeiro e a homologação *das* sentenças estrangeiras" (destaque nosso).

[56] Art. 102: "Compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição, cabendo-lhe: I – Processar e julgar, originariamente: (...) h) a homologação *das* sentenças estrangeiras e a concessão do *exequatur* às cartas rogatórias, que podem ser conferidas pelo regimento interno a seu Presidente" (destaque nosso).

[57] Adotam a competência difusa: (1) Alemanha (competência da corte municipal ou regional – a que tiver competência na matéria), ZPO §§ 328, 722 e 723 (se não houver tratado que dispense a homologação, como é o caso da Convenção de Bruxelas, que prevê a execução direta da sentença estrangeira) (HUGHES, Paul; WILKS, Mark. *Transnational litigation*: a practitioner's guide. 1997. p. GER-105 e ss.); (2) Canadá

rante a tramitação da emenda, cogitou-se transferir tal função aos juízes federais: se, por um lado, esse sistema garantiria rapidez aos processos, por outro, poderia ser mais uma fonte de morosidade, tendo em vista a quantidade de recursos que poderiam ser interpostos até o trânsito em julgado da decisão. Para que tal alteração fosse implantada no Brasil, haveria que se criar um sistema próprio de interposição de recursos.

O Código de Processo Civil silenciou quanto aos requisitos que devem ser apreciados para as sentenças estrangeiras, remetendo a questão ao Regimento Interno do STF, hoje STJ, no art. 483. Ademais, atente-se para o art. 15 da Lei de Introdução, que enumera os requisitos para homologação:

"Art. 15. Será executada no Brasil a sentença proferida no estrangeiro que reúna os seguintes requisitos:

a) haver sido proferida por juiz competente;

b) terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia;

c) ter passado em julgado e estar revestida das formalidades necessárias para a execução no lugar em que foi proferida;

d) estar traduzida por intérprete autorizado;

e) ter sido homologada pelo Supremo Tribunal Federal [leia-se Superior Tribunal de Justiça]."

Merecem destaque alguns dispositivos da Resolução nº 9 do STJ. O art. 4º, § 1º, da Resolução determina que serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença.[58] Assim, já na linha da jurisprudência firmada do STF, decisões proferidas por autoridades administrativas ou religiosas são passíveis de homologação, desde que proferidas por autoridades que sejam competentes no país estrangeiro.

O art. 4º, § 2º, também na linha da jurisprudência anterior do STF, admite a homologação parcial de decisões estrangeiras.[59] Ou seja, se

(competência de qualquer corte), base em princípios do *common law* (ibidem, p. CAN-77 e ss.); (3) França (competência do Tribunal de Grande Instance – 1ª instância) (ibidem, p. FRA-119 e ss.); (4) Itália (apenas nos casos em que seja questionado o cumprimento dos requisitos para reconhecimento da sentença estrangeira, o Tribunal de Apelação com jurisdição no local em foco decidirá sobre a homologação), Lei nº 218/95, art. 64 (se os requisitos previstos em lei são cumpridos, dispensa-se a homologação, podendo a sentença estrangeira ser executada diretamente. Caso haja questionamentos sobre esses requisitos por uma parte, esta deve dirigir-se ao Tribunal de Apelação competente) (ibidem, p. ITL-55 e ss.); (5) Suíça (competência da Cantonal Court), Federal Act on Private International Law, art. 29 (ibidem, p. SWI-85 e ss.).

[58] STJ, Resolução nº 9, art. 4º, § 1º: "Serão homologados os provimentos não judiciais que, pela lei brasileira, teriam natureza de sentença".

[59] STJ, Resolução nº 9, art. 4º, § 2º: "As decisões estrangeiras podem ser homologadas parcialmente".

somente parte da decisão fere a ordem pública ou a soberania nacional, não há por que negar homologação à sentença na sua integralidade. Assim, por exemplo, no caso de divórcio litigioso no exterior com partilha de bens imóveis no Brasil, será possível a homologação quanto aos efeitos pessoais da decisão, mas não quanto aos patrimoniais, em virtude de inobservância da regra da competência exclusiva da autoridade brasileira para ações relativas a imóveis no Brasil.

O art. 4º, § 3º, traz uma importante novidade, pois prevê a possibilidade da concessão de tutela de urgência na homologação.[60] A posição tradicional do STF sempre foi no sentido de negar a medida de urgência solicitada – seja a cautelar, seja a tutela antecipada – com base no art. 483 do CPC, que determina: "A sentença proferida por tribunal estrangeiro não terá eficácia no Brasil senão depois de homologada pelo Supremo Tribunal Federal".[61]

Em decisão monocrática anterior à EC 45/2004, o STF alterou o seu entendimento e deferiu a medida de urgência pleiteada – no caso, liminar em ação cautelar.[62] Na espécie, as relações comerciais entre duas empresas brasileiras geraram dois processos: um (judicial) no Brasil e outro (arbitral) na Inglaterra. Neste último, já extinto, o laudo prolatado decidiu que ambas as partes são mutuamente devedoras e credoras, devendo-se compensar os respectivos créditos. No Brasil, uma das empresas, omitindo qualquer informação sobre o seu débito, ajuizou ação de cobrança cumulada com pedido de indenização, visando a levantar a quantia de US$ 318.400,00 (débito reconhecido igualmente no laudo arbitral), estampada em carta de fiança. Tal pedido foi deferido em tutela antecipada pelo juízo de primeira instância. Portanto, decisão judicial brasileira condenou uma empresa a saldar o débito para com a outra, sem levar em conta a dívida desta com aquela, reconhecida pelo laudo arbitral estrangeiro. Tal provimento jurisdicional poderia, obviamente, acarretar prejuízo irreparável à empresa ré. Esta, então, antes da propositura da ação de homologação do laudo inglês, requereu ao STF liminar em ação cautelar para suspender o levantamento que fora

[60] STJ, Resolução nº 9, art. 4º, § 3º: "Admite-se tutela de urgência nos procedimentos de homologação de sentenças estrangeiras".

[61] STF, *DJU* 17 abr. 1984, SE 3408 MC/SP, Rel. Min. Cordeiro Guerra; STF, *DJU* 09 abr. 1999, SE 6069/FR, Rel. Min. Celso de Mello.

[62] STF, *DJU* 14 maio 2003, AC 13/Paraná, Rel. Min. Marco Aurélio.

determinado pelo juízo de primeiro grau. A medida liminar foi deferida, embora tenha restado inefetiva, pois o levantamento já havia sido levado a termo.

Assim, a Resolução nº 9 andou bem ao preferir a nova orientação à tradicional, estendendo aos pedidos de homologação de sentenças estrangeiras a tutela cautelar geral, prevista no art. 798 do CPC, e a tutela antecipada, prevista no art. 273 do CPC.

Os arts. 5º e 6º da Resolução,[63] ao enumerarem as condições para a homologação, reproduzem, respectivamente, os arts. 217 e 116 do antigo Regimento, por sua vez extraídos do art. 15 da Lei de Introdução, supracitado.

II.1 Decisões passíveis de homologação

Outro ponto que deve ser ressaltado diz respeito à alteração na redação do dispositivo em questão: as Cartas de 1946, 1967, 1969 e 1988 previam a competência do STF para a homologação *das* sentenças estrangeiras;[64] já o texto aprovado da Emenda, tal qual nas Constituições de 1934 e 1937,[65] determina a competência – agora do STJ – para a homologação *de* sentenças estrangeiras. Essa diferença, que pode parecer mera questão de estilo, traz importantes consequências: a doutrina majoritária baseia-se na redação original do dispositivo (CF 1988), para concluir que todas as sentenças estrangeiras precisam ser homologadas, inadmitindo a possibilidade de qualquer tipo de sentença ser dispensada desse procedimento por lei ordinária.

A questão desperta muitas polêmicas na doutrina e na jurisprudência brasileiras. É interessante relembrar a evolução histórica da legislação a respeito. O Decreto nº 6.982 de 27.07.1878, em seu art. 11, ao mesmo tempo em que determinava o *exequatur* também para as sentenças meramente declaratórias, como regra geral, só exigia tal providência para que decisões estrangeiras fossem exequíveis no país, o que era

[63] STJ, Resolução nº 9: "Art. 5º: Constituem requisitos indispensáveis à homologação de sentença estrangeira: I – haver sido proferida por autoridade competente; II – terem sido as partes citadas ou haver-se legalmente verificado a revelia; III – ter transitado em julgado; e IV – estar autenticada pelo cônsul brasileiro e acompanhada de tradução por tradutor oficial ou juramentado no Brasil. Art. 6º: Não será homologada sentença estrangeira ou concedido *exequatur* a carta rogatória que ofenda a soberania ou a ordem pública".

[64] *Vide* notas 47 e ss. *supra*.

[65] *Vide* notas 52 e 53 *supra*.

incoerente, já que sentenças meramente declaratórias não comportam execução.[66] No mesmo sentido, o Decreto nº 7.777 de 27.07.1880 também só impunha o *exequatur* como condição para tornar a sentença estrangeira exequível no Império. Na Nova Consolidação de Carlos de Carvalho, no art. 42, § 1º, estava previsto que as sentenças meramente declaratórias e as que julgam as questões de estado das pessoas precisavam de homologação pelo STF, regra essa mantida no Decreto nº 3.084 de 05.11.1898, em seu art. 14, *b*, que determinava que "Carecem de homologação para serem executadas: (...) b) as sentenças estrangeiras meramente declaratórias, como são as que julgam questões de estado das pessoas".

A incoerência apontada com relação ao Decreto nº 6.982, *supra*, foi mantida nas legislações subsequentes. Consequentemente, o STF, em 1920, decidiu que "nenhuma sentença estrangeira, seja qual for o seu objeto – acautelar interesses patrimoniais ou simplesmente decidir questões de estado civil –, é exequível no Brasil sem a homologação do Supremo Tribunal, nos termos do art. 12, § 4º, da Lei nº 221, de 1894". Todavia, o Min. Pedro Lessa divergiu do entendimento da maioria ao sustentar que

> "a simples sentença declaratória do estado, sem nenhuma outra consequência, não carece de homologação para ser recebida como documento, como dela não carecem as certidões de nascimentos, casamentos e óbitos extraídas dos respectivos registros e devidamente legalizadas, nem as sentenças proferidas em processos graciosos para constatação de tais estados."[67]

A LICC/1942, em sua redação original, manteve a exigência de homologação só para a execução das sentenças, estabelecendo, no parágrafo único do art. 15, a dispensa da homologação para as sentenças meramente declaratórias do estado das pessoas.[68] O parágrafo foi revogado em 2009, pela Lei 12.036.

Quanto à execução, há consenso em que ela apenas será admitida, com os atos de constrição forçada a ela inerentes, após a devida homo-

---

[66] José Carlos Barbosa Moreira, em *Comentários ao Código de Processo Civil*. 2003. v. V. p. 75 e ss., aponta a incoerência desse decreto, que, por um lado, exigia a homologação somente para a execução da decisão e, por outro, exigia a homologação para as sentenças meramente declaratórias, que não são passíveis de execução.

[67] BATALHA, Wilson. *Tratado de Direito Internacional Privado*. 1977. v. II. p. 461.

[68] *Vide*, a respeito, CÂMARA, Alexandre Freitas. *Lições de Direito Processual Civil*. 2004. v. II. p. 35.

logação, agora feita pelo Superior Tribunal de Justiça. Nessa linha, o CPC define a sentença estrangeira homologada como título executivo judicial no seu art. 584, IV.

Em suma: na atual sistemática, conforme entendimento da doutrina majoritária e da jurisprudência, a homologação constitui pressuposto tanto para o reconhecimento quanto para a execução de uma sentença estrangeira. Enquanto a homologação cabe ao STJ (CF, art. 105, I, *i*), o processamento da execução compete, em primeiro grau de jurisdição, aos juízes federais (CF, art. 109, X).

Cabe lembrar dispositivo constante da Convenção Interamericana sobre Obrigação Alimentar de 1989, ratificada pelo Brasil.[69] A Convenção inova ao estabelecer, no art. 13, que:

> "A verificação dos requisitos acima indicados caberá diretamente ao juiz a quem corresponda conhecer da execução, o qual atuará de forma sumária, com audiência da parte obrigada, mediante citação pessoal e com vista do Ministério Público, sem examinar o fundo da questão. Quando a decisão for apelável, o recurso não suspenderá as medidas cautelares, nem a cobrança e a execução que estiverem em vigor."

Portanto, a Convenção, em vigor no Brasil, expressamente determina que as sentenças de alimentos proferidas em países também ratificantes não precisam ser submetidas à homologação pelo STJ, podendo ser levadas diretamente ao juízo de primeira instância para sua execução.

Pode-se aqui voltar à discussão surgida em virtude do art. 15, parágrafo único, da Lei de Introdução. Da mesma forma, o art. 13 supratranscrito da Convenção Interamericana suscitou duas polêmicas: (1) a sua inconstitucionalidade, uma vez que o art. 102, I, *h*, da Constituição Federal determinava que o STF era competente para a homologação *das* sentenças estrangeiras, significando que todas as sentenças estrangeiras, para serem reconhecidas no Brasil, deveriam ser homologadas pelo STF (discussão já superada em face da nova redação do art. 105, I, *i*, da CF, dada pela EC nº 45/2004); e (2) a compatibilidade com o art. 483 do CPC, que condiciona a eficácia no Brasil à homologação da sentença estrangeira pelo STJ.

Quanto ao primeiro argumento, já está ultrapassado pela nova redação do art. 105, I, *i*, da CF, que, como visto, prevê a competência do STJ para a homologação *de* sentenças estrangeiras, ou seja, daquelas

[69] Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.428/97.

sentenças para as quais a lei ordinária exige a homologação. O segundo argumento também é facilmente respondido: ainda que se confira ao art. 483 do CPC a extensão pretendida por alguns, no caso concreto, o referido dispositivo não impediria a aplicação da norma convencional. Como a Convenção se aplica somente a sentenças estrangeiras de alimentos, pelo critério da especialidade, esta prevalece quanto a esse tipo de sentenças. Ademais, a Convenção foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 2.428, de 17.12.97, e, como o CPC data de 1973, pelo critério temporal, aquela deve prevalecer sobre este. Dessa forma, poder-se-iam admitir outras exceções à regra da homologação, previstas em lei ou tratados.

É pertinente breve observação sobre o sistema europeu. Na Europa, conforme o Regulamento nº 44/2001, a sentença proferida por um dos Estados-partes é reconhecida automaticamente pelos demais, inclusive acarretando a suspensão e a extinção da demanda ajuizada posteriormente; para a execução, exige-se procedimento nacional específico para conceder o *exequatur* à decisão alienígena. Portanto, esta é a regra geral: enquanto o reconhecimento é automático, a execução decorre de uma ordem emanada de autoridade local competente.

Note-se, todavia, que, em uma primeira fase, esse procedimento limita-se à expedição de uma declaração de executividade pela autoridade local competente, o que ocorre após uma análise meramente formal do ato estrangeiro. Trata-se de uma fase unilateral, em que o contraditório só ocorrerá se a parte vencida na sentença estrangeira impugnar a declaração de executividade.

Em verdade, desde a Convenção de Bruxelas de 27.09.1968 ("Convenção relativa à competência judiciária e à execução de decisões em matéria civil e comercial") há o reconhecimento "de pleno direito" da decisão de um juiz em todo Estado-parte, benefício do qual goza uma "decisão regular" no ponto de vista do sistema convencional. Nenhum procedimento de verificação de condições de regularidade é necessário para o reconhecimento de uma sentença em outro Estado da comunidade, contanto que não se requeira uma execução forçada. Para o reconhecimento (arts. 27 a 30) e para a execução (arts. 31 a 45) são previstas idênticas condições de regularidade, destacando-se, em ambos, que a decisão estrangeira não pode ser objeto de uma revisão de fundo. Não

se controla a jurisdição internacional do juiz de origem da sentença nem o direito que aplicou, à exceção da situação descrita no art. 27, § 4º.

A regra geral de que uma decisão estrangeira jamais será executada diretamente em um outro Estado foi excepcionada pela entrada em vigor do Regulamento (CE) nº 805/2004 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21.04.2004, que cria o Título Executivo Europeu para créditos não contestados. Com efeito, nos termos do art. 1º:

"O presente regulamento tem por objectivo criar o Título Executivo Europeu para créditos não contestados, a fim de assegurar, mediante a criação de normas mínimas, a livre circulação de decisões, transacções judiciais e instrumentos autênticos em todos os Estados-membros, sem necessidade de efectuar quaisquer procedimentos intermédios no Estado-membro de execução previamente ao reconhecimento e à execução."

E, especificamente no artigo 5º:

"Uma decisão que tenha sido certificada como Título Executivo Europeu no Estado-membro de origem será reconhecida e executada nos outros Estados-membros sem necessidade de declaração da executoriedade ou contestação do seu reconhecimento."

Assim, embora os requisitos para o reconhecimento de uma decisão como Título Executivo Europeu restrinjam o número de decisões beneficiadas, é certo que já há ao menos uma hipótese – restrita aos países da União Europeia – em que uma sentença estrangeira possui força executória *ex proprio vigore*.

Portanto, enquanto no Brasil ainda se discute se uma decisão estrangeira – inclusive aquelas que versam sobre estado e capacidade das pessoas – pode ser reconhecida independentemente de homologação, na Europa estão sendo dados os primeiros passos para a execução sem homologação. Espera-se ao menos que, com o novo texto aprovado pela Emenda nº 45/2004, reste superada a discussão acerca da eventual inconstitucionalidade de qualquer lei ordinária ou tratado que dispense a homologação para a execução de julgados estrangeiros.

III Auxílio direto

O auxílio direto é meio de cooperação internacional já incorporado à maioria dos ordenamentos jurídicos modernos,[70] não se podendo falar que se trata de instituto inteiramente recente. Por outro lado, suas

[70] Veja-se, por exemplo, a Lei de Cooperação Judiciária Internacional em Matéria Penal, Lei 144/99 (Portugal).

configurações sofreram importantes alterações ao longo do tempo, no Brasil inclusive. Por meio do auxílio direito, permite-se que autoridade estrangeira solicite a realização de diligências no país, tal como ocorre no âmbito das cartas rogatórias. As principais diferenças entre os institutos são o direito aplicável e a origem da decisão que enseja o pedido. Enquanto cartas rogatórias têm como fundamento decisão de autoridade estrangeira proferida de acordo com suas próprias leis, o pedido de auxílio direto não se fundamenta em uma decisão prévia, havendo a necessidade de que autoridade brasileira competente, judicial ou não, decida, de acordo com as leis brasileiras, sobre a viabilidade da diligência. Ou seja, as comissões rogatórias se submetem tão somente ao juízo de delibação da decisão estrangeira; diversamente, o auxílio direto tem como requisito decisão de autoridade nacional que, à luz do direito brasileiro, determinará a possibilidade do pedido.

O artigo 7º da Resolução nº 9 da Presidência do Superior Tribunal de Justiça, de 4 de maio de 2005, consagra o auxílio direto nos seguintes termos:

> "As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios. Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto."

O instituto do auxílio direto, no Brasil, foi objeto de questionamento acerca de sua constitucionalidade. A discussão se originou de pedido de cooperação, formulado por autoridades suíças, para a realização de diligências no Brasil: interrogatório de réus, inquirição de testemunhas e coleta de prova documental a fim de instruir processo no exterior. O pedido, endereçado ao Ministério da Justiça – autoridade central para a cooperação jurídica internacional, responsável pela remessa para o exterior dos pedidos de cooperação jurídica e pelo recebimento dos encaminhados ao Brasil –, foi, posteriormente, remetido à Justiça Federal brasileira, a qual autorizou as referidas diligências, tal como faria em um pedido sem qualquer vinculação com o exterior.

Levada a questão à apreciação do Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira, em decisão monocrática, considerou impossível que essa solicitação fosse formulada por outra via

que não a da carta rogatória, que exige a apreciação pelo STJ (CF, art. 105, I, *i*). Essa decisão, contudo, foi reformada pela Corte Especial do Tribunal, confirmando o processamento levado a termo no âmbito da Justiça Federal. O STF, por sua vez, suspendeu a eficácia da decisão da Corte Especial do STJ, por considerar que toda e qualquer solicitação feita por autoridade estrangeira deveria necessariamente percorrer a via da rogatória.[71]

Frise-se que a discussão não diz respeito à possibilidade de lei ordinária (ou tratado) dispensar o *exequatur* do STJ, mas à de pedido de solicitação de diligência no Brasil poder ser encaminhado por outra via que não a rogatória, dispensando, portanto, a delibação do Superior Tribunal de Justiça. Para responder a essa questão, é importante a análise do art. 181 da Carta:

> "Art. 181. O atendimento de requisição de documento ou informação de natureza comercial, feita por autoridade administrativa ou judiciária estrangeira, a pessoa física ou jurídica residente ou domiciliada no País dependerá de autorização do Poder competente."

Muito se discutiu sobre a *ratio* desse dispositivo, introduzido pelo constituinte de 1988. Acredita-se que seu principal objetivo foi preservar a soberania nacional, impedindo a atuação direta de autoridade administrativa ou judiciária estrangeira (observe-se que a proibição não se estende a tribunal arbitral sediado no exterior), na linha do que já se pratica alhures, com os chamados *Blocking Statutes*. A lei francesa, por exemplo, considera crime o fornecimento de informações por partes domiciliadas na França a autoridades estrangeiras, sem a autorização das autoridades locais. No mesmo sentido dispõem as legislações suíça e australiana. Assim, vale a regra geral de que a autoridade estrangeira não pode praticar atos de jurisdição em território nacional.[72]

Note-se, porém, que o art. 181 não se referiu expressamente às cartas rogatórias, e sim à autorização do "poder competente", como essencial para o atendimento de requisição de documentos ou informações. Caso as rogatórias fossem a única via admissível para a solicitação, o texto deveria mencioná-las expressamente. Há decisões monocráticas do Su-

[71] STF, *DJU* 04 abr. 2006, HC 85588/RJ, Rel. Min. Marco Aurélio.

[72] DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The forum law rule in international litigation – which procedural law governs proceedings to be performed in foreign jurisdictions: lex fori or lex diligentiae? *Texas International Law Journal*, v. 33, 1998, p. 425-62.

premo Tribunal Federal nessa linha, entendendo que tratados podem estabelecer o auxílio direto entre os países.[73]

É cabível uma analogia para demonstrar que não faz sentido a exigência de que toda e qualquer solicitação proveniente do exterior seja encaminhada pela via da rogatória. Imagine-se uma empresa estrangeira – empresa "A" – que queira analisar documentos detidos por pessoa física ou jurídica brasileira antes de decidir se irá ou não ajuizar uma ação no exterior contra uma outra empresa ("B"), também estrangeira. A empresa "A" poderá contratar um escritório de advocacia no Brasil para solicitar ao juiz nacional a exibição dos referidos documentos. Nesse caso, o juiz brasileiro avaliará se os documentos devem ou não ser exibidos, verificando a presença dos requisitos previstos nos arts. 355 e ss. do CPC. Vale dizer, a decisão será tomada por autoridade brasileira, ainda que a prova aqui obtida venha a servir (ou não) de subsídio para o ajuizamento da ação pretendida no exterior. Nesse caso, não há razão para utilizar a carta rogatória: o pedido será feito diretamente à autoridade judiciária nacional.

Essa mesma possibilidade – contratação de advogado no Brasil para pleitear ao Judiciário a exibição de documento que aqui se encontra – não pode ser negada ao Estado estrangeiro. No entanto, caso o Brasil pretenda cooperar com o Estado estrangeiro, visando a obter, em regime de reciprocidade, as mesmas facilidades, poderá desobrigar o Estado estrangeiro de contratar advogado no país. Não há qualquer inconstitucionalidade nessa solicitação: o pedido não implica o reconhecimento de decisão já proferida no exterior e será apreciado segundo a lei brasileira, pelo juiz nacional, sem que haja a necessidade de tratado em vigor para tanto. Trata-se de uma nova modalidade de cooperação entre países com o objetivo de agilizar e garantir que o Brasil, quando necessite, receba tratamento semelhante.

Não se trata de subtrair competência do STJ, mas de estabelecer novas formas de cooperação entre países. A respeito, deve-se recordar que já há no Brasil instrumento com essa natureza desde 1965. A Convenção sobre Prestação de Alimentos no Estrangeiro, da ONU, 1956, foi promulgada no Brasil pelo Decreto nº 56.826/65. Para implemen-

[73] Por exemplo, STF, *DJU* 12 dez. 2004, CR 10.922, Rel. Min. Maurício Corrêa; STJ, *DJe* 19 dez. 2011, HC 147.375/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi.

tá-la, a Lei nº 5478/68 (Lei de Alimentos), em seu art. 26, determina a competência da Justiça Federal da residência do devedor para as ações de alimentos. Ou seja, o credor, domiciliado no estrangeiro, procura a instituição intermediária de seu país, que entra em contato com a Procuradoria-Geral da República (instituição intermediária no Brasil) para que esta ajuíze ação de alimentos perante a Justiça Federal do local da residência do devedor.

Desse modo, a União pode encaminhar a solicitação diretamente ao juízo federal competente. A competência da Justiça Federal justifica-se em qualquer uma das três hipóteses seguintes: i) interesse da União na cooperação, em função da reciprocidade (CF, art. 109, I), independentemente de tratado firmado pelo Brasil; ii) a causa envolve Estado estrangeiro (substituído pela União, conforme tratado em vigor, se esse for o caso) e pessoa domiciliada no Brasil (CF, art. 109, II); e iii) a causa é fundada em tratado celebrado pelo país (CF, art. 109, III).

Vale notar que a jurisprudência do STJ se revelou mais receptiva ao instituto.[74] Nessa linha, sua pretensa inconstitucionalidade foi acertadamente afastada, prevalecendo a tese de que os mecanismos de cooperação internacional fixados na Constituição não constituem rol exaustivo, tampouco há violação da competência constitucionalmente estabelecida no fato de que outros órgãos do Judiciário sejam competentes para apreciar pedidos de cooperação internacional. Todavia, mais recentemente o STJ voltou a considerar o auxílio direto constitucional,[75] decisão alterada pelo STF.[76]

Por fim, quanto à legitimidade para requerer medidas de auxílio direto, aplica-se o mesmo critério utilizado em matéria de rogatórias, i.e., a competência na origem. Assim, podem solicitar diligências autoridades que, em seu país de origem, podem postular as medidas que se buscam.

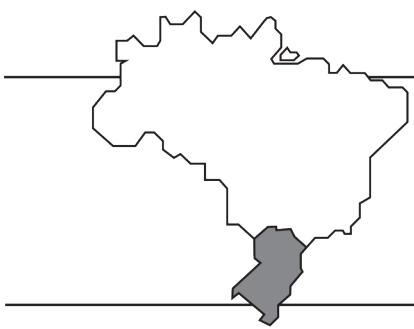
Conclusões

O legislador constituinte derivado alterou a competência para homologação das sentenças estrangeiras e concessão do *exequatur* às cartas rogatórias para o STJ, ficando o STF somente com a competência

[74] STJ, *DJU* 06 set. 2010, AgRg na CR 3162/CH, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha.
[75] STJ, *DJU* 28 jun. 2010, AgRg NA Rcl 3364/MS, Rel. Min. Cesar Asfor Rocha.
[76] STF, *DJU* 11 out. 2011, HC 105905/MS, Rel. Min. Marco Aurélio.

para examinar a legalidade do pedido de extradição. Portanto, adota-se atualmente um sistema híbrido em matéria de cooperação jurídica internacional: para a homologação das sentenças e o *exequatur* das rogatórias, passa a ser competente o STJ; para o exame do pedido de extradição, conservou-se a competência do STF; e, para os pedidos de cooperação, feitos com base em tratados celebrados pelo país, competente será a autoridade prevista no diploma convencional, sendo certo que, se a medida solicitada depender de autorização judicial, a questão deverá ser submetida ao juiz federal, com base no art. 109, I e III, da CF, por meio do auxílio direto.

Uma nota final sobre o último tema. O STF adotou o entendimento de que o rol de instrumentos de cooperação é previsto taxativamente no texto da Constituição, por isso inadmitindo o auxílio direto. A orientação não merece elogios; não se está subtraindo a competência (agora do STJ) para o processamento dos meios de cooperação constitucionalmente previstos. Cuida-se, outrossim, de estabelecer novas formas de cooperação entre países, com vistas a tornar efetivo o exercício de jurisdição pelos Estados – o Brasil inclusive. As tentativas de criar pontes entre os Estados não devem ser recebidas pelo STF – e pelo Judiciário como um todo – com o erguimento de muros.



DISCURSOS

Discurso*

*Maria Lúcia Luz Leiria***

Eminente Presidente, Desembargador Federal Luiz Fernando Penteado, na pessoa de quem cumprimento todas as autoridades antes nominadas.

É com muita alegria e honra que falo nesta sessão solene, em que este Tribunal presta homenagem aos 125 anos da Justiça Federal, ao Ministro Néfi Cordeiro, ao Desembargador Álvaro Eduardo Junqueira, ao Desembargador Luiz Carlos Lugon, ao Desembargador Tadaaqui Hirose e a mim.

Digo alegria porque revivo meus tempos aqui passados, onde tive a grata satisfação de conviver com esses colegas, ora homenageados.

Dessa forma, posso também, homenageá-los diretamente, o que já é um privilégio.

O Decreto 848, de 11.10.1890, institui a Justiça Federal, que, nos

* Discurso proferido durante sessão solene realizada pelo TRF da 4ª Região no dia 22.10.2015, em homenagem aos 125 da Justiça Federal; ao Ministro Néfi Cordeiro, em virtude de sua posse no Superior Tribunal de Justiça; e aos Desembargadores Federais aposentados Maria Lúcia Luz Leiria, Luiz Carlos de Castro Lugon, Tadaaqui Hirose e Álvaro Eduardo Junqueira. Na mesma ocasião, foi inaugurado o retrato do Desembargador Federal Tadaaqui Hirose na Galeria dos Presidentes do TRF4.

** Desembargadora Federal aposentada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

precisos termos da exposição de motivos de Campos Salles, tem um papel de alta preponderância, cuja função não é apenas de aplicar as leis. "Antes de fazê-lo cabe-lhe o direito de exame, podendo dar-lhe ou recusar-lhe sanção, se ela lhe parecer conforme ou contrária à lei orgânica" (*in verbis*, Campos Salles, exposição de motivos do Decreto 848).

Continua Campos Salles declarando que esse poder judiciário que se inaugura com o Decreto 848 transforma-se de

"poder subordinado em poder soberano, apto, na elevada esfera de sua autoridade, para interpor a benéfica influência do seu critério decisivo a fim de manter o equilíbrio, a regularidade e a própria independência dos outros poderes, assegurando, ao mesmo tempo, o livre exercício dos direitos do cidadão."

Essa é a justiça que tenho a honra de homenagear, nestes 125 anos de criação, honra de ter sido membro dessa justiça e ter atuado neste Tribunal, Tribunal exemplar que recebeu o grau de excelência por sua atuação ímpar na entrega da prestação jurisdicional, configurando o Tribunal Federal modelo por sua celeridade e por sua informatização.

Parabéns a todos que aqui estão, juízes e servidores, parabéns àqueles que por aqui já passaram e que aqui deixaram suas marcas e contribuições, desde a administração inaugural de Eli Goraieb até a presente de V. Exa., Desembargador Penteado.

Este tribunal vem dando exemplo de pioneirismo frente a toda a justiça brasileira, quer em suas fundamentadas decisões judiciais, quer em suas inovadoras decisões administrativas, comprovando a excelência que agora restou incontroversa: é o Tribunal Federal mais célere e cumpridor das metas do CNJ.

Ao depois, cumprimento o Ministro Néfi, pela merecida indicação ao Superior Tribunal de Justiça, ao qual soma sua competência e seu brilho;

o Desembargador Álvaro, pela sua imensa alegria de vida no convívio com seus pares nesta Casa;

o Desembargador Lugon, por sua sensibilidade no trato com tudo e com todos;

o Desembargador Tadaaqui, por sua inflexível determinação naquilo que se impunha fazer.

A Vossas Excelências, meus cumprimentos e, em seus nomes e em meu próprio, agradeço ao Sr. Presidente desta Casa e a seus pares pela

presente homenagem, o que a mim muito me emociona.

Agradeço a todos aqueles com os quais aqui convivi pela cortesia com que sempre fui tratada.

Pela liturgia destas sessões, muito há que se dizer, mas entendo que, sem fugir do protocolo, só cabe a qualquer homenageado agradecer e colocar-se à inteira disposição desta Casa, como fizemos no excelente trabalho da memória institucional.

Escrever a história do TRF da 4ª Região é obra consistente e importante que mergulha a geração presente e as futuras na dimensão dos trabalhos desta Casa.

De outro lado, este é um momento para reflexões sobre as instituições deste País que aparecem, no cenário nacional e além-fronteiras, tão vilipendiadas em suas missões.

Reflexões que se fazem em todos os momentos de qualquer reunião, que se fazem, certamente, ao julgar e ao administrar esta Casa, porque somos todos a soma de nossas circunstâncias históricas, sem nunca perdermos de vista os nossos sonhos e os nossos compromissos.

Sonhos e comprometimentos que nos acompanham em nossa vida, no trabalho. Na vida familiar e na social.

Nós, juízes que fomos, e Vossas Excelências, juízes que são, somos comprometidos com a Justiça na medida em que essa Justiça promova a paz social com o bem-estar de todos, em uma sociedade fraterna, inclusiva na forma e no modo disposto em nossa Constituição.

Oxalá todos nossos governantes, nossos legisladores e nossos julgadores concretizem os ditames maiores que instituíram o nosso Estado democrático, assegurando o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar e o desenvolvimento, sempre com uma solução pacífica das controvérsias.

Renovando os agradecimentos e saudando os familiares dos ora homenageados e pedindo licença para agradecer à minha família pela presença e pelo estímulo em todos os momentos de minha vida, cumprimento todos os membros deste Tribunal e os servidores que me acompanharam nesta caminhada, desejando a todos muita paz e realizações.

Que o Deus de cada um abençoe a todos.

Obrigada!

Discurso*

*Celso Kipper***

Exmo. Sr. Ministro Néfi Cordeiro, em nome de quem cumprimento todos os homenageados de hoje.

Exmo. Sr. Desembargador Luiz Fernando Wowk Penteado, em nome de quem cumprimento todas as autoridades presentes, e a quem agradeço, desde logo, pelo honroso convite para falar nesta solenidade em nome do Tribunal.

Senhoras e senhores.

São seis os homenageados nesta sessão solene: o *Ministro Néfi Cordeiro*, em virtude de sua posse no Superior Tribunal de Justiça; os Desembargadores Federais *Maria Lúcia Luz Leiria*, *Luiz Carlos de Castro Lugon*, *Tadaaqui Hirose* e *Álvaro Eduardo Junqueira*, em virtude de suas aposentadorias; e a própria Justiça Federal, em decorrência dos 125 anos transcorridos desde a sua criação.

* Discurso proferido durante sessão solene realizada pelo TRF da 4ª Região no dia 22.10.2015, em homenagem aos 125 anos da Justiça Federal; ao Ministro Néfi Cordeiro, em virtude de sua posse no Superior Tribunal de Justiça; e aos Desembargadores Federais aposentados Maria Lúcia Luz Leiria, Luiz Carlos de Castro Lugon, Tadaaqui Hirose e Álvaro Eduardo Junqueira. Na mesma ocasião, foi inaugurado o retrato do Desembargador Federal Tadaaqui Hirose na Galeria dos Presidentes do TRF4.

** Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, Corregedor Regional da Justiça Federal.

Podemos distinguir, no curso da existência da Justiça Federal, ao menos cinco fases distintas:

a) o período compreendido entre a sua criação pelo Decreto nº 848, de 11.10.1890, e sua extinção pela Constituição de 1937, no qual a Justiça Federal era composta, em primeira instância, por apenas um juiz federal em cada Estado da Federação, bem como no Distrito Federal, além de poucos juízes substitutos, estes com mandato de seis anos, e no qual a segunda instância era exercida pelo Supremo Tribunal Federal;

b) o lapso temporal entre a criação do Tribunal Federal de Recursos pela Constituição de 1946 (art. 94, inc. II), tribunal cuja competência era, em síntese, julgar recursos contra sentenças cíveis e criminais das causas em que havia interesse da União – sentenças aquelas proferidas por juízes estaduais –, e a reimplantação da Justiça Federal de primeira instância, disciplinada pela Lei nº 5.010, de 30.05.1966, após alteração do art. 94, inc. II, daquela Constituição pelo Ato Institucional nº 2, de 20.10.1965;

c) a partir da efetiva implantação das Seções Judiciárias (e a primeira instalada foi a do Distrito Federal, em 25.05.1967, conforme menciona Vladimir Passos de Freitas em seu livro *Justiça Federal*: histórico e evolução no Brasil), a Justiça Federal passou a contar com órgãos de primeiro e segundo graus, este ainda exercido pelo Tribunal Federal de Recursos, até o advento da Constituição Federal de 1988;

d) com a Carta Magna de 1988, foram levadas a efeito profundas modificações na estrutura da Justiça Federal, especialmente quanto à sua regionalização, por meio da extinção do Tribunal Federal de Recursos e da implantação de cinco Tribunais Regionais Federais, e à criação de um órgão de cúpula da justiça para as causas, estaduais ou federais, de direito infraconstitucional, o Superior Tribunal de Justiça;

e) a roupagem atual do Judiciário Federal foi atingida com a edição da Lei nº 10.259, de 12.06.2001 (fruto da Emenda Constitucional nº 22, de 18.03.1999), que transpôs os juizados especiais para a esfera da justiça comum da União e que proporcionou exponencial crescimento das demandas afetas à Justiça Federal, tornando necessária a contínua ampliação de sua estrutura.

E, nesses 125 anos decorridos desde a sua criação, a Justiça Federal vem expandindo-se exponencialmente. De apenas um juiz federal por

Estado da Federação, nos idos de 1890, passou-se, em dados de 2014, para 1.615 magistrados de primeira instância e 136 desembargadores.

O processo de interiorização ocasionado por tamanho crescimento fez com que, no final do ano passado, o Judiciário Federal atingisse o número de 976 unidades judiciárias instaladas, das quais 394 eram varas comuns; 213, juizados especiais; e 369, varas com juizado adjunto. O quadro funcional alcançou praticamente 30.000 servidores, e a quantidade de processos julgados em 2014 ultrapassou o patamar dos 3 milhões (precisamente, 3.046.481). Outro dado significativo do vulto que tomou a Justiça Federal foi a sua arrecadação no ano de 2014 – cerca de R$ 9,8 bilhões –, sendo o único ramo da justiça a angariar montante superior ao seu gasto global (R$ 8,7 bilhões), representando um retorno financeiro equivalente a 13% de suas despesas.

Na Justiça Federal julgam-se cotidianamente causas importantes no âmbito dos direitos tributários e aduaneiros, dos sistemas previdenciário e assistencial, dos crimes federais, dos concursos públicos, dos servidores públicos, dos contratos e das licitações administrativas, do direito bancário, do sistema financeiro da habitação, do direito à proteção à saúde, da improbidade administrativa, das questões ambientais, entre tantas outras.

E procuramos fazê-lo, em todo o Brasil, salvaguardando e aplicando os princípios e valores constitucionais com vista à promoção da cidadania e da dignidade humana e ao aprimoramento da república brasileira e do Estado democrático de direito.

E o fazemos profundamente incomodados com a dimensão das coisas que ainda precisam ser aperfeiçoadas, na certeza de que, como diz Saramago, o amanhã não existirá se não mudarmos o hoje. "Tudo o que carregamos nos ombros em nossa vida são vésperas", continua o Prêmio Nobel de Literatura, "e todas essas vésperas, incluindo a desesperança e a desilusão, são as que influenciam no amanhã". Assim, como arremata o mesmo autor, "é preciso fazer o trabalho todos os dias com as mãos, a cabeça, a sensibilidade, com tudo".

Esse trabalho, senhoras e senhores, mesmo em tempos de processo eletrônico, de videoconferências e computadores de última geração, não é feito por máquinas, mas por pessoas de carne e osso, juízes e servidores, ontem, hoje e sempre.

Entre esses batalhadores, encontram-se nossos homenageados de hoje.

O *Ministro Néfi Cordeiro*, Mestre em Direito Público e Doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidade Federal do Paraná, ostenta, ainda, a participação em curso de mediação na Universidade Canadense McGill.

Exerceu as atividades de Promotor de Justiça, Juiz de Direito, Juiz Federal e Desembargador Federal, esta de 2002 a 2014. Neste TRF4, atuou na coordenação do Planejamento Estratégico, dos Juizados Federais, do Sistema de Conciliação e do processo eletrônico, além de ter sido membro titular e presidente de Comissão de Concurso Público para Juiz Federal Substituto.

Foi instrutor em cursos de conciliação da Enfam, nos Tribunais de todas as Regiões Federais (2008/2010).

Atualmente é Ministro do Superior Tribunal de Justiça (desde 03.04.2014), compondo a 6ª Turma e a 3ª Seção. É membro da Comissão Especial Nacional de Concursos para Juiz Federal Substituto/CJF (desde 2008).

Apresenta extensa experiência de docência de graduação e pós-graduação e uma vasta relação de publicações, além de palestras, pronunciamentos e discursos proferidos.

A *Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria* é Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos. Exerceu os misteres de advogada, pretora, Procuradora do Estado do Rio Grande do Sul e Juíza Federal, sendo promovida a esta Corte em 22.03.1991, onde desempenhou as atribuições de Presidente da 1ª e da 5ª Turmas, Coordenadora do Programa de Estágio, Diretora da Escola da Magistratura, Presidente da Comissão Examinadora do XI Concurso Público para Provimento de Cargo de Juiz Federal Substituto da 4ª Região, Vice-Presidente e Presidente.

Possui vários cursos ministrados e palestras proferidas, além de diversas participações em congressos. É autora de uma série de artigos e do livro *Direito Previdenciário e Estado Democrático de Direito*: uma (re)discussão à luz da hermenêutica, bem como de capítulos das obras *Direito Tributário Ambiental*, organizada por Heleno Taveira Tôrres, e *O abuso de poder do Estado*, coordenada por Mauro Roberto Gomes

de Mattos.

O *Desembargador Federal Luiz Carlos de Castro Lugon*, licenciado em Direito, Legislação e Economia de Mercado pelo Centro de Educação Técnica do Instituto Americano de Lins e Mestre em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, desempenhou as atividades de Procurador-Chefe da Procuradoria do Iapas em Ourinhos/SP, Consultor Jurídico Regional do Inamps no Espírito Santo e Juiz Federal, sendo promovido a este Regional em 1999, onde exerceu as funções de membro da Comissão de Jurisprudência, Diretor da Escola da Magistratura, Vice-Corregedor, Corregedor Regional e Vice-Presidente na gestão 2011/2013.

Participou de curso promovido pela Seção Internacional da Escola Nacional da Magistratura da França em 1998 e foi integrante da Missão de Observação Eleitoral Brasileira no processo de eleições presidenciais da República Democrática do Timor Leste em 2002.

O *Desembargador Federal Tadaaqui Hirose* é pós-graduado em Direito Tributário pela Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana e especialista em Ciências Penais pela Universidade Federal do Paraná e em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Brasília.

Desempenhou os misteres de advogado particular e do Banco Central do Brasil, de docente da Faculdade Estadual de Ciências Econômicas de Apucarana, de Juiz de Direito do Estado do Paraná e de Juiz Federal, sendo promovido a Desembargador em 08.11.1999.

Ao longo de sua jornada na magistratura federal, exerceu a função de Diretor do Foro da Seção Judiciária do Paraná, atuou como membro do Tribunal Eleitoral paranaense, coordenou os Juizados Especiais Federais, dirigiu a Escola da Magistratura, foi Corregedor Regional no biênio 2011/2013 e presidiu esta Corte na gestão 2013/2015.

O *Desembargador Federal Álvaro Eduardo Junqueira* é graduado em direito pela Universidade Católica do Paraná, foi Técnico de Controle Externo do Tribunal de Contas paranaense, Promotor de Justiça do Estado do Paraná e Juiz Federal, sendo promovido a este TRF da 4ª Região em julho de 2004.

Participou de cursos de aperfeiçoamento em Direito Ambiental na Universidade da Flórida e em Direito Previdenciário nas Faculdades

Curitiba, assim como de inúmeros simpósios e seminários oficiais e extraoficiais, tendo proferido palestras em diversas universidades nacionais.

Os tribunais e os juízes, frequentemente, inclusive na literatura, têm sido considerados superiores, invisíveis e inabordáveis, como vemos em *O processo*, de Kafka, por exemplo.

Vossas Excelências, ao contrário, a par de uma labuta cotidiana em prol da afirmação da cidadania e dos princípios constitucionais, sempre se mostraram acessíveis às partes e a seus procuradores, consentâneos com uma visão humanística do processo e concretizando, ao fim e ao cabo, a visão institucional da Justiça Federal no sentido de alcançar àqueles cidadãos uma prestação jurisdicional justa e célere.

A Justiça Federal, desde seu nascedouro, há 125 anos, na última década do século XIX, e especialmente a partir da Constituição de 1988, vem apresentando evolução constante. Não à toa o Presidente do Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, em palestra proferida em Washington na última segunda-feira (19.10.2015), afirmou que as investigações de corrupção representam uma revolução no Brasil e se devem à independência dos juízes que atuam protegidos de qualquer interferência política, de sorte que "O Judiciário no Brasil é hoje um pilar da democracia, do nosso Estado democrático".[1]

Senhores homenageados: podem ter certeza de que o trabalho cotidiano com afinco e dedicação de Vossas Excelências em muito contribuiu para o aperfeiçoamento da Justiça Federal e para a efetivação de direitos constitucionais de cidadania nas últimas décadas.

Vossas Excelências, ao saírem do Tribunal – o Ministro Néfi em decorrência de sua posse no STJ, os demais em virtude de suas aposentadorias –, já recomeçaram suas vidas (e, como diz o poeta Mario Quintana, "Nada jamais continua, tudo vai recomeçar!"). Desejo-lhes felicidades em seus recomeços, lembrando que, segundo Epicuro, a felicidade é inseparável das virtudes da prudência, da beleza e da justiça. E, como diz Miguel Torga:

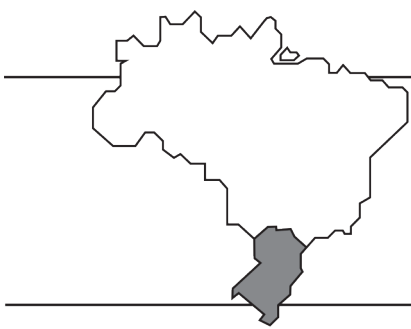
[1] TREVISAN, Cláudia. 'Tudo será revelado', diz Lewandowski sobre investigações de corrupção. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 19 out. 2015. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/noticias/geral,tudo-sera-revelado--diz-lewandowski-sobre-investigacoes-de-corrupcao,1782348>.

Sísifo

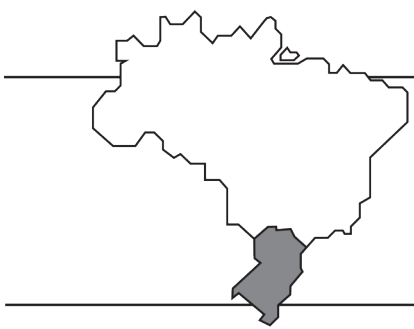
Recomeça…
Se puderes,
Sem angústia e sem pressa.
E os passos que deres,
Nesse caminho duro
Do futuro,
Dá-os em liberdade.
Enquanto não alcances
Não descanses.
De nenhum fruto queiras só metade.

E, nunca saciado,
Vai colhendo
Ilusões sucessivas no pomar
Sempre a sonhar
E vendo
Acordado,
O logro da aventura.
És homem, não te esqueças!
Só é tua a loucura
Onde, com lucidez, te reconheças.

Muito obrigado.



ACÓRDÃOS



DIREITO ADMINISTRATIVO E
DIREITO CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5002029-57.2013.404.7008/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva

Apelante: Fundação Nacional do Índio – Funai
Apelante: Sociedad Naviera Ultragas Ltda.
Advogada: Dra. Luciana de Mello Rodrigues
Apelados: Os mesmos
Wilson Sons Agência Marítima Ltda.
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Administrativo. Apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração. Ausência de ratificação posterior. Extemporaneidade do recurso. Ausência de exaurimento de instância – recurso não conhecido. Dano ambiental – área indígena. Funai – legitimidade ativa. Explosão de navio petroleiro – responsabilidade civil objetiva da empresa. Dano ambiental comprovado. Indenização por danos morais – cabível.

1. A interposição do recurso de apelação antes do julgamento dos embargos de declaração, sem a posterior ratificação das razões recursais, importa a sua intempestividade com posterior não conhecimento. Prematuridade da interposição do recurso, porquanto não houve o exaurimento da instância. Precedentes do STJ e desta Corte.

2. A Funai é parte legítima para representação de comunidades indígenas, conforme se depreende do teor do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 5.371/67.

3. No caso em exame, aplica-se a teoria da responsabilidade objetiva, que tem como pressupostos, além da ação, a relação de causalidade e a existência de dano.

4. Comprovado que o derramamento de combustível do navio após sua explosão foi determinante e causa direta e imediata para o dano ambiental, resta configurada a responsabilidade do réu a ensejar o pretendido pagamento de indenização por danos morais.

5. Acolhe-se integralmente a pretensão autoral quando o conjunto probatório evidencia a relação de causalidade existente entre as alterações ambientais ventiladas na inicial e a explosão do navio petroleiro, sobretudo na hipótese em que a prova pericial produzida reconhece a existência de dano ambiental.

6. A equação fática/jurídica imanente à lide e às finalidades precípuas do instituto da indenização por danos morais – sancionatória, pedagógica e inibitória – deve ser fixada no caso concreto.

7. Considerando os autos apresentados, a indenização pecuniária deve ser fixada em R$ 10.000,00 para cada família indígena encontrada. Para as famílias não identificadas ou não localizadas, o valor deve ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos do Ministério da Justiça.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer da apelação da parte-autora e dar parcial provimento à apelação da parte-ré, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 29 de abril de 2015.

Des. Federal *Fernando Quadros da Silva*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva: Trata-se de ação ordinária ajuizada pela Funai contra *Sociedad Naviera Ultragas*

Ltda. (representada no Brasil por Wilson Sons Agência Marítima Ltda.), em que pleiteia indenização por danos morais e materiais decorrentes de explosão de navio petroleiro na baía de Paranaguá/PR.

Processado o feito, a ação foi julgada parcialmente procedente para condenar a ré Sociedad Naviera Ultragas Ltda. ao pagamento de indenização por danos morais, no montante de R$ 50.000,00, corrigido, para cada família indígena residente na Ilha da Cotinga na época do acidente do navio Vicuña, a serem devidamente identificadas pela Funai, na fase de cumprimento de sentença.

Caso alguma família indígena que estivesse residindo na Ilha da Cotinga na época do acidente do navio Vicuña não esteja mais morando nessa localidade, tampouco consiga a Funai localizar a sua residência atual a fim de receber a indenização fixada nesta sentença, a sua cota-parte de R$ 50.000,00 será revertida em benefício da própria comunidade Guarani-mbya da Área Indígena Ilha da Cotinga, como, por exemplo, na construção de um local onde possa se concentrar a venda de todos os produtos artesanais feitos pelos indígenas, ou outro benefício a ser indicado pela Funai e definido na fase de cumprimento da sentença.

Condenada a parte-ré em honorários advocatícios de 10% do valor da condenação.

Ambas as partes apelaram.

A Funai requer condenação da parte-ré também ao pagamento pelos danos materiais (APELAÇÃO176).

A parte-ré requer apreciação de agravo retido com pedido de chamamento ao processo e reconhecimento de conexão de processos que ainda está pendente de análise pelo STJ. Alega a ilegitimidade passiva da Funai e a inépcia da inicial. Sustenta que não há responsabilidade civil objetiva, sequer prova do nexo causal. Requer a improcedência da ação. Mantida a condenação, requer redução do *quantum* indenizatório (APELAÇÃO186).

Com contrarrazões, vieram os autos a esta Corte. O MPF opinou pelo provimento da apelação da Funai e pelo desprovimento da apelação da parte-ré.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva:

Apelação da Funai

Não conheço do recurso de apelação interposto.

Compulsando os autos, verifico que, após a sentença de parcial procedência (SENT175), a Funai apelou (APELAÇÃO176) e a parte-ré opôs embargos de declaração (PET178).

Contudo, após o julgamento dos embargos declaratórios (SENT180), não houve a ratificação das razões de apelo por parte da Funai.

Nessa senda, o recurso interposto não deve ser conhecido, por intempestividade (prematuridade). Para o conhecimento do presente recurso, seria necessário, no mínimo, ratificação das razões anteriormente expostas, no prazo do recuso (no caso, 15 dias), conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. APELAÇÃO INTERPOSTA NA PENDÊNCIA DE JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. NECESSIDADE DE RATIFICAÇÃO. SÚMULA 418/STJ. APLICAÇÃO.

1. A jurisprudência deste Superior Tribunal firmou-se no sentido de ser extemporânea a apelação interposta na pendência de julgamento dos embargos de declaração, ainda que apresentados pela parte contrária ou rejeitados, sem que ocorra a posterior e necessária ratificação, dentro do prazo legal.

2. Diante disso, aplica-se, por analogia, o enunciado da Súmula 418/STJ, que assim dispõe: 'É inadmissível o recurso especial interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração, sem posterior ratificação'.

3. Agravo regimental a que se nega provimento." (STJ, AgRg no AREsp 251735/MG, rel. Min. Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 29.11.2013)

"DIREITO PROCESSUAL CIVIL – RECURSO ESPECIAL INTERPOSTO POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO NOS AUTOS – SÚMULA 115/STJ. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO ANTES DO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 418/STJ. EFEITOS DO RECONHECIMENTO DA INTEMPESTIVIDADE DIANTE DE DISPOSIÇÃO DE OFÍCIO.

1. Não se admite o recurso especial subscrito por advogado sem procuração nos autos (Súmula 115/STJ).

2. A Súmula 418/STJ aplica-se, por analogia, ao recurso de apelação, sendo considerado inadmissível o apelo interposto antes da publicação do acórdão dos embargos de declaração interpostos contra a sentença, sem posterior ratificação.

3. No caso dos autos, o julgamento realizado pelo acórdão recorrido, sob o fundamento do conhecimento de ofício, mas, em verdade, acolhendo argumentos trazidos por apelação

intempestiva, operou conhecimento por via oblíqua da apelação intempestiva, em matéria que não era de ordem pública, mas de caráter privado da parte.

4. O prequestionamento, entendido como a necessidade de o tema objeto do recurso haver sido examinado pela decisão atacada, constitui exigência inafastável da própria previsão constitucional, ao tratar do recurso especial, impondo-se como um dos principais requisitos ao seu conhecimento. Nos termos das Súmulas 211/STJ e 282 e 356/STF, não se admite o recurso especial que suscita tema não prequestionado pelo tribunal de origem.

5. Recurso especial de VERACEL CELULOSE S/A não conhecido; recurso especial de ALEXANDER TAVARES PICOLI e outro provido em parte, permanecendo a sentença de 1º grau, inclusive quanto ao item 4 dessa sentença, que dispõe sobre a condenação a pagamento de indenização." (STJ, REsp 1306482/BA, rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, DJe 07.10.2013)

Na mesma linha, segue a jurisprudência desta Corte:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. NECESSIDADE. Não se conhece da apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração, uma vez que não houve interposição de novo recurso de apelação ou ratificação das razões anteriormente expostas, conforme jurisprudência do STJ." (TRF4, AC 5043886-35.2012.404.7100, Terceira Turma, relatora p/ acórdão Marga Inge Barth Tessler, juntado aos autos em 05.06.2014)

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OMISSÃO. INTEGRAÇÃO. RECURSO DE APELAÇÃO INTERPOSTO ANTERIORMENTE AO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. RATIFICAÇÃO DAS RAZÕES RECURSAIS. NECESSIDADE. A natureza reparadora dos embargos de declaração só permite a sua oposição contra sentença ou acórdão acoimado de obscuridade ou contradição, bem como nos casos de omissão do juiz ou do tribunal. Não se conhece da apelação interposta antes do julgamento dos embargos de declaração e que não foi ratificada após a reabertura dos prazos, conforme jurisprudência do STJ." (TRF4, AC 5000085-29.2013.404.7005, Quarta Turma, relatora p/ acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 21.05.2014)

"ADMINISTRATIVO. APELAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. AUSÊNCIA DE REITERAÇÃO APÓS O JULGAMENTO DOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EC Nº 47/2008. INTEGRALIDADE E PARIDADE ENTRE PROVENTOS E VENCIMENTOS. GRATIFICAÇÕES DE CARÁTER GERAL. EXTENSÃO AOS INATIVOS. GDAC. REGULAMENTAÇÃO PELO DECRETO Nº 7.133/2010. EFEITOS FINANCEIROS A CONTAR DE 01.01.2009. VANTAGEM DE CARÁTER PESSOAL A CONTAR DE 01.01.2009. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. A apelação interposta pelo Iphan não deve ser conhecida, tendo em vista que foi interposta antes do julgamento dos embargos de declaração e não foi ratificada após esse julgamento. Orientação deste TRF/4ª Região.

2. A EC nº 47/2005 assegurou aos aposentados e pensionistas proventos integrais, bem como paridade remuneratória com os ativos. Entretanto, essa paridade entre vencimentos e proventos abrange apenas as vantagens de caráter geral. Precedente do STF.

3. Segundo o STF, apenas as gratificações de caráter geral pagas aos ativos é que devem

ser estendidas aos inativos.

4. Nos termos do art. 2º-A da Lei nº 11.233, na sua redação dada pela Lei nº 11.784/2008, a remuneração dos servidores do Iphan, a contar de 01.03.2008, passou a ser composta por Vencimento Básico; Gratificação de Desempenho de Atividade Cultural (GDAC); Gratificação Temporária de Atividade Cultural (GTEMPCUL); e Gratificação Específica de Atividades Auxiliares da Cultura (GEAAC).

5. Os critérios para a fixação da GDAC foram regulamentados pelo Decreto nº 7.133/2010, o qual estabeleceu que os efeitos financeiros da referida gratificação retroagiriam a 01.01.2009. Para o STF, a contar dessa data, a GDAC passou a ostentar caráter *pro labore faciendo* (pessoal), deixando de ser uma gratificação de caráter geral.

6. Nesse passo, até 31.12.2008, a GDAC ostentava caráter de gratificação geral, razão pela qual, até essa data, era devida aos inativos no mesmo patamar pago na última remuneração que serviu de referência para o cálculo da aposentadoria ou pensão. A partir de 01.01.2009, em razão da sua natureza pessoal, aos inativos passou a ser indevida a extensão da GDAC.

7. Deve ser mantido o valor fixado aos honorários advocatícios, tendo em vista que o valor levou em conta o trabalho do causídico na causa, demanda que versa sobre questão unicamente de direito e que é objeto de reiterado enfrentamento pelos tribunais.

8. Não conhecimento do apelo do Iphan e improvimento do apelo do Sintrafesc e da remessa oficial." (APELREEX 5017000-53.2013.404.7200, Terceira Turma, relator p/ acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 02.05.2014)

Dessa forma, entendo ser inoportuna a interposição do apelo sem sua posterior ratificação quando pendente julgamento de embargos de declaração da parte adversa, uma vez que não houve o necessário exaurimento da instância.

Logo, não conheço do recurso de apelação da Funai.

Caso concreto

Em 15.11.05, ocorreu, na baía de Paranaguá, a explosão do navio petroleiro *Vicuña*, de propriedade da *Sociedad Naviera Ultragas Ltda.*, que, carregado com grande quantidade de variados derivados de petróleo, despejou no mar mais de um milhão de litros desses produtos, criando mácula que se alastrou nas baías de Paranaguá, Antonia e Guaraqueçaba.

A parte-autora afirmou que os efeitos nocivos da mancha poluidora se fizeram sentir com mais ênfase na entrada da baía de Paranaguá, exatamente onde se encontra a Ilha da Cotinga, catalogada como propriedade da União na condição de terra tradicionalmente ocupada por indígenas.

Para a Funai, houve dano moral decorrente do risco à saúde, em

virtude de análises químicas da água retirada da área indicarem valores acima do limite tolerado para o uso agrícola em solo em no mínimo 5 substâncias, dentre elas o benzo(a)pireno, considerado o composto aromático de maior potência cancerígena.

Afirma que a produtividade do mar foi radicalmente atingida em decorrência do vazamento, o que ocasionou dano material à comunidade.

Das preliminares e do agravo retido

A parte-ré requer apreciação de agravo retido com pedido de chamamento ao processo e reconhecimento de conexão de processos que ainda está pendente de análise pelo STJ. Alega a ilegitimidade passiva da Funai e a inépcia da inicial.

Verifico que a referida análise "ainda pendente no STJ" já foi julgada e está acostada aos autos em "AGRAVO189". No TRF, a decisão foi assim decidida em agravo:

"AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. REUNIÃO DO PROCESSO COM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. EMPRESAS CORRESPONSÁVEIS. CHAMAMENTO AO PROCESSO. INDEFERIMENTO.

O aproveitamento da prova produzida poderia ser resolvido não só pela reunião dos processos, mas também pelo instituto da prova emprestada, especialmente quando se têm em conta a relevância dos bens jurídicos tutelados em ambas as ações e a conexão referida. Assim, o chamamento ao processo e a reunião dos processos só causariam tumulto processual, na medida em que se encontram em fases processuais distintas."

No tribunal superior, foi mantido o entendimento:

"RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO PROPOSTA PELA FUNAI. NAVIO PETROLEIRO. VAZAMENTO DE DERIVADOS DE PETRÓLEO NO MAR. DANOS AO MEIO AMBIENTE. PRETENSÃO DE CHAMAMENTO AO PROCESSO. SOLIDARIEDADE PASSIVA. LITISCONSÓRCIO FACULTATIVO. NULIDADE NÃO VERIFICADA. ART. 535 DO CPC NÃO VIOLADO.

1. A questão jurídica trazida no especial encontra-se suficientemente debatida e decidida no acórdão recorrido, não ocorrendo qualquer omissão. Assim, estão prequestionados os dispositivos legais pertinentes ao tema e inexiste violação do art. 535 do Código de Processo Civil.

2. Entende-se haver, no caso em debate, litisconsórcio facultativo decorrente da solidariedade, não litisconsórcio necessário, inexistindo a obrigatoriedade de a ação ser dirigida contra todos os responsáveis pelo dano ambiental. Precedentes.

3. Recurso especial não provido."

Impende-se concluir não haver mais razão nem espaço para discussão a respeito da matéria nessa seara. Já está consolidado o entendimen-

to de capacidade postulatória da Funai, afastadas a inépcia da inicial e a ilegitimidade passiva do réu, bem como a inexistência de conexão de processos e a não obrigatoriedade de chamamento ao processo.

Apenas para reforçar o sentenciado, trago abaixo parecer do MPF no tocante (Evento 5, nesta Corte):

"*Legitimidade ativa da Funai*

A empresa-ré sustenta a ilegitimidade ativa da Funai sob o argumento de que os índios pertencem à comunidade indígena lesada pelo dano ambiental. Não merece acolhida tal pretensão.

À Funai é legalmente atribuída a representação de comunidades indígenas, conforme se depreende do teor do parágrafo único do artigo 1º da Lei nº 5.371/67, que instituiu a referida fundação. Veja-se:

'Art. 1º Fica o Governo Federal autorizado a instituir uma fundação, com patrimônio próprio e personalidade jurídica de direito privado, nos termos da lei civil, denominada 'Fundação Nacional do Índio', com as seguintes finalidades:

(...)

Parágrafo único. *A Fundação exercerá os poderes de representação ou assistência jurídica inerentes ao regime tutelar do índio, na forma estabelecida na legislação civil comum ou em leis especiais*.' (destacou-se)

Conforme a legislação citada, verifica-se que cabe à Funai a tutela jurisdicional dos interesses das comunidades indígenas, razão pela qual descabe discutir a legitimidade ativa da Funai nos presentes autos. No mesmo sentido, veja-se o seguinte precedente do Superior Tribunal de Justiça:

'ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. INDÍGENAS. OCUPAÇÃO DE ESTRADA. MULTA DIÁRIA. RESPONSABILIDADE DA FUNAI. REVISÃO DO VALOR. POSSIBILIDADE.

1. O dever de tutela sobre as comunidades indígenas é da União, que o exerce por meio da Funai, de acordo com o art. 7º, § 2º, da Lei nº 6.001/73 (Estatuto do Índio). Sendo assim, essa Fundação, como tutora, é civilmente responsável pelos atos dos tutelados silvícolas, nos termos do art. 932, II, do Código Civil. 2. Caso em que se reconhecem a gravidade da situação a que se refere a medida liminarmente concedida pelo juízo *a quo* e a recalcitrância da comunidade indígena e da Funai em seu cumprimento, justificando-se a imposição de multa diária por descumprimento. 3. O valor fixado a título de multa cominatória não faz coisa julgada material (art. 461, § 6º, do CPC), podendo ele ser alterado para mais ou para menos, a qualquer tempo, sempre que se tornar insuficiente ou excessivo à finalidade a que se destinava. Considerando-se que houve cumprimento espontâneo da obrigação pelos tutelados, nada resta devido a título de multa pela Fundação. 4. Parcialmente reformada a decisão agravada.' (TRF4, AG 5030064-02.2013.404.0000, Quarta Turma, relatora p/ acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 12.05.2014) (destacou-se)

Da alegada inépcia da inicial

Quanto à alegação de inépcia da peça inicial, tal pretensão não merece prevalecer. A petição inicial movida pela Funai está revestida de todos os requisitos, uma vez que dos

fatos narrados decorre o direito pleiteado.

A Funai pleiteia indenização por danos morais, por prejuízos causados à saúde, à religião, à cultura e à estabilidade social da comunidade indígena habitante da Ilha da Cotinga/PR, bem como a condenação do réu à indenização por danos materiais correspondentes aos prejuízos causados à comunidade indígena por força da rejeição de seu produto pelo mercado consumidor nos meses diretamente posteriores à liberação da pesca na área afetada.

O objeto da ação movida pela Funai decorre da prática de dano ambiental que causou prejuízos materiais e morais à comunidade indígena. Configurada a legitimidade ativa da Funai, resta evidente a completa adequação da demanda, uma vez que os pedidos deduzidos decorrem da causa de pedir apresentada, razão pela qual em hipótese alguma poderá prevalecer a alegação de inépcia da peça inicial."

Responsabilidade civil da empresa-ré

O art. 927 do Código Civil dispõe:

"Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem."

A Lei nº 7.203/84, sobre assistência e salvamento de embarcação, expõe a responsabilidade objetiva do proprietário da embarcação pelos riscos e danos dela decorrentes:

"Art. 3º Quando a embarcação, a coisa ou o bem em perigo representar um risco de dano a terceiros ou ao meio ambiente, o armador ou o proprietário, conforme o caso, será o responsável pelas providências necessárias para anular ou minimizar esse risco e, caso o dano se concretize, pelas suas consequências sobre terceiros ou sobre o meio ambiente, sem prejuízo do direito regressivo que lhe possa corresponder."

No aspecto ambiental, a responsabilidade objetiva é evidente, decorre da Constituição Federal e da Lei de Política Nacional do Meio Ambiente. Determinam tais dispositivos legais:

Constituição Federal:

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

(...)

§ 2º – Aquele que explorar recursos minerais fica obrigado a recuperar o meio ambiente degradado, de acordo com solução técnica exigida pelo órgão público competente, na forma da lei.

§ 3º – *As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independente-*

mente da obrigação de reparar os danos causados.

(...)"

Lei nº 6.938/81:

"Art. 14. Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou à correção dos inconvenientes e dos danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores:

(...)

§ 1º – Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, *é o poluidor obrigado,* ***independentemente da existência de culpa****, a indenizar ou reparar* ***os danos causados ao meio ambiente*** *e* ***a terceiros, afetados por sua atividade***. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente.

(...)"

Analisando o acidente do Navio Vicuña à luz da legislação de exploração de hidrocarbonetos e de segurança da navegação, conclui-se pela responsabilidade objetiva da empresa interessada.

Mérito

Fica delimitada a apreciação quanto à condenação ao pagamento por danos morais. Consoante me parece, o conjunto probatório evidencia a relação de causalidade entre as alterações ambientais ventiladas e a explosão do navio petroleiro, nos moldes retratados em sentença.

Importa referir o acerto do comando exauriente originário ao reconhecer a responsabilidade da parte-ré pelos danos causados ao meio ambiente.

Para evitar tautologia, reproduzo a sentença lançada pelo juízo de primeiro grau, que bem analisou os fatos e o direito aplicado, cujos fundamentos tomo como razões de decidir (SENT175):

"O Laudo Técnico Vicuña – fls. 140-159 –, elaborado pelo Ibama e pelo IAP – Instituto Ambiental do Paraná, evidenciou a existência de danos ao meio ambiente. Comprovado o dano ambiental, não há como a empresa autora escusar-se de suas obrigações legais.

Tampouco pode a ré afastar tal entendimento com base na aplicação da norma Marpol 73/78, uma vez que essa norma não se aplica ao caso concreto, por não estarem presentes os requisitos autorizadores previstos no art. 11 do Decreto Legislativo nº 60/199. Vejamos quais são:

'Regra 11

Exceções

As Regras 9 e 10 deste Anexo não se aplicam:

a) à descarga de óleo ou mistura oleosa no mar, necessária para fins de garantir a segurança de um navio ou salvar vida humana no mar, ou

b) à descarga de óleo ou mistura oleosa no mar resultante de avarias em um navio ou em seu equipamento:

I) desde que tenham sido tomadas as precauções razoáveis após a ocorrência da avaria ou desdobrada do vazamento com o propósito de prevenir ou minimizar a descarga; e

II) exceto se o amarrador ou o comandante agirem seja com intenção de provocar danos, seja com negligência e com conhecimentos de que poderia, provavelmente, ocorrer a avaria; ou

c) à descarga no mar de substâncias contendo óleo, aprovada pela Administração, quando usada para fins de combate específico e incidente com poluição a fim de minimizar os danos por poluição. Qualquer dessas descargas estará sujeita à aprovação de qualquer Governo em cuja jurisdição é considerado que ocorra a descarga.'

A hipótese dos autos não se encaixa em qualquer das exceções previstas na norma transcrita.

(...)

2.1.3 Do dano moral ambiental

Também pleiteia o autor indenização por danos morais, a serem liquidados por artigos mediante o dimensionamento temporal dos prejuízos à saúde, à religião, à cultura e à estabilidade social da comunidade indígena habitante da Ilha da Cotinga, em valor a ser quantificado por família consoante os parâmetros ditados pelo Superior Tribunal de Justiça.

Nesta questão, a premissa a ser analisada diz respeito à existência de dano ambiental e, no caso de sua constatação, à sua repercussão na comunidade eventualmente atingida.

A Lei nº 6.938/81, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, não conceitua dano ambiental, limitando-se a definir degradação ambiental e poluição, da forma que segue:

'Art 3º – Para os fins previstos nesta lei, entende-se por:

(...)

II – degradação da qualidade ambiental, a alteração adversa das características do meio ambiente;

III – poluição, a degradação da qualidade ambiental resultante de atividades que direta ou indiretamente:

a) prejudiquem a saúde, a segurança e o bem-estar da população;

b) criem condições adversas às atividades sociais e econômicas;

c) afetem desfavoravelmente a biota;

d) afetem as condições estéticas ou sanitárias do meio ambiente;

e) lancem matérias ou energia em desacordo com os padrões ambientais estabelecidos;

(...)'

A concepção de dano moral ambiental emana da ideia de que, se a lesão à honra de uma única pessoa é passível de reparação, como admite a ordem jurídica pátria (art. 5º, V, X, da Constituição Federal e arts. 12, *caput*, 186 e 927, *caput*, do Código Civil), a lesão à honra da coletividade, composta por pessoas indeterminadas que titularizam, de modo indivisível, o bem ambiental violado (art. 81, parágrafo único, I, do Código de Defesa do Consumidor), também deve sê-lo, máxime à vista de sua relevância social.

Ao relatar a Apelação Cível nº 2006.71.05.005734-6, o exmo. relator Des. Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz cita Carlos Alberto Bittar Filho, *in verbis*:

'No magistério de Carlos Alberto Bittar Filho pode ser encontrada a precisa definição de dano moral coletivo:

'Consiste o dano moral coletivo na injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, na violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. *Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico.* ***Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação (*****damnum in re ipsa*****)***.' (*in* Coletividade também pode ser vítima de dano moral. *Revista Consultor Jurídico*, 25 fev. 2004. Disponível em: <http://conjur.estadao.com.br>)

O mesmo doutrinador prossegue: 'Para a perfeita compreensão da matéria, *podem ser citados dois exemplos bem claros de dano moral coletivo: a) o dano ambiental, que não consiste apenas e tão somente na lesão ao equilíbrio ecológico, afetando igualmente outros valores precípuos da coletividade a ele ligados, ou seja, a qualidade de vida e a saúde* (...)'.' (TRF4, AC 2006.71.05.005734-6, Terceira Turma, relator Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, D.E. 20.08.2008)

É nesse sentido o entendimento do STJ:

'PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. REGULAR ANÁLISE E JULGAMENTO DO LITÍGIO PELO TRIBUNAL RECORRIDO. RECONHECIMENTO DE DANO MORAL REGULARMENTE FUNDAMENTADO.

1. Trata-se de recurso especial que tem origem em agravo de instrumento interposto em sede de ação civil pública movida pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul em desfavor de Agip do Brasil S/A, sob o argumento de poluição sonora causada pela veiculação pública de *jingle* que anuncia produtos por ela comercializados. O acórdão impugnado pelo recurso especial declarou a perda de objeto da ação no que se refere à obrigação de fazer, isso porque lei superveniente à instalação do litígio regulou e solucionou a prática que se procurava coibir. *O aresto pronunciado pelo tribunal* a quo*, de outro vértice, reconheceu caracterizado o dano moral causado pela empresa agravante – em razão da poluição sonora ensejadora de dano ambiental – e a decorrente obrigação de reparação dos prejuízos causados à população*. Daí, então, a interposição do recurso especial que ora se aprecia, no qual se alega, em resumo, ter havido violação do artigo 535 do Código de Processo Civil.

2. Todavia, constata-se que o acórdão recorrido considerou todos os aspectos de relevância para o julgamento do litígio, manifestando-se de forma precisa e objetiva sobre as questões essenciais à solução da causa. Realmente, informam os autos que, a partir dos elementos probatórios trazidos a exame, inclusive laudos periciais, a Corte *a quo* entendeu estar sobejamente caracterizada a ação danosa ao meio ambiente perpetrada pela recorrente, sob a forma de poluição sonora, na medida em que os decibéis utilizados na atividade publicitária foram, comprovadamente, excessivos. Por essa razão, como antes registrado, foi estabelecida a obrigação de a empresa postulante reparar o prejuízo provocado à população.

3. A regular prestação da jurisdição, pelo julgador, não exige que todo e qualquer tema indicado pelas partes seja particularizadamente analisado, sendo suficiente a consideração das questões de relevo e essencialidade para o desate da controvérsia. Na espécie, atendeu-se com exatidão a esse desiderato.

4. Recurso especial conhecido e não provido.' (REsp 791.653/RS, rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 06.02.2007, DJ 15.02.2007, p. 218)

Assim, ao menos para a solução da controvérsia sob exame, o dano ambiental pode ser compreendido, a partir da combinação de elementos extraídos da legislação e da doutrina, como a lesão causada ao meio ambiente por omissão de pessoa física ou jurídica.

Para ensejar a responsabilização civil do causador do dano ambiental, não se exige prova cabal da lesão ao meio ambiente, mas apenas de sua probabilidade ou da simples ameaça ao bem ambiental, máxime porque, nos termos do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, 'a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito'.

Outrossim, a proteção ao meio ambiente está assegurada constitucionalmente no art. 225 da Carta Magna, onde expressamente consta a incumbência do poder público na defesa e na preservação do meio ambiente, *verbis*:

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

§ 1º – Para assegurar a efetividade desse direito, incumbe ao Poder Público:

(...)

V – controlar a produção, a comercialização e o emprego de técnicas, métodos e substâncias que comportem risco para a vida, a qualidade de vida e o meio ambiente;

(...)

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

(...)' (destaquei)

Desse modo, a imputação da responsabilidade pela indenização dos danos se dá tanto às empresas privadas quanto aos órgãos públicos, por seus atos e suas omissões na proteção ao meio ambiente.

Com efeito, diz a Lei nº 6.938/1981:

'Art. 3º – Para os fins previstos nesta lei, entende-se por:

(...)

IV – poluidor, a pessoa física ou *jurídica*, *de direito público* ou privado, responsável, direta ou indiretamente, por atividade causadora de degradação ambiental;

(...)

Art. 14 – Sem prejuízo das penalidades definidas pela legislação federal, estadual e municipal, o não cumprimento das medidas necessárias à preservação ou à correção dos inconvenientes e dos danos causados pela degradação da qualidade ambiental sujeitará os transgressores: (...)

§ 1º Sem obstar a aplicação das penalidades previstas neste artigo, é o poluidor obrigado, *independentemente da existência de culpa*, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade para propor ação de responsabilidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.'

A respeito da comprovação do dano ambiental, conforme salientado alhures, o Laudo Técnico Vicuña (fls. 140-159), elaborado pelo Ibama e pelo IAP – Instituto Ambiental do Paraná, evidenciou a existência de danos ao meio ambiente.

Não se pretende aqui transcrever todos os danos relacionados no aludido laudo, o que seria por demais trabalhoso e extenso. Mas, apenas para ilustrar o tamanho da tragédia que se instalou nas baías de Paranaguá, Antonina e Guaraqueçaba, seguem os seguintes trechos das conclusões do laudo, a seguir transcritos (fls. 158-159):

'(...)

A extensão total da costa atingida pelo derrame de óleo foi de 170 quilômetros, que representam 15% dos 1.130 km de costa da região do Complexo Estuarino de Paranaguá.

(...)

Os ecossistemas mais severamente atingidos pelo derrame, e com maior dificuldade de limpeza, foram os manguezais e as marismas, onde se observou a mortalidade das árvores e das gramíneas típicas desse ambientes. *Os pontos mais contaminados localizam-se na Ilha do Mel, na Ilha Rasa da Cotinga*, ***na Ilha da Cotinga*** e nas proximidades da Pedra da Cruz (Ponta do Ubá). *O acúmulo de óleo nesses locais representa fonte intermitente de* ***contaminação do ambiente, com efeitos a médio e longo prazo***.

(...)

Análises laboratoriais indicaram contaminação por hidrocabonetos policíclicos aromáticos – HPA em tecidos de ostras, caranguejos e bacucus coletados nas áreas atingidas pelo derramamento. Estas são espécies comumente utilizadas como alimento pela população da região.' (destaquei)

Comprovado o dano ambiental, resta verificar seu impacto na vida da comunidade tutelada pela Funai. Para tanto, deve-se, novamente, buscar apoio no laudo pericial de fls. 2378-2496. Transcreve-se:

'O peixe faz parte da alimentação tradicional guarani, ao lado do milho, da batata-doce, da mandioca, do amendoim, do feijão, do mel e de animais de caça. A pesca é uma atividade importante para a comunidade indígena da Ilha da Cotinga, uma vez que a maioria das famílias não recebe proventos. *Nas entrevistas realizadas, foi recorrente a afirmação de que, 'quando acaba a mistura, a gente tem que pescar'. Para garantir a subsistência, os índios produzem e vendem artesanato, mantêm pequenas roças e pescam*.

Considerada tanto uma atividade de lazer quanto de subsistência, a pesca é realizada tanto de manhã quanto no final da tarde e praticada indistintamente por crianças, homens e mulheres.

(...)

O acidente com o navio Vicuña afetou os hábitos alimentares da comunidade indígena Guarani-mbya residente na Ilha da Cotinga, uma vez que foi proibida a pesca e a coleta de caranguejos, no período de dezembro a janeiro de 2004.

Também a venda de artesanato na cidade de Paranánguá ficou prejudicada, uma vez que a proibição de banho de mar devido ao acidente com o navio Vicuña afastou os turistas do litoral.

(...)

Na comunidade Guarani-mbya da Área Indígena Ilha da Cotinga, somente algumas famílias recebem proventos, como salário mínimo, aposentadoria e bolsa família. Dessa forma, a subsistência depende principalmente do plantio de roças familiares, da pesca com linha e anzol e da venda de artesanato confeccionado pelos próprios índios.

O acidente com o navio Vicuña e o consequente vazamento de óleo na baía de Paranaguá afetou profundamente as atividades de subsistência e comerciais da referida comunidade

indígena pelos seguintes motivos:

– o impedimento do lazer na baía de Paranaguá afastou os turistas, comprometendo a venda do artesanato indígena nas ruas e no mercado de artesanato da cidade de Paranaguá;

– a pesca e a coleta de caranguejos no mangue foram proibidas durante 51 dias;

– o acidente ocorreu nos meses de dezembro e janeiro, período em que a escola da Área Indígena Ilha da Cotinga estava com as atividades suspensas pelas férias, de forma que não havia oferta de merenda escolar para as crianças;

(...)

Durante a visita técnica à Área Indígena da Ilha da Cotinga com o objetivo de produzir provas periciais, foram registrados depoimentos das famílias que ali moravam no período do acidente com o navio Vicuña, entre dezembro e janeiro de 2004. Ao se lembrar do referido acidente, os índios relataram que passaram por um período muito difícil.

Muitos acreditam que os diversos acidentes ambientais que têm ocorrido na baía de Paranaguá têm sido responsáveis pela diminuição dos peixes, dos caranguejos e também pelo desaparecimento de alguns animais de caça, como a capivara, o tatu e o gambá.' (destaquei)

Assim, restou muito bem caracterizado o impacto que o dano ambiental causou à comunidade indígena da Ilha da Cotinga, consistente não apenas na lesão ao equilíbrio ecológico, mas afetando igualmente outros valores daquela coletividade, ou seja, sua qualidade de vida e sua saúde.

Desse modo, tendo em conta a indiscutível importância do bem jurídico tutelado nestes autos (combate à poluição por óleo e substâncias nocivas ou perigosas) e comprovado que o descumprimento das leis ambientais provocou danos à comunidade Guarani-mbya da Área Indígena Ilha da Cotinga, constata-se que é cabível a condenação da ré ao pagamento de indenização pelo dano moral coletivo, nos termos do pedido inicial."

Verifica-se, pois, que o laudo acostado evidencia o nexo causal entre o extenso dano ambiental e a explosão do navio, acarretando poluição do local afetado pelo derramamento de combustível.

Dessa forma, estou por manter integralmente a sentença objurgada, cujos fundamentos, em reforço (sobretudo pelas transcrições da conclusão pericial), adoto como razão de decidir.

Valor dos danos morais

As consequências acima descritas devem ser consideradas para a fixação da indenização, bem como a situação econômica do réu. Dos autos, dessume-se a elevada capacidade econômica do réu.

Nessa equação, a indenização pecuniária fixada pela v. sentença na ordem de R$ 50.000,00 para cada família indígena afigura-se excessiva. Entendo que, em vista da equação fática/jurídica imanente à lide e às finalidades precípuas do instituto – sancionatória, pedagógica e inibitória –, há que ser minorada a indenização para R$ 10.000,00 para cada

família identificada no local.

Para as famílias não identificadas ou não localizadas, o valor deve ser revertido para o Fundo de Direitos Difusos do Ministério da Justiça.

Modificada a sentença apenas no valor indenizatório.

Considerando os mais recentes precedentes dos tribunais superiores, que vêm registrando a necessidade do prequestionamento explícito dos dispositivos legais ou constitucionais supostamente violados, e a fim de evitar que, eventualmente, não sejam admitidos os recursos dirigidos às instâncias superiores, por falta de sua expressa remissão na decisão vergastada, quando os tenha examinado implicitamente, dou por prequestionados os dispositivos legais e/ou constitucionais apontados pela parte.

Ante o exposto, voto no sentido de não conhecer da apelação da parte-autora e dar parcial provimento à apelação da parte-ré, nos termos da fundamentação.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5004558-52.2013.4.04.7007/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle
Rel. p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior

Apelante: Associação dos Servidores do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária de Francisco Beltrão – Assincra/FB
Advogados: Dra. Patricia Emile Abi Abib
Dr. Jaceguay Feuerschuette de Laurindo Ribas
Dra. Isabela Vellozo Ribas
Dra. Melina Samma Nunes
Dra. Liziane d'Almeida
Apelado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Direito Administrativo. Servidor público. Gratificação de produtividade. Pagamento sem efetiva avaliação de desempenho dos servidores da ativa. Convolação da rubrica em gratificação geral. Extensão impositiva aos servidores inativos.

A gratificação geral, paga a todos os servidores ativos indistintamente, será devida também aos servidores inativos, porque não é possível discriminar (pagar a uns e não pagar a outros) apenas considerando a distinção ativo-inativo, que é discriminatória, constitucionalmente injustificada.

No caso de gratificação de desempenho, a distinção entre servidores ativos e inativos será legítima apenas se a gratificação ao pessoal da ativa for distribuída segundo avaliação de produtividade. Em tese, a avaliação dos servidores ativos faria justificada a distinção e permitiria que nem todos recebessem o mesmo valor.

No caso concreto, os elementos contidos nos autos indicam que, nos períodos a que a prova se refere, o pagamento da gratificação não está calcado em efetiva avaliação dos servidores em atividade, pois praticamente a totalidade deles recebeu a mesma pontuação – máxima – na avaliação. Avaliar pressupõe comparar com os outros, dar um valor comparado com os outros, estando caracterizado no caso, em verdade, um simulacro de avaliação.

Portanto, para aqueles períodos, não estando o pagamento da gratificação respaldado em efetiva avaliação de desempenho, a gratificação não perde seu caráter geral, sendo impositivo seu pagamento também aos servidores inativos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o relator, dar parcial provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 08 de julho de 2015.

Des. Federal *Cândido Alfredo Silva Leal Júnior*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle: Adoto o relatório da sentença, *verbis*:

"Trata-se de ação civil pública ajuizada pela Associação dos Servidores do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária de Francisco Beltrão (Assincra/FB) em face do Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (Incra), na qual a parte-autora requer que a autarquia federal ré efetue o pagamento da GDARA e da GDAPA na base de 100 pontos aos servidores inativos.

Para tanto, sustenta, em apertada síntese, que sobreditas gratificações de desempenho possuem 'mecanismos para conferir pontuação máxima aos avaliados, tudo com o único e exclusivo propósito de excluir os aposentados e os pensionistas', motivo pelo qual 'não há dúvidas, portanto, de que tal gratificação adquiriu caráter de generalidade, ficando sobejamente caracterizada a discriminação contra' esta última categoria de servidores. Asseriu, também, que existe 'burla ao processo administrativo das avaliações', realizando-se apenas '*pro forma*, com um único propósito: aumento geral a todos os servidores da ativa, mas com disfarce de gratificação para evitar a sua concessão ao pessoal aposentado e aos pensionistas'.

Citado, o réu ofertou contestação no evento 19, oportunidade na qual arguiu, em sede de prejudicial, a prescrição. No mérito, pugnou pela improcedência dos pedidos veiculados na peça vestibular, sob o fundamento de que as gratificações em exame são vinculadas ao 'desempenho individual e institucional do servidor, não se podendo, desse modo, falar de desrespeito à isonomia'.

Houve réplica (evento 22).

O Ministério Público Federal deixou de ofertar parecer sob o fundamento de que 'não há elementos que comprovem existir interesse de incapaz, estando as partes devidamente representadas por advogado e sendo o bem jurídico em discussão indiscutivelmente disponível' (evento 25).

Vieram os autos conclusos para sentença."

A sentença julgou improcedentes os pedidos formulados na inicial. Demanda isenta de custas.

A parte-autora apela, requerendo a reforma total da sentença, com a procedência do pedido nos termos da inicial.

Com as contrarrazões, subiram os autos.

O MPF lançou parecer no sentido do desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle: A fim de evitar tautologia, tenho por bem fazer uso da sentença da lavra do Juiz Christiaan Allessandro Lopes de Oliveira, cujos fundamentos ficam

aqui transcritos como razões de decidir, *verbis*:

"Trata-se de ação civil pública na qual a parte-autora requer a inclusão, nos holerites dos substituídos (aposentados e pensionistas do Incra), da GDARA e da GDAPA na base de 100 pontos.

Pleiteia-se, portanto, a extensão de vantagem, deferida a ativos, com fundamento nos princípios da isonomia e da paridade, sob o argumento de que as avaliações dos servidores feitas pela autarquia federal ré em todo o território nacional são totalmente dissimuladas, pois 'os dados apresentados demonstram que tais procedimentos não passam de uma sofisticada simulação, exteriorizada por decretos e portarias prolixos, cujos resultados – das avaliações – são publicados em boletins internos, tudo a dificultar uma análise precisa por parte dos administrados prejudicados' (evento 01, INIC1, fl. 15).

Em que pesem os argumentos deduzidos pela parte-autora na exordial, torna-se incabível o pagamento de tais gratificações aos inativos nos mesmos patamares dos servidores da ativa, tendo em vista que referidas verbas (GDARA e GDAPA), após o início dos ciclos de avaliações, ostentam indiscutível natureza *pro labore faciendo*.

Com efeito, tais parcelas devem ser calculadas com base em um sistema de pontos, fundado em avaliação de desempenho institucional e coletivo, circunstância que retira o caráter de generalidade depois de fixados e efetuados, nos termos dos atos normativos pertinentes, os critérios e os respectivos ciclos de avaliações do desempenho ou da atividade. Sob esse enfoque, confira-se a jurisprudência do Tribunal Regional Federal da 4ª Região:

'ADMINISTRATIVO. GEDR. EXTENSÃO AOS SERVIDORES INATIVOS. CARÁTER *PRO LABORE FACIENDO* À ÉPOCA DA APOSENTADORIA. 1. As pontuações recebidas pelos servidores da ativa, *enquanto não recebidas por conta de avaliação de desempenho*, devem alcançar os aposentados e os pensionistas, na medida em que deferidas àqueles servidores independentemente de qualquer desempenho funcional, evidenciando seu caráter geral. 2. *Considerando que, à época da aposentadoria do autor, a GEDR já passara a ter caráter* pro labore faciendo*, não há falar em paridade entre ativos e inativos*. 3. Inexiste direito à irredutibilidade de vencimentos no caso de vir a ser implantada a avaliação de desempenho individual dos servidores ativos, porquanto a verba em discussão trata-se de uma gratificação, que não integra o vencimento básico. 4. Apelação improvida.' (TRF4, AC 5003928-73.2011.404.7101, Terceira Turma, relator p/ acórdão Sérgio Renato Tejada Garcia, juntado aos autos em 08.05.2014 – destaquei)

'ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. DNER. ENQUADRAMENTO NO NOVO PLANO DE CARGOS E SALÁRIOS DO DNIT. LEI 11.171/2005. PARIDADE DE VALORES REMUNERATÓRIOS. APOSENTADORIAS E PENSÕES ANTERIORES AO ADVENTO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 41/2003. GDAPEC. (...) – Reconhecido o direito do demandante à percepção das respectivas aposentadorias e pensões de acordo com os valores que constam da Tabela de Vencimentos Plano Especial de Cargos do DNIT, excluídas as gratificações *pro labore faciendo*, *desde que já tenha sido atendida a exigência legal de regulamentação das avaliações, porquanto até que seja suprido esse requisito tais gratificações guardam natureza de vantagem geral* (aplicação do entendimento exarado pelo STF no que toca à GDATA, consubstanciado na Súmula Vinculante nº 20, editada a partir do julgamento pelo STF do RE nº 597.154, em repercussão geral). – *Como o primeiro ciclo de avaliações foi realizado de 01.06.2010 a 31.08.2010, somente após essa data há*

perda do direito à paridade de pagamento da GDAPEC. – Desse modo, a parte-autora faz jus à equiparação da GDAPEC desde a edição da MP 441, em 29.08.2008, até o fim do primeiro ciclo de avaliação, em 31.08.2010. (...)' (TRF4, AC 5019045-79.2012.404.7001, Quarta Turma, relator p/ acórdão Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, juntado aos autos em 29.04.2014 – destaquei)

'AGRAVO EM APELAÇÃO CÍVEL. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DA CARREIRA DA PREVIDÊNCIA DA SAÚDE E DO TRABALHO – GDPST. MP Nº 431/2008. LEI Nº 11.784/2008. EXTENSÃO AOS INATIVOS E AOS PENSIONISTAS. 1. O plenário do STF (RE 476.279-0) já decidiu que as gratificações *pro labore faciendo*, *enquanto não regulamentados os critérios de avaliação do desempenho ou da atividade, revelam natureza de gratificação de caráter geral*, devendo ser pagas aos aposentados e aos pensionistas nos mesmos parâmetros em que são pagas aos servidores ativos. *A paridade entre ativos e inativos relativa às gratificações de desempenho é devida até que a implantação dos mecanismos de avaliação passe a produzir efeitos financeiros. Sua supressão não importa ofensa à irredutibilidade de vencimentos, visto que a partir de então a gratificação perderá seu caráter de generalidade*. 2. A proporcionalidade dos proventos de aposentadoria não reflete no pagamento das gratificações em discussão, uma vez que a Constituição Federal e a lei instituidora da vantagem não autorizam distinção alguma entre os servidores aposentados com proventos integrais e proporcionais. 3. Agravo a que se nega provimento.' (TRF4, 5008237-81.2013.404.7000, Terceira Turma, relator p/ acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 06.02.2014 – destaquei)

Importa ainda salientar que 'a existência de regulamento infralegal, pormenorizando o benefício e instituindo o início das avaliações de desempenho dos servidores no âmbito de sua competência, é suficiente para demonstrar a implantação dos ciclos avaliatórios, considerando a submissão da Administração à legalidade' (TRF4, AC 5026254-39.2011.404.7000, Terceira Turma, trecho de voto proferido pela ilustre relatora p/ acórdão, Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 17.10.2012).

Eventual descumprimento dos critérios e/ou parâmetros estabelecidos por ocasião da realização dos ciclos de avaliação, conforme sustenta a parte-autora, não tem – nem poderia ter – o condão de legitimar a pretensão veiculada na petição inicial (extensão do benefício, em grau máximo, aos servidores inativos), sob pena de violação ao princípio da moralidade.

Nesse sentido, impende transcrever, no que interessa à questão posta sob debate, parte do voto proferido pela juíza federal Gabriela Pietsch Serafin ao julgar o Recurso Cível nº 5005870-37.2011.404.7200/SC, *ad litteram*:

'O fato jurídico que confere à gratificação a natureza *pro labore faciendo* não é a efetiva realização das avaliações, mas sua regulamentação com fixação dos critérios aptos à sua realização, requisito esse preenchido pela edição da Portaria 468/2010. O elemento diferenciador é jurídico, e não fático. *Existindo norma regulamentadora não cumprida, o caso é de irregularidade dos pagamentos sem avaliação aos servidores ativos, e não de irregularidade do não pagamento aos inativos*.

O eventual pagamento indevido (sem avaliação) de gratificações aos servidores ativos é matéria que compete aos órgãos fiscalizadores da atividade administrativa federal (CGU, TCU, MPF). Por outro lado, no caso de não pagamento por ausência de cumprimento das normas que criaram e estabeleceram a gratificação, cabe a cada interessado (servidor da ativa)

buscar, no respectivo órgão e, eventualmente, no Poder Judiciário, o cumprimento da norma.

Inviável é manter a equiparação pretendida a fim de que se aguarde a pactuação referida em cada um dos órgãos/departamentos/divisões da administração pública correspondente. Da mesma forma em relação à aferição da avaliação institucional.

Se as avaliações, apesar da regulamentação, não estão sendo processadas, o caso é de não pagamento da gratificação aos servidores da ativa, e não de manutenção da natureza linear da gratificação, como pretende a parte-autora.' (5005870-37.2011.404.7200, Terceira Turma Recursal de SC, relatora p/ acórdão Gabriela Pietsch Serafin, julgado em 26.10.2011 – destaquei)

Assim sendo, ainda que seja possível que haja distorções na valoração dos critérios ou parâmetros estabelecidos, por ocasião da realização dos ciclos de avaliação, não há, como já dito, possibilidade de legitimar tal distorção para o fito de abarcar os aposentados e os pensionistas, sob pena de violação ao princípio da moralidade."

Na mesma linha, o parecer ministerial, *verbis*:

"A Assincra/FB ajuizou ação civil pública objetivando a concessão das gratificações GDARA e GDAPA no patamar de 100 pontos, uma vez que essa é a pontuação concedida à quase totalidade dos servidores do Incra. Apresenta documentos que comprovam que todos os funcionários do Paraná receberam 100 pontos em 2012 e 2013.

Com efeito, enquanto não houver regulamentação dos critérios de avaliação do desempenho, terão as gratificações caráter genérico, devendo ser pagas aos aposentados e aos pensionistas nos mesmos patamares pagos aos servidores em atividade.

Tal entendimento é pacífico na jurisprudência desse e. Tribunal, conforme aresto abaixo transcrito:

'ADMINISTRATIVO. SERVIDOR PÚBLICO. GDAPMP. APOSENTADOS E PENSIONISTAS. PARIDADE. 1. O plenário do STF (RE 476.279-0) já decidiu que as gratificações *pro labore faciendo*, enquanto não regulamentados os critérios de avaliação do desempenho ou da atividade, revelam natureza de gratificação de caráter geral, devendo ser pagas aos aposentados e aos pensionistas nos mesmos parâmetros em que são pagas aos servidores ativos. 2. Agravos improvidos.' (TRF4, 5033955-08.2012.404.7100, Terceira Turma, relator p/ acórdão Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, juntado aos autos em 25.09.2014)

Contudo, os atos da administração têm presunção de legitimidade, devendo o autor comprovar qualquer vício de ilegalidade, o que não ocorreu no caso concreto.

Da análise dos autos, também se observa que o autor trouxe aos autos a Portaria/INCRA/P/ nº 556, de 30 de dezembro de 2005, que aprovou as normas disciplinadoras da Gratificação de Desempenho de Atividade de Reforma Agrária (GDARA), instituída pela Lei nº 11.090/05, constando do anexo V a Ficha de Avaliação de Desempenho Individual (evento 1 – PORT14 – processo originário)

Ainda, colaciona a Portaria nº 26, de 27 de abril de 2012 (evento 1 – PORT9), na qual há a aprovação dos critérios para concessão da GDARA e da Gratificação de Desempenho de Atividade de Perito Federal Agrário (GDAPA), instituída nos termos do artigo 5º da Lei nº 10.550/02.

Desse modo, houve, de fato, o estabelecimento de critérios para a concessão das indigitadas gratificações, não se podendo falar em caráter genérico para se conferir o direito

ao pagamento aos servidores inativos nos mesmos patamares concedidos aos servidores em atividade.

Ante o exposto, o Ministério Público Federal, por seu agente signatário, manifesta-se pelo desprovimento da apelação."

Acerca da matéria, a manifestação do e. STF, *verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. APOSENTADORIA. PARIDADE REMUNERATÓRIA. § 8º DO ART. 40 DO MAGNO TEXTO. GRATIFICAÇÃO DE DESEMPENHO DE ATIVIDADE DE PERITO FEDERAL AGRÁRIO (GDAPA). EXTENSÃO NOS MESMOS VALORES PAGOS A SERVIDORES ATIVOS. CRITÉRIOS DE AVALIAÇÃO JÁ REGULAMENTADOS.

1. *A ausência de regulamentação do processo de avaliação de desempenho, tal como previsto na Lei Federal 10.550/2002, confere à GDAPA um caráter de generalidade. Pelo que a vantagem é de ser estendida aos servidores aposentados em paridade de condições com os ativos apenas no período que antecedeu a citada regulamentação*.

2. Agravo regimental desprovido." (AI 845833 AgR, Relator(a): Min. Ayres Britto, Segunda Turma, julgado em 20.03.2012, Acórdão Eletrônico, DJe-072, Divulg. 12.04.2012, Public. 13.04.2012 – grifou-se)

Em seu voto, anotou o ilustre relator, *verbis*:

"O SENHOR MINISTRO AYRES BRITTO (Relator)

Tenho que o inconformismo não merece acolhida. Eis o teor da decisão agravada (fls. 68-69):

'Trata-se de agravo de instrumento contra decisão obstativa de recurso extraordinário, este manejado com suporte na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

2. Da leitura dos autos, observo que o Colegiado de origem deu pela possibilidade de extensão a servidor aposentado da Gratificação de Desempenho de Atividade de Perito Federal Agrário (GDAPA), no valor inicial de 50 pontos, até a data em que regulamentados os critérios para avaliação de desempenho.

3. Pois bem, a parte recorrente aponta ofensa ao § 8º do art. 40 da Carta Magna de 1988 e ao art. 7º da EC 41/2003.

4. Tenho que a insurgência não merece acolhida. Isso porque o entendimento adotado pelo aresto impugnado afina com a jurisprudência desta nossa Casa de Justiça.

5. Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, na sessão plenária de 29.10.2009, aprovou a edição da Súmula Vinculante 20:

'A Gratificação de Desempenho de Atividade Técnico-Administrativa – GDATA, instituída pela Lei nº 10.404/2002, deve ser deferida aos inativos nos valores correspondentes a 37,5 (trinta e sete vírgula cinco) pontos no período de fevereiro a maio de 2002 e, nos termos do artigo 5º, parágrafo único, da Lei nº 10.404/2002, no período de junho de 2002 até a conclusão dos efeitos do último ciclo de avaliação a que se refere o artigo 1º da Medida Provisória nº 198/2004, a partir da qual passa a ser de 60 (sessenta) pontos.'

6. *Ora, no tocante à Gratificação de Desempenho de Atividade de Perito Federal Agrário (GDAPA), são aplicáveis os mesmos fundamentos de direito que nortearam a edição do*

citado verbete vinculante. É que a ausência de regulamentação do processo de avaliação de desempenho, tal como previsto na Lei Federal 10.550/2002, confere à referida gratificação um caráter de generalidade. Pelo que a vantagem é de ser estendida aos servidores aposentados em paridade de condições com os ativos no período que antecedeu a citada regulamentação.

Ante o exposto e frente ao *caput* do art. 557 do CPC e ao § 1º do art. 21 do RI/STF, nego seguimento ao recurso.'

Muito bem. Após reexaminar a controvérsia, concluo que as razões recursais não se mostram aptas à alteração do equacionamento jurídico dado ao caso.

Nessa contextura, confirmando a adequação da decisão agravada à jurisprudência firmada por esta nossa Casa de Justiça, nego provimento ao agravo regimental.

É como voto." (grifou-se)

Nesse sentido, ainda, o seguinte precedente da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, *verbis*:

"EMENTA: EMBARGOS. GDASS. TERMO FINAL DO PAGAMENTO. IRREDUTIBILIDADE DE PROVENTOS. 1. *O termo final do pagamento das diferenças decorrentes do direito dos inativos à paridade de pagamento da GDASS coincide com o encerramento do ciclo de avaliação dos servidores em atividade, a partir de quando a referida gratificação passa a efetivamente observar o desempenho*. 2. A eventual redução do valor da gratificação de desempenho paga a servidor inativo, para patamar inferior ao recebido anteriormente ou para patamar inferior ao valor pago aos servidores em atividade, não ofende a irredutibilidade de proventos, tendo em vista o caráter *pro labore faciendo* que assume essa parcela a partir da efetiva implantação do resultado das avaliações. 3. Precedentes desta Turma Regional. 4. Embargos providos." (IUJEF 0010502-64.2008.404.7050, Turma Regional de Uniformização da 4ª Região, relator Paulo Paim da Silva, D.E. 07.12.2012)

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior: O pedido formulado na ação consiste na extensão a servidores aposentados do Incra de gratificações pagas aos servidores da ativa a título de gratificação de produtividade (GDARA e GDAPA), sob o fundamento de que se trata, em verdade, de gratificações gerais.

O relator vota no sentido de negar provimento à apelação, confirmando a sentença de improcedência da demanda. Pedi vista dos autos para melhor exame e, isso feito, peço vênia pra divergir de seu entendimento.

Com efeito, se a gratificação for geral, paga a todos os ativos indistintamente, então ela será devida também aos inativos, porque já se

entendeu que não é possível discriminar (pagar a uns e não pagar a outros) apenas considerando a distinção ativo-inativo. Ou seja, por si só, a distinção ativo-inativo não é suficiente para permitir que uns recebam e outros não recebam. A distinção seria discriminatória, constitucionalmente injustificada, e por isso haveria direito a ambos receberem.

A lei exige que a gratificação seja distribuída segundo avaliação de produtividade. Em tese, portanto, existiria motivo para discriminar: a avaliação dos servidores ativos faria justificada a distinção e permitiria que nem todos recebessem o mesmo valor.

A questão é verificar se, no caso concreto, houve avaliação de produtividade ou se esta foi apenas um simulacro de avaliação, destinado apenas a justificar uma situação ilegítima (desvio de finalidade, pagando a gratificação apenas aos ativos e negando o pagamento aos inativos).

Que provas foram trazidas? Anexos à petição inicial que comprovam que, nos períodos de 01.07.2011 a 30.04.2012 (evento1, OUT11) e de 01.05.2012 a 30.04.2013 (OUT12 e OUT13), *todos os servidores ativos avaliados receberam produtividade igual a 100%* (ou, ao menos, os que não receberam foram insignificantes, talvez porque tivessem ingressado no serviço público naquele período, não superando 0,3% dos servidores).

É aceitável uma avaliação de produtividade que atribua 100% de produtividade indistintamente a todos os ativos?

Parece que não é, porque:

(a) o significado da palavra "avaliação" está assim definido em dicionários da língua portuguesa:

> "Avaliação: estimativa do valor ou importância de algo; valor atribuído por quem avalia." (AULETE, Caldas. *Novíssimo Aulete*: dicionário contemporâneo da língua portuguesa. Rio de Janeiro: Lexikon, 2011)

> "Avaliação: ato de avaliar, ou seja, ato de determinar o valor, o preço ou o merecimento de." (FREIRE, Laudelino. *Grande e novíssimo dicionário da língua portuguesa*. v. I. Rio de Janeiro: José Olympio, 1957)

Logo, o que está em questão é "atribuir o valor". Ou seja, o que importa não é apenas a coisa em si (o ser da coisa), mas a coisa comparada com outras (o valor da coisa). Ser e valor são duas formas de ver a mesma realidade, a mesma coisa. Mas, em um caso (ser), o que está em jogo é a coisa em si, sua própria existência, sua realidade no mundo

independentemente do resto. No outro caso (valor), o que está em jogo é a coisa no mundo, comparada com as outras coisas, a partir de um critério comum que um observador lhe atribui (avaliador);

(b) *avaliar*, portanto, pressupõe *comparar* com os outros e dar um valor comparado com os outros. Comparação, nas palavras de Foulquié, é a "*operación mental consistente en aproximar dos o más cosas, a fin de determinar en qué se parecen y en qué se diferencian*" (FOULQUIÉ, Paul. *Diccionario del lenguaje filosófico*. Barcelona: Labor, 1967. p. 153). Assim, se o avaliador dá 100% para todos, está avaliando? Está comparando com os outros? Está discriminando em relação aos outros? Parece que não, porque justamente está negando essa comparação, negando as diferenças de quantidade e de qualidade, simplesmente dizendo que são iguais. Isso não é atribuir valor, isso não é avaliar;

(c) *simular*, do verbo latino *simulare*, significa "encobrir a realidade debaixo de aparências enganosas, procurar parecer o que não é, fazendo com que as atitudes, as coisas falsas, se mostrem semelhantes às verdadeiras" (ROQUETE, J.I.; FONSECA, José da. *Dicionário dos sinônimos poéticos e de epítetos da língua portuguesa*. Porto: Lello e Irmãos, 1974. p. 27 e 267).

No plano jurídico, a simulação é causa de nulidade do ato jurídico (Código Civil, art. 185, c/c art. 167).

No caso dos autos, o autor provou que aparentemente não houve avaliação, que a administração "fingiu" ou "simulou" uma avaliação porque simplesmente deu a mesma nota a todos e não comparou o trabalho de cada um. Logo, cabia à administração provar que não simulou nem fingiu a avaliação. A administração produziu essa prova? Existe nos autos algum elemento que comprove que as avaliações da administração foram sérias e reais? Em verdade, não há tais provas. Ao contrário, pelos termos genéricos de sua manifestação nos autos sobre a natureza *pro labore faciendo* da gratificação, dessume-se que a administração equivocadamente pressupõe que os documentos apresentados pelo autor comprovariam a realização da avaliação.

Portanto, tenho por suficientemente provado que não houve avaliação individual de produtividade e de desempenho no período abrangido pelos documentos dos autos, de 01.07.2011 a 30.04.2013, e que por isso a gratificação foi atribuída em caráter geral, motivo pelo qual os

inativos, aposentados e pensionistas, também devem recebê-la em valor integral relativamente a esse período.

Concluindo, julgo que o pedido deva ser acolhido em parte, reconhecendo-se o direito de aposentados e pensionistas a receberem as gratificações em foco, no período em que tenham sido pagas com base na avaliação realizada entre 01.07.2011 e 30.04.2013, no mesmo patamar em que tenham sido pagas aos servidores da ativa, e condenando o réu a pagar as diferenças correspondentes, corrigidas monetariamente e acrescidas de juros de mora.

Condeno o réu a pagar honorários de advogado, que fixo em 5% do valor da condenação, com base no art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC e considerando tratar-se de ação coletiva.

Ante o exposto, com a devida vênia do relator, voto por *dar parcial provimento à apelação*, na forma da fundamentação.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
Nº 5028507-88.2011.4.04.7100/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira

Apelante: Conselho Federal de Psicologia – CFP
Apelado: Ministério Público Federal
Interessado: Conselho Regional de Psicologia 7ª Região – CRP/RS

EMENTA

Administrativo. Ação civil pública. Resolução do Conselho Federal de Psicologia. Imposição de restrições ao exercício profissional. Resolução 12/2011. Competência excedida. Eficácia do provimento jurisdicional. Abrangência além dos limites da competência territorial do órgão prolator. Possibilidade.

– A Constituição Federal prevê a liberdade para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão quando atendidas as qualificações previstas em lei (art. 5º, inc. XIII, da Carta Magna). Portanto, não compete ao Conselho Federal de Psicologia, por meio de resoluções, impor requisitos ou restrições ao exercício profissional que não estejam dispostos na legislação.

– As recomendações contidas na Resolução nº 12/2011 não podem ser consideradas como meras condições técnicas e éticas estabelecidas para o exercício da profissão, e sim ampliações da competência regulamentar do CFP, uma vez que suprimem elementos essenciais à devida prestação de serviços por parte dos psicólogos, esvaziando a finalidade dos laudos e pareceres psicológicos no auxílio ao Poder Judiciário.

– A partir do julgamento do Recurso Especial Repetitivo nº 1243887/PR, o STJ vem afastando a limitação da competência territorial do órgão julgador na hipótese de grupo indeterminado e isonômico distribuído por todo o território nacional, sob pena de sancionar a aplicação de normas distintas a pessoas detentoras da mesma condição jurídica.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Colenda 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer da remessa oficial e negar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 26 de agosto de 2015.

Des. Federal *Ricardo Teixeira do Valle Pereira*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira: Trata-se de ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal em face do Conselho Federal de Psicologia – CFP e do Conselho Regional de Psicologia do Rio Grande do Sul – CRP/RS, objetivando a declaração de invalidade da Resolução nº 12/2011 expedida pelo CFP, retirando-lhe a eficácia em âmbito nacional, inclusive para o fim de invalidar processos ético-disciplinares instaurados com base nela ou em seus termos e as sanções eventualmente aplicadas, bem como a declaração de

nulidade de qualquer ato praticado pelos conselhos-réus com base na referida resolução.

O exame do pedido de antecipação de tutela foi postergado para a ocasião da sentença (evento 11).

O Ministério Público Federal juntou cópia de decisão concessiva de liminar, de âmbito nacional, proferida na Ação Civil Pública nº 0008692-96.2012.4.02.5101, promovida pelo Ministério Público Federal do Rio de Janeiro contra a Resolução nº 10/2010 do CFP (evento 19).

Sentenciando, o juízo *a quo* julgou procedentes os pedidos iniciais para (i) declarar a nulidade da Resolução nº 12/2011, expedida pelo Conselho Federal de Psicologia, retirando-lhe toda a eficácia em âmbito nacional, especialmente para o fim de invalidar processos ético-disciplinares instaurados com base nela ou em seus termos e as sanções eventualmente aplicadas; (ii) declarar a nulidade de qualquer ato praticado pelos conselhos-réus com base na mencionada resolução; e (iii) determinar ao Conselho Federal de Psicologia que dê ampla divulgação interna à sentença, encaminhando cópia da decisão por meio eletrônico a todos os Conselhos Regionais de Psicologia, bem como para os psicólogos neles inscritos, além de disponibilizá-la na respectiva página da Internet. Deferida a antecipação de tutela para suspender, em todo o país, os efeitos da Resolução nº 12/2011 do CFP e os procedimentos ou processos administrativos destinados a apurar eventuais descumprimentos das disposições por parte dos psicólogos, bem como determinar ao CFP que, no prazo de 10 dias, dê ampla divulgação à decisão, nos termos anteriormente referidos, sob pena de multa diária no valor de R$ 10.000,00. A sentença foi encaminhada ao reexame necessário (evento 42).

Apela o Conselho Federal de Psicologia. Preliminarmente, suscita a impossibilidade da abrangência nacional dos efeitos da sentença, tendo em vista que a resolução em comento é aplicada desde 2011 e apenas em algumas regiões há questionamento judicial em curso desse ato normativo. No mérito, afirma que a entidade possui competência para normatizar o exercício profissional da psicologia, o que é feito, dentre outras medidas, pela expedição de resoluções. Alega que a única questão que o CFP normatiza na Resolução nº 12/2011 é a atuação

ética/técnica do psicólogo no âmbito do sistema prisional, razão pela qual "dizer que a resolução extrapola os limites de regulamentação ou restringe o exercício profissional, violando direitos constitucionais dos psicólogos e da sociedade em geral, é um exagero e uma interpretação absolutamente equivocada". De outro modo, sustenta que mesmo o reconhecimento de eventual nulidade deve se dar de forma parcial, e não quanto à resolução como um todo. Portanto, requer, preliminarmente, o afastamento do reconhecimento da abrangência nacional da sentença e, no mérito, a reforma da decisão para reconhecer como válida e eficaz a Resolução nº 12/2011, dando-se prosseguimento aos processos ético-disciplinares em curso e a todos os demais atos administrativos relativos a essa resolução. Subsidiariamente, postula pela manifestação deste Tribunal quanto à nulidade total da referida resolução ou apenas de determinado dispositivo.

Com as contrarrazões (evento 67), vieram os autos a esta Corte.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira:

Preliminarmente

O apelante requer, em sede de preliminar, o afastamento do reconhecimento da abrangência nacional da sentença. Deixo, contudo, sua análise para ser feita em conjunto com o mérito, uma vez que a deliberação sobre a procedência desta pretensão apenas se faz necessária na hipótese de manutenção da decisão do juízo *a quo*, razão pela qual implica pronunciamento quanto ao deslinde da controvérsia.

Da matéria de fundo

O Ministério Público Federal ingressou com a presente ação civil pública objetivando, em síntese, a declaração de invalidade da Resolução nº 12/2011 expedida pelo Conselho Federal de Psicologia, com a consequente anulação de qualquer ato praticado com base nela.

Alega que o CFP, dentre outros abusos no exercício da sua competência de regulamentar a profissão da psicologia, determinou que fossem vedadas a "elaboração de prognóstico criminológico de reincidên-

cia, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal", nos termos do art. 4º, § 1º, da resolução.

Sustenta, portanto, que a referida vedação, dentre outras constantes na resolução, afronta o direito constitucional ao livre exercício profissional dos psicólogos, especialmente daqueles com especialização em psicologia jurídica, o direito dos psicólogos ocupantes de cargos públicos nas estruturas do sistema prisional brasileiro de colaborar com a prestação jurisdicional e o direito da sociedade em geral à prevenção de crimes, por meio da contribuição advinda dos estudos da psicologia jurídica.

O Conselho Federal de Psicologia, por sua vez, justifica que a resolução em comento não inviabiliza a atuação dos psicólogos no âmbito do sistema prisional, apenas disciplina questões relativas à atuação ética e técnica desses profissionais.

Do exposto, tenho que o deslinde da controvérsia consiste em analisar se a Resolução nº 12/2011 efetivamente inviabiliza a atuação do psicólogo em sede de execução penal ou meramente regulamenta a profissão para garantir que o procedimento adotado pelo profissional observe parâmetros éticos e técnicos.

De início, cumpre observar que a resolução em comento foi expedida com a finalidade de substituir a Resolução nº 09/2010.

A Resolução nº 09/2010 vedava de forma indiscriminada ao psicólogo que atua nos estabelecimentos prisionais realizar exame criminológico e participar de ações e/ou decisões que envolvessem práticas de caráter punitivo e disciplinar, bem como documento escrito oriundo da avaliação psicológica com fins de subsidiar decisão judicial durante a execução da pena do sentenciado.

Tal edição ensejou a instauração de inquérito civil pelo Ministério Público Federal, tendo resultado na suspensão daquela resolução até a promoção extrajudicial da sua revisão.

Ao final, a Resolução nº 09/2010 foi revogada pelo próprio Conselho Federal de Psicologia para, em seu lugar, editar a Resolução nº 12/2011, objeto desta ação civil pública, que substituiu a *vedação* ao exame criminológico por uma *recomendação* de como realizar o referido subsídio, bem como impôs limitações à atuação dos psicólogos nos

procedimentos que envolvam as práticas de caráter punitivo e disciplinar, notadamente os de apuração de faltas disciplinares, nos seguintes termos:

"Art. 2º Em relação à atuação com a população em privação de liberdade ou em medida de segurança, a(o) psicóloga(o) deverá:

(...)

Parágrafo único: É vedado à(ao) psicóloga(o) participar de procedimentos que envolvam as práticas de caráter punitivo e disciplinar, notadamente os de apuração de faltas disciplinares.

Art. 3º Em relação à atuação como gestor, a(o) psicóloga(o) deverá:

(...)

d) Considerar que as atribuições administrativas do cargo ocupado na gestão não se sobrepõem às determinações contidas no Código de Ética Profissional e nas resoluções do Conselho Federal de Psicologia.

Art. 4º Em relação à elaboração de documentos escritos para subsidiar a decisão judicial na execução das penas e das medidas de segurança:

(...)

§ 1º Na perícia psicológica realizada no contexto da execução penal ficam vedadas a elaboração de prognóstico criminológico de reincidência, a aferição de periculosidade e o estabelecimento de nexo causal a partir do binômio delito-delinquente.

(...)

Art. 6º Toda e qualquer atividade psicológica no âmbito do sistema prisional deverá seguir os itens determinados nesta resolução.

Parágrafo único – A não observância da presente norma constitui falta ético-disciplinar, passível de capitulação nos dispositivos referentes ao exercício profissional do Código de Ética Profissional do Psicólogo, sem prejuízo de outros que possam ser arguidos." (grifado)

Com efeito, o exame criminológico "é a pesquisa dos antecedentes pessoais, familiares, sociais, psíquicos e psicológicos do condenado, para obtenção de dados que possam revelar a sua personalidade", tendo como finalidades "descobrir a capacidade de adaptação do condenado ao regime de cumprimento da pena, a probabilidade de não delinquir e o grau de probabilidade de reinserção na sociedade, por meio de um exame genético, antropológico, social e psicológico" (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. 2011. p. 634-36).

O exame criminológico era considerado requisito obrigatório à progressão de regime até a edição da Lei 10.792/03, que alterou o art. 112 da Lei de Execução Penal.

A partir de então, o entendimento dos tribunais superiores é no sentido de que a realização do exame criminológico, apesar de não mais considerada obrigatória, permanece viável, nos casos em que justifica-

da sua relevância para melhor elucidação das condições subjetivas do apenado na concessão do benefício (RHC 125279 AgR, relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 26.05.2015), nos termos da Súmula nº 439 do STJ e da Súmula Vinculante nº 26 do STF.

Portanto, o exame passa a ser facultativo desde que o magistrado considere necessário o estudo à boa reinserção social do apenado, uma vez que a aferição das condições para a vida comunitária livre não pode ser operada apenas com avaliações superficiais e mecânicas, sob pena de se desvirtuar o sistema progressivo, fazendo-o mera aparência, com danos significativos à segurança da comunidade e à efetiva ressocialização do infrator (HC 108804, relator(a): Min. Cármen Lúcia, Primeira Turma, julgado em 08.11.2011).

Tem-se, assim, que a avaliação técnica por parte do profissional da psicologia visa colaborar com a prestação jurisdicional e subsidiar decisões, garantindo tanto o direito de liberdade do condenado quanto a proteção da sociedade em geral, sob a forma de prevenção na concessão de benefícios a apenados com alto grau de periculosidade ou não recuperados.

As faltas disciplinares, por sua vez, são apuradas por meio da instauração de procedimento administrativo, sendo que eventual aplicação de sanção disciplinar deve levar em conta a natureza, os motivos, as circunstâncias e as consequências do fato, bem como a pessoa do faltoso e seu tempo de prisão (Capítulo IV, Seção III, da LEP).

Nesse sentido, a atuação do psicólogo se justifica no propósito de investigar os fenômenos psicológicos ligados ao comportamento, ao pensamento, à reação e à experiência que resultaram no cometimento da falta, sendo um meio de colaboração e de assessoramento técnico na análise dos requisitos subjetivos para o proferimento de decisão e eventual aplicação de sanção (SERAFIM, Antônio de Pádua. *Temas em psiquiatria forense e psicologia jurídica*. 2003. p. 68-9).

Do exposto, tem-se que a Resolução nº 12/2011, embora não vede categoricamente ao psicólogo a realização de exame criminológico ou o impeça de atuar nos procedimentos de caráter punitivo e disciplinar, impõe limitações que resultam justamente na inviabilidade do trabalho desta categoria em sede de execução penal.

Cumpre ressaltar que a Constituição Federal prevê a liberdade para

o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão quando atendidas as qualificações *previstas em lei* (art. 5º, inc. XIII, da Carta Magna). Portanto, não compete ao Conselho Federal de Psicologia, por meio de resoluções, impor requisitos ou restrições ao exercício profissional que não estejam expressamente dispostos na legislação.

Assim, ao Conselho Federal de Psicologia é atribuída a competência de expedir as resoluções necessárias *ao cumprimento das leis em vigor* e das que venham modificar as atribuições dos profissionais de psicologia (art. 6º, alínea *c*, da Lei nº 5.766/71); ou seja, o poder regulamentar do conselho profissional, na condição de autarquia, limita-se a expedir resoluções que tenham por finalidade garantir o fiel cumprimento da lei, sendo vedada a inovação legislativa.

Desse modo, as recomendações contidas na Resolução nº 12/2011 não podem ser consideradas como meras condições técnicas e éticas estabelecidas para o exercício da profissão, e sim ampliações da competência regulamentar do CFP, uma vez que suprimem elementos essenciais à devida prestação de serviços por parte dos psicólogos, esvaindo a finalidade dos laudos e pareceres psicológicos no auxílio ao Poder Judiciário.

Por fim, conforme salientado pelo magistrado singular, incumbe a cada profissional justificar motivadamente a impossibilidade de prognose de reincidência ou de aferição de periculosidade diante de casos concretos, não competindo ao CFP vedar a análise indiscriminadamente.

Portanto, não deve ser modificada a sentença do juízo *a quo* que declarou a nulidade da Resolução nº 12/2011, expedida pelo Conselho Federal de Psicologia, retirando-lhe toda a eficácia em âmbito nacional, especialmente para o fim de invalidar processos ético-disciplinares instaurados com base nela ou em seus termos e as sanções eventualmente aplicadas.

Da abrangência do provimento jurisdicional

Por ocasião de julgamento de recurso especial repetitivo, o STJ definiu que a liquidação e a execução individual de sentença genérica proferida em ação civil coletiva produzem efeitos *erga omnes* para além dos limites da competência territorial do órgão julgador, porquanto os

efeitos e a eficácia da sentença não estão circunscritos a lindes geográficos, mas aos limites objetivos e subjetivos do que foi decido (REsp 1243887/PR, rel. Ministro Luis Felipe Salomão, Corte Especial, julgado em 19.10.2011).

A partir de então, vem afastando a limitação da competência territorial do órgão julgador na hipótese de grupo indeterminado e isonômico distribuído por todo o território nacional, sob pena de sancionar a aplicação de normas distintas a pessoas detentoras da mesma condição jurídica.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E PREVIDENCIÁRIO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. COMPETÊNCIA TERRITORIAL. ART. 16 DA LEI Nº 7.347/85. ABRANGÊNCIA RESTRITA AOS LIMITES DA COMPETÊNCIA TERRITORIAL DO ÓRGÃO PROLATOR. IMPROPRIEDADE. ENTENDIMENTO FIRMADO NO RESP REPETITIVO 1.243.887/PR. RECONSIDERAÇÃO PARCIAL. RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL PROVIDO.

(...)

In casu, a decisão da presente ação civil pública apresenta como limite objetivo a aplicação de norma específica sobre suspensão do prazo para requerimento de pensão por morte para dependentes absolutamente incapazes, previsto no art. 74, incisos I e II, da Lei nº 8.213/91, de abrangência federal, e, como limite subjetivo, grupo indeterminado e isonômico, distribuído por todo o território nacional, composto por dependentes, absolutamente incapazes, de segurados da previdência social, sendo despicienda a distinção sobre o local de sua residência para fins de aplicação da suspensão do referido prazo.

Com efeito, nesse contexto, *não é possível restringir a eficácia da decisão proferida nos autos aos limites geográficos da competência territorial do órgão prolator, sob pena de chancelar a aplicação de normas distintas a pessoas detentoras da mesma condição jurídica*.

Ante o exposto, utilizando-me do juízo de retratação, reconsidero em parte a decisão de fls. 341-359 (e-STJ), para conhecer do recurso especial do MPF e dar-lhe provimento, para afastar a limitação da competência territorial do órgão julgador, facultando-se aos beneficiários o ajuizamento da execução no juízo de seu domicílio." (AgRg no REsp 1.426.874/RS, Ministro Humberto Martins, 20.03.2014 – grifei)

Desse modo, também não merece reparos a sentença singular quanto ao ponto, devendo ser mantida na sua integralidade.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
Nº 5035335-75.2012.404.7000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Apelante: ALL – América Latina Logística Malha Sul S.A.
Advogado: Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Apelantes: União – Advocacia-Geral da União
Agência Nacional de Transportes Terrestres – ANTT
Apelantes: ALL – América Latina Logística Malha Norte S.A.
ALL – América Latina Logística Malha Oeste S.A.
América Latina Logística Malha Paulista S.A.
Advogado: Dr. Romeu Felipe Bacellar Filho
Apelados: Os mesmos
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Contrato de concessão. Limites do poder regulamentar. ANTT. Legalidade. Vinculação ao plano de investimentos. Razoabilidade. Relevância do serviço executado. Necessidade de planejamento. Equilíbrio econômico-financeiro. Condicionado à comprovação do prejuízo. Pelo desprovimento das apelações e do reexame necessário.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento às apelações e ao reexame necessário, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de junho de 2015.

Des. Federal *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: O parecer do MPF (evento 71) expõe com precisão a controvérsia, *verbis*:

"Trata-se de reexame necessário e apelações interpostas pela ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S.A., pela UNIÃO e pela AGÊNCIA NACIONAL DE

TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, em face da sentença de evento 179, que julgou parcialmente procedente a ação, para o fim de declarar o direito das autoras à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ora em discussão, procedendo-se ao seu reequilíbrio, em razão dos efeitos da Resolução ANTT nº 3.761/2011.

Assim, embora a sentença tenha julgado improcedentes os pedidos principais da parte-autora, declarando a legalidade da Resolução 3.761, a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, em evento 187, interpôs apelação unicamente em relação ao ponto em que a sentença declara que eventual alteração unilateral do contrato poderia ensejar reequilíbrio econômico-financeiro, desde que demonstrado concretamente.

A seu turno, em apelação de evento 189, a ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S.A. requer, em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, pois, embora a sentença tenha afirmado a necessidade de prova pericial para resolução do feito, não oportunizou à parte a sua especificação. No mérito, alega a procedência da ação, com base na nulidade da Resolução nº 3.761/2011 e de todos os atos praticados com base em suas disposições.

Com contrarrazões das partes em eventos 199 (ANTT), 201 (UNIÃO) e 202 (ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S.A., ALL – AMÉRICA LATINA MALHA PAULISTA S.A., ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA OESTE S.A. e ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA NORTE S.A.), os autos foram encaminhados à PRR4 para análise e parecer.

É o breve relatório."

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Preliminarmente, anoto que o recurso de apelação da *ALL – América Latina Logística Malha Sul S.A.* (eventos 189 e 190) requerendo, em preliminar, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, ante a ausência de produção de prova pericial, é idêntico ao apelo que foi apresentado no evento 55, por ocasião da prolação da primeira sentença, que foi anulada por este tribunal para a produção de prova pericial.

Os autos retornaram à instância *a quo* e tiveram regular prosseguimento, com a produção de prova pericial, conforme relatado na r. sentença recorrida:

"Proferida sentença (evento 33), o e. TRF da 4ª Região deu provimento à apelação, para anular a sentença e determinar o retorno dos autos para processamento do feito.

Intimadas a especificarem provas, a União afirmou não ter provas a produzir (evento 73). A parte-autora formulou pedido de prova pericial e testemunhal e de juntada de novos documentos (evento 75).

O pedido de prova pericial foi deferido no despacho do evento 77.

O laudo pericial foi apresentado no evento 160.

As partes se manifestaram nos eventos 167, 168 e 169."

Nesse contexto, dou por prejudicado o pedido de nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que a prova pericial foi produzida.

Em relação ao mérito, afiguram-se-me irrefutáveis as considerações desenvolvidas no parecer do douto representante do Ministério Público Federal, Dr. Januário Paludo, *verbis*:

"*2 Breve síntese da controvérsia*

A controvérsia posta nos autos cinge-se à legalidade da Resolução nº 3.761/11 da ANTT, que estabelece procedimentos para apresentação do Plano Trienal de Investimentos (PTI) pelas concessionárias de serviço público de transporte ferroviário de cargas.

A ALL – AMÉRICA LATINA LOGÍSTICA MALHA SUL S.A. sustenta que a referida resolução alterou os termos dos contratos firmados com a União, impondo unilateralmente uma série de ônus em seu desfavor.

Assim, com a Resolução nº 3.761/11 da ANTT, o Plano Trienal de Investimentos (PTI), que *inicialmente se aplicava apenas* à ALL Malha Sul, à ALL Malha Paulista e à ALL Malha Oeste, *foi estendido também à* ALL Malha Norte, *além de três pontos de alteração que são destacados pela concessionária*: a) alteração da lógica dos contratos de concessão, os quais permitem às concessionárias ampla liberdade para tomada de decisão referente aos investimentos necessários como meio de atingimento das metas contratuais; b) criação de um novo conceito de 'investimento regulatório', com impacto direto na forma de remuneração das concessionárias autoras; c) imposição de novas penalidades em caso de violação das novas obrigações impostas pela resolução.

Desse modo, a empresa recorrente sustenta que houve violação aos princípios da segurança jurídica, da moralidade, da boa-fé administrativa e da legalidade, uma vez que no Brasil não existem os chamados regulamentos autônomos como fonte de direitos e obrigações; ademais, suas regras não poderiam incidir sobre os contratos em curso de execução.

Considera ainda que o PTI teve sua natureza alterada pela ANTT, que passou a ser gestora da atividade, uma vez que o instrumento passou de informativo para autorizativo, pois, ao invés de cobrar resultados, a agência passa a controlar os meios para a sua obtenção, com a consequente burocratização dos investimentos.

Somando-se a isso, a concessionária aponta a ilegalidade da r. resolução ao supostamente criar um novo conceito de investimento regulatório nos seus arts. 5º e 6º, que desconsideram as despesas com conservação e manutenção corretiva das instalações ferroviárias e do material rodante, entre outros; bem como a criação de penalidades não previstas em contrato.

Por outro lado, a ANTT considera que a Resolução nº 3.761/2011 não inova no mundo jurídico, pois encontra suporte de validade no poder regulamentar que lhe é atribuído pelas Leis nº 8.987/95 e nº 10.233/01, visando à adequação do serviço público cuja execução foi delegada.

Quanto à alegação da concessionária de que a resolução somente incidiria sobre novos contratos, a agência se opõe ao suscitar a aplicação do art. 24, VI e VIII, da Lei nº 10.233/01, que determina a reunião sob sua administração inclusive dos contratos anteriores, atribuindo-lhe competência para fiscalizar esses contratos.

A ANTT também considera que a resolução em análise não alterou os termos dos

contratos em vigor, em que pese as alterações sejam plenamente possíveis, ainda que seja necessária a readequação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

Quanto às penalidades, a ANTT considera que não têm previsão originária na resolução ora inquinada de ilegalidade, mas sim nas disposições dos arts. 78-A e 78-F, § 1º, da Lei nº 10.233.

Por fim, não se pode imputar à ANTT a realização de dirigismo contratual, uma vez que sua finalidade é unicamente dar efetividade ao PTI e que anteriormente não havia nenhum compromisso das concessionárias com os investimentos informados naquele instrumento, conquanto a concretização de projetos ferroviários, por sua dimensão, pressuponha antecipação de planejamento para a eficiência dos investimentos realizados.

Ressalta-se ainda que a ANTT considera que alterações contratuais serão compensadas no cálculo tarifário, não havendo risco de impacto econômico-financeiro no contrato.

A União, por sua vez, perfilha, em síntese, os argumentos expendidos pela ANTT na defesa da legalidade da Resolução nº 3.761/2011.

Assim se delimitam, em breve síntese, as premissas essenciais à análise do feito.

3 Do mérito

Cumpre, inicialmente, remetermo-nos aos fundamentos expendidos no parecer ministerial de evento 5 – PARECER1, como fundamento de opinar, cuja ementa segue transcrita:

'Direito Regulatório. Plano de investimentos. Vinculação. Resolução 3.761/2011 ANTT. Legalidade. A liberdade empresarial das concessionárias de serviços públicos de transporte ferroviário não contempla a irresponsabilidade para com aquilo que enunciam ao poder público como seus previstos investimentos. O poder-dever de fiscalização da autoridade concedente não existe se ela não puder acompanhar e exigir que os investimentos necessários e assumidos pelas concessionárias nos planos de investimentos trienais previstos em contrato e regulamento sejam atempadamente realizados.'

Em que pese esse e. TRF4 tenha anulado a sentença de improcedência proferida em evento 33 – SENT1, acolhendo a tese de cerceamento de defesa arguida pela empresa concessionária em recurso de apelação interposto em evento 55 dos autos originários, entende-se que as razões articuladas pelo MPF em parecer de evento 5 – PARECER1 subsistem diante dos fundamentos complementares que se verificam na nova sentença de evento 179, a qual se transcreve como fundamento de opinar, somente no ponto em que analisa a alegação de nulidade por ausência de prova apta a demonstrar o efetivo prejuízo às empresas decorrente da edição da vergastada Resolução nº 3.761/2011 da ANTT.

Assim, como fundamento de opinar, segue excerto da sentença proferida em evento 179 – SET1, colmatando a aresta declarada pelo e. TRF4 na fase de produção de provas do processo em epígrafe, *verbis*:

'Pois bem, na sentença anteriormente proferida e anulada pelo e. TRF4, havia-se entendido não haver interesse de agir, neste momento, no que diz respeito à determinação de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos, tendo em vista que não houve manifestação administrativa da ré sobre essa questão específica. No entanto, considerando a posição do e. TRF4 em sentido diverso, foi produzida prova pericial sobre a questão, que ora se passa a apreciar.

Ao responder ao quesito do juízo sobre se a Resolução nº 3.761/2011 produzira substancial impacto no equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão, com efetiva

interferência na política tarifária e na base de remuneração, a sra. perita afirmou, entre outras considerações, que (LAUDPERI1 do evento 160):

'(...) a resposta é positiva: *a Resolução 3.761/2011 tem um substancial impacto sobre o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão*. Neste caso, realço três fatores principais que contribuem para isso:

(a) A Resolução 3.761 pode vir a reduzir a eficiência da gestão, penalizando a lucratividade ao impor que as concessionárias realizem os investimentos determinados pela ANTT. Ao impedir que elas alterem os projetos em execução ou iniciem investimentos não previstos no PTI, a resolução reduz consideravelmente a capacidade das concessionárias de lidarem com as vicissitudes típicas da sua atividade, especialmente por ser esta intensiva em capital.

(b) A Resolução 3.761 exclui da base de capital e dos custos a serem remunerados pelas tarifas um volume significativo dos gastos das concessionárias com manutenção da superestrutura (trilhos e dormentes), alterando o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de forma desfavorável à concessionária.

(c) A resolução eleva os riscos envolvidos na concessão. Pode ocorrer, por exemplo, que a concessionária tenha que realizar investimentos complementares, que só seriam lucrativos se outros projetos, eventualmente não aprovados pela ANTT, fossem também executados. A concessionária também passa a correr o risco de não conseguir atingir suas metas de produção e segurança, por ter sido obrigada a concentrar seus recursos em investimentos escolhidos pela ANTT, que não sejam os mais adequados para esse fim (atingir metas). Pelos contratos, a concessão não tinha nenhum desses riscos antes da resolução. Obviamente, ao comprometer a gestão e não remunerar parte relevante dos gastos, a resolução altera de forma significante o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Da mesma forma, ao aumentar o risco da concessão, o seu equilíbrio econômico-financeiro é alterado. Assim, não é demais lembrar que o equilíbrio econômico-financeiro é composto de um equilíbrio entre o retorno esperado e o risco assumido. Se a agência eleva o risco sem também aumentar o retorno esperado, o equilíbrio econômico-financeiro fica rompido.

(...)

Quanto à representatividade dos efeitos econômico-financeiros produzidos pela edição da resolução, não foi possível avaliar; primeiro, porque as concessionárias autoras não estão sujeitas às disposições da citada resolução, por força de decisão judicial, e, segundo, porque não foram realizados estudos, mesmo que empíricos, que permitam quantificar em números os efeitos da aplicação da resolução.' (grifou-se)

Essa conclusão da sra. perita é reiterada nas respostas a diversos quesitos da autora, a seguir transcritas:

'77. Considerando que os contratos de concessão constituem equações econômico-financeiras equilibradas, a instituição de novas obrigações e de novas penalidades (por descumprimento de novas obrigações) pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro original de tais contratos?

RESPOSTA:

Sim, a instituição de novas obrigações e respectivas penalidades pelo seu descumprimento, que acarretem novos custos e riscos, pode afetar o equilíbrio econômico-financeiro original dos contratos.

78. A não inclusão de certos dispêndios na base de remuneração do capital empregado, ainda que esses constem do ativo imobilizado da concessionária, por conta da adoção do

novo conceito de 'investimento regulatório' previsto na resolução, irá impactar negativamente o valor das tarifas? Isso irá afetar o equilíbrio econômico-financeiro dos contratos de concessão?

RESPOSTA:

Conforme já explanado em quesitos anteriores, ao definir o novo conceito de 'investimento regulatório', excluindo da base de cálculo das tarifas – conforme definido no artigo 6º – dispêndios com conservação e manutenção corretiva e preventiva da via permanente e outros, essa medida irá causar impacto nas tarifas, gerando um desequilíbrio econômico-financeiro caso não haja nenhuma outra medida para compensar essas eventuais perdas.'

Reforça também o disposto no artigo 7º:

'Art. 7º Os projetos que sejam reconhecidos pela ANTT como investimentos regulatórios, nos termos do art. 5º desta resolução, depois de realizados e registrados no sistema de controle da ANTT, integrarão a base de remuneração de capital da concessionária para fins de fixação das tarifas de transporte.'

Ou seja, aqueles investimentos que não forem considerados como regulatórios, mesmo que, por força de determinações legais, integrem o ativo imobilizado, não integrarão a base de remuneração de capital, alterando, dessa forma, a tarifa e, consequentemente, provocando um desequilíbrio econômico-financeiro.

Ainda, quando a ré ANTT, no seu quesito 3º, pede à sra. perita que demonstre como a resolução teria alterado o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, ela responde:

'Estão claros o espírito e a colocação da ANTT, todavia, da resolução pode-se entender de forma diferente do expresso acima, pois, além de simplesmente determinar a forma de apresentação do PTI, ela cria o conceito novo de investimento regulatório (Capítulo II, art. 5º), exclui dessa definição os investimentos em conservação e manutenção (Capítulo II, art. 6º) e reduz a agilidade na tomada de decisão das concessionárias, quando determina que o PTI para o primeiro ano não pode ser alterado (Capítulo II, art. 12), exceto em casos excepcionais submetidos à aprovação da ANTT.

Todos esses fatores podem proporcionar um desequilíbrio econômico-financeiro.' '

Como se vê, o laudo pericial deixou clara a existência de impacto econômico-financeiro decorrente da aplicação da Resolução nº 3.761, mas, de outro lado, deixou claro também não ser possível mensurar esse impacto, neste momento.

Desse modo, houve a inversão do dispositivo da sentença, redigido nos termos:

'JULGO PARCIALMENTE PROCEDENTE a ação, para o fim de declarar o direito das autoras à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos ora em discussão, procedendo-se ao seu reequilíbrio, em razão dos efeitos da Resolução ANTT nº 3.761/2011.'

Assim, entende-se que não merece guarida a pretensão recursal articulada pela ANTT em evento 187 – APELAÇÃO1, uma vez que a prova pericial apenas indica a possibilidade de eventual desequilíbrio contratual decorrente da Resolução ANTT nº 3.761/2011, porém, nos termos do trecho susotranscrito, não afirma a sua existência nem mesmo a sua extensão, o que deverá ser verificado em face dos efeitos concretos da regulamentação no exercício do serviço público concedido.

Ademais, o comando sentencial apenas reitera o que já havia dito a julgadora nos fundamentos da sentença de evento 33 – SENT quanto à possibilidade de manutenção do equilíbrio contratual em caso de alterações introduzidas unilateralmente pela ANTT no

contrato firmado com as concessionárias em questão, nos seguintes termos:

'Não há, pois, como sustentar que a ANTT não poderia introduzir modificações no contrato, uma vez que não se está diante de um contrato de direito privado, mas sim diante de um típico contrato administrativo, ao qual se aplica a cláusula exorbitante que permite a alteração unilateral do contrato, não havendo ofensa ao princípio da segurança jurídica, visto que a existência desse tipo de cláusula como ínsita aos contratos administrativos já era (ou deveria ser) do conhecimento das autoras por ocasião da assinatura dos contratos. *Ademais, o princípio da segurança jurídica fica devidamente resguardado pela obrigação da administração pública de manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, no caso de alterações introduzidas unilateralmente que venham a perturbar esse equilíbrio*.'

4 Conclusão

A par dessas razões, é mister a manutenção da sentença recorrida, com base nos fundamentos de opinar articulados pelo MPF em evento 5 – PARECER1 e nas razões de decidir veiculadas pela sentença de evento 179 – SENT1, em que foram analisadas as alegações suscitadas pelas concessionárias acerca da comprovação de eventual desequilíbrio contratual decorrente da incidência da Resolução ANTT nº 3.761/2011 sobre os contratos em execução, o que somente poderá ser reconhecido a partir dos efeitos concretos das novas normas regulamentares objeto de análise.

DIANTE DO EXPOSTO, opina o Ministério Público Federal pelo desprovimento das apelações e do reexame necessário, com a consequente manutenção da sentença veiculada em evento 179 dos autos."

Correto o parecer.

Preliminarmente, refiro que o Judiciário pode e deve examinar apontadas ilegalidades no proceder das agências reguladoras.

Nesse sentido, confira-se a doutrina norte-americana publicada na prestigiada *Yale Law Journal*, v. 91, p. 739-764, intitulada "Regulatory analyses and judicial review".

Cabe ao Poder Judiciário, *in casu*, o exame da alegada violação ao direito previsto e garantido pela Carta Magna, ou seja, o princípio da legalidade previsto no art. 37 da CF/88.

A respeito, leciona Bernard Schwartz, *in Commentary on the Constitution of the United States*: the rights of property. New York: Macmillan, 1965. p. 2-3, *verbis*:

"*The Constitution has been construed as a living instrument intended to vest in the nation whatever authority may be appropriate to meet the exigencies of almost two centuries of existence.*

To regard the Constitution solely as a grant of governmental authority is, nevertheless, to obtain but a partial and distorted view. Just as important is its function as a limitation upon such authority. As already emphasized in section 1, the American conception of a constitution is one which is not confined to viewing such instrument as a charter from

which government derives the powers which enable it to function effectively. Instead, with us, the organic document is one under which governmental powers are both conferred and circumscribed.

The Constitution is thus more than a framework of government; it establishes and guarantees rights which it places beyond political abridgment. In this country, written constitutions were deemed essential to protect the rights and liberties of the people against the encroachments of governmental power."

Da mesma forma, impõe-se recordar a velha mas sempre nova lição de John Randolph Tucker, em seu clássico comentário à Constituição norte-americana, *verbis*:

"*All acts of every department of government, within the constitutional bounds of powers, are valid; all beyond bounds are 'irritum et insane' – null and void. Government, therefore, has no inherent authority, but only such as is delegated to it by its sovereign principal. Government may transcend the limits of this authority, but its act is none the less void. It cannot, by usurpation, jurally enlarge its powers, nor by construction stretch them beyond the prescribed limits.*" (*In The Constitution of the United States*. Chicago: Callaghan & Co., 1899. p. 66-7. § 54)

Outro não é o ensinamento de Daniel Webster, *verbis*:

"*The Constitution, again, is founded on compromise, and the most perfect and absolute good faith, in regard to every stipulation of this kind contained in it, is indispensable to its preservation. Every attempt to grasp that which is regarded as an immediate good, in violation of these stipulations, is full of danger to the whole Constitution.*" (*In The works of Daniel Webster*. Boston: Little, Brown and Company, 1853. v. I. p. 331)

No regime do Estado de Direito, não há lugar para o arbítrio por parte dos agentes da administração pública, pois a sua conduta perante o cidadão é regida, única e exclusivamente, pelo princípio da legalidade, insculpido no art. 37 da Magna Carta.

Por conseguinte, somente a lei pode condicionar a conduta do cidadão frente ao poder do Estado, sendo nulo todo ato da autoridade administrativa contrário ou extravasante da lei, e como tal deve ser declarado pelo Poder Judiciário quando lesivo ao direito individual.

Nesse sentido, também, a lição de Charles Debbasch e Marcel Pinet, *verbis*:

"*L'obligation de respecter les lois comporte pour l'administration une double exigence, l'une négative consiste à ne prendre aucune décision qui leur soit contraire, l'autre, positive, consiste à les appliquer, c'est-à-dire à prendre toutes les mesures réglementaires ou individuelles qu'implique nécessairement leur exécution.*" (*In Les grands textes administratifs*. Paris: Sirey, 1970. p. 376)

In casu, trata-se de caso típico de exame da legalidade da ação da administração pelo Poder Judiciário.

A respeito, anota o saudoso Min. Victor Nunes Leal, em sua obra *Problemas de Direito Público*. Rio de Janeiro: Forense, 1960. p. 264, *verbis*:

"A 'legalidade' do ato administrativo compreende não só a competência para a prática do ato e as suas formalidades extrínsecas como também os seus requisitos substanciais, os seus motivos, os seus pressupostos de direito e de fato (desde que tais elementos estejam definidos em lei como vinculadores do ato administrativo). Tanto é ilegal o ato que emane de autoridade incompetente, ou que não revista a forma determinada em lei, como o que se baseie em um dado fato que, por lei, daria lugar a um ato diverso do que foi praticado. A inconformidade do ato com os fatos que a lei declara pressupostos dele constitui ilegalidade, do mesmo modo que o constitui a forma inadequada que o ato porventura apresente."

Impõe-se destacar, pela sua importância, expressivo voto proferido pelo eminente e saudoso Ministro Laudo de Camargo no julgamento da Apelação Cível nº 6.845, em que assinalou o ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

"Não é isenta de censuras a proposição de que o juiz só tem a ver com a existência ou não do processo administrativo, sendo-lhe defeso perquirir do que vai por seu merecimento. Não é assim. O preceito de lei não pode ser de tal modo sacrificado.

Seria frustrar a ação do Judiciário. Cada poder tem vida autônoma, age com independência e se move em esfera própria.

Mas si o Executivo pratica um ato, que é dado como irregular, ao interessado cabe recorrer à justiça e pedir a esta que o aprecie.

Na apreciação, o que se deve ter em vista é a legalidade ou não do ato incriminado.

Terá ele de ser examinado pela forma com que se apresentar e pelos motivos que o determinaram.

Se houve processo e pelas provas dadas nada se concluiu contra o acusado e, não obstante isso, veio êle a padecer demissão, poderá assim dar a esta como legítima, só pelo fato de deparar com um processo?

Melhor fôra então que o ato demissionário não ficasse dependente de processo algum, se só pelo exterior fosse o ato julgado, contrariando o que êle contivesse.

O Judiciário é chamado para dizer se há ou não algo ilícito, capaz de originar reparação.

Como saber se o ato foi ou não lícito sem pesar os motivos que o determinaram, nem apreciar os elementos colhidos?" (*In Revista Forense*, v. 78, p. 494)

Com efeito, em face do disposto no art. 5º, XXXVI, da CF/88, é indubitável que o contrato válido entre as partes constitui ato jurídico perfeito, protegido pelo texto constitucional, dele irradiando, para uma ou para ambas as partes, direitos adquiridos, não podendo ser alcançado por lei superveniente à data da celebração do contrato, mesmo quanto

aos efeitos futuros decorrentes do ajuste negocial.

Nesse sentido, é de referir-se o ensinamento clássico de Julien Bonnecase, ao atualizar a obra de Baudry-Lacantinerie, *verbis*:

"*Les droits dérivant d'une convention expresse ou légalement présumée constituent, dans le sens de notre matière, des droits acquis à l'abri de l'atteinte de toute loi nouvelle, alors même qu'ils ont pour objet de paiements à faire à des époques successives, qui ne viendraient à échéance que postérieurement à la promulgation de cette loi.*" (Baudry-Lacantinerie, *in Traité théorique et pratique de Droit Civil*: supplément par Julien Bonnecase, Paris: Recueil Sirey, 1925. Tomo 2º. p. 123)

Nesse sentido, também, é a jurisprudência da Suprema Corte dos Estados Unidos ao julgar o 263 U.S. 125, *verbis*:

"*The integrity of contracts – matter of high public concern – is guaranteed against action like that here disclosed by section 10, art. 1, of the federal Constitution, 'No state shall (...) pass any (...) law impairing the obligation of contracts.' It was beyond the competency of the Legislature to substitute an 'indeterminate permit' of rights acquired under a very clear contract.*" (*In The Supreme Court Reporter*, St. Paul, v. 44, nov. 1923 – jul. 1924, p. 86, 1924)

Essa, também, é a lição clara e precisa do saudoso jurista Francisco Campos, em seu *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1958. v. II. p. 11, *verbis*:

"O que a Constituição assegura, portanto, ao determinar que o ato jurídico perfeito continuará a ser regido pela lei do tempo em que se consumou, é, precisamente, o efeito jurídico daquele ato, isto é, as transformações por ele operadas nas relações jurídicas que constituem o seu conteúdo, seja criando, seja modificando, transferindo ou extinguindo direito.

O que resulta do ato jurídico perfeito é, precisamente, a aquisição de um direito – ou a pretensão fundada a uma prestação, ou a modificação ou a extinção de direito anterior a determinada prestação.

O ato jurídico perfeito é subtraído ao império da lei posterior precisamente para que não seja prejudicado pela sua aplicação o direito que emergiu daquele ato e que por seu intermédio se tornou adquirido ou se incorporou ao patrimônio do indivíduo."

É sabido o respeito pela observância das cláusulas dos contratos nos Estados Unidos da América, a tal ponto de constituir a integridade da relação contratual uma diretriz constitucional de primeira ordem, que deve ser preservada sempre que possível.

Quem o diz é o respeitado Professor Ernest Freund, em obra clássica, *verbis*:

"*The integrity of contractual obligation is a constitutional policy of the first order, and should be maintained wherever possible.*" (FREUND, Ernest. *Standards of American*

Legislation. 2. ed. The University of Chicago Press, 1965. p. 283)

Realmente, o contrato firmado pela recorrente constitui, em sua essência, típico contrato de adesão, ou seja, aquela modalidade contratual em que todas as cláusulas são previamente estipuladas por uma das partes, de modo que a outra não tem poderes para debater as condições, ou mesmo introduzir modificações no esquema proposto.

Essa espécie de contrato tem sido cada vez mais utilizada na atividade negocial, em face da dinamicidade da realidade econômica do mundo contemporâneo:

"*L'ordinamento giuridico non può opporsi a questo fenomeno che corrisponde ad una esigenza della vita moderna: la realtà economica odierna si fonda, infatti, anche su una rapida conclusione degli affari, specie se si tratta di affari di piccola entità, che assumono importanza per il loro numero: al vantagio dell'acceleramento del fenomeno produttivo deve essere dunque sacrificato il bisogno di una libertà di trattative che spesso presenterebbe ostacoli insuperabili.*" (*In* TORRENTE, Andrea. *Manuale di Diritto Privato*. 6. ed. Milano: Dott A. Guiffrè, 1965. p. 243. § 295)

Ora, no caso dos autos não há sequer falar na imprevisão contratual, pois a teoria da imprevisão consiste no reconhecimento de que eventos novos, imprevistos e imprevisíveis pelas partes, e a elas não imputáveis, refletindo sobre a economia ou a execução do contrato, autorizam a sua revisão, para ajustá-lo às circunstâncias supervenientes. Trata-se da aplicação da cláusula *rebus sic stantibus*, elaborada pelos pós-glosadores, que esposa a ideia de que todos os contratos dependentes de prestações futuras incluíam cláusula tácita de resolução, se as condições vigentes se alterassem profundamente.

Tal ideia se inspirava em um princípio de equidade, pois, se o futuro trouxesse um agravamento excessivo da prestação de uma das partes, estabelecendo profunda desproporção com a prestação da outra parte, seria injusto manter-se a convenção, já que haveria indevido enriquecimento de um e consequente empobrecimento do outro (cfe., sobre o tema, os seguintes autores: TORRENTE, Andrea. *Manuale di Diritto Privato*. 6. ed. Dott A. Giuffrè, 1965. p. 447-50. § 311; MADRAY, Gilbert. *Des contrats d'aprè la récent codification privée faite aux États -Unis*: étude comparée de Droit Américain et de Droit Français. Paris: Libr. Générale, 1936. p. 194; RIPERT, Georges. *La règle morale dans les obligations civiles*. 4. ed. Paris: Libr. Générale, 1949. p. 143 e ss.;

DURAND, Paul. *Le droit des obligations dans les jurisprudences française et belge*. Paris: Libr. Du Recueil Sirey, 1929. p. 134 e ss.; VENIAMIN, Virgile. *Essais sur les donnes economiques dans l'obligation civile*. Paris: Libr. Générale, 1931. p. 373 e ss.; PLANIOL, Marcel. *Traité élémentaire de Droit Civil*. 10. ed. Paris: Libr. Générale, 1926. Tomo II. n. 1.168. p. 414; SIDOU, Othon. *A revisão judicial dos contratos*. 2. ed. Forense, 1984. p. 95; PONTES DE MIRANDA, *Tratado de Direito Privado*. 3. ed. RT, 1984. Tomo XXV. § 3.060. p. 218-20 e, do mesmo autor, *Dez anos de pareceres*. Rio de Janeiro: Francisco Alves, 1976. v. 7/36-9 e 10/197-9; FONSECA, Arnoldo Medeiros da. *Caso fortuito e teoria da imprevisão*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1958. p. 345-6. n. 242; CAMPOS, Francisco. *Direito Civil*: pareceres. Freitas Bastos, 1956. p. 05-11).

Todos os autores acima referidos admitem, sob os mais variados fundamentos doutrinários, a aplicação da teoria da imprevisão, mas apenas em circunstâncias excepcionais, que não se verificam no caso dos autos, ou seja, somente a álea econômica extraordinária e extracontratual, desequilibrando totalmente a equação econômica estabelecida pelos contraentes, justifica a revisão do contrato com base na cláusula *rebus sic stantibus*.

Outro não é o entendimento adotado pela jurisprudência uniforme da Suprema Corte, em todas as oportunidades em que se manifestou sobre a tormentosa questão, como reflete o aresto relatado pelo eminente e saudoso Ministro *Aliomar Baleeiro*, cuja cultura jurídica é por todos reconhecida, ao votar no RE nº 71.443-RJ, *verbis*:

"*Rebus sic stantibus* – Pagamento total prévio. 1. A cláusula *rebus sic stantibus* tem sido admitida como implícita somente em contratos com pagamentos periódicos sucessivos de ambas as partes ao longo de prazo dilatado, se ocorreu alteração profunda inteiramente imprevisível das circunstâncias existentes ao tempo da celebração do negócio. (...)" (*in RTJ* 68/95. No mesmo sentido, RTJ: 35/597; 44/341; 46/133; 51/187; 55/92; 57/44; 60/774; 61/682; 63/551; 66/561; 96/667; 100/140; 109/153; 110/328; e 117/323)

No caso concreto, contudo, é de todo estranha aos princípios de justiça a aplicação da teoria da imprevisão, que deve ser aplicada com cautela pelo magistrado, evitando que este interfira diretamente nos contratos celebrados, substituindo a vontade das partes, livremente pactuada, pela sua. A respeito, doutrina *Virgile Veniamin*, em clássica monografia, *verbis*:

"*En limitand ainsi l'application de la théorie de l'imprévision au cas où elle apparait comme une exigence, de l'harmonieux développement de l'organisation économique, on restreint par là même considerablement son étendue. En offrant au juge un critérium objectif, fondé sur les donnés concrètes dégagées grâce à une méthode d'observation directe, à l'aide du matériel préparé par des experts idoines, on évite l'arbitraite auquel la recherche d'une intention malveillante, toujours devinatoire peut fournir l'occasion. En outre, le rapprochement que nous venons de faire dans le présent chapitre, entre la lésion et l'imprévision – toutes les deux ayant le même caractère et répondant aux mêmes nécessités de l'ordre économique – nous indique une limitation technique du pouvoir de juge. Dans les deux cas, ce n'est pas à la révision du contrat qu'on doit aboutir, mais simplement à sa rescision (1). Il n'appartient point au juge d'orienter l'activité humaine en s'immiscant dans la teneur du contrat. Sa mission est terminée, dès qu'en obéissant aux directives économiques, il empêche la ruine de l'individu et lui assure en même temps que sa sauvegarde personnelle, une participation efficace à la collaboration générale?*" (*In Essais sur les données economiques dans l'obligation civile*. Paris: Libr. Générale, 1931. p. 393-4)

A doutrina é uniforme no admitir que o poder de alteração e rescisão unilateral do contrato administrativo é inerente à administração pública, podendo ser exercido ainda que nenhuma cláusula expressa o consigne, porém, a alteração somente pode atingir as denominadas cláusulas regulamentares, isto é, aquelas que dispõem sobre o objeto do contrato e o modo de sua execução.

Contudo, no que concerne às cláusulas econômicas, ou seja, aquelas que estabelecem a remuneração e os direitos do contratado perante a administração e dispõem acerca da equação econômico-financeira do contrato administrativo, estas são inalteráveis, unilateralmente, pelo poder público sem que se proceda à devida compensação econômica do contratado, visando restabelecer o *equilíbrio financeiro* inicialmente ajustado entre as partes.

Esse é o magistério do saudoso jurista Hely Lopes Meirelles, *in Licitação e contrato administrativo*. 9. ed. Revista dos Tribunais, 1990. p. 181-2.

É o que se encontra previsto nos arts. 37, XXI, e 175, III, da CF/88, bem como no art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/95.

Por outro lado, a *concessionária*, a teor do disposto no art. 6º, § 1º, da Lei nº 8.987/95, tem o dever de satisfazer as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

Ora, o não atendimento desses encargos importa a aplicação de pe-

nalidades que podem originar, inclusive, a extinção da concessão.

A respeito, leciona Celso Antônio Bandeira de Mello, em sua obra *Prestação de serviços públicos e administração indireta*. 2. ed. 3. tir. RT, 1987. p. 47-8, *verbis*:

"No Brasil, a álea ordinária, ou seja, o único risco que o concessionário deve suportar sozinho cinge-se aos casos em que o concessionário haja atuado canhestramente, procedendo com ineficiência ou imperícia. Isso porque o art. 167 da Carta Constitucional do país estatui que a lei disporá sobre o regime das concessionárias de serviços públicos federais, estaduais e municipais, assegurando, entre outros, 'tarifas que permitam a justa remuneração do capital, o melhoramento e a expansão dos serviços e assegurem o equilíbrio econômico e financeiro do contrato e fiscalização permanente e revisão periódica das tarifas, ainda que estipuladas em contrato anterior'.

Ora, desde que o texto constitucional exige a adoção de tarifas que assegurem a justa remuneração do capital, impõe a garantia do equilíbrio econômico e financeiro e requer a revisão periódica das tarifas, está visto que, sempre que ocorrer desequilíbrio na equação patrimonial – mesmo que derivado de oscilações de preços no mercado, insuficiência do número de usuários, ou de providências governamentais desempenhadas em nome de sua supremacia geral e sem relação com a posição jurídica de contratante que haja assumido –, o poder concedente deverá restabelecer o equilíbrio por meio da revisão de tarifas, de modo não só a restaurar-lhe os termos de igualdade, mas ainda com fito de assegurar a justa retribuição do capital. Em outras palavras, a Lei Magna impõe indiretamente a adoção, nas concessões, do regime de serviço pelo custo, dando a garantia de u'a margem fixa de lucro."

Tais princípios restaram definitivamente incorporados no Direito Administrativo, sobretudo após a publicação do famoso aresto do Conselho de Estado da França no caso da Companhia de Gás de Bordeaux, proferido em 1916, em que se destacou a notável contribuição de Chardenet, *verbis*:

"*Mais tout service public doit être organisé dans des conditions qui permettent de compter sur son fonctionnement d'une manière régulière, sans interruption, même momentanée, sans à-coups, passez-nous l'expression, et qui, en même temps, seront de nature à donner pleine satisfaction à ceux ayant à faire appel au service public, qui a étécréé pour eux, fonctionne régulièrement à leur égard. Voyez Syndicat des Propriétaires et Contribuables du quartier de la Croix-de-Seguey-Tivoli, à Bordeaux, 21 décembre 1906. Il faut également, et cela dans l'intérêt général, que le service public soit à l'abri d'incessantes ou de trop fréquentes modifications qui, le plus souvent, apporteraient des troubles dans le fonctionnement ou la marche du service. Par suite, le service public doit être organisé pour un certain nombre d'années, réserve faite, bien entendu, des perfectionnements qui pourraient y être apportés. Mais, au cours d'une période de temps un peu longue, bien des événements peuvent se produire, notamment la situation économique peut changer ou tout au moins se modifier. D'autre part, pour la bonne organisation et l'heureux fonctionnement d'un service public important, des dépenses élevées doivent être engagées, de gros capitaux doivent être*

immobilisés pour longtemps. Si nous prenons l'exemple du service d'éclairage, au début on aura à construire des usines, à établir des canalisations, etc. Plus tard, on aura à faire face à des frais d'entretien, de reconstruction, etc., à procéder à des renouvellements de matériel, souvent rendus nécessaires par quelque découverte scientifique ou par des perfectionnements des moyens de fabrication, dont les bénéficiaires du service public doivent profiter. Au cours de l'execution du service, il faudra passer, presque toujours longtemps à l'avance, des marchés importants pour s'assurer les matières premières nécessaires à la fabrication du gaz. Les dépenses que l'on aura ainsi engagées seront amorties peu à peu et elles ne le seront que sur une période de temps assez longue. Pour éviter d'exposer la personne publique à tous les risques auxquels nous venons de faire allusion, – pour lui éviter d'engager ses ressources propres dans des opérations commerciales ou industrielles qu'impose le fonctionnement du service public, – pour lui éviter d'être obligée de recourir parfois à des emprunts plus ou moins onéreus, – on a songé à s'adresser à des tiers, particuliers ou sociétés, pour assurer le service public; on a songé à se décharger sur eux du soin d'assurer ce service. On est ainsi arrivé au contrat de concession." (*In Revue du Droit Public et de la Science Politique*. Paris: M. Giard & E. Brière, 1916. Tomo 33. p. 220-1)

É o magistério autorizado de Georges Péquignot, *verbis*:

"*Le cocontractant a droit à la rémunération inscrite dans son contrat. C'est le principe de la fixité du prix du contrat. Il n'a consenti son concours que dans l'espoir d'un certain bénéfice. Il a accepté de prendre à sa charge des travaux et des aléas qui, s'il n'avait pas voulu contracter, auraient été supportés par l'Administration: il est normal qu'il en soi rémunéré. Il serait, par ailleurs, contraire à la règle de bonne foi, contraire aussi à toute sécurité des affaires et, de ce fait, dangereux pour l'état social et économique, que l'Administration puisse modifier, spécialment réduire, cette rémunéiation.*"

E, mais adiante, conclui o mesmo autor, *verbis*:

"*(...) l'Administration, lorsqu'elle modifie le contrat sur un point qui intéresse le service public, doit cependant maintenir son équation financière, c'està-dire, le bénéfice que le cocontractant espérait tirer de l'opération. A fortiori, toute autre modification étant mise à part, cette équation financière doit-elle être maintenue par l'impossibilité de réduire ou de supprimer directement la rémunération en vue de laquelle le cocontractant s'est engagé.*

Ce principe est fondamental. Il doit être entendu très rigoureusement, car, application particulière de l'idée d'équation financière, il est la source de la sécurité juridique du cocontractant de l'Administration." (*In Théorie générale du contrat administrative*. Paris: A. Pédone, 1945. p. 434-5)

Confiram-se, a respeito, recentes decisões do Eg. STJ, *verbis*:

"AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE LIMINAR Nº 74 – PR (2004/0031293-3)

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Empresa *Concessionária* de Rodovias do Norte S/A – Econorte

Advogados: Romeu Felipe Bacellar Filho e outros

Agravado: Estado do Paraná

Procuradores: Sérgio Botto de Lacerda e outros
Requerido: Tribunal Regional Federal da 4ª Região

EMENTA

Suspensão de liminar. Tutela antecipada deferida para assegurar o reajuste de tarifas de pedágio pela empresa *concessionária*.

1. Não há como se concluir por ofensa à ordem ou à economia públicas em decisão concessiva de tutela antecipada que apenas assegurou o cumprimento de cláusula contratual livremente firmada entre as partes e não questionada administrativamente ou em juízo.

2. Perigo de dano inverso. O simples descumprimento de cláusulas contratuais por parte do governo local viola o princípio da segurança jurídica e inspira riscos nos contratas com a administração.

3. Agravo regimental provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer do agravo regimental e dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Franciulli Netto e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, José Delgado, Gilson Dipp e Francisco Falcão, sendo os três últimos substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Teori Albino Zavascki, Hélio Quaglia Barbosa e Castro Meira.

Brasília (DF), 1º de julho de 2004 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator" (Publicado no DJ de 23.08.2004 – *In RSTJ*, 180/21)

Nessa mesma orientação, os julgados publicados na RSTJ, 181/31 e 182/49.

Preciso é o magistério de Hely Lopes Meirelles, *in Estudos e pareceres de Direito Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1991. v. 11. p. 120-1, *verbis*:

"O equilíbrio econômico-financeiro é a relação que as partes estabelecem inicialmente no contrato administrativo, entre os encargos do particular e a retribuição devida pela entidade ou pelo órgão contratante, para a justa remuneração do seu objeto (cf. nosso *Licitação e contrato administrativo*, ob. cit., p. 184)

Essa correlação encargo-remuneração deve ser conservada durante toda a execução do contrato, mesmo que alteradas as cláusulas de serviço, modificados projetos e programas, liberados trabalhos em quantidades inferiores às previstas, ou superados os prazos contratuais por mora da administração, a fim de que se mantenha o equilíbrio econômico-financeiro, o qual, como bem observa Waline, é 'direito fundamental de quem contrata com a administração' (WALINE, Marcel. *Droit Administratif*. Paris, 1959. p. 574). Para De Soto,

citado por Laubadère, 'a manutenção desse equilíbrio constitui norma fundamental da teoria dos contratos administrativos. As obrigações das partes são tidas como calculadas de tal maneira que se equilibram do ponto de vista financeiro, e o responsável pelo contrato deverá esforçar-se para manter, a qualquer custo, esse equilíbrio' (LAUBADÈRE, André de. *Contrats administratifs*. Paris, 1956. II/35. nota 6).

5. O reconhecimento do direito ao *equilíbrio financeiro* – o primeiro direito original do cocontratante com o poder público, segundo Péquignot (*Théorie générale du contrat administratif*. Paris, 1945. p. 430) – surgiu como contrapartida ao poder-dever de alteração unilateral do contrato administrativo, mas vale também para os casos em que, impedido de invocar a exceção de contrato não cumprido, o particular contratado se vê obrigado a suportar o cumprimento irregular do ajuste ou a mora da administração contratante.

Com efeito, o contrato administrativo, por parte da administração, destina-se ao atendimento das necessidades públicas, mas, por parte do contratado, objetiva um lucro, por meio da remuneração consubstanciada nas cláusulas econômicas e financeiras. Esse lucro há que ser assegurado nos termos iniciais do ajuste porque, se, de um lado, a administração tem o poder de modificar as condições de execução do contrato e de exigir a prestação da outra parte, ainda que ela mesma não tenha cumprido a sua, de outro lado, o particular contratado tem o direito de ver mantida a correlação encargo-remuneração estabelecida originariamente, uma vez que o seu objetivo ao participar da relação negocial foi – e continua sendo – o ganho pecuniário. Objetivo altamente lícito e respeitável, diga-se de passagem, que a administração contratante não pode, validamente, restringir, exigindo que, a partir de um dado momento, a execução do contrato prossiga em condições menos lucrativas e até mesmo prejudiciais ao contratado, sem qualquer culpa deste.

6. Para a cabal satisfação desse direito, é forçoso se operem os necessários ajustes econômicos sempre que, por ato ou fato da administração, for rompido o equilíbrio econômico-financeiro, em detrimento do particular contratado, independentemente de previsão contratual, como nos ensina Laubadère, nestes precisos termos: '*Cette règle d'equilibre est quelque fois considerée comme résultant de la commune intention des parties; elle s'applique, en tous cas, même lorsqu'elle ne figure pas expressément dans le contrat*' (LAUBADÈRE, André de. *Traité élémentaire de Droit Administratif*. Paris, 1957. p. 431. No mesmo sentido: TÁCITO, Caio. *Direito Administrativo*. São Paulo, 1975. p. 293).

7. Por outro lado, se o respeito ao equilíbrio econômico-financeiro inicial, na hipótese de alteração unilateral do ajuste, constitui dever da administração contratante, com muito mais razão é direito daquele e dever desta, nos casos em que o órgão ou a entidade contratante abusa de sua posição privilegiada para descumprir ou cumprir irregularmente suas prestações, ou ainda suspender os prazos contratuais, obrigando o particular a suportar encargos excessivos, os quais, por não terem sido cogitados no momento da elaboração da proposta ou da celebração do contrato, representam insuportáveis prejuízos, mormente em uma conjuntura em que o custo do dinheiro é altíssimo e a inflação avilta a moeda a cada dia."

Da mesma forma, a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, *in Revista Trimestral de Direito Público*, v. 38/143-4, *verbis*:

"6. A legislação brasileira, a começar da Constituição, proclama a intangibilidade do equilíbrio econômico-financeiro original do contrato. Deveras, o art. 37, XXI, da Lei Magna dispõe que '(...) obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante

processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta (...)'.

O versículo em apreço, como consta de sua dicção, estabeleceu uma correspondência entre as obrigações de pagamento e as condições efetivas da proposta. Dado que as partes se obrigarão em face daquelas condições efetivas, os pagamentos devidos ao contratado haverão de correlacionar-se às bases do negócio, uma vez que presidiram a oferta e se substanciaram em sua real compostura. Assim, tais pagamentos, para atenderem à previsão constitucional, necessitam resguardar a correlação estratificada sobre as condições efetivas em vista das quais se assentaram as partes, o que equivale a dizer que terão que ser reequilibrados se houver supervenientes desconcertos.

É, dessarte, no próprio texto constitucional que se assenta o resguardo daquilo que, em direito administrativo, é denominado 'equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo', com os decorrentes reajustes e revisões.

7. No âmbito infraconstitucional, o equilíbrio econômico-financeiro também se encontra enfatizado pelo direito positivo. Desde logo, a Lei 8.666, de 21.06.1993, que veicula regras gerais sobre licitação e contratos, consagra sua incolumidade em numerosas passagens. Basta referir as disposições que se estampam no art. 5º, § 1º; no art. 7º, § 7º; no art. 40, XI e XIV, *c*; no art. 57, § 1º; no art. 58, §§ 1º e 2º; e no art. 65, II, *d*, assim como em seu § 5º.

É certo, além disso, que a Lei de Concessões, Lei 8.987, de 13.02.1995, também encarece a proteção à equação econômico-financeira e exige-lhe a persistência ao longo da relação instaurada. Com efeito, seu art. 9º estatui que a tarifa do serviço concedido 'será preservada pelas regras de revisão'.

O mesmo intuito de preservação do equilíbrio estipulado de início reaparece estampadamente nos §§ 2º, 3º e 4º do mesmo artigo, ao estabelecerem, respectivamente, que 'Os contratos poderão estabelecer mecanismos de revisão das tarifas, a fim de manter-se o equilíbrio econômico e financeiro'; que, 'Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa para mais ou para menos, conforme o caso'; e que, 'Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração'.

O art. 18 da mesma lei dispõe que 'O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos, e conterá, especialmente: (...) VIII – os critérios de reajuste e revisão das tarifas'.

O art. 23, entre as cláusulas categorizadas como essenciais ao contrato de concessão, em seu inciso IV, inclui as relativas 'ao preço do serviço e aos critérios e procedimentos para o reajuste e a revisão das tarifas'.

É inquestionável, pois, que a legislação de concessão de serviços públicos, tanto como a de contratos administrativos em geral – e os princípios gerais destes se aplicam às licitações para concessão de serviços públicos, como o declara seu art. 18 –, consagra insistentemente a garantia do equilíbrio econômico-financeiro, tanto pelo instituto da revisão quanto pelo dos reajustes.

Tudo isso está a revelar, inobjetavelmente, a decidida orientação legislativa de assegurar

o equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo."

No que concerne às limitações que sofre a administração pública para promover alterações unilaterais no contrato administrativo, notadamente o contrato de concessão do serviço público, averba André de Laubadère, em seu já clássico *Traité des contrats administratifs*. 2. ed. Paris: L.G.D.J., 1984. Tomo 2º. p. 406. n. 1177, *verbis*:

"*D'une part, l'administration et son cocontractant ont conclu un certain contrat, ayant un certain objet: l'administration ne peut prétendre imposer une modification qui aboutirait à dénaturer le contrat, à lui donner en fait un objet nouveau, différent de celui qui a été envisagé dans la commune intention des parties; D'autre part, le cocontractant a conclu le contrat en considération de certaines conditions, notamment de ses possibilités techniques et financières. L'administration ne peut prétendre imposer des modifications qui aboutiraient par leur importance à un bouleversement du contrat et de son économie générale.*"

Nesse sentido, ainda, os seguintes autores: Jean de Soto, *in Droit Administratif*: théorie générale du service public. Paris: Montchrestien, 1981. p. 339; Marcel Waline, *in Traité élémentaire de Droit Administratif*. 6. ed. Paris: Libr. du Recueil Sirey, 1952. p. 392-3. § 3º; Jean Rivero, *in Droit Administratif*. 8. ed. Paris: Dalloz, 1977. p. 454-5. n. 481; Jacqueline Morand-Deviller, *in Cours de Droit Administratif*. 3. ed. Paris: Montchrestien. p. 362, *C*; Georges Dupuis, Marie J. Guédon, Patrice Chrétien, *in Droit Administratif*. 7. ed. Paris: Armand Colin. p. 403, *B*; Laurent Richer, *in Droit des contrats administratifs*. Paris: L.G.D.J., 1995. p. 198; Gaston Jèze, *in Les principes généraux du Droit Administratif*: théorie générale des contrats de l'administration. Troisième Partie, Paris: L.G.D.J., 1936. p. 1.142.

A respeito, a lição precisa de Laubadère, em artigo intitulado "*Du pouvoir de l'administration d'imposer unilatéralement des changements aux dispositions des contrats administratifs*", publicado na *Revue du Droit Public*, p. 40-1, 1954, *verbis*:

"*Le pouvoir de modification unilatérale est considéré comme d'ordre public; l'administration ne peut renoncer à l'avance à l'exercer (Jèze, op. cit., p. 225; Bonnard, op. cit., p. 620).*

Le pouvoir de modification existant en dehors des stipulations du contrat, lorsque celui-ci le prévoit il ne le crée pas mais ne fait que régler ses conditions d'exercice, en particulier ses limites et ses conséquences pécuniaires (Jèze, loc. cit.).

Par ailleurs un tel pouvoir a des limites et des contreparties; à cet égard la jurisprudence relative aux limites et contreparties des modifications prévues par le contrat lui-même est utilisable d'une manière générale et elle est très développée.

Les limites du pouvoir de modification sont de deux ordres:

D'une part les modifications unilatérales ne peuvent concerner que les clauses du contrat qui intéressent le service public et ses besoins (c'est-à-dire les prestations du cocontractant et leurs modalités d'exécution) à l'exclusion des clauses qui règlent les rapports d'intérêts entre les parties (notamment les clauses financières).

D'autre part l'administration ne peut pas utiliser son pouvoir de modification pour imposer au cocontractant des changements excessifs, dépassant une mesure raisonnable, c'est-à-dire ayant pour effet de transformer l'objet même du contrat (par exemple de transformer une concession de service public en une régie déguisée: C. E., 18 juillet 1930, Compagnie P.L.M. et autres, R.D.P., 1931, p. 142, concl. Josse) ou d'excéder les possibilités techniques ou économiques du cocontractant; ce dernier critère est très largement éclairé, par exemple, par l'abondante jurisprudence relative, en matière de marchés de travaux publics, aux notions d' 'ouvrage nouveau' et de 'bouleversement de l'économie générale du projet' (C. E., 23 juin 1920, Briançon, p. 626).

Quant à la contrepartie du pouvoir de modification elle se trouve dans le principe générale selon lequel toute modification imposée au cocontractant et lui causant un préjudice oblige l'administration à l'indemniser de manière à rétablir l'équilibre contractuel initialement envisagé dans la commune intention des parties."

Em palavras lapidares, a propósito do alcance da garantia do equilíbrio econômico-financeiro do contrato administrativo, anotam Nicola Assini e Lucio Marotta, *in La concessione di opere pubbliche*. Cedam -Padova, 1981. p. 73-4, *verbis*:

"*È un principio pacifico che la gestione sia svolta dal concessionario a suo rischio e periculo. Ma è altrettanto evidente che rischi e pericoli sono a carico del concessionario solo in condizioni di normale svolgimento del rapporto economico regolato fra le parti dalla convenzione accessiva all'atto di concessione.*

Fra le obbligazioni de concedente e quelle des concessionario si stabilisce all'inizio un certo rapporto ed è questo rapporto che deve essere mantenuto nel tempo, anche se ciò dovesse richiedere un mutamento delle obbligazioni assunte originariamente dalle parti.

Interessato particolarmente al mantenimento di questo rapporto è naturalmente il concessionario, che eviterà cosí di doversi accollare i rischi di gestione dipendenti da avvenimenti eccezionali ed imprevedibili. Ma anche il concedente ha interesse che il concessionario non venga mai a trovarsi in crisi in dipendenza di fatti che non gli siano addebitabili, poiché altrimenti verrebbe pregiudicato il perseguimento del fine pubblico che l'atto di concessione si riprometteva.

È nella logica della concessione che gli interessi delle parti non debbano risentire di quella contrapposizione o antiteticità che normalmente si verifica in qualsiasi altro rapporto obbligatorio scaturente da contratto. Concedente e concessionario sono in effetti legati da un rapporto del tutto peculiare, per cui essi vengono a trovarsi, secondo una plastica espressione, nella stessa barca."

Essa interpretação resulta do texto da Lei Maior, nos arts. 37, XXI, e 175, III, que garantem ao concessionário do serviço público a justa

remuneração pela prestação do serviço, o que se verifica por meio da tarifa.

Ora, permitir que o poder público, por ato unilateral, alterasse o valor da tarifa, reduzindo-o, seria infringir o intento constitucional, comprometendo o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, com repercussões negativas na prestação do serviço público e no próprio desdobramento do contrato, pondo em risco a continuidade e a regularidade da prestação do serviço.

Impõe-se, aqui, recordar as palavras de Sutherland, a propósito da interpretação das cláusulas constitucionais, *verbis*:

"*No Court is authorized to so construe a clause of the constitution as to defeat its obvious ends, when another construction, equally accordant with the words and sense, will enforce and protect those ends. (...) a Court has no right to insert anything in the constitution which is not expressed and cannot fairly be implied, and when the text of a constitutional provision is not ambiguous, the courts are not at liberty to search for its meaning beyond the instrument itself.*" (SUTHERLAND, William A. *Notes on the Constitution of the United States*. San Francisco: Bancroft-Whitney, 1904. p. 28-9)

Benignius leges interpretandae sunt, quo voluntas eorum conservetur (Celso, Dig. 1, 3, 18).

Ademais, como sabido, os atos e contratos praticados pelo poder público, sua validade, sua extensão e sua eficácia somente poderão ser apreciados à luz das regras de direito público, notadamente o princípio da legalidade, hoje insculpido no art. 37 da CF/88.

A respeito, bem lembrou Hartmut Maurer, *verbis*:

"*Le problème principal du contrat administratif, du point de vue juridique, est le principe de la soumission de l'administration à la loi et au droit (Gesetzmässigkeit der Verwaltung). Alors que le droit civil est marqué par le principe d'autonomie des relations entre personnes privées (Privatautonomie) et que, par suite, il est axé précisément sur le contrat, considéré comme moyen d'aménagement des rapports entre individus (Gestaltungsmittel), le droit administratif est dominé par le principe de légalité. Les règles juridiques s'imposant à l'administration régissent de plus en plus étroitement les rapports qu'elle a avec le citoyen, comme le montre l'extension du domaine réservé à la loi, la soumission croissante du pouvoir discrétionnaire à des règles de droit, la reconnaissance de droits subjectifs et le développment de la protection juridictionelle.*" (*In Droit Administratif Allemand*. Traduit par M. Fromont. Paris: L.G.D.J., 1994. p. 378-9. n. 25, *c*)

Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações e ao reexame necessário.

É o meu voto.

DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL

AÇÃO PENAL Nº 0010748-25.2012.4.04.0000/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz

Autor: Ministério Público Federal
Réu: B.O.D.
Advogados: Dra. Viviane Paveglio Rosa
Dr. Gladimir Chiele

EMENTA

Penal. Ação penal. Denúncia pela prática, em tese, do delito de coação no curso do processo. Artigo 344 do Código Penal. Autoria. Não comprovação. Absolvição. Decretação.

1. Caracterizada a intimidação, sendo a ameaça grave o suficiente a ponto de incutir justificável receio a um *homo medius*, ou seja, factível e considerável, mediante a promessa de causar mal futuro, sério e verossímil, pela coação de testemunha, intimidando-a para que mude a versão dos fatos apresentada em depoimento perante o Ministério Público Estadual, tem-se como correta a capitulação dos fatos no tipo de que trata o artigo 344 do Diploma Penal.

2. Ante a ausência de confirmação judicial da única pessoa que participara presencialmente do ato de grave ameaça, tem-se que os indícios presentes nos autos não se apresentam com a veemência necessária a

amparar o édito condenatório.

3. Sem elementos que liguem o acusado, categoricamente, ao fato criminoso descrito na denúncia, tem-se que a dúvida invencível lhe favorece, devendo este ser absolvido, na forma do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, com fundamento no brocardo *in dubio pro reo*.

4. Ação penal julgada improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, julgar improcedente a ação penal, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 16 de julho de 2015.

Des. Federal *Sebastião Ogê Muniz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Adoto o relatório contido nas alegações finais do Ministério Público Federal, de fls. 322-324, e, a seguir, complemento-o:

"B.O.D., atual prefeito municipal de S.N., foi denunciado pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul pelo crime de coação no curso do processo, previsto no art. 344 do Código Penal.

Segundo a imputação, fls. 02-04, em *27 de outubro de 2008*, aproximadamente às 15 horas, na Travessa A, Vila Carretel, residência de E.R.S., o denunciado B.O.D., candidato mais votado no pleito municipal de outubro daquele ano, adentrou naquela moradia e, usando de grave ameaça – por meio da exibição de uma arma de fogo –, advertiu E.R.S. de que deveria passar um recado a A.R.S., seu irmão, para que alterasse o teor do depoimento prestado por A. na Aime 034 que tramitou na 52ª Zona Eleitoral e que era francamente desfavorável ao então candidato B.O.D.

Naquele depoimento, A.R.S. mencionava ilegalidades praticadas pelo então candidato B.O.D. (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo nº 34), candidato mais votado, que viria a ser diplomado como prefeito municipal.

O Ministério Público Federal ratificou a denúncia, fl. 123.

A denúncia foi recebida em *18 de abril de 2013*, fls. 129-138v.

Abriu-se vista ao Ministério Público para verificar a possibilidade de oferecimento do sursis processual – art. 89 da Lei nº 9.099/95 –, fl. 142. Por não preencher o réu as condições exigidas por lei para usufruir da suspensão processual, pugnou o MPF pelo prosseguimento da ação penal, fl. 145.

O desembargador relator determinou a expedição de carta de ordem para designar dia e

hora para interrogatório e citação do réu, nos termos dos arts. 7º e 8º da Lei nº 8.038/1990, c/c art. 396 do Código de Processo Penal, fl. 151.

O MPF, com o propósito de harmonizar o disposto na Lei nº 8.038/1990 com as alterações promovidas no CPP, requereu fosse reconsiderada a determinação de que se procedesse ao interrogatório do réu, a fim de que restasse citado o acusado, oportunizando-se à defesa que se manifestasse sobre as provas que pretendia produzir, e se expedisse nova carta de ordem para a oitiva das testemunhas e, por último, para realização do interrogatório do réu, fls. 156-158.

O desembargador relator, acolhendo a promoção ministerial das fls. 156-158, postergou o interrogatório do réu, determinando sua citação, fls. 160-161.

O réu apresentou defesa prévia, fls. 168-169, alegando, em síntese, a improcedência da denúncia, pela atipicidade da conduta.

Na sequência, a defesa foi intimada a qualificar, fornecer o endereço e requerer a intimação da testemunha E.M.B., e o MPF foi intimado para ratificar o rol de testemunhas, fl. 175. Ratificado o rol de testemunhas oferecido com a denúncia, fl. 179. A defesa qualificou a testemunha E.M.B. e forneceu o seu endereço, fl. 186.

O desembargador relator determinou a oitiva das testemunhas arroladas pela acusação, fl. 188. A testemunha A.R.S. foi devidamente ouvida, fl. 215. O MPF, ciente das três certidões negativas juntadas na Carta de Ordem nº 5016257-91.2014.404.7108, informando a não localização da testemunha E.R.S. nas cidades de Novo Hamburgo, Viamão e São Nicolau/RS, desistiu de sua oitiva, fl. 242.

A testemunha E.M.B. foi ouvida, fl. 274, e, na sequência, o réu foi devidamente interrogado, fl. 294.

Na fase do art. 10 da Lei 8.038/1990, a acusação requereu fossem atualizados os antecedentes criminais do denunciado, fls. 304 e 314. A defesa, ao seu turno, manteve-se inerte. Os antecedentes criminais foram acostados nas fls. 309-311 e 315-317 dos autos."

As partes ofereceram suas alegações finais: o órgão ministerial, às fls. 322-331, e a defesa, às fls. 339-343.

É o breve relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz: Trata-se de ação penal originária em que o réu B.O.D. foi denunciado pelo Ministério Público Estadual, com a devida ratificação pelo Ministério Público Federal, pela prática, em tese, do crime tipificado no artigo 344 do Código Penal.

1 Da tipificação legal

Eis o teor do tipo penal imputado ao réu:

"*Coação no curso do processo*

Art. 344 – Usar de violência ou grave ameaça, com o fim de favorecer interesse próprio

ou alheio, contra autoridade, parte, ou qualquer outra pessoa que funciona ou é chamada a intervir em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral:

Pena – reclusão, de um a quatro anos, e multa, além da pena correspondente à violência."

Sobre o delito em questão, Rogério Greco (*in Curso de Direito Penal*. 5. ed. v. IV. p. 606) ensina:

"A utilização da violência ou da grave ameaça deve ser dirigida finalisticamente no sentido de obter algum favorecimento de interesse próprio ou alheio que esteja sendo considerado em processo judicial, policial ou administrativo, ou em juízo arbitral."

Ainda, leciona Julio Fabbrini Mirabete que se consuma "o crime, de natureza formal, com a violência ou grave ameaça, independentemente de lograr o agente o fim visado ou mesmo o resultado de ficar a vítima intimidada. Basta que a ameaça seja grave o bastante para intimidar" (*in Código Penal interpretado*. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2007. p. 2632).

Em idêntico trilhar, as lições de Luiz Regis Prado, *in Comentários ao Código Penal*. Revista dos Tribunais, 2002. p. 1065:

"Por se tratar de crime formal ou de mera atividade, atinge seu momento consumativo com o simples emprego da violência física ou de grave ameaça, ainda que o sujeito ativo não consiga o efetivo favorecimento de interesse próprio ou alheio."

Pois bem.

Os fatos narrados na inicial acusatória dão conta de que o réu, após A.R.S. haver prestado depoimento perante o Ministério Público em seu desfavor, dando conta do recebimento de tijolos em troca de votos, teria ingressado na casa da irmã de A., E.R.S.

Nessa oportunidade, utilizando-se de grave ameaça, exibindo uma arma de fogo, advertiu-a que comunicasse seu irmão A. para que alterasse o teor de seu depoimento, que mencionava ilegalidades praticadas pelo ora réu no momento da campanha política de 2008, em que veio a sagrar-se prefeito municipal de S.N./RS.

A exibição de uma arma de fogo, a fim de que uma testemunha que já prestara depoimento perante o Ministério Público Estadual e que viria a prestar declarações perante a Justiça Eleitoral pelos mesmos fatos mude o seu depoimento, não tipifica a conduta do crime de ameaça (CP, art. 147), mas sim de coação no curso do processo (CP, art. 344), dado que o denunciado teria feito uso de grave ameaça antes de finda a instrução.

A propósito, os precedentes da Corte Superior:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. RECURSO ESPECIAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CP). CONSUMAÇÃO. CRIME FORMAL. GRAVAÇÃO AMBIENTAL REALIZADA POR UM DOS INTERLOCUTORES. LICITUDE DA PROVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO RECORRIDO EM HARMONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS SUPERIORES.

1. É sabido que o crime de coação no curso do processo, por ser de natureza formal, consuma-se com a simples ameaça praticada contra qualquer pessoa que intervenha no processo, seja autoridade, seja parte ou testemunha, sendo irrelevante que a ação delitiva produza ou não algum resultado.

2. Com efeito, para configurar o crime em questão, basta que a ameaça seja grave e capaz de intimidar, independentemente de o sujeito atingir o fim almejado, pois tal circunstância consiste no simples exaurimento da ação delituosa.

3. Ora, a possibilidade concreta de perda do emprego é ameaça grave o bastante para intimidar qualquer pessoa, ainda mais em uma época em que o mercado de trabalho se encontra mais competitivo do que nunca. De qualquer forma, é irrelevante perquirir, no caso, se a vítima de fato se sentiu ou não intimidada.

4. De outra parte, em regra, a violação do sigilo das comunicações, sem autorização dos interlocutores, é proibida, pois a Constituição Federal assegura o respeito à intimidade e à vida privada das pessoas, bem como o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e telefônicas (art. 5º, inciso XII, da CF 88).

5. Entretanto, não se trata nos autos de gravação da conversa alheia (interceptação), mas de registro de comunicação própria, ou seja, em que há apenas os interlocutores e a captação é feita por um deles sem o conhecimento da outra parte.

6. No caso, a gravação ambiental efetuada pela corré foi obtida não com o intuito de violar a intimidade de qualquer pessoa, mas com o fito de demonstrar a coação que vinha sofrendo por parte da ora recorrente, que a teria obrigado a prestar declarações falsas em juízo, sob pena de demissão.

7. Por não se enquadrar nas hipóteses de proteção constitucional do sigilo das comunicações, tampouco estar disciplinada no campo infraconstitucional, pela Lei nº 9.296/96, a gravação unilateral feita por um dos interlocutores com o desconhecimento do outro deve ser admitida como prova, em face do princípio da proporcionalidade.

8. De outra parte, não procede a alegação de quebra de sigilo profissional, prevista no art. 7º, inciso II, da Lei nº 8.906/94, agora com a nova redação dada pela Lei 11.767/08, pois não se trata de gravação de conversa pessoal e reservada entre advogado e cliente.

9. Cuida-se, pois, de gravação de um diálogo informal, ocorrido no interior de um táxi, entre a vítima do fato tido como criminoso e o causídico da empresa em que a recorrente trabalhava, o qual, na época, patrocinava os interesses dessa instituição em uma ação trabalhista, não a defesa das rés. Em outra ocasião, a conversa foi gravada tão somente entre as acusadas.

10. Ademais, ao contrário do alegado, o tribunal de origem, ao condenar a ora recorrente, baseou-se, também, em provas produzidas durante a fase judicial, as quais confirmaram o que havia sido constatado na fase inquisitória.

11. Na realidade, a recorrente busca, quando alega ofensa aos arts. 155 e 156 do Código de Processo Penal, a reapreciação das disposições fáticas delineadas nas instâncias ordinárias,

providência essa incompatível com a estreita via do recurso especial, incidindo, na espécie, o óbice contido na Súmula 7 desta Corte.

12. Por fim, é impossível a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, porquanto o crime foi praticado mediante grave ameaça à pessoa (art. 44, inciso I, do Código Penal).

13. Recurso especial a que se nega provimento." (REsp 1113734/SP, rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, julgado em 28.09.2010, DJe 06.12.2010)

"RECURSO ESPECIAL. PENAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. CRIME FORMAL. CONSUMAÇÃO. EMPREGO DE VIOLÊNCIA OU GRAVE AMEAÇA. DOLO ESPECÍFICO. INTERESSE PRÓPRIO. INTIMIDAÇÃO DA VÍTIMA. IRRELEVÂNCIA. RECURSO NÃO CONHECIDO.

1. O crime de coação no curso do processo, previsto no art. 344 do Código Penal, é delito formal, que se consuma tão só com o emprego de violência ou grave ameaça contra autoridade, parte ou qualquer pessoa que intervenha no processo, com o fim de favorecer interesse próprio ou alheio, independentemente de conseguir o agente o resultado pretendido ou de ter a vítima ficado intimidada.

2. Recurso especial não conhecido." (REsp 819763/PR, relator Ministro Arnaldo Esteves Lima, DJ 25.09.2006)

Em idêntico trilhar, os precedentes desta Corte:

"PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. FALSO TESTEMUNHO. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO. ART. 344 DO CÓDIGO PENAL. POTENCIALIDADE LESIVA. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO. VOTO MÉDIO. PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE. 1. Demonstrado nos autos que, mediante o uso de grave ameaça, o agente coagiu a testemunha a mudar a versão dos fatos, resta caracterizado o delito, pois o tipo penal previsto no art. 344 do Código Penal se consuma no momento do emprego da violência ou da grave ameaça proferida à vítima, independentemente de ser alcançado o resultado. O fato de o agente ter sido absolvido na ação penal em que se deu o testemunho falso não descaracteriza o crime praticado no bojo do próprio processo criminal. 2. Configurada a potencialidade lesiva do falso testemunho prestado em ação penal, uma vez que as declarações se deram exatamente sobre o mérito da causa. É necessária apenas a possibilidade de que o depoimento falso possa influenciar o julgamento, não que este efetivamente concretize tal subversão dos fatos. 3. Considerando que foram proferidos três votos na Turma em relação ao embargante, o primeiro condenando-o à pena de 1 ano de reclusão, o segundo absolvendo-o e o terceiro condenando-o à pena de 1 ano e 4 meses de reclusão, o voto médio é o que fixa a pena em 1 ano de reclusão." (TRF4, ENUL 5000118-03.2010.404.7012, Quarta Seção, relator p/ acórdão Márcio Antônio Rocha, juntado aos autos em 21.10.2014)

"DIREITO PENAL. COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO (ART. 344 DO CÓDIGO PENAL). AMEAÇA EM FACE DE MÉDICO PERITO DO INSS. CONFIGURAÇÃO DA GRAVE AMEAÇA. DOSIMETRIA. 1. A configuração do delito de coação no curso do processo exige que o agente, com o fim especial de favorecer a si ou a terceiro em processo judicial, policial, administrativo ou juízo arbitral, faça uso de violência ou de grave ameaça, atentando contra quaisquer das pessoas listadas no tipo. 2. O dolo apresenta-se como

a intenção de usar de violência ou de grave ameaça, enquanto que o elemento subjetivo específico consiste no fim de obter favorecimento para si ou terceiro em algum dos procedimentos referidos no art. 344 do CP. 3. A grave ameaça é entendida como a promessa de causar um mal futuro, possível, verossímil e considerável, ou seja, a ação capaz de intimidar a vítima, sendo irrelevante que a vítima efetivamente se sinta intimidada. 4. A dosimetria da pena não está sujeita a critérios absolutamente objetivos ou a esquemas matemáticos, sendo larga a esfera de discricionariedade do magistrado sentenciante. Não havendo ilegalidades, insuficiência ou excesso na dosimetria da sanção na sentença de primeiro grau, descabe revisão de ofício." (TRF4, ACR 5000694-53.2011.404.7111, Oitava Turma, relator p/ acórdão Leandro Paulsen, juntado aos autos em 14.10.2014)

Caracterizada a intimidação, sendo a ameaça grave o suficiente a ponto de incutir justificável receio a um *homo medius*, ou seja, factível e considerável, mediante a promessa de causar mal futuro, sério e verossímil, coagindo-se a testemunha a mudar a versão dos fatos apresentada em depoimento perante o Ministério Público Estadual, tem-se como correta a capitulação dos fatos no tipo de que trata o artigo 344 do Diploma Penal.

2 Da materialidade

A materialidade resta incontroversa.

Encontra-se devidamente consubstanciada na Aime (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) nº 34, que tramitou perante o Tribunal Regional Eleitoral (fls. 05-06), ajuizada com base em depoimentos prestados perante o Ministério Público Estadual; no Termo Circunstanciado de fls. 10-11; nos Termos de Declarações prestadas por A.R.S. (fl. 12) e por E.R.S. (fl. 16), ambos perante a autoridade policial.

Com base nesses documentos, tem-se evidente sua comprovação.

3 Da autoria

Cumpre examinar se resta comprovada a autoria delitiva.

O réu sustentou, em seu depoimento judicial (mídia anexa à fl. 299), que não andava armado quando em campanha eleitoral e que, atualmente, sequer tem porte de arma.

A respeito do fato, assim se pronunciou o Ministério Público Federal (fl. 326):

"A prova de que, na época dos fatos, o acusado tinha em seu nome registradas *armas de fogo* consta nas fls. 07 a 09 dos autos. Em nome de B.O.D. há registro de uma espingarda Boito, cano B-750, calibre 32; uma pistola semiautomática Taurus, calibre 380; e um revólver

Rossi, calibre 38. Em pesquisa na página da empresa Taurus, a título de esclarecimento, verifica-se que uma pistola calibre 380 mede 158 mm e pesa cerca de 660g. Do apurado, infere-se que tanto a pistola Taurus quanto o revólver Rossi caberiam no bolso de uma bermuda masculina. Assim, a versão da vítima de que o acusado portava arma de fogo no instante da coação é factível, pois o denunciado tem registradas em seu nome duas armas de tamanho tal que podem ser carregadas no bolso de uma bermuda, conforme descrita a cena do crime."

Os fatos não se deram durante a campanha eleitoral, mas, sim, após o pleito, quando o réu, inclusive, já se havia sagrado vencedor, não havendo sido ainda, entretanto, diplomado.

Tem-se, pois, que é possível que o réu, de fato, estivesse ostentando uma arma de fogo em sua cintura quando se dirigiu à casa de E. e com ela manteve o aludido diálogo de advertência para alteração do teor do depoimento que fora prestado perante o Ministério Público Estadual em seu desfavor.

Isso porque, além de possuir armas em seu nome, também não mais estava na fase de campanha eleitoral, havendo o próprio réu admitido que andava armado em outros momentos que não nessa fase específica de disputa pelo Executivo Municipal.

Prossigo.

A testemunha A.R.S. foi ouvida perante a autoridade policial e perante a autoridade judicial.

No âmbito inquisitorial, esclareceu (fl. 12):

"Disse que, na época da campanha política, o candidato a prefeito 'C.' esteve em sua casa pedindo voto e viu que o banheiro era de tábua e as tábuas estavam podres. Que 'C.' disse que ia colocar umas propagandas políticas e que, se votassem nele, iam ganhar uns tijolos para arrumar o banheiro. Que, depois que colou as propagandas, C. disse que logo iam trazer os tijolos. Que na mesma tarde um funcionário da LOJA PIETROSVISKI, em uma Saveiro, veio entregar os tijolos. Que eram mais ou menos seiscentos tijolos. Que, depois de passada a eleição, ficou sabendo por meio do 'T.' que não poderia haver compra de votos e que a doação de tijolos era proibida. Que escutou no rádio que isso que C. havia feito era proibido e decidiu denunciar. Que conversou com 'T.' e foram tirar umas fotos dos tijolos para fazer a denúncia. O depoente diz que somente ele e sua mãe estavam em casa quando C. esteve colando as propagandas e ofereceu os tijolos. Que, depois que prestou depoimento na promotoria sobre esse fato, 'C.' esteve na casa de sua irmã E., ameaçando-a, e mandou um recado para o depoente dizendo que, se não mudasse o depoimento na PROMOTORIA, ele ia lhe botar as mãos. Que, no dia seguinte, compareceu nesta delegacia, onde fez a ocorrência 552/2008, relatando o que havia acontecido."

Em juízo (fls. 225-231), ratificou integralmente essas declarações,

bem assim aquelas que prestara no bojo da Aime (Ação de Impugnação de Mandato Eletivo) nº 34, que tramitou perante o Tribunal Regional Eleitoral (fl. 06).

Acrescentou que se sentiu realmente ameaçado pelas palavras ditas pelo réu à sua irmã, referindo que, na mesma data dos fatos, o acusado passou de carro na frente de sua residência, bem devagar, conjuntamente com outras pessoas.

E.R.S., malgrado tenha sido arrolada como testemunha de acusação, não foi encontrada para ser ouvida em juízo.

Em que pesem as sucessivas tentativas (demonstradas pelas três certidões negativas juntadas na Carta de Ordem nº 5016257-91.2014.404.7108, informando a não localização da testemunha E.R.S. nas cidades de Novo Hamburgo, Viamão e São Nicolau/RS), dada a ausência de êxito em sua intimação, a acusação acabou por desistir de sua oitiva (fl. 242).

No bojo da investigação policial, a seu turno, E. asseverou (fl. 16):

"Que ratifica o teor da co 552/08, dizendo que é irmã e comadre de A.R.S. e que, na data dos fatos, 27.10.2008, estava em sua casa dando banho nas crianças quando chegou o prefeito eleito B.O.D., vulgo C., e que em determinado momento da conversa este lhe disse que era para a depoente e A. mudarem o depoimento que haviam dado na Promotoria. Que disse que, se não mudassem o depoimento, depois ia lhe botar as mãos. Que C. disse isso em tom de ameaça e estava com um revólver no bolso da bermuda. Que, depois que ele saiu, a depoente avisou A., para ele se cuidar, pois C. deixou bem claro que era para mudarem o depoimento. Que a ameaça aconteceu depois que a depoente e A. haviam prestado depoimento sobre compra de votos nas eleições de 06 de outubro, das quais C. saiu vencedor. Diz que não quis fazer ocorrência sobre a ameaça, pois o marido da depoente, que era cabo eleitoral de C., lhe aconselhou a deixar assim, que isso só aconteceu por causa da política."

A testemunha arrolada pela defesa, E.M.B., foi ouvida (mídia anexa à fl. 274) e referiu que A.R.S. era adversário político do réu. Outrossim, abonou a conduta do acusado.

No momento de seu interrogatório em juízo (mídia anexa à fl. 299), o acusado refutou veementemente a veracidade dos fatos narrados na denúncia.

Refere que A. era seu adversário político, cabo eleitoral pago do diretório de seu rival político, havendo feito campanha para este conjuntamente com toda a sua família.

Aduziu que, de fato, visitou a vila e o bairro da E.R.S., havendo, também, visitado a casa dela, bem como as demais da mesma locali-

dade, uma única vez, sempre acompanhado de vereadores e militantes, não recordando a data da aludida visita. Disse que, quando visitou a casa de E., o cunhado desta estava presente, bem como a sogra desta.

As declarações extrajudiciais de E.R.S., sem dúvida, *indiciam* a prática delitiva.

A defesa não refuta o teor do depoimento de E.

A prova coligida, de outra parte, também não traz qualquer subsídio que possa vir a desprestigiar seu conteúdo.

Ocupa-se a defesa, ao revés, em descredibilizar o testemunho de A.R.S., ao apontá-lo como adversário político do Prefeito B.

Suas declarações, contudo, sempre foram em um mesmo sentido, sem vacilações, mesmo quando foi ouvido em juízo com a presença do coator, podendo a estas conferir-se confiabilidade.

Inexistem quaisquer outros subsídios probatórios colhidos na fase judicial.

Desse conjunto, tem-se que nenhuma das testemunhas ouvidas *em juízo* presenciou a coação.

Esta, aliás, como já referido, somente fora testificada por E.R.S. durante a fase inquisitorial.

A outra vítima, em face de quem a coação também teria sido dirigida (A.R.S.), não presenciou a grave ameaça.

Ele apenas ouviu dizer, por intermédio de terceiros, especificamente por sua irmã, que teria havido uma coação dirigida à sua pessoa.

É verdade que não haveria motivos, como dito, para se descredibilizar as imputações que E. dirigira ao réu B., mormente porque ela mesma ressaltara, no âmbito do inquérito policial, que seu marido era cabo eleitoral do próprio réu (fl. 16).

Todavia, ela não foi ouvida em juízo, a fim de que se pudesse, com a certeza necessária, confirmar a versão trazida pela acusação de prática de crime de coação no curso do processo pelo acusado B.

Outrossim, calha considerar que a testemunha A.R.S. relatou que o réu, acompanhado de outras pessoas, após haver promovido a imputada coação, dirigiu-se para a residência do primeiro, ali passando com seu automóvel, conjuntamente com outras pessoas.

Essa narrativa condiz com a de B., em seu interrogatório, no sentido de que não se dirigira sozinho à casa de E. Ela, de sua parte, não referiu

em seu depoimento extrajudicial nem que B. fora sozinho, nem que fora acompanhado à sua residência, nada descrevendo sobre este tópico.

No entanto, nenhuma das pessoas que supostamente teriam acompanhado B. foi ouvida nem em juízo, nem na fase policial. Sua ausência, porém, não pode ser tomada em prejuízo da defesa, mormente porquanto confere plausibilidade à versão por ela própria apresentada.

Assim sendo, têm-se presentes os indícios da prática criminosa, mas, ante a ausência de confirmação judicial da única pessoa que participara presencialmente do ato de grave ameaça, tem-se que estes não se apresentam com a veemência necessária a amparar o édito condenatório.

Ausentes, portanto, elementos seguros a atestar a autoria delitiva, estando presentes, tão somente, indícios desta, sem elementos que liguem categoricamente o acusado ao fato criminoso descrito na denúncia, tem-se que a dúvida invencível lhe favorece, devendo este ser absolvido, na forma do artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, com fundamento no brocardo *in dubio pro reo*.

Ante o exposto, voto por *julgar improcedente* a ação penal.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5000159-71.2013.4.04.7106/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha

Apelante: S.C.S.F.
Advogada: Dra. Valquiria Castro Pereira
Apelado: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal. Falsificação de sinal público. Art. 296, § 1º, III, do Código Penal. Anilhas identificadoras do ibama. Materialidade. Autoria. Dolo. Comprovação.

1. Incorre no crime de falsificação de sinal público quem falsifica anilhas de controle e fiscalização do Ibama para utilização em pássaros silvestres.

2. Sendo a anilha o instrumento que garante que o pássaro não foi capturado na natureza, a utilização de anilhas falsificadas se presta a tentar burlar a fiscalização ou, ainda, a facilitar a comercialização dos animais, com aparência de legalidade. Nesse contexto, não se afasta a lesividade da conduta do artigo 296, § 1º, III, do Código Penal sob o argumento de que se trata de falsificação grosseira, pois as anilhas objetivam dar aparência de legalidade ao negócio de comercialização de pássaros, iludindo compradores e até mesmo agentes do Ibama.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 7ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento à apelação e, de ofício, reduzir a pena de multa, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 14 de julho de 2015.

Des. Federal *Márcio Antônio Rocha*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra S.C.S.F. pela prática, em tese, dos delitos previstos nos artigos 29, § 1º, inciso III, e § 3º, da Lei 9.605, de 1998, e 296, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Narra a denúncia (ev. 1):

"No dia 12 de setembro de 2012, o denunciado guardou e transportou espécimes da fauna silvestre, sem a devida autorização da autoridade competente, e fabricou e utilizou sinal falsificado de entidade da administração pública – Ibama.

O fato tornou-se conhecido por volta das 15h, na BR-290, no posto da Polícia Rodoviária Federal de Rosário do Sul, quando uma equipe de policiais militares ambientais fiscalizou o veículo GM/Celta, placas [*omissis*], e apreendeu 7 cardeais vermelhos, 1 azulão, 1 rede para caçar pássaros silvestres, 1 gaiola de ferro, 8 transportadores e 37 anilhas de metal, sem identificação, utilizadas para identificação de aves. Ressalte-se que as anilhas estavam fora dos padrões exigidos pelo Ibama e, portanto, são falsas.

A materialidade do delito resta comprovada nos autos, notadamente pelo Auto de Apresentação e Apreensão 171/2012, pelo Termo de Apreensão e Fiel Depositário nº

13503, pelo Registro de Ocorrência 574/2012 e pelo Levantamento Fotográfico (evento 1, NOT_CRIME2); pelo Laudo de Perícia Criminal Federal nº 1190/2012 – Setec/SR/DPF/RS (evento 1, LAU3), que atestou a inautenticidade das anilhas apreendidas, estando, portanto, infringindo o art. 296, § 1º, III; e pela Informação Técnica nº 160/2012 – Setec/SR/DPF/RS (evento 4, INF1), que informa que ambas as espécies são da fauna brasileira.

A autoria delitiva, por sua vez, resta comprovada não só pelos documentos acima referidos, mas também pelo Auto de Qualificação e Interrogatório do indiciado (evento 2, PRECATORIA1), no qual o réu atesta a propriedade dos produtos mencionados e descreve a confecção própria das anilhas falsificadas.

Assim agindo, o denunciado praticou as condutas descritas no art. 29, § 1º, inciso III, c/c seu § 3º, da Lei 9.605/98 e no art. 296, § 1º, inciso III, do Código Penal, sujeitando-se às sanções ali previstas."

A denúncia foi recebida em 22.02.2013 (ev. 3).

Processado o feito, sobreveio sentença (ev. 96), publicada em 26.09.2014, por meio da qual foi julgada parcialmente procedente a denúncia para (a) absolver o réu quanto ao delito do artigo 29, § 1º, inciso III, e § 3º, da Lei nº 9.605, de 1998, com fundamento no artigo 386, inciso II, do Código de Processo Penal; e (b) condená-lo pela prática do crime previsto no artigo 296, § 1º, inciso III, do Código Penal à pena privativa de liberdade de 2 anos de reclusão e ao pagamento de 24 dias-multa, no valor unitário de 1/30 do salário mínimo vigente ao tempo do fato. A pena privativa de liberdade foi substituída por duas penas restritivas de direitos, de prestação de serviços à comunidade e de prestação pecuniária, esta no valor de 1 salário mínimo.

Não se conformando, o réu apelou (ev. 102 e 108) sustentando a atipicidade da conduta, ao fundamento de que as anilhas, confeccionadas de forma grosseira, teriam sido usadas apenas para separar as aves, e não para enganar.

Contrarrazões foram apresentadas (ev. 111).

A Procuradoria Regional da República, em seu parecer, opinou pelo não provimento da apelação (ev. 4 – eproc/TRF4).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Márcio Antônio Rocha: Narra a denúncia, em linhas gerais, que o réu, em 12.09.2012, guardou e transportou espécimes da fauna silvestre, sem a devida autorização da autoridade competente, e fabricou e utilizou sinal falsificado de entidade da admi-

nistração pública – Ibama, dando-o como incurso nas penas dos artigos 29, § 1º, inciso III, e § 3º, da Lei 9.605, de 1998, e 296, § 1º, inciso III, do Código Penal.

O réu foi absolvido em relação ao crime do artigo 29, § 1º, inciso III, e § 3º, da Lei 9.605, de 1998, acerca do que não há apelação.

Condenado pela prática do delito previsto no artigo 296, § 1º, inciso III, do Código Penal, o réu apela requerendo a absolvição, tendo em vista a atipicidade da conduta, ao fundamento de que as anilhas, confeccionadas de forma grosseira, teriam sido usadas apenas para separar as aves, e não para enganar.

A conduta pela qual o réu foi condenado diz respeito ao uso indevido de identificador de entidade da administração pública, nos termos do artigo 296, § 1º, inciso III, do Código Penal, que assim dispõe:

> "Falsificação do selo ou sinal público
>
> Art. 296 – Falsificar, fabricando-os ou alterando-os:
>
> I – selo público destinado a autenticar atos oficiais da União, de estado ou de município;
>
> II – selo ou sinal atribuído por lei a entidade de direito público, ou a autoridade, ou sinal público de tabelião:
>
> Pena – reclusão, de dois a seis anos, e multa.
>
> § 1º – Incorre nas mesmas penas:
>
> I – quem faz uso do selo ou sinal falsificado;
>
> II – quem utiliza indevidamente o selo ou sinal verdadeiro em prejuízo de outrem ou em proveito próprio ou alheio;
>
> III – quem altera, *falsifica* ou faz uso indevido de marcas, logotipos, siglas ou quaisquer outros símbolos utilizados ou *identificadores de órgãos ou entidades da administração pública*."

As anilhas colocadas em pássaros silvestres têm finalidade de controle e fiscalização por parte do Ibama, autarquia federal vinculada ao Ministério do Meio Ambiente. O uso de anilhas verdadeiras, fabricadas e distribuídas conforme os normativos daquele órgão (observado o diâmetro conforme o pássaro e as inscrições respectivas), garante que só os pássaros nascidos e criados em cativeiro serão colecionados, de forma a conter o comércio ilegal de pássaros silvestres.

O uso de anilhas de identificação falsificadas ou adulteradas, assim, é conduta que se amolda à utilização de sinal identificador de órgão da administração pública, "passando a falsa ideia de que os pássaros mantidos em cativeiro teriam sido chancelados pelo Ibama, o que acarreta lesão à fé pública, que é o bem jurídico tutelado pelo artigo 296, § 1º,

I, do Código Penal" (TRF4, ACR 5001532-29.2012.404.7121, Des. Federal Leandro Paulsen, 8ª T., u., 25.08.2014).

Outrossim, trata-se de delito de mera conduta, não sendo necessária a demonstração de prejuízo a terceiros, havendo ofensa ao bem jurídico protegido fé pública, considerado o sinal de autenticidade. Nesse sentido, menciono o seguinte precedente do Supremo Tribunal Federal, a comprovar indiretamente o enquadramento:

"FALSIFICAÇÃO DE SELO OU SINAL PÚBLICO. ARTIGO 296, INCISO II, DO CÓDIGO PENAL. O tipo restringe-se a mera conduta, sendo despiciendo o prejuízo a terceiro. A substituição de folha do processo por outra numerada por pessoa estranha ao Cartório, com imitação da rubrica do serventuário, alcança o objeto jurídico protegido pelo dispositivo legal – a fé pública, considerado o sinal de autenticidade. O dolo decorre da vontade livre e consciente de praticar o ato." (STF, HC 68433, rel. Min. Marco Aurélio, 2ª T., j. 19.02.1991)

Na hipótese dos autos, a conclusão do laudo pericial foi a de que (ev. 1 – doc. 3 do IPL)

"as anilhas encaminhadas a exame não apresentam inscrições ou outras características que permitissem vinculá-las às anilhas padrões. Tampouco foi possível medir seu diâmetro, pois elas se encontravam rompidas. Trata-se de anilhas que não atendem aos padrões exigidos pelo Ibama e, em face desses padrões, são inautênticas."

Trata-se, assim, de anilha inautêntica, caracterizando-se a falsificação de sinal identificador de entidade da administração pública, Ibama, tipo descrito no artigo 296, § 1º, inciso III, do Código Penal.

Para afastar a alegação de que as anilhas apreendidas seriam usadas apenas para fazer um controle dos animais, e não para tentar burlar a fiscalização, a sentença destacou trecho extraído do *site* do Ibama, nos seguintes termos:

"Destaca-se, outrossim, o seguinte texto, extraído do *site* do Ibama (http://www.ibama.gov.br/perguntas-frequentes/fiscalizacao):

'A inexistência de anilha e documentação que comprove a origem do animal significa que ele foi capturado na natureza. Assim, a pessoa que o adquiriu está contribuindo com o tráfico de animais silvestres. Quem possui o animal sem anilha está sujeito a sanções administrativas e penais. No caso, apreensão do animal e multa de R$ 500,00 ou R$ 5.000,00 por indivíduo como sanção administrativa e detenção de seis meses a um ano e multa na esfera penal. Todavia, a entrega espontânea ao órgão ambiental isenta a pessoa das sanções administrativas.'

Isso sugere que as anilhas falsificadas podem ser utilizadas para tentar burlar a fiscalização, e não somente para um controle em relação aos animais."

De fato, se é a anilha que garante que o pássaro não foi capturado na natureza, a utilização de anilhas falsificadas se presta a tentar burlar a fiscalização ou, ainda, a facilitar a comercialização dos animais apreendidos irregularmente, com aparência de legalidade.

Não há relevância em se debater se as anilhas são falsificadas grosseiramente, pois, no caso, há evidente dano, já que estavam dispostas em animais sem qualquer comprovação de origem lícita. Havendo anilhamento, há notório dano, já caracterizado pela posse irregular de animais. O Auto de Apresentação (ev. 1 – doc. 2 do IPL) dá conta da apreensão de 37 anilhas de metal, sem identificação, *com indícios de falsificação*, utilizadas para identificação de aves. A Certidão de Ocorrência (ev. 1 – doc. 2 do IPL) relata a apreensão de anilhas *possivelmente falsificadas* em poder do réu. O laudo pericial também não é conclusivo acerca da qualidade das falsificações (ev. 1 – doc. 3 do IPL).

Nesse contexto,

"não se afasta a lesividade da conduta prevista no artigo 296, § 1º, I, do CP sob o argumento de que se trata de falsificação grosseira, tendo em vista que as anilhas falsas intentam conferir legalidade ao negócio de comercialização dos pássaros, iludindo compradores ou até mesmo agentes do Ibama." (TRF4, ACR 5000308-92.2012.404.7109, rel. Des. Federal João Pedro Gebran Neto, 8ª T., u., j. 13.08.2014)

Nesse sentido, igualmente, o parecer ministerial, da lavra da exma. Procuradora Regional da República Maria Emília Corrêa da Costa Dick, *in verbis*:

"(...) Ao contrário do que sustenta a defesa, a falsificação não é perceptível à primeira vista, sendo absolutamente capaz de ludibriar um homem médio. Em documentos de identificação pessoal, por exemplo, a falsificação é mais facilmente notada, já que se trata de um documento rotineiramente utilizado por todos. Por outro lado, as anilhas utilizadas em animais não são tão comuns às pessoas em geral, sendo mais restritas a determinados meios, isto é, de fiscalização ou de comercialização desses animais.

Logo, pode-se considerar que uma pessoa comum, ao verificar um pássaro com uma anilha, imagina ser esse animal regular, com o devido registro perante a autoridade competente (Ibama), sem mesmo cogitar quais seriam as características reais das verdadeiras anilhas. (...)

Ademais, a tese defensiva de que as anilhas foram feitas tão somente para que o proprietário (réu) pudesse separar os animais mostra-se absurda. Ora, dentre os inúmeros meios de distinção entre pássaros, não é crível supor que o réu, por mero descuido, utilize-se de meio similar ao utilizado pelo Ibama."

Comprovada, assim, a materialidade do delito.

No que tange à autoria, não há controvérsia.

Restou comprovado que o réu falsificou e transportou 37 anilhas de metal utilizadas para identificação de aves, fora dos padrões exigidos pelo Ibama (ev. 1 – IPL). Quando abordado, foram apreendidos também pássaros, que foram devolvidos à natureza (ev. 1 do IPL). Ao ser ouvido em juízo, confessou que falsificou as anilhas, afirmando que as fez apenas para demarcar, para não misturar os pássaros (ev. 82):

"(...) JUIZ: Que, no dia 12 de setembro de 2012, o senhor teria guardado e transportado espécimes da fauna silvestre sem a devida autorização da autoridade competente e também teria fabricado e utilizado sinal falsificado do Ibama. São verdadeiras essas acusações em relação ao senhor?

RÉU: Doutor, essas anilhas eu fiz para demarcar, para não misturar com os outros, porque o cardeal de rosário tinha um canto diferente, então eu fiz essas anilhas, mas não tinha nada a ver com as anilhas...

JUIZ: Do Ibama...

RÉU: Porque aquelas são todas com números, as minhas eram todas grosseiras, uns baita de uns anéis e tudo.

JUIZ: Sim.

RÉU: E outra coisa, doutor, me pegaram, olha aqui, eu fiquei... Me deu um troço e eu não falei nada, não dava para falar nada. E os caras aqui me levaram para a Polícia Federal dizendo que podia ser solucionado ali o troço e eu fiquei quieto. Aí depois chegamos lá na Polícia Federal, me pelaram lá, o brigadiano e o outro, e aí eu não pude falar nada, tu tens que ver... Eu fiquei sem argumento, sem nada.

JUIZ: Certo, mas...

RÉU: Doutor, outra coisa...

JUIZ: Pois não.

RÉU: Eles pegaram o meu celular, pegaram minha máquina fotográfica... E aí deletaram, tu vês, não tinha nada a ver com o troço.

JUIZ: Certo. Então o senhor mencionou aqui a respeito dessas anilhas, não é?

RÉU: Sim.

JUIZ: E agora pergunto: em relação a essas espécimes da fauna silvestre, o senhor estava realmente transportando elas?

RÉU: Estava transportando.

JUIZ: Certo. Aqui menciona que seriam... Não diz aqui na denúncia. O senhor estava transportando o quê exatamente, poderia dizer?

RÉU: Era cardeal e tinha um azulão. E outra coisa, doutor: nada... Eu não comercializo bicho nenhum, é porque eu gostava. De jeito nenhum para vender, nada, nada...

JUIZ: Então o senhor tinha esses animais aqui seria por lazer mesmo, seria isso?

RÉU: Por lazer. E outra coisa: eu tinha me credenciado em Cachoeirinha, mas depois se tornou caro e me descredenciei. Eu tinha registro e tudo.

JUIZ: Certo. E o senhor estava em um veículo Celta, isso?

RÉU: Celta, isso. Eu tinha alugado.

JUIZ: Alugado?

RÉU: Alugado.

JUIZ: E o senhor estava sozinho nessa oportunidade?

RÉU: Estava sozinho. Quer dizer, quando me pegaram eu estava com um rapaz que me indicou lá onde eu peguei o outro cardeal (...)"

A testemunha de acusação, em juízo, corroborou a confissão.

Para a configuração do tipo previsto no artigo 296, § 1º, inciso III, do Código Penal, exige-se apenas o dolo genérico, consubstanciado na vontade livre e consciente de realizar a conduta prevista no tipo, qual seja, fazer uso indevido de identificadores pertinentes à administração pública. Não se exige elemento subjetivo específico. O réu, conforme informou em juízo, inclusive já havia sido credenciado no Ibama para criação de pássaros, de onde se depreende que sabia que a anilha é um elemento identificador do Ibama.

Nesse contexto, sendo o fato típico e não havendo excludentes de ilicitude ou de culpabilidade a serem consideradas, a manutenção da sentença condenatória é medida que se impõe.

O réu não apelou quanto à dosimetria da pena, todavia, a pena de multa deve ser revista, de ofício.

Com efeito, a pena de multa deve ser fixada em simetria com a pena privativa de liberdade concretamente aplicada, podendo ser reduzida, inclusive, de ofício (TRF4, EINUL 5002808-35.2010.404.7002, rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, 4ª S., m., j. 09.10.2014).

Na hipótese dos autos, a pena privativa de liberdade está estipulada em 2 anos de reclusão, mínimo legal, de forma que reduzo a pena de multa, fixando-a em 10 dias-multa.

Ante o exposto, voto por negar provimento à apelação e, de ofício, reduzir a pena de multa.

EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE Nº 5000568-73.2011.4.04.7120/RS

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Fernandes Junior

Embargante: J.A.C.D.
Advogados: Dra. Emilia Klein Malacarne
Dr. Antônio Tovo Loureiro
Embargado: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal. Embargos infringentes e de nulidade. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90. Rendimentos não declarados oriundos de atividade ilícita. Autoincriminação. Não verificação. Subsunção da conduta ao tipo penal. Improvimento do recurso.

1. Os princípios *nemo tenetur se detegere* (garantia da não autoincriminação) e *pecunia non olet* não se contrapõem, especialmente porquanto este último despreza a origem da fonte econômica tributável, se lícita ou ilícita. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

2. A declaração de renda não implica autoincriminação, uma vez que, para o Fisco, desimporta a origem da renda, visto que seu real interesse é o aspecto econômico do fato gerador ou a sua aptidão a servir de índice de capacidade contributiva, independentemente da origem das receitas.

3. Conquanto possa haver o ressarcimento, ao menos em parte, do débito fiscal, incluindo os impostos devidos, os consectários e as multas, tem-se que o eventual perdimento passível de ser decretado na ação fiscal não afasta o ilícito na esfera penal, consistente no delito do artigo 1º, I, da Lei 8.137/90, haja vista que a proteção jurídica não se restringe apenas ao interesse fiscal, mas abrange, também, a isonomia fiscal e a moralidade.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte inte-

grante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de junho de 2015.

Juiz Federal *Roberto Fernandes Junior*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Fernandes Junior: Trata-se de embargos infringentes e de nulidade interpostos pela defesa em face de acórdão da 8ª Turma desta Corte assim ementado:

"DIREITO PENAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA (ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90). 1. Os crimes materiais contra a ordem tributária pressupõem constituição definitiva do crédito tributário, nos termos da Súmula Vinculante nº 24. 2. A discussão quanto à ocorrência ou não de omissão de receitas se dá na esfera administrativa e, se for o caso, perante o juízo competente para julgar matéria tributária. 3. Na esfera penal, analisam-se os efeitos penais da omissão apurada na esfera competente. 4. A ilicitude subjacente à obtenção da receita não pode ser invocada como óbice à incidência tributária, tampouco para a caracterização da sonegação." (AC 5000568-73.2011.404.7120, Des. Federal Leandro Paulsen, por maioria, vencido o relator, juntado aos autos em 23.09.2014)

A defesa requer a prevalência do voto vencido do relator, o Des. Federal João Pedro Gebran Neto (evento 33).

Refere que o recorrente não incorreu no delito de sonegação fiscal descrito no artigo 1º, inciso I, da Lei 8.137/90, de modo que resta imperativa sua absolvição. Argumenta que a condenação baseou-se em premissas equivocadas, sendo desconsiderado que o réu, à beira da falência, antes de começar suas atividades empresariais, começou a operar, em dezembro de 2005, ainda que sem autorização, uma filial da corretora Investnorte em Porto Alegre. Captou valores investidos dos clientes, transferindo-os para as contas pessoais do recorrente. Assim agiu a fim de não se autoincriminar. Assevera que os valores não declarados não eram tributáveis, haja vista estarem sujeitos a perdimento como efeito da condenação, o que afastaria a configuração de crime contra a ordem tributária, conforme fundamentado no voto divergente. Acrescenta que a Investnorte não gerou lucro a ponto de gerar a incidência do fato gerador de IRPF. Outrossim, em que pese terem aportado de valores de clientes na conta bancária de J.A., os ativos que lá circularam não ingressaram em sua esfera patrimonial, havendo este operado valores de sua titularidade na bolsa de valores e nessas operações obtido lucro, motivo pelo qual deve ser conferido trânsito à sua irresignação.

Com as contrarrazões do Ministério Público Federal (evento 72), opinando pelo desprovimento do recurso, vieram-me os autos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Roberto Fernandes Junior: A questão devolvida à apreciação desta Corte cinge-se em sindicar se a renda ou o acréscimo patrimonial oriundo de atividade ilícita impede a incidência da norma penal incriminadora prevista no inciso I do artigo 1º da Lei nº 8.137/90, em razão da garantia da não autoincriminação.

Eis o teor do voto vencido, cuja prevalência é pretendida:

"O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o ora apelante na qual relata que este reduziu o pagamento de imposto de renda pessoa física nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, correspondentes aos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, mediante a omissão de informações e a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias.

Segundo narra a denúncia, o acusado, na condição de sócio-diretor da pessoa jurídica Investnorte Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio Ltda., apropriou-se ilegalmente de considerável numerário investido por clientes da empresa, que funcionava de modo irregular.

Relata a inicial acusatória que, durante o referido período, foi repassado da conta bancária da empresa às contas correntes do apelante o valor total de R$ 9.271.182,35 (nove milhões, duzentos e setenta e um mil, cento e oitenta e dois reais e trinta e cinco centavos), quantia essa correspondente aos investimentos realizados pelos clientes, que supunham que os recursos estivessem sendo aplicados em operações no mercado de valores mobiliários.

Os registros contábeis da empresa tentavam simular essas transferências ao apelante sob o título de 'devolução de recursos ao sócio'. De outro lado, o apelante adquiriu títulos mobiliários em nome próprio e, para dissimular a evolução patrimonial verificada em sua renda, inseriu em suas declarações de ajuste dos anos-calendário 2006, 2007 e 2008 a quantia anual de R$ 7.930.000,00 (sete milhões e novecentos e trinta mil reais) sob o título de 'dívidas diversas', as quais não foram por ele comprovadas.

Registre-se que o apelante foi denunciado pela prática dos delitos capitulados nos arts. 4º, *caput*, 5º, *caput*, e 16, todos da Lei nº 7.492/86, dando-se origem à Ação Penal nº 2007.71.00.009038-3. Em primeiro grau, foi condenado pelos delitos do art. 4º, *caput*, e 5º, *caput*, e absolvido pelo crime do art. 16. Esta Corte, ao julgar os recursos de apelação interpostos pela defesa e pela acusação, manteve a condenação pelos arts. 4º, *caput,* e 5º, *caput*, e reformou a sentença para condená-lo também pelo crime do art. 16 (j. em 30.04.2014).

Os rendimentos omitidos pelo apelante, portanto, têm origem reconhecidamente ilícita.

Resta analisar, então, se a conduta de omiti-los da autoridade fazendária no momento da declaração de imposto de renda pessoa física tem o condão de configurar o delito de sonegação fiscal tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

2.1. Perdimento de bens e valores como efeito da condenação

Entendo que o princípio *pecunia non olet* não é absoluto, não devendo ser aplicado de

forma irrestrita a ponto de implicar a configuração do delito de sonegação fiscal em todos os casos em que o agente deixa de declarar ao Fisco rendimentos oriundos da prática de um ilícito penal.

É preciso analisar, em cada caso, a situação fática subjacente à ação penal. Deve ser levada em conta a espécie de ilícito de que se está tratando, de que maneira e em que medida a prática delituosa resultou em incremento de renda ou patrimônio, as consequências advindas de uma eventual persecução penal pelo ilícito cometido que podem recair sobre essa renda ou patrimônio.

Quanto a esse último aspecto, não se pode olvidar que o art. 91, II, do Código Penal prevê como efeito da condenação a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, 'do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso'.

Ao tratar do referido dispositivo legal, leciona Guilherme de Souza Nucci que,

'quanto ao produto do crime, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tais como o dinheiro subtraído do banco ou a coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delinquente converta em outros bens ou valores o que auferiu por conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário.' (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 470-471)

A lei penal determina, em suma, o perdimento dos valores ou bens obtidos diretamente a partir da prática do delito ou dos bens adquiridos pelo agente com os valores auferidos na empreitada criminosa.

Essa é, portanto, a consequência da condenação criminal relativamente aos valores e bens qualificados como produto ou proveito do crime, consequência essa automática, dispensando-se, inclusive, que a sentença lhe faça menção.

Pois bem. No caso em apreço, a renda auferida pelo acusado nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, que, segundo a autoridade fazendária, deveria ter sido declarada para fins de incidência do imposto de renda pessoa física, constitui produto e proveito de um crime. A denúncia é clara quanto a isso:

'O denunciado era, à época dos fatos, sócio-diretor da pessoa jurídica INVESTNORTE CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS E CÂMBIO LTDA. (com sede em Porto Alegre/RS), havendo se apropriado ilegalmente de considerável numerário investido por clientes da empresa, por meio da transferência desses valores para contas correntes de sua titularidade.

No período compreendido entre os meses de janeiro de 2006 e fevereiro de 2007, foi repassado da conta bancária da INVESTNORTE às contas correntes do denunciado o valor total de R$ 9.271.182,35 (nove milhões, duzentos e setenta e um mil, cento e oitenta e dois reais e trinta e cinco centavos), [...].'

Não há dúvida, portanto, de que ao menos uma considerável parcela da renda e do patrimônio adquiridos pelo acusado naquele período qualifica-se como produto (a renda) e proveito (o patrimônio) de crimes contra o sistema financeiro nacional. Sendo assim, sujeita-se, em tese, ao perdimento, nos termos do art. 91, II, do Código Penal.

A previsão do perdimento como efeito da condenação, ao que me parece, afasta a configuração de crime contra a ordem tributária em caso de ausência de declaração à autoridade

fazendária quanto aos bens e valores cuja origem é ilícita.

Nesse sentido a lição de Mizabel Abreu Machado Derzi (citada pelo autor Renato Lopes Becho na obra *Lições de Direito Tributário*. Saraiva, 2011. p. 86-87):

'De data longa, entre nós, as leis preveem o destino dos bens de origem criminosa. O Código Penal disciplina a matéria, o Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, diz incluírem-se entre os bens da União 'os bens perdidos pelo criminoso condenado por sentença proferida em processo judiciário federal' (art. 1º, *k*). O Código de Processo Penal (Dec.-Lei nº 3.689/41) determina o sequestro de bens imóveis ou móveis (sendo o caso, busca e apreensão) adquiridos pelo indiciado com os proventos do crime. O perdimento daqueles bens produto da infração é, assim, a regra.

Em verdade, antes e depois da Lei nº 9.613/98, o correto é concluir que, estando comprovado o crime do qual se originaram os recursos ou o acréscimo patrimonial, seguir-se-á a apreensão ou o sequestro dos bens fruto da infração. E é absolutamente incabível a exigência de tributos sobre bens, valores ou direitos que se confiscaram, retornando às vítimas ou à administração pública lesada.' (DERZI, 2000, p. 715)

A referida autora defende a intributabilidade dos bens, valores e direitos oriundos de atividades ilícitas, justamente em razão do fato de que o destino destes, segundo determina a lei, é o perdimento em favor da União.

É esse o pensamento também de Renato Lopes Becho, que bem salienta a inexistência de regra que preveja a tributação de bens e valores qualificados como produto ou proveito de crime antes de seu perdimento:

'Chamamos a atenção do leitor para a inexistência de legislação que preveja a tributação do produto do crime antes do confisco federal. É dizer: uma hipotética interpretação que levasse à conclusão de que o resultado auferido com a prática de crimes deveria ser tributado e, posteriormente, confiscado pela União, incorporando-se aos cofres públicos, não encontra fundamento legal.' (BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93)

2.2. A garantia da não autoincriminação

A garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, consiste no direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, de permanecer em silêncio e não ser forçado, por qualquer autoridade, a fornecer declaração, informação ou material que o incrimine.

Reputar obrigatória a declaração de rendimentos obtidos de forma ilícita e tipificar como crime a conduta daquele que não cumpre tal obrigação e, com isso, suprime o pagamento de tributo configura ofensa à garantia da não autoincriminação.

Ao elaborar a declaração anual do imposto de renda pessoa física, tem o declarante que informar não apenas o montante da renda ou do acréscimo patrimonial auferido no exercício, mas também a origem dos rendimentos declarados. Sendo ilícita a origem, isto é, decorrente de atividade tipificada na lei como infração penal, a declaração resultará na incriminação do declarante quanto a essa conduta criminosa. A declaração importará, pode-se dizer, na própria confissão do crime ou da contravenção penal praticada.

Nesse contexto, conclui-se que, em se tratando de renda ou acréscimo patrimonial oriundos de atividade ilícita, a garantia da não autoincriminação impediria a incidência da norma penal incriminadora prevista no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

2.3. Precedentes

Colaciono precedentes nos quais se adotou o posicionamento exposto:

'PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL DA RÉ – ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90 – VEREADORA QUE RECEBEU OS SALÁRIOS DE ASSESSORES E NÃO DECLAROU O ACRÉSCIMO PATRIMONIAL À RECEITA FEDERAL – PROCESSO ANTERIOR POR CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO NA JUSTIÇA ESTADUAL – CLÁUSULA *PECUNIA NON OLET* NÃO É ABSOLUTA – ATO ILÍCITO PELA PRÓPRIA NATUREZA – RECURSOS ORIUNDOS DE CRIMES NÃO SE ADEQUAM AOS CONCEITOS DE RENDA, PATRIMÔNIO, DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO DA SONEGAÇÃO FISCAL – APELAÇÃO PROVIDA. I – Considerando a cláusula *pecunia non olet*, em tese, as atividades ilícitas estariam sujeitas à tributação. Entretanto, essa tributação não se aplica de forma genérica, mas, apenas, quando a ilicitude do fato recai sobre elemento acidental à norma de tributação; ocorre que são incluídos nesse rol crimes tais como peculato e tráfico de drogas, sob o fundamento de que a ilicitude desses atos é circunstancial à norma tributária, a qual consiste em 'auferir renda'. Os que entendem pela legitimidade de se tributar atos criminosos se fundamentam no teor moral e econômico; adotam, também, o critério da existência de um negócio jurídico, ainda que inválido, por ilicitude do objeto, subjacente ao rendimento; alegam, ainda, o respeito aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva. II – Entretanto, divirjo desse entendimento, pois considero que a hipótese de incidência do IR, 'adquirir disponibilidade econômica ou jurídica por meio de renda', está totalmente integrada ao ato primário que a produz, não pode surgir do nada. Ora, o fato jurídico 'auferir renda' resulta de atos/atividades os mais variados possíveis. Assim, a ilicitude dos atos de traficar, desviar dinheiro, furtar, matar por recompensa ou extorquir, atos que também criam 'renda', afeta, contamina a própria incidência da regra tributária, portanto essa ilicitude é essencial e se irradia pela 'renda' auferida, e não se trata de elemento acidental. III – Existem outros fundamentos para a não tributação de atos criminosos: os recursos oriundos de crimes, tais como tráfico de drogas, peculato ou extorsão, não se adequam a nenhuma das teorias de renda, seja renda-produto (do capital ou do trabalho), seja renda-acréscimo (patrimônio é conjunto de direitos); os agentes criminosos não possuem livre disponibilidade econômica nem capacidade contributiva, mesmo porque os recursos obtidos estão sujeitos à pena de perdimento, como um dos efeitos da condenação do crime-base. IV – Outrossim, entendo pela fragilidade do critério da existência de um negócio jurídico entre o contribuinte-infrator e a fonte pagadora, pelo qual o 'comércio' de drogas, o homicídio por recompensa e o suborno, por exemplo, ensejariam tributação do imposto de renda; no entanto, segundo essa tese, não cabe a cobrança de ICMS ou de ISS, respectivamente, sobre a 'venda' de droga e o 'médico' charlatão, porque não se trata de 'verdadeira' mercadoria nem de 'verdadeiro' serviço. Ora, para assegurar uma coerência, da mesma forma que o 'serviço' ilícito, criminoso, resta descaracterizado, acredito que a 'renda' ilícita, fruto de atos criminosos, também, em princípio, restaria descaracterizada. V – Portanto, considero inadmissível a tributação de atos ilícitos cuja ilicitude recaia em elemento essencial à norma tributária incidente; é ilegítima a tributação de negócios ilícitos e inválidos e/ou inexistentes, enfim, de atos essencialmente ilícitos. Em relação ao imposto de renda, incluo, entre outros, tráfico de drogas, peculato, roubo e furto, já que são atos ilícitos, por definição, e inválidos, e encontram-se, absolutamente, integrados, fusionados

ao suposto 'acréscimo patrimonial' deles derivado. HUGO BRITO MACHADO afirma que 'é claro que esta tese da tributação de atos ilícitos não diz respeito à atividade que seja, por sua própria natureza, essencialmente ilícita. O furto, o roubo, a apropriação indébita, como são atividades essencialmente ilícitas, ou ilícitas por definição, não podem ser tributadas'. VI – Ressalve-se que, se os crimes forem praticados por meio de organizações, empresas ou atividades, com roupagem lícita, já seria outra a interpretação e a possibilidade de se prever a tributação, porque haveria alguns atos válidos, como contratação de funcionários, compra de material, faturamento. Ademais, estaríamos em face de uma simulação, com aparência de legalidade e licitude; portanto, deve-se avaliar cada caso concreto, norteando-se pelas premissas teóricas e pelos princípios do Direito, pois a matéria é bastante complexa e requer uma apreciação aprofundada da situação fática com todas as suas nuances. VII – A tese da não tributação de atos criminosos respeita o princípio da legalidade, pois a hipótese de incidência não pode prever ato ilícito; o da igualdade material, pois se impõe tratar desigualmente os desiguais; e o da moralidade, pois prevê uma solução mais gravosa, uma sanção, qual seja, o perdimento dos bens e dos recursos oriundos de atividades delituosas, providência já prevista em lei. VIII – Por outro lado, a tese da legitimidade de se tributar, irrestritamente, atos ilícitos ofende os princípios da segurança jurídica e da unidade e da harmonia do ordenamento jurídico, pois propicia, para um mesmo fato, a existência de uma norma permissiva (prevendo-se tributos, admite-se a ocorrência do ato criminoso) e, ao mesmo tempo, de uma norma proibitiva penal; e viola o princípio da vedação à autoincriminação, pois, ao não declarar os recursos provenientes da infração penal, o agente pratica o tipo penal sonegação; ao declará-los, pratica o tipo penal lavagem de dinheiro. Com efeito, como não lhe é concedida a opção de praticar qualquer conduta lícita, perde o sentido a função de prevenção da norma penal, uma vez que, necessariamente, ele cometerá um dos dois crimes, independentemente da sanção a lhe ser aplicada. IX – Portanto, a cláusula do *pecunia non olet* não é absoluta; no presente processo, trata-se de peculato, um ato essencialmente ilícito, portanto é incabível a sua ocorrência em uma modalidade lícita (logo, a ilicitude não é acidental); os recursos desviados não se configuravam como verdadeira renda, inexistiu qualquer negócio jurídico lícito e válido; a vereadora, apenas, detinha os valores que não eram de sua propriedade, não possuindo livre disponibilidade econômica desses recursos. Portanto, não vislumbro a possibilidade da tipificação material da conduta ora narrada como sonegação fiscal, prevista no art. 1º, I, da Lei 8.137/90. X – Apelação criminal da ré provida, para reformar a sentença, no sentido de sua absolvição.' (TRF2, ACR 201150010041065, Desembargador Federal Messod Azulay Neto, Segunda Turma Especializada, E-DJF2R – Data: 06.06.2013)

'PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. 'ESCÂNDALO DOS GAFANHOTOS'. SONEGAÇÃO FISCAL. BENEFICIÁRIA DOS GAFANHOTOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTE DO STJ. 1. A recorrente, que, segundo a formatação da acusação formulada pelo Ministério Público Federal, recebia recursos ilícitos, na qualidade de beneficiária do esquema criminoso, não está obrigada, por força mesmo da prerrogativa individual contra a autoincriminação, a pagar os tributos sobre os recursos de origem ilícita. Do contrário, estaríamos a dizer que a recorrente estaria obrigada a se autoacusar da prática do crime principal (peculato e formação de quadrilha). Como ressaltou o eminente Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no HC 79.812-SP, 'Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal'. 2. Não

é admissível, nesse contexto, retirar do silêncio da recorrente em relação ao recebimento desses recursos – porque o silêncio configurava o exercício da prerrogativa da não autoincriminação – um efeito jurídico a ela desfavorável, qual seja, a imputação pela prática do crime de sonegação fiscal. 3. Apelação provida.' (TRF1, ACR 200442000017579, Juiz Federal Jamil Rosa De Jesus (Conv.), Terceira Turma, e-DJF1, Data: 12.03.2010, Página: 216)

3. Conclusão

Assim, *(a)* seja porque o destino previsto pela lei penal para o produto ou proveito do crime seja o perdimento em favor da União; *(b)* seja porque, em atenção ao princípio da não autoincriminação, não teria o acusado a obrigação de declarar renda ou acréscimo patrimonial auferidos de atividade penalmente ilícita, chega-se à conclusão de que o acusado, ao omitir do Fisco rendimentos obtidos a partir da prática dos delitos tipificados nos arts. 4º, *caput*, 5º, *caput*, e 16 da Lei nº 7.492/86, não cometeu o crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

A absolvição, portanto, é medida que se impõe."

O voto vencedor, que inaugurou a divergência, do Des. Federal Leandro Paulsen, assim dispôs:

"Peço vênia para divergir do encaminhamento proposto pelo eminente relator.

Afirma o preclaro relator que a previsão do perdimento como efeito da condenação afasta a configuração de crime contra a ordem tributária, em caso de ausência de declaração à autoridade fazendária quanto aos bens e aos valores cuja origem é ilícita. Alega, assim, ser absolutamente incabível a exigência de tributos sobre bens, valores ou direitos que se confiscaram, retornando às vítimas ou à administração pública lesada, dada a inexistência de legislação que preveja a tributação do produto do crime antes do confisco federal.

Assevera, ainda, que reputar obrigatória a declaração de rendimentos obtidos de forma ilícita, tipificando como crime a conduta daquele que não cumpre tal obrigação e, com isso, suprime o pagamento de tributo, configura ofensa à garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal.

De início, faz-se necessário ressaltar que o crédito tributário foi constituído definitivamente e inscrito em dívida ativa em 30 de setembro de 2010, no valor total de R$ 7.666.107,54 (sete milhões, seiscentos e sessenta e seis mil, cento e sete reais e cinquenta e quatro centavos), considerados o imposto no valor de R$ 2.750.404,25 (dois milhões, setecentos e cinquenta mil, quatrocentos e quatro reais e vinte e cinco centavos); os juros de mora, de R$ 867.118,85 (oitocentos e sessenta e sete mil, cento e dezoito reais e oitenta e cinco centavos); a multa de ofício no montante de R$ 4.030.585, 54 (quatro milhões, trinta mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e cinquenta e quatro centavos); e a multa isolada, de 17.998,90 (dezessete mil, novecentos e noventa e oito reais e noventa centavos), não havendo notícia de impugnação por parte do réu (evento 1 – procadm3).

Assim, revela-se legítima a instauração da persecução penal, *ut* Súmula 27 do STF.

Nesse contexto, a discussão acerca da origem do acréscimo patrimonial deve ocorrer, inicialmente, no âmbito administrativo-tributário e, se for o caso, perante as varas judiciais competentes para julgar matéria tributária, não sendo cabível, ao meu ver, a análise aprofundada do tema na esfera penal.

Impende destacar que o réu pôde usufruir do numerário não declarado ao órgão fiscal,

restando caracterizada a disponibilidade econômica ou jurídica da renda, razão pela qual está perfectibilizado, em princípio, o delito previsto no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Outrossim, apenas por amor ao debate, saliento que é necessário considerar que, nos termos do artigo 118 do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador deve ser interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos.

Desse modo, pretende-se resguardar a igualdade de tratamento entre pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da origem lícita ou não dos rendimentos tributáveis.

A propósito, transcrevo:

'PENAL. *HABEAS CORPUS*. ART. 1º, I, DA LEI Nº 8.137/90. SONEGAÇÃO FISCAL DE LUCRO ADVINDO DE ATIVIDADES ILÍCITAS. *NON OLET*.

Segundo a orientação jurisprudencial firmada nesta Corte e no Pretório Excelso, é possível a tributação sobre rendimentos auferidos de atividade ilícita, seja de natureza civil, seja penal; o pagamento de tributo não é uma sanção (art. 4º do CTN – 'que não constitui sanção por ato ilícito'), mas uma arrecadação decorrente de renda ou lucro percebidos, mesmo que obtidos de forma ilícita (STJ: *HC* 7.444/RS, 5ª Turma, rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 03.08.1998). A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética (STF: *HC* 77.530/RS, Primeira Turma, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 18.09.1998). Ainda, de acordo com o art. 118 do Código Tributário Nacional, a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica dos atos efetivamente praticados por contribuintes, responsáveis ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos (STJ: REsp 182.563/RJ, 5ª Turma, rel. Min José Arnaldo da Fonseca, DJU de 23.11.1998).

Habeas corpus denegado.' (*HC* 83292/SP, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 28.11.2007, DJ 18.02.2008, p. 48)

Nesse sentido, decidiu o egrégio Supremo Tribunal Federal:

'Habeas corpus. Penal. Processual penal. Crime contra a ordem tributária. Artigo 1º, inciso I, da Lei nº 8.137/90. Desclassificação para tipo previsto no art. 2º, inciso I, da indigitada lei. Questão não analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Supressão de instância. Inadmissibilidade. Precedentes. Alegada atipicidade da conduta baseada na circunstância de que os valores movimentados nas contas bancárias do paciente seriam provenientes de contravenção penal. Artigo 58 do Decreto-Lei nº 6.259/44 – Jogo do Bicho. Possibilidade jurídica de tributação sobre valores oriundos de prática ou atividade ilícita. Princípio do Direito Tributário do *non olet*. Precedente. Ordem parcialmente conhecida e denegada. 1. A pretendida desclassificação do tipo previsto no art. 1º, inciso I, para art. 2º, inciso I, da Lei nº 8.137/90 não foi analisada pelo Superior Tribunal de Justiça. Com efeito, sua análise, nesse ensejo, configuraria, na linha de precedentes, verdadeira supressão de instância, o que não se admite. 2. A jurisprudência da Corte, à luz do art. 118 do Código Tributário Nacional, assentou entendimento de ser possível a tributação de renda obtida em razão de atividade ilícita, visto que a definição legal do fato gerador é interpretada com abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. Princípio do *non olet*. *Vide* o *HC* nº 77.530/RS, Primeira Turma, relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 18.09.98. 3. Ordem parcialmente conhecida e denegada.' (*HC*

94240, Relator(a): Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 23.08.2011, DJe-196, divulg. 11.10.2011, public. 13.10.2011, Ement. Vol-02606-01, PP-00026, RT v. 101, n. 917, 2012, p. 584-597)

'Sonegação fiscal de lucro advindo de atividade criminosa: *non olet*. Drogas: tráfico de drogas, envolvendo sociedades comerciais organizadas, com lucros vultosos subtraídos à contabilização regular das empresas e subtraídos à declaração de rendimentos: caracterização, em tese, de crime de sonegação fiscal, a acarretar a competência da Justiça Federal e atrair, pela conexão, o tráfico de entorpecentes: irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A exoneração tributária dos resultados econômicos de fato criminoso – antes de ser corolário do princípio da moralidade – constitui violação do princípio de isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética.' (*HC* 77530, Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 25.08.1998, DJ 18.09.1998, PP-00007, Ement. Vol-01923-03, PP-00522)

Por fim, tampouco há falar na aplicação do princípio da não autoincriminação.

A respeito, também já se manifestou o colendo Superior Tribunal de Justiça:

'RECURSO ESPECIAL. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. SONEGAÇÃO FISCAL. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA NÃO AUTOINCRIMINAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. O princípio *nemo tenetur se detegere* refere-se à garantia da não autoincriminação, segundo o qual ninguém pode ser forçado, por qualquer autoridade ou particular, a fornecer involuntariamente qualquer tipo de informação ou declaração que o incrimine, direta ou indiretamente. Trata-se de princípio de caráter processual penal, já que intimamente ligado à produção de provas incriminadoras. Já o princípio *pecunia non olet* carrega consigo a ideia de igualdade de tratamento entre as pessoas que tenham capacidade contributiva semelhante, independentemente da maneira utilizada para alcançar essa disponibilidade econômica, isto é, não importa se os rendimentos tributáveis tenham ou não fonte lícita. Cuida-se de princípio de direito tributário. Tais princípios não se contrapõem, seja pela questão topográfica em que se encontram no direito, seja porque um não limita ou impossibilita a aplicação do outro, até mesmo porque o princípio *pecunia non olet* despreza a origem da fonte econômica tributável – se lícita ou ilícita.

2. A necessidade de se recolher impostos surge com o fato de se auferir renda, pouco importando se essa renda é lícita ou ilícita, não ensejando, por isso mesmo, qualquer ingerência no princípio da não autoincriminação, do contrário dificilmente se vislumbraria a prática de crimes contra a ordem tributária, que geralmente estão ligados ao cometimento de outros delitos, como, por exemplo, contra o sistema financeiro nacional.

3. Recurso especial desprovido.' (REsp 1208583/ES, rel. Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04.12.2012, DJe 11.12.2012)

Ante o exposto, voto por negar provimento aos recursos da acusação e da defesa, mantendo integralmente a r. sentença."

Aderindo à divergência, o voto do Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus:

"Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria trazida a debate e, nessa perspectiva, com a vênia do eminente relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Desem-

bargador Federal Leandro Paulsen.

Isso porque entendo possível a configuração do delito de sonegação fiscal em virtude da omissão de declaração de rendimentos provenientes de origem ilícita, com esteio em ampla jurisprudência das Cortes Superiores e também deste Regional (STF: *HC* 77.530, 1ª Turma, rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJU 18.09.1998; e *HC* 94.240, 1ª Turma, rel. Ministro Dias Toffoli, DJe 13.10.2011. STJ: *HC* 7.444, 5ª Turma, rel. Ministro Edson Vidigal, DJU 03.08.1998; REsp 182.563, 5ª Turma, rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJU 23.11.1998; *HC* 83.292, 5ª Turma, rel. Ministro Felix Fischer, DJU 18.02.2008; *HC* 68.244, 6ª Turma, rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, DJe 18.05.2009; e REsp 1.208.583, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 11.12.2012. TRF4: ACR 2000.04.01.089104-3, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal José Luiz Borges Germano da Silva, DJU 31.07.2002; ACR 2000.04.01.127488-8, 7ª Turma, rel. Desembargador Federal Fábio Bittencourt da Rosa, DJU 27.11.2002; ACR 2002.71.00.016614-6, 8ª Turma, rel. p/ acórdão Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DE 26.04.2007; ACR 1998.70.04.010854-0, 8ª Turma, rel. Desembargador Federal Élcio Pinheiro de Castro, DE 08.10.2008; e ACR 2005.70.00.018082-8, 8ª Turma, rel. Desembargador Federal Paulo Afonso Brum Vaz, DE 14.01.2010).

De fato, o que se extrai das manifestações jurisprudenciais a respeito do tema, inclusive no âmbito do Supremo Tribunal Federal, é a irrelevância da origem ilícita, mesmo quando criminal, da renda subtraída à tributação. A ideia, sintetizada no princípio *pecunia non olet*, é embasada no entendimento de que a definição legal do fato gerador deve ser vista com abstração da validade jurídica do ato efetivamente praticado, e sua construção tem como ponto de partida a interpretação do artigo 118 do Código Tributário Nacional, *verbis*:

'Art. 118. A definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se:

I – da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos;

II – dos efeitos dos fatos efetivamente ocorridos.'

Assevera-se, nesse sentido, que a exoneração tributária dos resultados econômicos do fato criminoso constituiria flagrante violação ao princípio da isonomia fiscal, de manifesta inspiração ética.

Afirma-se, ainda, que não há falar em colisão entre a vedação à autoincriminação e o conteúdo do princípio *pecunia non olet*, haja vista que o significado deste último expressa, precisamente, o desprezo pela origem – lícita ou ilícita – da fonte econômica tributável. Assim, a declaração da renda não implicaria autoincriminação, pois para o fisco é irrelevante a sua procedência.

Finalmente, o fato gerador do imposto de renda, isto é, a aquisição de disponibilidade econômica e jurídica sobre os valores auferidos, é verificado no exato momento em que ocorre o acréscimo patrimonial, independentemente de posterior perda. Assim, é irrelevante, para a configuração do delito de sonegação fiscal, a possibilidade de, eventualmente, vir a ser aplicada, por força de sentença condenatória proferida em desfavor do agente, a pena de perdimento do produto ou proveito criminoso.

Observadas essas premissas no caso concreto, tem-se que o acusado, ao apropriar-se indevidamente, no período de 2005 a 2007, de numerários investidos por clientes da corretora de valores mobiliários que gerenciava, adquiriu a disponibilidade econômica e jurídica sobre tais importâncias; tendo subtraído-as à tributação, incorreu no delito previsto

no artigo 1º da Lei 8.137/90.

A previsão legal de pena de perdimento dos produtos e proveitos do crime em nada influi na conformação da conduta ao tipo penal. Tampouco é cabível cogitar de violação do direito à não autoincriminação, a partir da exigência de que o réu tivesse declarado à Receita Federal seus rendimentos de origem ilícita, pelas razões já anteriormente expostas.

Mantenho, com esses fundamentos, a sentença condenatória."

No caso dos autos, o entendimento majoritário foi no sentido de desconsiderar a origem ilícita da renda, visto que esta seria irrelevante para a incidência dos tributos, devendo ser considerados, exclusivamente, os resultados econômicos.

Como o aludido numerário ficou disponível na esfera econômica ou jurídica do réu, não havendo sido declarado à Receita Federal, tem-se possível a subsunção da conduta à norma incriminadora de que trata o artigo 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

Já o voto vencido, malgrado também reconheça a origem ilícita dos rendimentos omitidos pelo ora embargante, entendeu que a previsão do perdimento, como efeito da condenação, afastaria a consumação de crime contra a ordem tributária.

Outrossim, considerou que a confissão de ausência de declaração de rendimentos obtidos de forma ilícita, com a devida supressão do pagamento de tributos, implicaria verdadeira autoincriminação.

Daí porque concluiu que, em se tratando de renda ou acréscimo patrimonial oriundos de atividade ilícita, a garantia da não autoincriminação é impeditiva da incidência da referida norma penal incriminadora.

No caso dos autos, a sentença penal não determinou o perdimento de qualquer valor.

Outrossim, deixou de fixar o valor mínimo para indenização, "tendo em vista que a reparação, neste caso, se dá pela cobrança de multas e encargos sobre o débito fiscal, os quais são aplicados administrativamente e estão sendo cobrados mediante ação executiva fiscal" (evento 77 – SENT1 da ação penal originária).

Pois bem. Conquanto possa haver o ressarcimento, ao menos em parte, do débito, incluindo os impostos devidos, os consectários e as multas, tem-se que o eventual perdimento passível de ser decretado na ação fiscal não afasta o ilícito na esfera penal, haja vista que a proteção jurídica não se restringe apenas ao interesse fiscal, mas abrange, também, a isonomia fiscal e a moralidade.

Essa é a posição atual das Cortes Superiores, cujos acórdãos representativos foram citados nos dois votos divergentes.

Veja-se que, se estivermos frente a caso de omissão de rendimentos decorrentes do exercício de uma atividade *lícita*, além dos débitos para com o fisco (pagamentos de tributos, consectários e multa), também haverá a persecução penal, com a possível decretação do perdimento no âmbito da ação fiscal.

Com efeito, imprimir-se tratamento diverso ante a circunstância de estar-se frente a atividade ilícita, seja de natureza civil, seja de natureza penal, implicaria deferir-se tratamento mais benéfico em relação a casos tais, em evidente isenção outorgada para esses contribuintes em detrimento dos demais, que, por vezes, como na situação em tela, estão ligados ao cometimento de outros delitos, como, por exemplo, contra o sistema financeiro nacional.

Por tais razões, o egrégio Superior Tribunal de Justiça houve por bem posicionar-se no sentido de que os princípios *nemo tenetur se detegere* (garantia da não autoincriminação) e *pecunia non olet* não se contrapõem, especialmente porquanto este último despreza a origem da fonte econômica tributável, se lícita ou ilícita (REsp 1208583/ES, rel. Ministra Laurita Vaz, 5ª Turma, julgado em 04.12.2012, DJe 11.12.2012).

Outrossim, deve ser referido que a simples declaração de rendimento à autoridade fazendária não caracteriza, por si só, o reconhecimento do desempenho da atividade ilícita.

Muito antes pelo contrário. No citado precedente, estatuiu-se que o contribuinte, ao proceder à respectiva declaração da renda oriunda da atividade ilícita, inclusive, estaria dificultando a própria descoberta do ilícito por ele perpetrado, já que, em assim agindo, estaria deixando de chamar a atenção dessas autoridades, possibilitando dar-se continuidade à prática delitiva.

Assim sendo, a declaração de renda não implica autoincriminação, uma vez que, para o Fisco, desimporta a origem da renda, visto que seu real interesse é o aspecto econômico do fato gerador ou a sua aptidão a servir de índice de capacidade contributiva, independentemente da origem das receitas.

Nessa ordem de ideias, o recurso não merece prosperar, merecendo ser mantida a decisão majoritária da turma de origem.

Em face do exposto, voto por negar provimento aos embargos infringentes e de nulidade.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto: Peço vênia ao e. relator para divergir, nos termos do voto proferido no momento do julgamento da apelação criminal pela 8ª Turma. Na oportunidade, proferi voto nos seguintes termos:

"2. Mérito

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia contra o ora apelante na qual relata que este reduziu o pagamento de imposto de renda pessoa física nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, correspondentes aos anos-calendário de 2005, 2006 e 2007, mediante a omissão de informações e a prestação de declaração falsa às autoridades fazendárias.

Segundo narra a denúncia, o acusado, na condição de sócio-diretor da pessoa jurídica Investnorte Corretora de Valores Mobiliários e Câmbio Ltda., apropriou-se ilegalmente de considerável numerário investido por clientes da empresa, que funcionava de modo irregular.

Relata a inicial acusatória que, durante o referido período, foi repassado da conta bancária da empresa às contas correntes do apelante o valor total de R$ 9.271.182,35 (nove milhões, duzentos e setenta e um mil, cento e oitenta e dois reais e trinta e cinco centavos), quantia essa correspondente aos investimentos realizados pelos clientes, que supunham que os recursos estivessem sendo aplicados em operações no mercado de valores mobiliários.

Os registros contábeis da empresa tentavam simular essas transferências ao apelante sob o título de 'devolução de recursos ao sócio'. De outro lado, o apelante adquiriu títulos mobiliários em nome próprio e, para dissimular a evolução patrimonial verificada em sua renda, inseriu em suas declarações de ajuste dos anos-calendário 2006, 2007 e 2008 a quantia anual de R$ 7.930.000,00 (sete milhões e novecentos e trinta mil reais) sob o título de 'dívidas diversas', as quais não foram por ele comprovadas.

Registre-se que o apelante foi denunciado pela prática dos delitos capitulados nos arts. 4º, *caput*, 5º, *caput*, e 16, todos da Lei nº 7.492/86, dando-se origem à Ação Penal nº 2007.71.00.009038-3. Em primeiro grau, foi condenado pelos delitos do art. 4º, *caput*, e 5º, *caput*, e absolvido pelo crime do art. 16. Esta Corte, ao julgar os recursos de apelação interpostos pela defesa e pela acusação, manteve a condenação pelos arts. 4º, *caput*, e 5º, *caput*, e reformou a sentença para condená-lo também pelo crime do art. 16 (j. em 30.04.2014).

Os rendimentos omitidos pelo apelante, portanto, têm origem reconhecidamente ilícita.

Resta analisar, então, se a conduta de omiti-los da autoridade fazendária no momento da declaração de imposto de renda pessoa física tem o condão de configurar o delito de sonegação fiscal tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

2.1. Perdimento de bens e valores como efeito da condenação

Entendo que o princípio *pecunia non olet* não é absoluto, não devendo ser aplicado de forma irrestrita a ponto de implicar a configuração do delito de sonegação fiscal em todos os casos em que o agente deixa de declarar ao Fisco rendimentos oriundos da prática de um ilícito penal.

É preciso analisar, em cada caso, a situação fática subjacente à ação penal. Deve ser levada em conta a espécie de ilícito de que se está tratando, de que maneira e em que medida a prática delituosa resultou em incremento de renda ou patrimônio, as consequências advindas de uma eventual persecução penal pelo ilícito cometido que podem recair sobre essa renda ou patrimônio.

Quanto a esse último aspecto, não se pode olvidar que o art. 91, II, do Código Penal prevê como efeito da condenação a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, 'do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.'

Ao tratar do referido dispositivo legal, leciona Guilherme de Souza Nucci que,

'quanto ao produto do crime, trata-se daquilo que foi diretamente conquistado com a prática delituosa, tais como o dinheiro subtraído do banco ou a coleção de armas retirada de um colecionador. Além do produto, é possível que o delinquente converta em outros bens ou valores o que auferiu por conta do crime, dando margem ao confisco. Nesse caso, fala-se no proveito do crime. Ex.: o apartamento adquirido com o dinheiro roubado do estabelecimento bancário.' (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 470-471)

A lei penal determina, em suma, o perdimento dos valores ou bens obtidos diretamente a partir da prática do delito ou dos bens adquiridos pelo agente com os valores auferidos na empreitada criminosa.

Essa é, portanto, a consequência da condenação criminal relativamente aos valores e bens qualificados como produto ou proveito do crime, consequência essa automática, dispensando-se, inclusive, que a sentença lhe faça menção.

Pois bem. No caso em apreço, a renda auferida pelo acusado nos exercícios de 2006, 2007 e 2008, que, segundo a autoridade fazendária, deveria ter sido declarada para fins de incidência do imposto de renda pessoa física, constitui produto e proveito de um crime. A denúncia é clara quanto a isso:

'O denunciado era, à época dos fatos, sócio-diretor da pessoa jurídica INVESTNORTE CORRETORA DE VALORES MOBILIÁRIOS E CÂMBIO LTDA. (com sede em Porto Alegre/RS), havendo se apropriado ilegalmente de considerável numerário investido por clientes da empresa, por meio da transferência desses valores para contas correntes de sua titularidade.

No período compreendido entre os meses de janeiro de 2006 e fevereiro de 2007, foi repassado da conta bancária da INVESTNORTE às contas correntes do denunciado o valor total de R$ 9.271.182,35 (nove milhões, duzentos e setenta e um mil, cento e oitenta e dois reais e trinta e cinco centavos), [...].'

Não há dúvida, portanto, de que ao menos uma considerável parcela da renda e do patrimônio adquiridos pelo acusado naquele período qualifica-se como produto (a renda) e proveito (o patrimônio) de crimes contra o sistema financeiro nacional. Sendo assim, sujeita-se, em tese, ao perdimento, nos termos do art. 91, II, do Código Penal.

A previsão do perdimento como efeito da condenação, ao que me parece, afasta a configuração de crime contra a ordem tributária em caso de ausência de declaração à autoridade fazendária quanto aos bens e valores cuja origem é ilícita.

Nesse sentido a lição de Mizabel Abreu Machado Derzi (citada pelo autor Renato Lopes Becho na obra *Lições de Direito Tributário*. Saraiva, 2011. p. 86-87):

'De data longa, entre nós, as leis preveem o destino dos bens de origem criminosa. O Código Penal disciplina a matéria, o Decreto-Lei nº 9.760, de 05 de setembro de 1946, diz incluírem-se entre os bens da União 'os bens perdidos pelo criminoso condenado por sentença proferida em processo judiciário federal' (art. 1º, *k*). O Código de Processo Penal (Dec.-Lei nº 3.689/41) determina o sequestro de bens imóveis ou móveis (sendo o caso, busca e apreensão) adquiridos pelo indiciado com os proventos do crime. O perdimento daqueles bens produto da infração é, assim, a regra.

Em verdade, antes e depois da Lei nº 9.613/98, o correto é concluir que, estando comprovado o crime do qual se originaram os recursos ou o acréscimo patrimonial, seguir-se-á a apreensão ou o sequestro dos bens fruto da infração. E é absolutamente incabível a exigência de tributos sobre bens, valores ou direitos que se confiscaram, retornando às vítimas ou à administração pública lesada.' (DERZI, 2000, p. 715)

A referida autora defende a intributabilidade dos bens, valores e direitos oriundos de atividades ilícitas, justamente em razão do fato de que o destino destes, segundo determina a lei, é o perdimento em favor da União.

É esse o pensamento também de Renato Lopes Becho, que bem salienta a inexistência de regra que preveja a tributação de bens e valores qualificados como produto ou proveito de crime antes de seu perdimento:

'Chamamos a atenção do leitor para a inexistência de legislação que preveja a tributação do produto do crime antes do confisco federal. É dizer: uma hipotética interpretação que levasse à conclusão de que o resultado auferido com a prática de crimes deveria ser tributado e, posteriormente, confiscado pela União, incorporando-se aos cofres públicos, não encontra fundamento legal.' (BECHO, Renato Lopes. *Lições de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 93)

2.2. A garantia da não autoincriminação

A garantia da não autoincriminação (*nemo tenetur se detegere*), prevista no art. 5º, LXIII, da Constituição Federal, consiste no direito do acusado de não produzir provas contra si mesmo, ou seja, de permanecer em silêncio e não ser forçado, por qualquer autoridade, a fornecer declaração, informação ou material que o incrimine.

Reputar obrigatória a declaração de rendimentos obtidos de forma ilícita e tipificar como crime a conduta daquele que não cumpre tal obrigação e, com isso, suprime o pagamento de tributo configura ofensa à garantia da não autoincriminação.

Ao elaborar a declaração anual do imposto de renda pessoa física, tem o declarante que informar não apenas o montante da renda ou do acréscimo patrimonial auferido no exercício, mas também a origem dos rendimentos declarados. Sendo ilícita a origem, isto é, decorrente de atividade tipificada na lei como infração penal, a declaração resultará na incriminação do declarante quanto a essa conduta criminosa. A declaração importará, pode-se dizer, na própria confissão do crime ou da contravenção penal praticada.

Nesse contexto, conclui-se que, em se tratando de renda ou acréscimo patrimonial oriundos de atividade ilícita, a garantia da não autoincriminação impediria a incidência da norma penal incriminadora prevista no art. 1º da Lei nº 8.137/90.

2.3. Precedentes

Colaciono precedentes nos quais se adotou o posicionamento exposto:

'PENAL – APELAÇÃO CRIMINAL DA RÉ – ART. 1º, I, DA LEI 8.137/90 – VERE-

ADORA QUE RECEBEU OS SALÁRIOS DE ASSESSORES E NÃO DECLAROU O ACRÉSCIMO PATRIMONIAL À RECEITA FEDERAL – PROCESSO ANTERIOR POR CORRUPÇÃO E LAVAGEM DE DINHEIRO NA JUSTIÇA ESTADUAL – CLÁUSULA *PECUNIA NON OLET* NÃO É ABSOLUTA – ATO ILÍCITO PELA PRÓPRIA NATUREZA – RECURSOS ORIUNDOS DE CRIMES NÃO SE ADEQUAM AOS CONCEITOS DE RENDA, PATRIMÔNIO, DISPONIBILIDADE ECONÔMICA OU CAPACIDADE CONTRIBUTIVA – NÃO CONFIGURAÇÃO DA SONEGAÇÃO FISCAL – APELAÇÃO PROVIDA. I – Considerando a cláusula *pecunia non olet*, em tese, as atividades ilícitas estariam sujeitas à tributação. Entretanto, essa tributação não se aplica de forma genérica, mas, apenas, quando a ilicitude do fato recai sobre elemento acidental à norma de tributação; ocorre que são incluídos nesse rol crimes tais como peculato e tráfico de drogas, sob o fundamento de que a ilicitude desses atos é circunstancial à norma tributária, a qual consiste em 'auferir renda'. Os que entendem pela legitimidade de se tributar atos criminosos se fundamentam no teor moral e econômico; adotam, também, o critério da existência de um negócio jurídico, ainda que inválido, por ilicitude do objeto, subjacente ao rendimento; alegam, ainda, o respeito aos princípios da isonomia tributária e da capacidade contributiva. II – Entretanto, divirjo desse entendimento, pois considero que a hipótese de incidência do IR, 'adquirir disponibilidade econômica ou jurídica por meio de renda', está totalmente integrada ao ato primário que a produz, não pode surgir do nada. Ora, o fato jurídico 'auferir renda' resulta de atos/atividades os mais variados possíveis. Assim, a ilicitude dos atos de traficar, desviar dinheiro, furtar, matar por recompensa ou extorquir, atos que também criam 'renda', afeta, contamina a própria incidência da regra tributária, portanto essa ilicitude é essencial e se irradia pela 'renda' auferida, e não se trata de elemento acidental. III – Existem outros fundamentos para a não tributação de atos criminosos: os recursos oriundos de crimes, tais como tráfico de drogas, peculato ou extorsão, não se adequam a nenhuma das teorias de renda, seja renda-produto (do capital ou do trabalho), seja renda-acréscimo (patrimônio é conjunto de direitos); os agentes criminosos não possuem livre disponibilidade econômica nem capacidade contributiva, mesmo porque os recursos obtidos estão sujeitos à pena de perdimento, como um dos efeitos da condenação do crime-base. IV – Outrossim, entendo pela fragilidade do critério da existência de um negócio jurídico entre o contribuinte-infrator e a fonte pagadora, pelo qual o 'comércio' de drogas, o homicídio por recompensa e o suborno, por exemplo, ensejariam tributação do imposto de renda; no entanto, segundo essa tese, não cabe a cobrança de ICMS ou de ISS, respectivamente, sobre a 'venda' de droga e o 'médico' charlatão, porque não se trata de 'verdadeira' mercadoria nem de 'verdadeiro' serviço. Ora, para assegurar uma coerência, da mesma forma que o 'serviço' ilícito, criminoso, resta descaracterizado, acredito que a 'renda' ilícita, fruto de atos criminosos, também, em princípio, restaria descaracterizada. V – Portanto, considero inadmissível a tributação de atos ilícitos cuja ilicitude recaia em elemento essencial à norma tributária incidente; é ilegítima a tributação de negócios ilícitos e inválidos e/ou inexistentes, enfim, de atos essencialmente ilícitos. Em relação ao imposto de renda, incluo, entre outros, tráfico de drogas, peculato, roubo e furto, já que são atos ilícitos, por definição, e inválidos, e encontram-se, absolutamente, integrados, fusionados ao suposto 'acréscimo patrimonial' deles derivado. HUGO BRITO MACHADO afirma que 'é claro que esta tese da tributação de atos ilícitos não diz respeito à atividade que seja, por sua própria natureza, essencialmente ilícita. O furto, o roubo, a apropriação indébita, como são atividades essencialmente ilícitas, ou ilícitas por definição, não podem ser tributadas'.

VI – Ressalve-se que, se os crimes forem praticados por meio de organizações, empresas ou atividades, com roupagem lícita, já seria outra a interpretação e a possibilidade de se prever a tributação, porque haveria alguns atos válidos, como contratação de funcionários, compra de material, faturamento. Ademais, estaríamos em face de uma simulação, com aparência de legalidade e licitude; portanto, deve-se avaliar cada caso concreto, norteando-se pelas premissas teóricas e pelos princípios do Direito, pois a matéria é bastante complexa e requer uma apreciação aprofundada da situação fática com todas as suas nuances. VII – A tese da não tributação de atos criminosos respeita o princípio da legalidade, pois a hipótese de incidência não pode prever ato ilícito; o da igualdade material, pois se impõe tratar desigualmente os desiguais; e o da moralidade, pois prevê uma solução mais gravosa, uma sanção, qual seja, o perdimento dos bens e dos recursos oriundos de atividades delituosas, providência já prevista em lei. VIII – Por outro lado, a tese da legitimidade de se tributar, irrestritamente, atos ilícitos ofende aos princípios da segurança jurídica e da unidade e da harmonia do ordenamento jurídico, pois propicia, para um mesmo fato, a existência de uma norma permissiva (prevendo-se tributos, admite-se a ocorrência do ato criminoso) e, ao mesmo tempo, de uma norma proibitiva penal; e viola o princípio da vedação à autoincriminação, pois, ao não declarar os recursos provenientes da infração penal, o agente pratica o tipo penal sonegação; ao declará-los, pratica o tipo penal lavagem de dinheiro. Com efeito, como não lhe é concedida a opção de praticar qualquer conduta lícita, perde o sentido a função de prevenção da norma penal, uma vez que, necessariamente, ele cometerá um dos dois crimes, independentemente da sanção a lhe ser aplicada. IX – Portanto, a cláusula do *pecunia non olet* não é absoluta; no presente processo, trata-se de peculato, um ato essencialmente ilícito, portanto é incabível a sua ocorrência em uma modalidade lícita (logo, a ilicitude não é acidental); os recursos desviados não se configuravam como verdadeira renda, inexistiu qualquer negócio jurídico lícito e válido; a vereadora, apenas, detinha os valores que não eram de sua propriedade, não possuindo livre disponibilidade econômica desses recursos. Portanto, não vislumbro a possibilidade da tipificação material da conduta ora narrada como sonegação fiscal, prevista no art. 1º, I, da Lei 8.137/90. X – Apelação criminal da ré provida, para reformar a sentença, no sentido de sua absolvição.' (TRF2, ACR 201150010041065, Desembargador Federal Messod Azulay Neto, Segunda Turma Especializada, E-DJF2R – Data: 06.06.2013)

'PROCESSUAL PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. 'ESCÂNDALO DOS GAFANHOTOS'. SONEGAÇÃO FISCAL. BENEFICIÁRIA DOS GAFANHOTOS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTE DO STJ. 1. A recorrente, que, segundo a formatação da acusação formulada pelo Ministério Público Federal, recebia recursos ilícitos, na qualidade de beneficiária do esquema criminoso, não está obrigada, por força mesmo da prerrogativa individual contra a autoincriminação, a pagar os tributos sobre os recursos de origem ilícita. Do contrário, estaríamos a dizer que a recorrente estaria obrigada a se autoacusar da prática do crime principal (peculato e formação de quadrilha). Como ressaltou o eminente Min. Celso de Mello, do Supremo Tribunal Federal, em voto proferido no *HC* 79.812-SP, 'Na realidade, ninguém pode ser constrangido a confessar a prática de um ilícito penal'. 2. Não é admissível, nesse contexto, retirar do silêncio da recorrente em relação ao recebimento desses recursos – porque o silêncio configurava o exercício da prerrogativa da não autoincriminação – um efeito jurídico a ela desfavorável, qual seja a imputação pela prática do crime de sonegação fiscal. 3. Apelação provida.' (TRF1, ACR 200442000017579, Juiz Federal Jamil Rosa de Jesus (conv.), Terceira Turma, e-DJF1, Data: 12.03.2010, Página: 216)"

Por consequência, seja porque o destino previsto pela lei penal para o produto ou proveito do crime seja o perdimento em favor da União, seja porque, em atenção ao princípio da não autoincriminação, não teria o acusado a obrigação de declarar renda ou acréscimo patrimonial auferidos de atividade penalmente ilícita, chega-se à conclusão de que o acusado, ao omitir do Fisco rendimentos obtidos a partir da prática dos delitos tipificados nos arts. 4º, *caput*, 5º, *caput*, e 16 da Lei nº 7.492/86, não cometeu o crime contra a ordem tributária tipificado no art. 1º, I, da Lei nº 8.137/90.

A absolvição, portanto, é medida que se impõe.

Ante o exposto, voto por dar provimento aos embargos infringentes e de nulidade.

É o voto.

HABEAS CORPUS Nº 5004861-67.2015.4.04.0000/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus

Paciente: R.F.B.
Advogados: Dr. Danilo Knijnik
Dr. Leonardo Vesoloski
Dr. Sérgio Luís Wetzel de Mattos
Dr. Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin
Impetrado: Procurador da República – Ministério Público Federal – Porto Alegre
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Penal e processual penal. Habeas corpus*. Trancamento de inquérito policial. Excepcionalidade. Crimes dos artigos 10 da Lei 7.347/85 e*

330 do Código Penal. Requisições de informações pelo Ministério Público do Trabalho à Ordem dos Advogados do Brasil no Rio Grande do Sul. Processo ético-disciplinar. Sigilo pelo Estatuto da Advocacia com resguardo na Lei da Ação Civil Pública. Inoponibilidade ao Parquet. *Não sujeição à reserva jurisdicional. Elemento descritivo do tipo incriminador. Indispensabilidade dos dados. Figuras exclusivamente dolosas. Exceções legais apoiadas na discussão jurisprudencial. Fato suspeitado. Elementares. Ausência de justa causa. Concessão da ordem.*

1. A prematura obstaculização do inquérito policial, mediante a impetração do *mandamus*, sem necessidade de exame do conjunto probatório, faz-se possível, em caráter excepcional, se vier a ser demonstrada, de plano, a ausência de justa causa, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade.

2. Caso em que o Ministério Público do Trabalho requisitou, por três oportunidades, informações sobre o andamento de processo ético-disciplinar à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul para fins de instrução de inquérito civil, deixando a requisitada, na pessoa de seu conselheiro diretor secretário-geral, de prestá-las sob a alegação de sigilo legal, que somente poderia ser levantado pela autoridade judiciária competente.

3. O sigilo previsto no artigo 72, § 2º, do Estatuto da Advocacia (Lei 8.906/94), albergado na disposição do artigo 8º, § 2º, da Lei da Ação Civil Pública (Lei 7.347/85), não é oponível ao Ministério Público, que pode ter acesso direto a dados e informações atinentes a processos administrativos disciplinares, sem sujeição à reserva de jurisdição, por força do artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), extensível aos órgãos estaduais de acordo com o artigo 80 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), ressalvadas apenas as exceções constitucionalmente previstas.

4. Há uma transferência de sigilo de informações da autoridade responsável pela sua guarda ao órgão ministerial requisitante, que passa a responder, nas esferas funcional, civil e penal (artigos 8º, § 1º, da LC 75/93 e 26, § 2º, da Lei 8.625/93), pelo resguardo destas, permanecendo

o processo cível, via de consequência, sob as cautelas a ele atinentes.

5. O crime do artigo 10 da Lei 7.347/85 exige, para sua configuração, a demonstração da *indispensabilidade* dos dados técnicos requisitados para a propositura da ação civil.

6. Se é certo, de um lado, que, do cotejo dos elementos indiciários carreados à investigação, não se pode, de pronto, afastar tal cenário, de outro, também não se tem como ver configurado o necessário *dolo* na conduta supostamente delitiva, quando o não atendimento, pela OAB/RS, à *ordem legal* do MPT revelou-se pautado nas exceções prescritas em lei, mormente com apoio na dissonância da jurisprudência pátria, o que fulmina, necessariamente, a tipicidade do objeto do inquisitório.

7. Demonstrado, objetivamente, que o *fato suspeitado* não reunia as suas indispensáveis elementares, é de ser trancado o investigatório por ausência de justa causa.

8. Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 24 de junho de 2015.

Des. Federal *Victor Luiz dos Santos Laus*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de provimento liminar, impetrado em favor de R.F.B., objetivando o trancamento do Inquérito Policial 5064837-79.2014.4.04.7100, instaurado por requisição do Ministério Público Federal para apurar suposto crime de desobediência (artigo 10 da Lei 7.347/85), além de possível improbidade administrativa.

Relataram os impetrantes que o paciente, enquanto secretário-geral da Seccional do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados, frente às requisições de informações pelo Ministério Público do Trabalho acerca de processo ético-disciplinar que lá estaria tramitando, respondeu, por

três vezes, em pronto atendimento, ao órgão requisitante que se via impossibilitado de atender à solicitação em vista do sigilo legal previsto no artigo 72, § 2º, da Lei 8.906/94, salvo mediante prévia autorização judicial.

Sustentaram a atipicidade da conduta em vista de que as informações solicitadas seriam sigilosas, de modo que legítima seria a negativa do destinatário em fornecê-las, sob pena de violação de sigilo funcional, a não ser que determinado o levantamento da restrição de acesso por juiz competente, na linha do que prevê o § 2º do artigo 8º da Lei 7.347/85.

Asseveraram, subsidiariamente, que os crimes investigados – artigo 330 do Código Penal e artigo 10 da Lei 7.347/85, conforme portaria instauradora do apuratório – contemplam apenas a modalidade dolosa, o que inexistiu no caso, uma vez que o paciente respondeu às requisições do *parquet* com embasamento em lei federal e jurisprudencial. Dessa forma, alegaram que, ainda que tivesse o Ministério Público do Trabalho poderes para determinar diretamente a quebra de um sigilo legal, a conduta do paciente importaria, quando muito, um agir com culpa.

Afirmaram, igualmente, que nenhuma das condutas nucleares dos tipos indicados teriam sido praticadas pelo paciente, nem mesmo a recusa, que seria o agir sem justa causa, motivado pela vontade e deliberação de negar o que se pede. Pelo contrário, salientaram que o paciente atendeu, de forma cordial e fundamentada, à requisição ministerial, observando a impossibilidade jurídica de repassar informações sob regime legal de sigilo.

Acrescentaram também que estariam ausentes os elementos descritivos do crime do artigo 10 da Lei 7.347/85 porque não especificados *os dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil* e, da mesma forma, em relação ao delito do artigo 330 do Código Penal, considerando que não se poderia entender que a ordem emanada pela Procuradoria do Trabalho estaria revestida de legalidade.

Observaram, ainda, que o trancamento do procedimento inquisitorial em relação ao crime do artigo 10 da Lei 7.347/85 seria suficiente para afastar a requisição ministerial do apuratório pelo fato de que o remanescente delito do artigo 330 do Código Repressivo importaria apenas a lavratura de termo circunstanciado, com remessa ao Juizado Especial Federal.

Pediram, como medida liminar, a suspensão do andamento do inquérito policial.

A provisional restou indeferida por ausência de perigo na demora (evento 10).

Com as informações da autoridade dita impetrada (evento 15) e o parecer ministerial pela denegação da ordem (evento 18), vieram os autos conclusos para julgamento.

Sobreveio, entretanto, requerimento de nova apreciação da tutela emergencial, desta feita para suspender a realização do ato destinado à ouvida do paciente no apuratório (evento 20), que restou indeferido no decisório do evento 22.

Foi solicitada a complementação de informações à autoridade apontada como coatora, especialmente no tocante à alegada dispensabilidade dos dados requisitados pelo Ministério Público do Trabalho à OAB/RS, o que veio atendido no evento 26.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: A competência deste Colégio para examinar o pedido de trancamento da investigação criminal vem assentada na sua instauração por requisição ministerial (evento 1 do Inquérito Policial 5064837-79.2014.4.04.7100).

A prematura obstaculização do inquérito policial, mediante a impetração do *mandamus*, *sem necessidade de exame do conjunto probatório*, faz-se possível, *em caráter excepcional*, se vier a ser demonstrada, *de plano*, *a ausência de justa causa*, consubstanciada na inexistência de elementos indiciários demonstrativos da autoria e da materialidade do delito, na atipicidade da conduta e na presença de alguma causa excludente da punibilidade.

O inquisitório originário foi instaurado por requisição do Ministério Público Federal para apurar a prática, em tese, do delito do artigo 10 da Lei 7.347/85, constando também na portaria inaugural a investigação de suposta conduta delitiva do artigo 330 do Estatuto Repressor, considerando

"reiteradas negativas por parte do Conselho Seccional do Rio Grande do Sul da Ordem dos Advogados do Brasil em prestar informações referentes a procedimentos disciplinares que

lá tramitam, sob o fundamento de estarem acobertados por sigilo, ao Ministério Público do Trabalho no bojo do Inquérito Civil nº 000051.2012.04.000/4." (evento 1 do IPL)

De acordo com os documentos acostados neste *writ* (evento 15, OFIC4), o Ministério Público do Trabalho solicitou, junto à Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Rio Grande do Sul, informações sobre o *andamento* do processo ético-disciplinar instaurado pela Caixa Econômica Federal em desfavor da Sociedade de Advogados Ferrareze & Freitas para fins de instrução do inquérito civil supracitado, por três oportunidades, respectivamente em 30.10.2013, 14.02.2014 e 03.04.2014.

Pelo que consta no inquérito civil em andamento (evento 26, ANEXO2), houve *denúncia* apresentada pelo SindBancários no sentido de que a Caixa Econômica Federal estaria abrindo processos administrativos disciplinares, sob o fundamento de possíveis irregularidades na prestação de testemunhos em reclamatórias trabalhistas, com o alegado intuito de intimidar os seus empregados. Em resposta, a instituição bancária afirmou que, de janeiro/2010 a maio/2013, foi notificada para se defender em 6.150 (seis mil, cento e cinquenta) ações judiciais propostas por empregados ativos e inativos, sendo que foram instaurados apenas 04 (quatro) processos administrativos disciplinares para averiguação, sujeitos ao contraditório e à ampla defesa, tendo havido a isenção de responsabilidade disciplinar e civil em 02 (dois) deles e, nos outros 02 (dois), a rescisão do contrato de trabalho, e que, em razão das conclusões obtidas nesses procedimentos, ingressou com procedimento ético-disciplinar junto à OAB/RS em face de escritório de advocacia que estaria induzindo funcionários a simular a verdade em depoimentos em juízo.

A Ordem dos Advogados do Brasil no RS, pela pessoa de seu conselheiro diretor secretário-geral, ora paciente, respondeu (evento 15, OFIC2), também por três vezes, em 03.02.2014, 10.03.2014 e 23.04.2014, aos requerimentos do Ministério Público do Trabalho, aduzindo que deixava de prestar informações a respeito de eventual processo disciplinar em desfavor da sociedade de advogados indicada em razão do sigilo imposto no artigo 72, § 2º, da Lei 8.906/94, com transcrição do seu teor, esclarecendo, na última oportunidade, que "a observância desse dispositivo legal que regula a tramitação dos pro-

cessos ético-disciplinares (...) evita arguições de nulidades que possam favorecer ou prejudicar os representados".

Há, portanto, duas discussões que pautam a problemática em tela. A primeira, acerca da prevalência ou não das requisições ministeriais diante do sigilo imposto no Estatuto da Advocacia. A segunda, caso positiva a resposta da primeira, se haveria a possível configuração dos delitos do artigo 10 da Lei 7.347/85 ou do artigo 330 do Código Penal.

Relativamente ao primeiro ponto controvertido, transcrevo as redações dos artigos envolvidos, da Lei Complementar 75/93 – Lei Orgânica do Ministério Público da União (LOMPU), da Lei 8.906/94 – Estatuto da Advocacia e Ordem dos Advogados do Brasil e da Lei 7.347/85 – Lei da Ação Civil Pública (LACP):

LC 75/93

"Art. 8º Para o exercício de suas atribuições, o Ministério Público da União poderá, nos procedimentos de sua competência:

(...)

II – requisitar informações, exames, perícias e documentos de autoridades da Administração Pública direta ou indireta;

(...)

IV – requisitar informações e documentos a entidades privadas;

(...)

§ 1º O membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal.

§ 2º Nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, sem prejuízo da subsistência do caráter sigiloso da informação, do registro, do dado ou do documento que lhe seja fornecido.

§ 3º A falta injustificada e o retardamento indevido do cumprimento das requisições do Ministério Público implicarão a responsabilidade de quem lhe der causa."

Lei 8.906/94

"Art. 72. O processo disciplinar instaura-se de ofício ou mediante representação de qualquer autoridade ou pessoa interessada.

(...)

§ 2º O processo disciplinar tramita em sigilo, até o seu término, só tendo acesso às suas informações as partes, seus defensores e a autoridade judiciária competente."

Lei 7.347/85

"Art. 8º Para instruir a inicial, o interessado poderá requerer às autoridades competentes as certidões e informações que julgar necessárias, a serem fornecidas no prazo de 15

(quinze) dias.

§ 1º O Ministério Público poderá instaurar, sob sua presidência, inquérito civil, ou requisitar, de qualquer organismo público ou particular, certidões, informações, exames ou perícias, no prazo que assinalar, o qual não poderá ser inferior a 10 (dez) dias úteis.

§ 2º Somente nos casos em que a lei impuser sigilo, poderá ser negada certidão ou informação, hipótese em que a ação poderá ser proposta desacompanhada daqueles documentos, cabendo ao juiz requisitá-los."

Como já observei, por ocasião do indeferimento da reapreciação do pedido liminar (evento 22), em exame de restrita cognição, as requisições oriundas do Ministério Público do Trabalho dirigidas à Ordem dos Advogados do Brasil no Rio Grande do Sul encontram lastro no artigo 8º, §§ 1º e 2º, da LC 75/93, acima citados, acerca do que já houve pronunciamento favorável deste Colegiado na Apelação Cível 2008.70.00.003378-0, a saber:

"APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OAB. SIGILO. REQUISIÇÃO DE INFORMAÇÕES PELO MPF.

1. *O sigilo não pode prevalecer, seja em virtude da determinação expressa da Lei Orgânica do Ministério Público, seja em decorrência da inexistência de determinação de autorização judicial para tal hipótese. Quando a Constituição exigiu 'cláusula de reserva de jurisdição', o fez de forma expressa, conforme se verifica no art. 5º, incisos XI e XII, neste último caso não estando incluídos os processos administrativos inconclusos*.

2. A transferência dos dados se dá pela cooperação entre as instituições, para que cada uma possa exercer plenamente as suas atribuições. *O sigilo das informações propriamente dito não é quebrado, tendo em vista a expressa disposição contida no § 1º do artigo 8º da LC nº 75/93, estabelecendo que o membro do Ministério Público será civil e criminalmente responsável pelo uso indevido das informações e dos documentos que requisitar*; a ação penal, na hipótese, poderá ser proposta também pelo ofendido, subsidiariamente, na forma da lei processual penal." (3ª Turma, relatora Desembargadora Federal Maria Lúcia Luz Leiria, D.E. 29.10.2009 – grifei)

Não desconheço, porém, que o quanto decidido no aresto supratranscrito está aguardando a apreciação pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça no bojo do REsp 1217271, da relatoria do Ministro Humberto Martins, que prolatou seu voto no sentido de dar provimento ao recurso, na recente sessão de 03.06.2015, após o qual houve o pedido de vista do Ministro Herman Benjamin. Da mesma forma, o dispositivo da Lei Orgânica do Ministério Público da União, que embasou as requisições questionadas pela OAB/RS, está sendo objeto da ADI 3531 junto ao Supremo Tribunal Federal, distribuída à relatoria do Ministro Teori Zavascki em 29.11.2012 e, por enquanto, sem movimentações

posteriores. Todavia, porque pendentes os pronunciamentos superiores, prevalece o entendimento deste Regional, segundo o qual, uma vez havendo a transferência de sigilo de informações, sobre o que responde o Ministério Público, não há trânsito, em princípio, para a negativa de repasse destas, especialmente porque a hipótese não está, acima de qualquer dúvida razoável, enquadrada naquelas em que a jurisprudência pátria tem entendido como sendo necessária a anterior autorização judicial para o levantamento da restrição de acesso.

A respeito da temática, a doutrina de Hugo Nigro Mazzilli, *in Regime jurídico do Ministério Público*: análise do Ministério Público na Constituição, na Lei Orgânica Nacional do Ministério Público, na Lei Orgânica do Ministério Público da União e na Lei Orgânica do Ministério Público paulista (8. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 401-403), *verbis*:

"A respeito da questão do acesso às informações sigilosas, tanto a LOMPU [LC 75/93, artigo 8º, §§ 1º e 2º] como a LONMP [Lei 8.625/93, artigo 26, § 2º] são claras em garanti-lo ao Ministério Público. Ainda que haja dispositivos legais que imponham o sigilo, o Ministério Público terá acesso à informação, ressalvada a exceção constitucional, quando só se admita sua quebra sob autorização judicial [artigo 5º, inciso XII, da CRFB]. Caberá, porém, ao agente do Ministério Público que teve acesso a essa informação sigilosa zelar pelo seu uso lícito, bem como cuidar de que seja preservado o caráter sigiloso da informação recebida, pois a lei impõe a responsabilização civil e criminal do membro do Ministério Público pelo uso indevido da informação que requisitar. Trata-se de solução adequada, porque não só garante o acesso à informação, ainda que sigilosa, como ainda torna o membro do Ministério Público responsável pela preservação e pelo correto uso da informação.

(...) Apreciando mandado de segurança impetrado pelo Ministério Público paulista visando a obter acesso a documentos em poder do Ministério da Aeronáutica, necessários para as investigações em curso, o STJ decidiu com acerto que 'é entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção' [MS 5.370/DF, 1ª Seção, rel. Ministro Demócrito Reinaldo, DJU 15.12.97].

Assim, a informação, ainda que sigilosa, deverá ser-lhe fornecida, por força da disciplina da LC nº 75/93. Não mais é possível objetar ao Ministério Público o sigilo bancário, o sigilo em questões de família e em outras matérias análogas; nem mesmo se lhe poderá exigir, nesses casos, requeira o acesso à informação por meio do Poder Judiciário: o Ministério Público terá acesso direto a ela. O acesso a dados sigilosos não alcança, no entanto, informações para cujo acesso a própria Constituição tenha exigido ordem judicial (como na quebra de sigilo das comunicações telefônicas), pois nessa matéria a lei complementar federal obviamente não poderia excepcionar.

(...) Se o membro do Ministério Público for detentor de informação sigilosa, dela não poderá fazer uso indevido, assim como ocorre com os demais profissionais que tenham acesso

a informações semelhantes, como o médico, o confessor, o juiz ou o advogado. Havendo quebra indevida do sigilo por parte do membro do Ministério Público, responderá por isso nas esferas funcional, civil e penal."

No mesmo sentido, a lição de João Batista de Almeida, na obra *Aspectos controvertidos da ação civil pública*: doutrina e jurisprudência (São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 138-141):

"Claro está, pois, que o Ministério Público tem acesso direto a informações, documentos e bases de dados, independentemente de chancela do Judiciário. Primeiro, porque tal restrição não foi trazida na legislação como condição para o acesso. Segundo, porque não há no Texto Constitucional qualquer restrição a impedir expressamente tal acesso. Terceiro, porque o acesso à informação sigilosa tem fundamento no interesse público e social e no da administração da Justiça. Quarto, porque esse poder foi atribuído a um órgão público da maior seriedade, que ganhou novo perfil e novas atribuições na Constituição Federal de 1988 e que, portanto, está em condições de assumir e bem desempenhar também esse *munus*.

Vozes abalizadas da doutrina confirmam esse acesso direto e incondicional do Ministério Público às informações sigilosas. Rosa Maria Andrade Nery e Nelson Nery Jr. sustentam que não mais existe a restrição do sigilo legal contida no art. 8º, § 2º, da LACP (...).

Hugo Mazzilli vai além. Entrevê nas leis orgânicas do Ministério Público (Lei 8.625/93 e LC 75/93) hipóteses de justa causa para que as autoridades depositárias forneçam as informações ou os documentos submetidos a sigilo:

'O art. 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/93 e o art. 26, § 2º, da Lei 8.625/93 trazem, pois, hipóteses de justa causa para a revelação do segredo pelo seu depositário, ficando, porém, obrigado a resguardá-lo 'o membro do Ministério Público que o recebeu'. Com efeito, 'o membro do Ministério Público será responsável pelo uso indevido das informações e dos documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo'. Como bem observa José dos Santos Carvalho Filho, 'admitindo a responsabilidade do membro do Ministério Público inclusive nas hipóteses legais de sigilo, está a lei, implicitamente, contemplando a possibilidade legal de requisição mesmo nessas hipóteses'.'

Os tribunais, no entanto, têm mostrado resistência a esse acesso direto e incondicional pelo Ministério Público a informações e documentos sigilosos, principalmente em se tratando de sigilo bancário. De modo geral, tal sigilo tem sido encarado como espécie de direito à privacidade (CF, art. 5º, X), não de caráter absoluto, mas exigindo, para a sua *disclosure*, autorização judicial. (...)

Em um caso específico, no entanto, reconheceu o STF expressamente ao Ministério Público o poder de requisitar informações diretamente às instituições financeiras, sem que essas possam opor a exceção do sigilo bancário, quando se tratar da aplicação de recursos públicos, hipótese em que deve prevalecer o princípio da publicidade inscrito no art. 37, *caput*, da CF."

E, igualmente, Motauri Ciocchetti de Souza, no livro *Ação civil pública e inquérito civil* (5. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 203-204):

"Reza o art. 8º, § 2º, da LACP que o fornecimento de certidões ou informações requisitadas pelo Ministério Público poderá ser negado nas hipóteses em que a lei impuser sigilo: temos, na hipótese, a denominada escusa de sigilo.

Em outras palavras, o dispositivo em comento faz crer que o Ministério Público não pode requisitar informações que sejam legalmente sigilosas.

Não obstante, o dispositivo em comento foi derrogado (e não ab-rogado, frise-se) pelos arts. 6º da Lei nº 7.853/89, 201, VI, do ECA, 26, I, da LONMP e 8º, § 2º, da LOMPU, os quais trataram das requisições do Ministério Público sem trazer ressalva de teor semelhante àquele existente no art. 8º, § 2º.

Aliás, o dispositivo inserto na LOMPU é textual no sentido de que nenhuma autoridade poderá opor ao Ministério Público, sob qualquer pretexto, a exceção de sigilo, trazendo, dessarte, regra antagônica àquela inserta no art. 8º, § 2º, da LACP, a qual se estende aos Ministérios Públicos dos estados por força do art. 80 da Lei Federal nº 8.625/93.

Consequência prática do que estamos tratando é a possibilidade concreta de a instituição vir a requisitar informações sigilosas.

(...) Assim, entendemos que o Ministério Público poderá requisitar informações sigilosas, excetuadas as hipóteses em que a Constituição Federal exigir autorização judicial para tanto – como ocorre com o sigilo das comunicações – ou quando trouxer, de modo exaustivo, as hipóteses de quebra de sigilo (como em relação a matéria de segurança nacional).

Em casos que tais, competirá ao Ministério Público peticionar ao juiz competente, solicitando a quebra do sigilo.

Poderá a instituição, assim, requisitar informações médicas, fiscais, da Justiça Eleitoral e bancárias (muito embora com relação às bancárias grasse dissídio jurisprudencial), dentre outras.

Obtidas as informações sigilosas, o órgão do Ministério Público terá responsabilidade pessoal por seu uso e sua guarda, nos termos do art. 26, § 2º, da LONMP."

Para o fecho do assunto em debate, colaciono o mencionado precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"Processual Civil. Mandado de segurança requerido pelo Ministério Público objetivando liberar informações existentes em órgãos do Ministério da Aeronáutica. Inexistência de motivação que afete a segurança do Estado. Prevalência do interesse público relevante. Deferimento da segurança.

– A competência do Ministério Público no concernente à requisição de informações e documentos de quaisquer órgãos da administração, independentemente de hierarquia, advém de sede constitucional e visa ao interesse público que se sobrepõe a qualquer outro (a fim de que possíveis fatos constitutivos de crimes sejam apurados), pondo-lhe a lei maior à disposição instrumentos eficazes para o exercício das atribuições constitucionalmente conferidas a ele.

– Em sendo a ação penal pública de iniciativa exclusiva do Ministério Público, e se a Constituição lhe confere o poder de expedir notificações e de requisitar informações e documentos (Constituição Federal, arts. 127 e 129), resulta daí que as suas atividades se revestem de interesse público relevante – oponível a qualquer outro – que deve ser cuidado com previdência, uma vez que a outorga desse poder constitui reflexo de suas prerrogativas institucionais. A ocultação e o não fornecimento de informações e documentos e a conduta

impeditiva da ação ministerial e, consequentemente, da justiça erigem-se em abuso de poder.

– Os documentos e as informações requisitados (e em poder do Ministério da Aeronáutica) não serão, desde logo, acolhidos como verdadeiros e incontestáveis, mas submetidos ao crivo da autoridade judiciária e do Ministério Público; deste, para auxiliar e, até, impulsionar as diligências subsequentes e do Judiciário para que as submeta, em tempo oportuno, ao contraditório, em que se assegura aos indiciados ou acusados a mais ampla defesa. Nada importa que as conclusões dos órgãos da Aeronáutica sejam diametralmente opostas às do Ministério Público ou do Judiciário. A responsabilidade civil é independente da criminal (Código Civil, art. 1525), como também a ação do Ministério Público independe do juízo de valor que, na esfera administrativa, a autoridade aeronáutica atribuir aos fatos, não ficando, por isso mesmo, adstrito quer às conclusões do relatório preliminar, quer às do relatório final.

– A publicidade dos atos administrativos e das demais atividades estatais decorre de preceito constitucional (art. 5º, XXXIII), que só ressalva a hipótese em que o sigilo seja imprescindível à segurança da sociedade e do Estado. 'O Novo Estatuto Brasileiro – que rejeita o poder que oculta e não tolera o poder que se oculta – consagrou a publicidade dos atos e das atividades estatais como valor constitucionalmente assegurado, disciplinando-o como direitos e garantias fundamentais' (STF).

– Já existindo inquérito instaurado em torno do fato, com o acompanhamento do *Parquet*, torna-se evidente o interesse público na ultimação dessas investigações cujo fito é o de desvendar a existência de possíveis crimes. O sigilo, *in casu*, não pode ser oponível à ação do Ministério Público, visto como o inquérito policial está se desenvolvendo sob absoluta reserva (CPC, art. 20), inexistindo temor sobre possíveis desvirtuamentos das informações e dos documentos requisitados.

– É entendimento assente na doutrina que o Ministério Público, em face da legislação vigente, tem acesso até mesmo às informações sob sigilo, não sendo lícito a qualquer autoridade opor-lhe tal exceção.

– Segurança concedida. Decisão unânime." (MS 5.370/DF, 1ª Seção, relator Ministro Demócrito Reinaldo, DJU 15.12.97)

Portanto, adiro também à linha de que é inoponível ao Ministério Público o sigilo do Estatuto da Advocacia, por força do artigo 8º, § 2º, da Lei Complementar 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União), extensível aos órgãos estaduais de acordo com o artigo 80 da Lei 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público), podendo ter acesso direto, sem sujeição à reserva de jurisdição, a dados e informações relativas a processos administrativos disciplinares, uma vez que não estão estes dentre as exceções constitucionalmente previstas, respondendo, contudo, em todas as esferas, funcional, civil e penal (artigos 8º, § 1º, da LOMPU e 26, § 2º, da LNMP), pelo seu resguardo e devendo permanecer o processo cível sob as cautelas a ele atinentes.

Nesse sentido, o pronunciamento de Mazzili no artigo "Pontos controvertidos sobre o inquérito civil", na obra *Ação civil pública*: Lei

7.347/85 – 15 anos (coordenador Édis Milaré. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 283):

"(...) os atos do inquérito civil são, em regra, públicos (audiências, inquirições, expedição de certidões), feita, porém, a ressalva análoga à do art. 20 do CPP (imposição de sigilo, se da publicidade advier prejuízo à investigação), ou a hipóteses em que o órgão do Ministério Público tenha acesso a dados ou informações sigilosas, quando lhe incumbirá o dever de preservar o sigilo legal."

Nada obstante, no que tange à segunda parte da controvérsia, razão assiste aos impetrantes.

Preceituam os tipos penais incriminadores:

Lei 7.347/85

"Art. 10. Constitui crime, punido com pena de reclusão de 1 (um) a 3 (três) anos, mais multa de 10 (dez) a 1.000 (mil) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a recusa, o retardamento ou a omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil, quando requisitados pelo Ministério Público."

Código Penal

"Desobediência

Art. 330 – Desobedecer a ordem legal de funcionário público:
Pena – detenção, de quinze dias a seis meses, e multa."

Esclarece João Batista (op. cit., p. 143) que

"o não atendimento da requisição ministerial poderá trazer sérias consequências para o funcionário responsável pelo atendimento. É que a LACP tipificou a conduta consistente na recusa, no retardamento ou na omissão de dados técnicos indispensáveis à propositura da ação civil pública, quando requisitados pelo Ministério Público (art. 10). Trata-se de figura exclusivamente dolosa, não havendo apenação a título de culpa. Deixa de haver crime se os dados não forem indispensáveis ou se o não atendimento no prazo tiver ocorrido por motivo justificado."

Acrescenta Motauri (op. cit., p. 200-201) que

"Requisição, por seu turno, é ordem legal de apresentação de documentos, fornecimento de certidões ou realização de exames ou perícias.

Prevista, dentre outros dispositivos, nos arts. 129, VI e VIII, da CF, 26, I, *b*, e II, da LONMP, 8º, II a IV, da LOMPU e 8º, § 1º, da LACP, a requisição tem por objeto a coleta de provas documentais e periciais para instruir o inquérito civil.

Destinatário da requisição poderá ser qualquer autoridade federal, estadual ou municipal, de qualquer dos poderes, da administração direta, indireta ou fundacional, bem como pessoas físicas ou jurídicas de direito privado.

Tendo em vista o alcance da requisição, fica evidente o fato de que a obrigatoriedade

do seu atendimento não decorre de vínculo de subordinação hierárquica algum, mas da própria lei.

(...) Sendo a ordem legal, o desatendimento à requisição configura, em tese, crime, podendo ser aplicado à espécie, conforme o caso, o disposto nos arts. 10 da LACP (única figura penal existente na lei), 319 (prevaricação) ou 330 (desobediência) do CP.

Insta destacar que os três tipos penais citados somente preveem modalidade dolosa, de sorte que o desatendimento culposo não gera sanção na esfera criminal."

Sobre a dita indispensabilidade, asseverou o Ministério Público Federal no caso concreto (evento 26, INF_HABEAS_CORP1):

"Quanto à *eventual dispensabilidade dos dados requisitados pelo Ministério Público do Trabalho à OAB/RS* nos autos do Inquérito Civil nº 000051.2012.04.000/4, trata-se de matéria afeta àquela instituição, a quem compete uma análise mais precisa e meritória dos fatos.

Entretanto, pode-se depreender do despacho proferido nos autos do inquérito civil trabalhista que os dados requisitados à OAB são, no entendimento do Ministério Público do Trabalho, essenciais ao esclarecimento dos fatos:

'De outra banda, mostra-se sem pertinência a invocação do art. 7º, III, da LC 75/93, uma vez que não se está requisitando a instauração de procedimentos administrativos, muito menos procedimentos administrativos disciplinares, mas sim informações acerca de procedimento administrativo já existente *e que interessam ao deslinde da investigação que ora se processa em desfavor da Caixa Econômica Federal no presente inquérito civil*.' (Despacho de 05.05.2014 – Evento 1, DESP2-1 do IPL, em anexo)

Primeiramente, saliente-se que o inquérito civil que tramita na Justiça do Trabalho tem por objeto apurar a representação formulada pelo Sindicato dos Bancários de Porto Alegre e Região no sentido de que a Caixa Econômica Federal estaria intimidando seus empregados para não serem testemunhas em processos judiciais, tendo em vista a abertura de processo administrativo disciplinar contra esses empregados, sob o fundamento de 'possíveis irregularidades na prestação de testemunha'. Em razão disso, o objeto do inquérito civil foi fixado nos seguintes termos: *6.1. Assédio moral e discriminação a trabalhadores – 6.1.2.4. exercício regular de um direito, inclusive de ação ou de denúncia* (despacho de 27.03.2012).

Verifica-se que a requisição dos dados pela excelentíssima procuradora do Trabalho à OAB foi impulsionada em razão das informações prestadas pela Caixa Econômica Federal no inquérito civil, conforme Ofício nº 99/2013 JURIS/PO, de 15.05.2013 (em anexo), o qual noticia, dentre outros fatos, a requisição de instauração de procedimento ético-disciplinar em desfavor da Sociedade de Advogados denominada Ferrareze & Freitas Advogados, de cujo procedimento o Ministério Público do Trabalho pretende obter informações.

Dessa forma, diante da essencialidade dos dados requisitados à OAB/RS pelo Ministério Público do Trabalho, ratificam-se as informações já prestadas, renovando-se que o *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL* entende pela existência de justa causa para o prosseguimento do inquérito policial cujo trancamento é pretendido por meio deste *writ*." (grifos originais)

Pois bem. A despeito das razões ministeriais, entendo que não se mostraram os dados técnicos requisitados pelo MPT e recusados pela OAB/RS *indispensáveis* à propositura da ação civil pública, a configu-

rar o crime do artigo 10 da Lei 7.347/85.

São interessantes, no ponto, as lições de Pedro Roberto Decomain, *in Comentários à Lei Orgânica Nacional do Ministério Público*: Lei 8.625, de 12.02.1993 (2. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 385-387):

"O não atendimento às requisições provenientes do Ministério Público, quando *desacompanhado de justificativa razoável*, tipifica crime de desobediência. A previsão do ilícito penal consta expressamente do art. 10 da Lei nº 7.347/85 (...).

Acerca do crime (...), é importante lembrar as seguintes decisões do STJ:

'(...) PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. RETARDAMENTO NA PRESTAÇÃO DE INFORMAÇÕES REQUISITADAS PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. ART. 10 DA LEI 7.437/85. JUSTA CAUSA. AUSÊNCIA.

Não se configura o crime do art. 10 da Lei 7.347/85, *se as informações* retardadas pelo agente *não se mostram indispensáveis à propositura da ação civil pública, bem como se poderiam ser obtidas com maior rapidez e eficácia em outra fonte*.

Writ concedido.' [STJ, *HC* 15.951/DF, 5ª Turma, Ministro Felix Fischer, DJU 25.02.2002 – grifei]"

Passo, então, a explicar.

Ao que foi visto, o MPT solicitou à OAB/RS apenas o informativo acerca do *andamento* do processo ético-disciplinar, e não sobre o material probatório eventualmente colhido que pudesse vir a servir para os fins do inquérito civil.

Tal andamento poderia ter sido requerido pela Caixa Econômica Federal junto à Ordem dos Advogados para efeito de sua defesa no inquérito civil, à qual não é oponível o sigilo legal por ser a parte requisitante da instauração do processo disciplinar em desfavor do escritório de advocacia, obviamente com observância das formalidades de praxe atinentes à reserva do segredo do conteúdo do documento.

Além disso, não há como ver configurado o elemento descritivo do tipo – dados técnicos *indispensáveis* à propositura da ação civil –, na medida em que outras providências processuais poderiam ter sido tomadas pelo MPT, tais como inquirir os advogados supostamente envolvidos em fraude testemunhal, bem assim ter acesso ao acervo probatório das reclamatórias trabalhistas para confrontar com o dos processos disciplinares instaurados pela CEF, dentre outros.

A isso soma-se também o fato de que, em havendo uma previsão legal de sigilo na Lei 8.906/94 (artigo 72, § 2º) – aliás, posterior à disposição da LC 75/93 (artigo 8º, § 2º) – albergada pela Lei 7.347/85 (artigo

8º, § 2º) e, acerca da sua (in)aplicabilidade, a discussão jurisprudencial, inclusive em sede das Cortes Superiores, conquanto não deveria ter sido oposto ao órgão ministerial requisitante, como visto anteriormente, não há como se entender que o paciente não estava respaldado, ao menos, pela *dúvida* acerca da viabilidade da *ordem* ministerial e, mais ainda, que ele deveria transpor a disposição legal do seu próprio estatuto e orientações superiores internas da categoria para atender ao quanto solicitado, já que, de outro lado, haveria, provavelmente, de sujeitar-se a responder, daí perante a OAB/RS e ao escritório de advocacia representado, pela quebra de sigilo funcional.

Tudo isso para concluir que, mesmo que se entendesse que a requisição de informações era indispensável à ação civil, não se poderia, igualmente, ver configurado o necessário *dolo* na conduta supostamente delitiva, quando o não atendimento pela OAB/RS à *ordem legal* do MPT se pautou nas exceções prescritas em lei com apoio na dissonância da jurisprudência pátria, o que, necessariamente, fulmina o inquisitório em ambos os delitos em apuração, não apenáveis a título de culpa.

Mutatis mutandis, eis os precedentes:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. AÇÃO PENAL. INFORMAÇÕES BANCÁRIAS. REQUISIÇÃO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. NEGATIVA. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. INOCORRÊNCIA.

– Não consubstancia crime de desobediência a negativa de atendimento a requisição do Ministério de informações sobre o assunto protegido pelo sigilo bancário.

– Recurso especial não conhecido." (STJ, REsp 79026, 6ª Turma, rel. Ministro Vicente Leal, DJU 03.05.1999)

"*HABEAS CORPUS*. COMPETÊNCIA. AUTORIDADE COATORA. MINISTÉRIO PÚBLICO. TRIBUNAL. CRIME DE DESOBEDIÊNCIA. SIGILO BANCÁRIO. INFORMAÇÕES.

Compete ao tribunal apreciar o *habeas corpus* impetrado contra ato praticado por agente do Ministério Público de primeiro grau.

Não há falar em crime de desobediência diante da negativa de atendimento a requisição do Ministério Público de informações sobre assunto protegido pelo sigilo bancário, ainda mais quando se prontifica o paciente a atender tal pedido, desde que com autorização judicial.

O simples vacilo da jurisprudência sobre o assunto é suficiente para justificar o receio em atender requisição de quebra de sigilo sem autorização judicial." (TRF4, *HC* 2003.04.01.023505-0, 8ª Turma, relator Des. Federal Luiz Fernando Wowk Penteado, julgado em 13.08.2003 – grifei)

Transcrevo, alfim e por oportuno, as esclarecedoras palavras do paciente, em seu depoimento, ao prontificar-se a atender à requisição,

mediante autorização judicial que levantaria o sigilo legal que lhe é imposto no Estatuto da Advocacia, a modo de não ferir o seu regramento regente e a respectiva orientação jurisprudencial por ele conhecida (evento 10 do Inquérito Policial 5064837-79.2014.4.04.7100, DECL2):

"(...) que, ao que se recorda, em fevereiro de 2014, recebeu ofício da procuradora do Trabalho Dra. Márcia Bacher Medeiros, em que eram solicitadas informações sobre processos ético-disciplinares em trâmite na Seccional da OAB; que o declarante, na condição de secretário-geral da OAB/RS, imediatamente respondeu à procuradora do Trabalho, explicando que o artigo 72, par. 2º, da Lei Federal 8.906/94 estabelecia sigilo legal sobre tais informações, ressalvando a requisição da autoridade judiciária; que o depoente informa ter registrado em sua resposta o teor do dispositivo legal; que, na ocasião, o depoente considerou que, sem autorização judicial, estaria violando um sigilo legal; que, em 10.03.2014, o depoente tornou a receber ofício da mesma procuradora, ocasião em que tornou a explicar o obstáculo legal que tinha diante de si; que houve ainda um terceiro ofício que também foi respondido; que o depoente informa que, *em momento algum, a OAB/RS, por ele representada na ocasião, teve a intenção de desobedecer a requisição de procurador do Trabalho*; que, pelo contrário, o depoente esperava inclusive que a procuradora, à vista do dispositivo legal, tomasse providências no sentido de obter autorização judicial; que o depoente esclarece que, *a seu ver, havia uma lei federal recobrindo a informação de sigilo legal, com ressalva de autorização pelo Poder Judiciário*; que, de outro lado, *havia a requisição do procurador do Trabalho, gerando um impasse, especialmente porque a jurisprudência da qual o depoente tinha conhecimento vinha entendendo que o* parquet *não teria poderes de determinar a quebra de sigilos, discussão, porém, que não lhe cabia, enquanto gestor da OAB/RS, bem como orientação do Conselho Federal da OAB, no mesmo sentido*; que o depoente, de outra parte, *jamais se negou a prestar quaisquer outras informações que fossem necessárias, mas nenhuma das requisições que aportaram à OAB/RS indicavam eventuais dados técnicos indispensáveis à propositura de uma ação civil na Justiça do Trabalho, pelo que o depoente não pode sequer colaborar de forma alternativa, de um modo que não representasse para ele a violação de um sigilo imposto pela lei sem autorização judicial para tanto*; que deseja esclarecer que, *em todas as respostas, procurou explicitar as razões jurídicas respectivas*, sem intenção de polemizar; que o depoente, nesse contexto, *seguiu a jurisprudência dos tribunais e a determinação do Conselho Federal da OAB que reserva somente ao Poder Judiciário o poder de quebrar sigilos legais, evitando descumprir lei imperativa que regula o funcionamento da OAB/RS, sob pena de depois, inclusive, ser responsabilizado pela quebra de sigilo funcional*; que o depoente informa que, se tivesse havido requisição judicial à OAB/RS, prontamente teria fornecido a documentação, como, inclusive, ocorre diariamente em vários outros casos, e que jamais deixou sem resposta os ofícios do *parquet*." (grifei)

Demonstrado, objetivamente, que o *fato suspeitado* não reunia as suas indispensáveis elementares, é de ser trancado o investigatório por ausência de justa causa.

Ante o exposto, voto no sentido de *conceder* a ordem de *habeas corpus*.

HABEAS CORPUS Nº 5021305-78.2015.4.04.0000/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus

Paciente: C.J.W.
Procurador: Dr. Fabrício von Mengden Campezatto (DPU) DPU074
Impetrado: Juízo Federal da 7ª VF de Porto Alegre
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Processual penal. Habeas corpus. *Utilização das informações prestadas em depoimento para embasar ação penal contra a própria testemunha. Paciente que já havia sido indiciado pelos mesmos fatos versados no seu testemunho. Não advertência quanto ao direito ao silêncio. Ilicitude da prova. Determinação de desentranhamento. Prosseguimento da ação penal. Existência de elementos de prova autônomos. Decisão que recebe a denúncia. Inexigibilidade de fundamentação complexa. Ordem parcialmente concedida*.

1. Já afirmou o Supremo Tribunal Federal que, a partir do momento em que a pessoa, inicialmente ouvida como testemunha, passa à condição de suspeita do cometimento de delito, a validade de suas declarações subsequentes está condicionada à advertência acerca do direito ao silêncio, a qual, inexistindo, acarreta a ilicitude da prova (RHC 122.279, 2ª Turma, rel. Ministro Gilmar Mendes, DJe 30.10.2014). Na mesma linha, a orientação do Superior Tribunal de Justiça: "Evidenciado nos autos que a recorrente já ostentava a condição de investigada e que em nenhum momento foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude do elemento probatório em que verificado o vício" (RHC 30.302, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 12.03.2014).

2. Caso em que a condição de suspeito/investigado pairava sobre o paciente desde muito antes de sua oitiva como testemunha, pois já havia, inclusive, sido indiciado, juntamente com os réus da ação penal na qual foi arrolado, por suposta participação nos mesmos fatos que deram causa à demanda criminal.

3. As informações que serviram como base à emenda à exordial e

também ao seu recebimento foram fornecidas pelo paciente *antes* da advertência sobre o direito ao silêncio e *não foram renovadas* posteriormente. Diante de tal contexto, conclui-se que as declarações prestadas antes do aviso quanto à garantia de não autoincriminação – as quais constituíram fundamento para o acréscimo à denúncia – não consubstanciam material probatório hígido.

4. Não é caso, todavia, de declaração de nulidade da decisão que recebeu o aditamento à denúncia ou de trancamento da persecução criminal, haja vista a existência de elementos outros, além daquele cuja mácula é agora reconhecida, a embasar o acolhimento da acusação. Com efeito, tanto na emenda à exordial quanto no decisório que a recebeu, fez-se referência a indícios de autoria deduzidos, também, dos interrogatórios dos corréus; assim, havendo elementos de convicção decorrentes de fontes autônomas, não contaminados pela prova ora tida como ilícita, nada impede o prosseguimento da ação penal.

5. Na linha da jurisprudência desta Corte, devem ser admitidas as informações prestadas nos interrogatórios dos codenunciados, ao menos como base suficiente para o recebimento da acusação, pois, como já afirmou esta Oitava Turma, "É relativo o valor probante do depoimento prestado pelo réu em seu interrogatório, de forma que tal depoimento será admitido como prova da acusação contra o corréu somente quando estiver em harmonia com os demais elementos de persuasão acostados ao processo (...)" (ACR 0000925-38.2010.404.7100, rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 23.10.2012), cumprindo ao magistrado singular conceder, na sentença, a força probatória que lhe parecer cabível às aludidas declarações.

6. Merece ser rechaçada a alegação de que a decisão que acolheu o aditamento seria nula por carência de fundamentação, pois nela estão claramente indicadas as razões pelas quais se deu trânsito à acusação. Cabe lembrar que, na linha de pacífica jurisprudência das cortes superiores, o decisório que recebe a denúncia prescinde de motivação extensiva (*v.g.*: STJ, RHC 55.171, 5ª Turma, rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo [desembargador convocado do TJ/PE], DJe 24.06.2015: "De acordo com entendimento já consolidado nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em regra, a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão

de sua natureza interlocutória").

7. O pleito defensivo deve ser atendido parcialmente, apenas para determinar o desentranhamento, da Ação Penal 5054716-89.2014.4.04.7100, do depoimento prestado pelo paciente e sua desconsideração como prova, sem prejuízo da continuidade da persecução criminal, por força da existência de fundamentos autônomos.

8. Ordem concedida em parte.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, conceder em parte a ordem de *habeas corpus*, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 05 de agosto de 2015.

Des. Federal *Victor Luiz dos Santos Laus*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de provimento liminar, impetrado em favor de *C.J.W.*, objetivando a decretação de nulidade do recebimento do aditamento da denúncia na ação penal 5054716-89.2014.4.04.7100 e, subsidiariamente, a declaração da ilicitude do depoimento prestado pelo paciente na condição de testemunha, com o seu desentranhamento dos autos originários.

Narra o impetrante, em síntese, que o paciente prestou depoimento, na condição de testemunha, nos autos da ação penal acima indicada, em 04.02.2015, e que, depois desse ato processual, foi denunciado na mesma demanda, como incurso no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

Assevera que a defesa requereu ao juízo de origem o desentranhamento das declarações prestadas pelo acusado na condição de testemunha, já que havia comparecido sem o acompanhamento de advogado e prestado compromisso de dizer a verdade, pleito que restou indeferido.

Aduz que, além do depoimento, também a decisão que recebeu a denúncia em desfavor do réu é nula, pois nele foi embasada. Afirma que o decisório violou, ainda, o artigo 93, IX, da Constituição Federal,

porquanto carente de fundamentação. Refere, finalmente, entendimento das cortes superiores quanto à impossibilidade de que corréu seja ouvido como testemunha.

A tutela de urgência restou indeferida, em vista da ausência do perigo na demora (evento 03).

Prestadas informações pela autoridade impetrada (evento 07), o Ministério Público Federal ofereceu parecer pela denegação da ordem (evento 10).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Da visualização da plataforma eletrônica, constato que a ação penal da qual se originou este *writ* foi embasada nas investigações realizadas no Inquérito Policial 5034043-80.2011.4.04.7100, instaurado, em 24.07.2011, para apurar a prática do delito do artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, supostamente cometido pelos administradores da empresa Foco Agência de Cargas Ltda. (evento 01, PORT_INST_IPL1).

No relatório final do apuratório, acostado ao processo eletrônico em 18.09.2013, três pessoas foram indiciadas: G.H.N.T., R.T. e o paciente deste *habeas corpus*, *C.J.W*. (evento 26 do IPL).

G.H.N.T. e R.T. foram denunciados pelo Ministério Público Federal, em 31.07.2014, como incursos no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86, do que resultou a autuação da Ação Penal 5054716-89.2014.4.04.7100; *C.J.W*., no entanto, não foi incluído na acusação, por razões assim explicitadas pelo *parquet* (evento 01, PET2, da ação penal):

"O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, pelo procurador da República signatário, ao passo em que apresenta denúncia em separado contra G.H.N.T. e R.T., pela prática do delito previsto no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86, vem dizer e requerer o que segue.

Verifica-se dos autos que a autoridade policial procedeu também ao indiciamento de C.J.W., dando-o como igualmente responsável pelas remessas ilegais de moeda ao exterior.

Ocorre que não há nos autos, até o presente momento, elementos aptos a ensejar a propositura de ação penal contra C.J.W. Os depoimentos de G.H.N.T. e R.T. são os únicos indícios que apontam para a participação dele nos ilícitos, sendo de ressaltar que sequer foi realizada sua oitiva em sede policial. Além disso, o esclarecimento integral dos fatos deverá ocorrer ao longo da instrução da ação penal, na qual C.J.W. foi arrolado como testemunha da acusação.

Diante do exposto, requer-se o arquivamento do inquérito policial em relação a C.J.W., por falta de indícios suficientes de autoria, sem prejuízo do disposto no art. 18 do Código de Processo Penal."

Em 04.02.2015, o paciente foi ouvido como testemunha de acusação, nos autos da Ação Penal 5054716-89.2014.4.04.7100 (evento 60, VIDEO2). Após prestar compromisso de dizer a verdade e ser advertido das penas cominadas ao falso testemunho, *C.J.W*. passou a responder perguntas formuladas pela acusação, esclarecendo como teria participado de remessas de valores ao exterior, a pedido de R.T., gerente da empresa Foco Agência de Cargas Ltda.; quando questionado pontualmente acerca dos envios narrados na denúncia, afirmou que, embora não se recordasse de tais operações, especificamente, teriam sido realizadas mediante a apresentação de toda a documentação necessária.

Nesse ponto, a magistrada que presidia o ato interrompeu o depoimento, relembrando ao paciente que os fatos objeto da ação penal teriam sido investigados em inquérito no qual *ele próprio* havia sido indiciado e advertindo-o, em seguida, de que não seria obrigado a responder a qualquer pergunta que o pudesse incriminar; ressaltou, ainda, seu direito de fazer-se acompanhar por advogado. Mais uma vez, o depoente asseverou que, a seu ver, todas as operações teriam sido realizadas em atenção às normas legais; a seguir, a julgadora teve por bem encerrar o depoimento, enquanto a testemunha não estivesse acompanhada por defensor dativo.

Apenas cinco dias depois da audiência, em 09.02.2015, o Ministério Público Federal ofereceu aditamento à denúncia para incluir *C.J.W*. no polo passivo da ação criminal, em petição assim redigida (evento 65):

"(...)

Entre os dias 01.12.2008 e 15.04.2009, G.H.N.T. e R.T., responsáveis de fato e de direito pela administração da empresa FOCO AGÊNCIA DE CARGAS LTDA. (CNPJ 7784967000150), em pelo menos cinco oportunidades, promoveram, sem autorização legal, com o concurso indispensável de C.J.W., a saída de moeda para o exterior, utilizando-se para tanto de canais informais ('dólar-cabo') propiciados por organização criminosa que atuava à margem do sistema financeiro nacional.

Conforme se extrai dos autos, os denunciados evadiram divisas do país, no período em questão, em um total de US$ 22.844,50 (vinte e dois mil, oitocentos e quarenta e quatro dólares e cinquenta centavos) e € 8.553,34 (oito mil, quinhentos e cinquenta e três euros e trinta e quatro centavos).

A participação de C.J.W. na empreitada criminosa foi de fundamental importância, tendo em vista que ele, na qualidade de administrador da empresa BON & WOLF TURISMO

LTDA., constituía o elo de ligação entre os corréus G.H.N.T. e R.T. e a CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA., pessoa jurídica cuja estrutura era utilizada para a realização das transações irregulares.

Com efeito, conforme se extrai do depoimento prestado por C.J.W. em sede judicial (EV60, VIDEO2), em que confirmou ter intermediado a remessa ilegal de valores para o exterior, por intermédio da CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA., na qualidade de administrador da empresa BON & WOLF TURISMO LTDA., no interesse da empresa FOCO AGÊNCIA DE CARGAS LTDA., cujos gerentes/administradores são os réus já anteriormente denunciados; do teor dos interrogatórios de R.T. e G.H.N.T., no sentido de que não tiveram qualquer contato com o doleiro C.B., sendo que era C.J.W. o responsável por todas as tratativas referentes à realização das operações, tendo sido este, inclusive, quem recebeu os valores a serem remetidos, os quais foram depositados em conta por ele informada; e tendo em vista ainda as demais provas colhidas nos autos do inquérito policial, restou demonstrado que C.J.W. foi coautor da práticas delitivas narradas na denúncia, incorrendo nas sanções do artigo 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86.

No interrogatório de G.H.N.T. (EV 60, VIDEO5, a partir dos 13 minutos), o réu esclarece que a remessa dos valores para o pagamento de importações era feito diretamente pela empresa de turismo de C.J.W.; que os valores para pagamento das importações foram depositados na conta da empresa BON & WOLF TURISMO LTDA.; e que, após o pagamento da importação, a empresa de turismo apresentava o *swift* para a empresa FOCO, que comunicava os fornecedores no exterior.

Aduz ainda que nunca havia feito pagamento de valores no exterior até então, e que não teve qualquer contato com a CASA BRANCA ou com C.B., que sequer conhecia.

Já no interrogatório de R.T. (EV60, VIDEO6, a partir dos 7 minutos), o réu informa que contatou a empresa BON & WOLF TURISMO LTDA., por meio de C.J.W., para realizar o pagamento aos fornecedores no exterior, não tendo se preocupado com o contrato de câmbio, pois era do seu interesse apenas obter o *swift*, com o qual comprovaria o pagamento dos fornecedores; que não procurou se informar sobre a burocracia que envolvia a operação, pois contratou a empresa de C.J.W. justamente para tanto; e que os valores eram sempre por ele transferidos para a conta da BON & WOLF TURISMO LTDA. Por fim, disse que nunca ouviu falar em CASA BRANCA TURISMO E CÂMBIO ou C.B.

Assim, com fundamento nas provas colhidas no curso da instrução processual, somadas ao conjunto probatório obtido em sede policial, constata-se que C.J.W. praticou as condutas narradas na denúncia em concurso com os demais denunciados, sendo que sua intermediação foi indispensável para que a evasão de divisas fosse efetuada por intermédio da empresa de propriedade de C.B.

Dessa forma, o denunciado C.J.W. incorreu, do mesmo modo que os demais réus da presente ação penal, nas sanções do art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86. (...)"

O aditamento foi recebido, em 24.02.2015, em decisório vazado nas seguintes linhas (evento 68):

"O Ministério Público Federal apresentou *ADITAMENTO À DENÚNCIA* (e. 65, PROMOÇÃO1), incluindo *C.J.W*. no rol de denunciados pelos crimes previstos no art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei nº 7.492/86.

Inicialmente, o *Parquet*, com base no Inquérito Policial nº 624/2011-4-SR/DPF/RS (autuado sob o nº 5034043-80.2011.404.7100), havia denunciado apenas G.H.N.T. e R.T. como incursos nas sanções do art. 22, parágrafo único, primeira parte, da Lei 7.492/86 (e. 1, DENUNCIA3).

Para a acusação, a participação de C.J.W. na empreitada criminosa foi de fundamental importância, tendo em vista que ele, na qualidade de administrador da empresa *BON & WOLF TURISMO LTDA*., fazia a ligação entre os corréus G.H.N.T. e R.T. e a CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA., pessoa jurídica cuja estrutura era utilizada para a realização das transações irregulares.

Segundo o MPF, tal informação se extrai do depoimento prestado por C.J.W. em sede judicial (e. 60, VIDEO2), momento em que ele afirmou ter intermediado a remessa de valores para o exterior, utilizando-se da CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA., no interesse da empresa *FOCO AGÊNCIA DE CARGAS LTDA*., cujos gerentes/administradores são os réus (R.T. e G.H.N.T.) já anteriormente denunciados.

Ainda de acordo com o MPF, no interrogatório de G.H.N.T. (e. 60, VIDEO5, a partir dos 13 minutos), o réu esclarece que a remessa dos valores para o pagamento de importações era feito diretamente pela empresa de turismo de C.J.W., o qual era responsável pelas tratativas referentes à realização das operações. O réu disse que os valores para pagamento das importações foram depositados na conta da empresa BON & WOLF TURISMO LTDA. Também relatou que, após o pagamento da importação, a empresa de turismo apresentava o *swift* para a empresa FOCO, a qual, por sua vez, comunicava os fornecedores no exterior. Além disso, informou que nunca havia feito pagamento de valores no exterior até então, e que não teve qualquer contato com a CASA BRANCA ou com C.B., pessoa que G.H.N.T. sequer conhecia.

Outro elemento indicado pelo órgão ministerial é o interrogatório de R.T. (e. 60, VIDEO6, a partir dos 7 minutos), no qual o réu informa que contatou a empresa BON & WOLF TURISMO LTDA., por meio de C.J.W., para realizar o pagamento aos fornecedores no exterior. O denunciado acrescentou que não tinha preocupação com o contrato de câmbio, pois era do seu interesse apenas obter o *swift*, com o qual comprovaria o pagamento dos fornecedores. Disse que não procurou se informar sobre a burocracia que envolvia a operação. Quanto aos pagamentos, relatou que os valores eram sempre por ele transferidos para a conta bancária da BON & WOLF TURISMO LTDA. Por fim, disse que nunca ouviu falar da empresa CASA BRANCA nem de C.B.

Para confirmar a *materialidade*, o *Parquet* refere as provas colhidas no curso da instrução processual, somadas ao conjunto probatório obtido em sede policial.

No que tange à *autoria*, o acusador aponta que C.J.W. praticou as condutas narradas, em concurso com os demais denunciados, sendo que sua intermediação foi indispensável para que a evasão de divisas fosse efetuada.

O aditamento à denúncia encontra-se formalmente regular. Os fatos estão descritos com todas as suas circunstâncias; o acusado foi qualificado, e os crimes, classificados (CPP, art. 395, I).

Não vislumbro a falta de pressuposto processual ou de condição para o exercício da ação penal (CPP, art. 395, II). A legitimidade ativa é do Ministério Público Federal (CF, art. 129, I; LC 75/93, art. 31, I; Lei 7.492/86, art. 26).

A justa causa para a ação penal também está presente (CPP, art. 395, III), consubstanciada na prova de materialidade e nos indícios de autoria constantes no IPL 624/2011 – SR/DPF/RS (autuado sob o nº 5054716-89.2014.404.7100).

Ante o exposto, *recebo o aditamento à denúncia*.

Cite-se o denunciado para responder à acusação por escrito no prazo de 10 (dez) dias. Na ocasião, deverá arguir preliminares e alegar tudo o que interesse à defesa, oferecer documentos e justificações, especificar as provas pretendidas e arrolar testemunhas, qualificando-as e requerendo a intimação, quando necessário.

Certifiquem-se os antecedentes criminais.

Intime-se a defesa, a fim de que, na resposta à acusação, manifeste-se sobre a concordância ou não de aproveitamento dos depoimentos já prestados em juízo (evento 60), a fim de que se possa ratificar tais atos e dispensar sua repetição." (destaques no original)

Quanto ao pedido de desentranhamento do testemunho do paciente, a questão foi assim apreciada pelo magistrado de primeira instância (evento 86):

"Em atenção à petição de C.J.W. (e. 84), *acolho* o pedido da Defensoria Pública da União para que *sejam novamente colhidos os depoimentos judiciais* (e. 60). Isso porque o aditamento à denúncia (e. 65) e o respectivo recebimento (e. 68) se deram após ouvidas as testemunhas e interrogados os acusados. Ademais, o requerente não era réu ao tempo daqueles depoimentos, passando posteriormente a integrar o polo passivo desta ação penal.

No que tange ao *desentranhamento* do depoimento da então testemunha C.J.W. (e. 60, VIDEO2), é caso de *indeferimento*. É imperioso lembrar que o ora réu C.J.W. foi inicialmente arrolado como testemunha pela acusação, caso em que é desnecessária a assistência de advogado. Antes de ser ouvido, como de praxe, foi advertido pelo juízo sobre o falso testemunho e prestou o compromisso de falar a verdade sobre o que lhe fosse perguntado. Assim, apresentou seus esclarecimentos sem qualquer constrangimento.

Quase no fim de seu depoimento, a testemunha começou a revelar informações, em tese, em seu próprio desfavor. Naquele instante, C.J.W. foi imediatamente interrompido pelo juízo, sendo informado de que não tinha a obrigação de responder a nenhuma pergunta capaz de incriminá-lo. Mesmo assim, C.J.W. optou por concluir seu relato. Diante daquela circunstância, para impedir que a testemunha produzisse prova contra si própria, a magistrada decidiu encerrar o depoimento.

Nesse contexto, pode-se afirmar que o ato foi realizado dentro da legalidade, sem qualquer mácula que o torne juridicamente inválido. Portanto, afigura-se descabido o desentranhamento pleiteado.

A secretaria adotará as providências para a realização de nova audiência." (destaques no original)

Pois bem.

O Supremo Tribunal Federal, em julgado proferido por sua Segunda Turma, em 12.08.2014, teve a oportunidade de apreciar caso muito semelhante a este ora em debate, no bojo do RHC 122.279.

Peço vênia para transcrever, a propósito, a íntegra do voto exarado pelo relator, Ministro Gilmar Mendes, acolhido à unanimidade pelos demais integrantes do Colegiado:

"Conforme relatado, o recorrente teria furtado um telefone celular de um colega de caserna. Instaurado o inquérito policial militar, foram inquiridas testemunhas. Durante a oitiva do recorrente (como testemunha), após afirmar versão diversa para os fatos, solicitou ao encarregado do IPM que fossem desconsideradas suas declarações e confessou o furto.

Recebida a denúncia e indeferido o *habeas corpus* no STM, o recorrente reafirma nesta Suprema Corte a ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere*, assevera a nulidade da denúncia e pleiteia o trancamento da ação penal.

Evidentemente, a todos os órgãos estatais dotados de poderes normativos, judiciais ou administrativos impõe-se a importante tarefa de realização dos direitos fundamentais.

A Constituição Federal de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos individuais. Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (CF, art. 5º), reforça a impressão da posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta, portanto, a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da identidade e da continuidade da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º). A complexidade do sistema de direitos fundamentais recomenda, por conseguinte, que se envidem esforços no sentido de precisar os elementos essenciais dessa categoria de direitos, em especial no que concerne à identificação dos âmbitos de proteção e à imposição de restrições ou limitações legais.

O direito ao silêncio, que assegura a não produção de prova contra si, constitui pedra angular do sistema de proteção dos direitos individuais e materializa uma das expressões do princípio da dignidade da pessoa humana.

Como se sabe, na sua acepção originária conferida por nossa prática institucional, este princípio proíbe a utilização ou a transformação do homem em objeto dos processos e das ações estatais. O Estado está vinculado ao dever de respeito e proteção do indivíduo contra exposição a ofensas ou humilhações.

A propósito, em comentários ao art. 1º da Constituição alemã, Günther Dürig afirma que a submissão do homem a um processo judicial indefinido e sua degradação como objeto do processo estatal atenta contra o princípio da proteção judicial efetiva (*rechtliches Gehör*) e fere o princípio da dignidade humana [*'Eine Auslieferung des Menschen an ein staatliches Verfahren und eine Degradierung zum Objekt dieses Verfahrens wäre die Verweigerung des rechtlichen Gehörs*.'] (MAUNZ-DÜRIG, Grundgesetz Kommentar, Band I, München, Verlag C.H. Beck, 1990, 1/18).

O direito do preso – a rigor, o direito do acusado – de permanecer em silêncio é expressão do princípio da não autoincriminação.

A Constituição Federal consagra expressamente o direito do preso de ser informado do seu direito de permanecer calado – art. 5º, LXIII.

No entanto, como ensina Paulo Mário Canabarro Trois Neto, o direito à não autoincriminação tem fundamento mais amplo do que o art. 5º, LXIII, da Constituição Federal. Em verdade, o direito é derivado da 'união de diversos enunciados constitucionais, dentre os quais o do art. 1º, III (dignidade humana), o do art. 5º, LIV (devido processo legal), o do art. 5º, LV (ampla defesa), e o do art. 5º, LVII (presunção de inocência)' (*Direito à não autoincriminação e direito ao silêncio*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 104).

Assim, é um direito aplicável não apenas no momento da prisão, mas que permeia todo o processo penal.

Tal como anotado por Pertence em magnífico voto proferido no HC 78.708, de que foi o relator (DJ de 16.04.1999), 'o direito à informação da faculdade de manter-se silente ganhou dignidade constitucional – a partir de sua mais eloquente afirmação contemporânea em Miranda *vs*. Arizona (384 US 436, 1966), transparente fonte histórica de sua consagração na Constituição brasileira – porque instrumento insubstituível da eficácia real da vetusta garantia contra a autoincriminação – *nemo tenetur prodere se ipsum*, *quia nemo tenere detegere turpitudinem suam* –, que a persistência planetária dos abusos policiais não deixa perder atualidade'.

Essas regras sobre a instrução quanto ao direito ao silêncio – as chamadas *Miranda rules* – hão de se aplicar desde quando o inquirido está em custódia ou de alguma outra forma se encontre significativamente privado de sua liberdade de ação: '*while in custody at the station or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way*'.

Assim como os Estados Unidos, os países democráticos em geral reconhecem o direito ao silêncio.

Na Alemanha, a despeito da ausência de previsão expressa na Lei Fundamental, é tido por derivado do Estado de direito, da dignidade humana (artigo 1, I) e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (artigo 2, I) (DIAS NETO, Theodomiro. O direito ao silêncio: tratamento nos direitos alemão e norte-americano. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, v. 5, n. 19, p. 186, 1997). No plano legal, o artigo 136 do Strafprozeßordnung (StPO) – Código de Processo Penal – prevê que o implicado será prontamente advertido do direito de não fazer declarações.

Na Espanha, o art. 24.2 da Constituição prevê o direito de não declarar contra si ou confessar-se culpado.

Igualmente, o art. 38 da Constituição japonesa prevê que ninguém será compelido a testemunhar contra si.

Em nosso país, antes do advento do texto constitucional de 1988, o tema já era tratado entre nós no âmbito do devido processo legal, do princípio da não culpabilidade e do processo acusatório.

Titular do direito é não só o preso, mas também qualquer acusado ou denunciado no processo penal.

A jurisprudência avançou para reconhecer o direito ao silêncio aos investigados nas comissões parlamentares de inquérito.

Destaco, também, que o direito ao silêncio tem uma repercussão significativa na ordem constitucional-penal, como se pode depreender de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal.

No HC 68.929, de 22.10.1991, da relatoria de Celso de Mello, asseverou-se que do direito ao silêncio, constitucionalmente reconhecido, decorre a prerrogativa processual de o acusado negar, ainda que falsamente, a prática da infração.

Desse assim chamado 'direito de mentir' extraiu-se, também, a conclusão quanto à impossibilidade de se caracterizar a criminalidade da falsa negativa de reconhecimento pelo acusado de suas próprias assinaturas.

Na mesma linha, afirmou-se no HC 69.818, de 03.11.1992 (RTJ, 148/213), da relatoria de Sepúlveda Pertence, que, não obstante correto que à validade da 'gravação de conversa pessoal entre indiciados presos e autoridades policiais, que os primeiros desconheceriam,

não se poderia opor o princípio do sigilo das comunicações telefônicas', seria invocável, na hipótese, o direito ao silêncio (art. 5º, LXIII), corolário do princípio *nemo tenetur se detegere*, 'o qual, entretanto, não aproveita a terceiros, objeto da delação de corréus (...)'.

Questão mais complexa foi discutida no HC 78.708, da relatoria do ministro Sepúlveda Pertence, no qual se alegou que acarretaria a nulidade das provas obtidas a omissão quanto à informação ao preso ou interrogado do seu direito ao silêncio no momento em que o dever de informação se impõe.

Da análise dos referidos julgados, podemos concluir que o direito à informação oportuna da faculdade de permanecer calado tem por escopo assegurar ao acusado a escolha entre permanecer em silêncio e a intervenção ativa. A escolha desta última importa, porém, ao acusado, a renúncia do direito de manter-se calado e das consequências da falta de informação oportuna a respeito.

Não há dúvida, porém, de que a falta da advertência quanto ao direito ao silêncio, como já acentuou o Supremo Tribunal, torna ilícita 'prova que, contra si mesmo, forneça o indiciado ou acusado no interrogatório formal e, com mais razão, em 'conversa informal' gravada, clandestinamente ou não' (HC 80.949, rel. Sepúlveda Pertence, DJ de 14.12.2001).

Ainda sobre o tema, colho o estudo doutrinário de Aury Lopes Jr.:

'O direito de silêncio está expressamente previsto no art. 5º, LXIII, da CB ('o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado (...)'). Parece-nos inequívoco que o direito ao silêncio aplica-se tanto ao sujeito passivo preso como também ao que está em liberdade. Contribui para isso o art. 8.2, *g*, da CADH, onde se pode ler que toda pessoa (logo, presa ou em liberdade) tem o direito de não ser obrigada a depor contra si mesma nem a declarar-se culpada.

Ao estar assegurado o direito de silêncio sem qualquer reserva na Constituição e na Convenção Americana de Direitos Humanos, por lógica jurídica, o sistema interno não pode atribuir ao seu exercício qualquer prejuízo. (...)

(...) O direito de silêncio é apenas uma manifestação de uma garantia muito maior, insculpida no princípio *nemo tenetur se detegere*, segundo o qual o sujeito passivo não pode sofrer nenhum prejuízo jurídico por omitir-se de colaborar em uma atividade probatória da acusação ou por exercer seu direito de silêncio quando do interrogatório.

Sublinhe-se: do exercício do direito de silêncio não pode nascer nenhuma presunção de culpabilidade ou qualquer tipo de prejuízo jurídico para o imputado.

Como explica Ferrajoli, o princípio *nemo tenetur se detegere* é a primeira máxima do garantismo processual acusatório, enunciada por Hobbes e recepcionada, a partir do século XVII, no Direito inglês. Dele seguem-se, como corolários, na lição de Ferrajoli:

a) a proibição da tortura espiritual, como a obrigação de dizer a verdade; b) o direito de silêncio, assim como a faculdade do imputado de faltar com a verdade nas suas respostas; c) a proibição, pelo respeito devido à pessoa do imputado e pela inviolabilidade da sua consciência, não só de arrancar a confissão com violência, senão também de obtê-la mediante manipulações psíquicas, com drogas ou práticas hipnóticas; d) a consequente negação de papel decisivo das confissões; e) o direito do imputado de ser assistido por defensor no interrogatório, para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais.' (LOPES JR., Aury. *Direito Processual Penal*. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 231-232)

Sobre a aplicação da norma de não autoincriminação, leciona Paulo Mário:

'O direito de não se autoincriminar surgiu e desenvolveu-se no bojo de transformações

processuais pelas quais o imputado deixou de ser mero objeto da investigação e passou a ser tratado, simultaneamente, como sujeito do processo. No arcabouço constitucional do Estado de Direito contemporâneo, seu caráter jusfundamental extrai-se do entrelaçamento das normas constitucionais da dignidade humana, do procedimento correto, da ampla defesa e da presunção de inocência. É por isso que a proteção contra a obrigatoriedade da autoincriminação constitui, hoje, um dos aspectos centrais sobre como o indivíduo deve ser tratado em uma determinada organização jurídico-social.

Adotada uma teoria ampla do tipo normativo, o direito de não se autoincriminar protege *prima facie* todos os comportamentos individuais passivos que se refiram a uma postura de seu titular, como parte processual não subordinada à parte contrária, de não colaborar para a própria condenação.

Como mandamento a otimizar, esse direito pode colidir – e frequentemente colide – com bens coletivos constitucionais, com o princípio da busca da verdade. Essas colisões devem ser solucionadas mediante uma ponderação de bens, executada de acordo com os critérios de racionalidade, intersubjetividade e controlabilidade fornecidos pela teoria dos princípios e pela teoria da argumentação jurídico-constitucional.

Embora o direito à não autoincriminação vá muito além da liberdade de declaração no interrogatório judicial, essa é uma das expressões mais importantes. Como estratégia de defesa passível de ser adotada pelo imputado, a opção pelo silêncio não é prova, meio de prova nem sucedâneo de prova.

Ainda que o comportamento de silenciar não admita valorações, a ausência objetiva de declarações pode, não obstante, constituir um elemento argumentativo do discurso das partes ou do juiz sobre a suficiência do material probatório.

Se a formação do convencimento judicial deve ocorrer mediante procedimentos de confirmação e refutação da hipótese fática sustentada pela acusação, o silêncio do réu pode acarretar o desperdício de uma oportunidade de enfraquecer a tese acusatória ou de fortalecer uma tese defensiva incompatível com a afirmação da culpa do imputado. Como sujeito processual capaz de, com auxílio de seu advogado, conduzir-se autonomamente no exercício de sua defesa, o acusado é corresponsável pelo êxito de sua estratégia defensiva, e portanto deve exercê-la de modo consciente.' (TROIS NETO, Paulo Mário Canabarro. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 199-200)

O artigo 186 do Código de Processo Penal, com redação dada pela Lei nº 10.792, de 1º de dezembro de 2003, dispõe sobre o direito ao silêncio. Vejamos:

'Art. 186. Depois de devidamente qualificado e cientificado do inteiro teor da acusação, o acusado será informado pelo juiz, antes de iniciar o interrogatório, do seu direito de permanecer calado e de não responder perguntas que lhe forem formuladas.

Parágrafo único. *O silêncio, que não importará em confissão, não poderá ser interpretado em prejuízo da defesa*.' (*grifo nosso*)

Em comentário ao referido dispositivo legal, Guilherme de Souza Nucci considera:

'Direito do acusado ou indiciado ao silêncio: consagrado pela Constituição Federal de 1988, no art. 5º, LXIII, o direito de permanecer calado, em qualquer fase procedimental (extrajudicial ou judicial), chocava-se com a antiga redação do art. 186, em sua parte final, que dizia: 'O seu silêncio poderá ser interpretado em prejuízo da própria defesa'. A doutrina majoritária posicionava-se pela não recepção desse trecho do referido art. 186 pelo texto constitucional de 1988, embora alguns magistrados continuassem a utilizar desse expediente

para formar seu convencimento acerca da imputação. *Com a modificação introduzida pela Lei 10.792/2003, torna-se claro o acolhimento, sem qualquer ressalva, do direito ao silêncio, como manifestação e realização da garantia da ampla defesa.*' (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal comentado*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 436) (grifos nossos)

Em julgado mais recente sobre o tema, a Segunda Turma do STF, nos autos do HC 94.601/CE, de relatoria do ministro Celso de Mello, DJe 11.09.2009, voltou a reafirmar a necessidade de respeito ao direito ao silêncio, ressaltando que esse privilégio contra a autoincriminação configura prerrogativa decorrente da cláusula do devido processo legal.

Eis a ementa desse julgado na parte em que interessa:

'*A* ***ESSENCIALIDADE*** *DO POSTULADO DO DEVIDO PROCESSO LEGAL,* ***QUE SE QUALIFICA*** *COMO REQUISITO* ***LEGITIMADOR*** *DA PRÓPRIA* PERSECUTIO CRIMINIS. – *O exame* da cláusula *referente* ao *due process of law permite nela identificar* alguns elementos essenciais à sua configuração *como expressiva* garantia de ordem constitucional, *destacando-se*, dentre eles, por sua inquestionável importância, *as seguintes prerrogativas*: (*a*) *direito* ao processo (*garantia* de acesso ao Poder Judiciário); (*b*) *direito* à citação *e* ao conhecimento prévio do teor da acusação; (*c*) *direito* a um julgamento público e célere, *sem* dilações indevidas; (*d*) *direito* ao contraditório *e* à plenitude de defesa (direito à autodefesa *e* à defesa técnica); (*e*) *direito de não ser* processado e julgado com bases em leis *ex post facto*; *(f) direito* à igualdade entre as partes; (*g*) *direito* de *não* ser *processado com fundamento* em provas *revestidas* de ilicitude; (*h*) *direito* ao benefício da gratuidade; (*i*) direito à observância do princípio do juiz natural; (*j*) *direito* ao silêncio (*privilégio* contra a autoincriminação); (*l*) *direito* à prova; *e* (*m*) *direito* de presença *e de* 'participação ativa' nos atos de interrogatório judicial *dos demais* litisconsortes penais passivos, *quando existentes*.'

No julgamento do HC 101.909/MG pela Segunda Turma do STF, relator ministro Ayres Britto, novamente, o respeito ao direito ao silêncio restou fortalecido:

'A Constituição Federal assegura aos presos o direito ao silêncio (inciso LXIII do art. 5º). Nessa mesma linha de orientação, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (Pacto de São José da Costa Rica) institucionaliza o princípio da 'não autoincriminação' (*nemo tenetur se detegere*). Esse direito subjetivo de não se autoincriminar constitui uma das mais eminentes formas de densificação da garantia do devido processo penal e do direito à presunção de não culpabilidade (inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal). A revelar, primeiro, que o processo penal é o espaço de atuação apropriada para o órgão de acusação demonstrar por modo robusto a autoria e a materialidade do delito.' (DJe 19.06.2012)

Por todo o exposto, no presente caso, entendo assistir razão à defesa.

Conforme bem destacou a PGR, a denúncia apoiou-se unicamente na confissão do recorrente. E essa confissão é inválida.

Como retratado no termo de inquirição (fl. 19), o soldado A. foi ouvido inicialmente na condição de testemunha, sendo formalmente advertido do dever de dizer a verdade. Nesse momento, negou qualquer contribuição para o fato. No curso da inquirição, optou por confessar o crime. Constou do termo:

'Até este momento o Sd A. respondia às perguntas, até que pediu para que o escrivão do presente inquérito desconsiderasse tudo o que havia sido declarado, confessando que estava mentindo e, a partir de então, diria toda a verdade, enfatizando, inclusive, que foi ele mesmo, Sd A., que subtraiu o telefone celular.'

Na sequência do termo, a confissão é detalhada.

Ou seja, houve um momento da inquirição em que, claramente, o inquirido manifestou a intenção de confessar o crime. Nesse momento, há uma mudança na relação do depoente com a investigação, passando da condição de testemunha à condição de suspeito.

Para a validade das declarações subsequentes, a autoridade deveria ter respeitado, a partir de então, as regras do interrogatório. Ou seja, deveria ter advertido formalmente o depoente do direito ao silêncio. Isso não aconteceu – ou ao menos não foi registrado.

Portanto, tal declaração não tem valor por não ter sido precedida da advertência quanto ao direito de permanecer calado.

Desse modo, acolhendo a manifestação da Procuradoria-Geral da República, voto no sentido de dar provimento ao presente recurso ordinário em *habeas corpus* para reconhecer a inépcia da denúncia, sem prejuízo de reapresentação, desde que a nova peça venha apoiada em outros elementos de prova.

É como voto." (destaques no original)

A ementa do julgado restou assim redigida:

"Recurso ordinário em *habeas corpus*. 2. Furto (art. 240 do CPM). Recebimento da denúncia. 3. Alegação de nulidade do processo por ofensa ao princípio do *nemo tenetur se detegere* em razão da confissão da autoria durante a inquirição como testemunha. 4. Denúncia recebida apenas com base em elementos obtidos na confissão. 5. Garantias da ampla defesa e do contraditório no curso da ação penal. 6. Recurso provido."

O tema também já foi enfrentado pelo Superior Tribunal de Justiça, em precedente ementado nas seguintes linhas:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. FALSIDADE IDEOLÓGICA. RECORRENTE QUE JÁ VINHA SENDO INVESTIGADA PELO MINISTÉRIO PÚBLICO, A DESPEITO DE TAL CONDIÇÃO NÃO TER SIDO OFICIALIZADA. PRIVILÉGIO CONSTITUCIONAL CONTRA A AUTOINCRIMINAÇÃO: DIREITO QUE TEM QUALQUER INVESTIGADO OU ACUSADO DE NÃO PRODUZIR QUAISQUER PROVAS CONTRA SI, MESMO PERANTE A AUTORIDADE ADMINISTRATIVA, POLICIAL OU JUDICIÁRIA. INVESTIGADA NÃO COMUNICADA DE TAIS GARANTIAS FUNDAMENTAIS EM DEPOIMENTO PRESTADO PERANTE O *PARQUET*, EM QUE FOI INTIMADA FORMALMENTE COMO TESTEMUNHA. PROVA ILÍCITA. DESENTRANHAMENTO QUE SE IMPÕE. TRANCAMENTO *TOUT COURT* DO PROCESSO-CRIME: MEDIDA QUE, ENTRETANTO, NÃO SE MOSTRA POSSÍVEL, POIS NÃO SE REVELA INEQUÍVOCA A AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. POSTURA QUE EQUIVALERIA À APLICAÇÃO IRRESTRITA DA TEORIA DOS FRUTOS DA ÁRVORE ENVENENADA (*FRUITS OF THE POISONOUS TREE*). DOCUMENTAÇÃO DOS AUTOS QUE NÃO PERMITE A CONCLUSÃO DE QUE NÃO EXISTE PROVA AUTÔNOMA QUE LEGITIMAMENTE EMBASOU O PROCEDIMENTO PENAL INSTAURADO. IMPOSSIBILIDADE DE SE PROCEDER A AMPLA E IRRESTRITA ANÁLISE FÁTICO-PROBATÓRIA NA VIA ELEITA. DESMEMBRAMENTO DO PROCESSO. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. FACULDADE DO JUÍZO. PRECEDENTES. RECEBIMENTO IMPLÍCITO DA DENÚNCIA. VALIDADE. RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Hipótese na qual a recorrente foi denunciada como incursa no art. 299, *caput*, do Código Penal, sob a acusação de que, no exercício do seu ofício de perita avaliadora, inseriu falsa declaração em laudo de avaliação de bens para possibilitar a outro corréu praticar fraude fiscal.

2. A exordial acusatória foi assinada em 30 de julho de 2010. Antes, porém, em 12 de julho de 2010, a recorrente, sem qualquer indicação formal de que vinha sendo investigada pelo cometimento do delito de falsidade ideológica, foi notificada pelo Ministério Público Federal 'para prestar depoimento' (apenso, fl. 97). Da ata do termo de declaração – no qual restou inclusive consignado que, caso não respondesse às perguntas formuladas por promotores de justiça, incidiria no crime de falso testemunho –, infere-se que foi obrigada a responder objetivamente sobre condutas que, menos de vinte dias após seu depoimento, ensejaram sua denúncia pelo Parquet *estadual, acusada de inserir 'falsa declaração no laudo de avaliação dos bens oferecidos à integralidade do capital' das empresas Pinhal Agropecuária S.A. e Transviva Transportes S.A., constituídas para que E.L.P. fraudasse o pagamento de dívidas e execuções. Conclui-se que, nitidamente, ela, quando de sua oitiva pelos promotores, já ostentava a condição de investigada pela suposta prática do delito de falsidade ideológica, ainda que não formalmente*.

3. O direito do investigado ou do acusado de não produzir provas contra si foi positivado pela Constituição da República no rol petrificado dos direitos e garantias individuais (art. 5º, inciso LXIII). É essa a norma que garante *status* constitucional ao princípio *nemo tenetur se detegere* (STF, HC 80.949/RJ, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, 1ª Turma, DJ de 14.12.2001), segundo o qual ninguém é obrigado, repita-se, a produzir quaisquer provas contra si.

4. A propósito, o constituinte originário, ao editar tal regra, 'nada mais fez senão consagrar, desta vez no âmbito do sistema normativo instaurado pela Carta da República de 1988, diretriz fundamental proclamada, desde 1791, pela Quinta Emenda [à Constituição dos Estados Unidos da América], que compõe o *Bill of Rights* norte-americano' (STF, HC 94.082-MC/RS, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJ de 25.03.2008).

5. 'Privilégio constitucional contra a autoincriminação: garantia básica que assiste à generalidade das pessoas. A pessoa sob investigação (parlamentar, policial ou judicial) não se despoja dos direitos e garantias assegurados' (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ de 25.03.2008).

6. Precedentes citados da Suprema Corte dos Estados Unidos: ESCOBEDO *V*. ILLINOIS (378 U.S. 478, 1964); MIRANDA *V*. ARIZONA (384 U.S. 436, 1966), DICKERSON *V*. UNITED STATES (530 U.S. 428, 2000). CASO MIRANDA *V*. ARIZONA: Fixação das diretrizes conhecidas por '*MIRANDA WARNINGS*', '*MIRANDA RULES*' OU '*MIRANDA RIGHTS*' (STF, HC 94.082-MC/RS, REL. MIN. CELSO DE MELLO, DJ de 25.03.2008).

7. Nos termos do art. 5º, inciso LXIII, da Carta Magna, 'o preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado'. Tal regra deve ser interpretada de forma extensiva, e engloba cláusulas a serem expressamente comunicadas a quaisquer investigados ou acusados, quais sejam: o direito ao silêncio, o direito de não confessar, o direito de não produzir provas materiais ou de ceder seu corpo para produção de prova etc.

8. 'Qualquer pessoa que sofra investigações penais, policiais ou parlamentares, ostentando, ou não, a condição formal de indiciado – ainda que convocada como testemunha (RTJ 163/626 – RTJ 176/805-806) –, possui, dentre as várias prerrogativas que lhe são

constitucionalmente asseguradas, o direito de permanecer em silêncio e de não produzir provas contra si própria' (RTJ 141/512, rel. Min. CELSO DE MELLO).

9. Evidenciado nos autos que a recorrente já ostentava a condição de investigada e que em nenhum momento foi advertida sobre seus direitos constitucionalmente garantidos, em especial o direito de ficar em silêncio e de não produzir provas contra si mesma, resta evidenciada a ilicitude do elemento probatório em que verificado o vício.

10. Apenas advirta-se que a observância de direitos fundamentais não se confunde com fomento à impunidade. É mister essencial do Judiciário garantir que o *jus puniendi* estatal não seja levado a efeito com máculas ao devido processo legal, para que a observância das garantias individuais tenha eficácia irradiante no seio de toda a sociedade, seja nas relações entre Estado e cidadãos, seja entre particulares (STF, RE 201.819/RS, 2ª Turma, rel. Min. ELLEN GRACIE, rel. p/ acórdão Min. GILMAR MENDES, DJ de 27.10.2006).

11. O trancamento do processo-crime, bem assim do inquérito policial, é medida de exceção, possível somente quando inequívoca a ausência de justa causa – o que, porém, não é o caso.

12. Se não há na documentação trazida aos autos pela defesa – a quem incumbe a correta instrução e narração do remédio constitucional do habeas corpus *– a comprovação inequívoca de que o procedimento penal instaurado deu-se única e exclusivamente com base na prova ilegal, e não com base em outro elemento dela desvinculado, validamente produzido pelas autoridades estatais, não pode ser a tramitação do feito suspensa,* tout court*.*

13. Aplicação, mutatis mutandis*, do entendimento de que, se 'o órgão da persecução penal demonstrar que obteve, legitimamente, novos elementos de informação a partir de uma fonte autônoma de prova – que não guarde qualquer relação de dependência nem decorra da prova originariamente ilícita, com esta não mantendo vinculação causal –, tais dados probatórios revelar-se-ão plenamente admissíveis, porque não contaminados pela mácula da ilicitude originária' (STF, HC 93.050/RJ, 2ª Turma, rel. Min. CELSO DE MELLO, DJe de 31.07.2008*).

14. Considerações sobre a teoria dos frutos da árvore envenenada (*fruits of the poisonous tree*) – cuja indistinta incidência não se admite – e a contaminação das provas derivadas: '[a] imprecisão do pedido genérico de exclusão de provas derivadas daquelas cuja ilicitude se declara [...] levam [...] ao indeferimento do pedido' (STF, HC 80.949/RJ, 1ª Turma, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE).

(...)

18. Recurso parcialmente provido, tão somente para que seja desentranhado dos autos e desconsiderado como prova o termo de declaração referente ao depoimento prestado pela recorrente perante o Ministério Público Estadual." (RHC 30.302, 5ª Turma, rel. Ministra Laurita Vaz, DJe 12.03.2014)

Como se vê, naquela hipótese examinada pelo Pretório Excelso, cuidava-se de paciente que, ouvido na condição de testemunha, passou a confessar o crime, durante a inquirição; entendeu-se que, *nesse exato momento*, o depoente passou à *condição de suspeito* e, *como não foi advertido de seu direito ao silêncio, todas as declarações posteriores estavam desprovidas de validade probatória*.

De outro lado, no julgamento proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, tratava-se de pessoa que *já vinha sendo investigada* pelo órgão de acusação e que foi ouvida, nada obstante, *sem o prévio esclarecimento de sua garantia de não autoincriminação*.

Transpondo as balizas fixadas pelas cortes superiores para o caso destes autos, concluo que, também aqui, as declarações prestadas por *C.J.W.* não possuem legitimidade para integrar o acervo probatório da demanda criminal.

Com efeito, a condição de *suspeito* ou *investigado* pairava sobre *C.J.W.* desde muito antes da audiência realizada em 04.02.2015, e disso é evidência irrefutável o fato de que havia sido *indiciado* no Inquérito Policial 5034043-80.2011.4.04.7100, juntamente com os dois réus da ação penal na qual foi arrolado como testemunha.

Ainda, o fato de não se ter, inicialmente, oferecido denúncia em desfavor do paciente não afastou a suspeita que sobre ele pesava, pois o próprio *parquet* ressaltou que assim procedia em face da inexistência de elementos aptos a sustentar a acusação "até o presente momento" (evento 01, PET2, da ação penal), ou seja, sem descartar futura investida contra *C.J.W.*; aliás, ao afirmar que deixava de apresentar denúncia por ausência de indícios suficientes e, a seguir, asseverar que "o esclarecimento dos fatos deverá ocorrer ao longo da instrução da ação penal, na qual *C.J.W.* foi arrolado como testemunha da acusação", o Ministério Público Federal deixou transparecer que pretendia, com a oitiva do paciente, *esclarecer a sua própria participação nos supostos delitos*; é dizer, em que pese tenha sido arrolado como testemunha, *C.J.W.* era visto pela acusação, ainda que veladamente, como potencial agente criminoso.

Não deixei de observar a argumentação lançada pelo magistrado de origem para sustentar a regularidade da prova, no seguinte sentido (evento 86):

"*Quase no fim de seu depoimento*, a testemunha começou a revelar informações, em tese, em seu próprio desfavor. *Naquele instante, C.J.W. foi imediatamente interrompido pelo juízo*, sendo informado de que não tinha a obrigação de responder a nenhuma pergunta capaz de incriminá-lo. *Mesmo assim, C.J.W. optou por concluir seu relato*. Diante daquela circunstância, para impedir que a testemunha produzisse prova contra si própria, a magistrada decidiu encerrar o depoimento." (destaquei)

Da visualização do depoimento (que durou 07 minutos e 34 se-

gundos), todavia, constatei que, já, aproximadamente, *aos 02 minutos e 20 segundos do vídeo*, o paciente declara que prestou serviços, à empresa dos acusados na Ação Penal 5054716-89.2014.4.04.7100, de remessa de valores ao exterior; a partir daí, passa a detalhar as atividades que exercia e discorrer sobre a obediência às normas legais aplicáveis; refere os valores das operações que realizou e diz não se recordar, especificamente, daqueles envios indicados na denúncia. Somente após *cinco minutos* de depoimento ocorre a intervenção da magistrada, advertindo o paciente no sentido de que não seria obrigado a responder perguntas que o pudessem incriminar. Depois dessa interrupção, o depoente retomou a palavra apenas para reafirmar que, nos limites do seu conhecimento, todas as operações teriam sido realizadas dentro da legalidade.

Na decisão que recebeu o aditamento à denúncia, lê-se o seguinte excerto (evento 68):

"(...) Para a acusação, a participação de *C.J.W.* na empreitada criminosa foi de fundamental importância, tendo em vista que ele, na qualidade de administrador da empresa *BON & WOLF TURISMO LTDA*., fazia a ligação entre os corréus G.H.N.T. e R.T. e a CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA., pessoa jurídica cuja estrutura era utilizada para a realização das transações irregulares.

Segundo o MPF, *tal informação se extrai do depoimento prestado por C.J.W. em sede judicial (e. 60, VIDEO2), momento em que ele afirmou ter intermediado a remessa de valores para o exterior, utilizando-se da CASA BRANCA CÂMBIO E TURISMO LTDA., no interesse da empresa FOCO AGÊNCIA DE CARGAS LTDA*., cujos gerentes/administradores são os réus (R.T. e G.H.N.T.) já anteriormente denunciados. (...)" (destaques meus e do original)

Note-se, portanto, que as informações que serviram como base à emenda à exordial e também ao seu recebimento – quais sejam, as declarações de *C.J.W.* no sentido de que teria intermediado remessas ao exterior, no interesse da empresa Foco Agência de Cargas Ltda., e por qual meio – foram fornecidas pelo paciente *antes* da advertência sobre o direito ao silêncio e *não foram renovadas* posteriormente.

Diante de tal contexto, conclui-se que as declarações prestadas antes do aviso quanto à garantia de não autoincriminação – as quais constituíram fundamento para o acréscimo à denúncia – não consubstanciam material probatório hígido.

Todavia, assim como naquele precedente do Superior Tribunal de Justiça acima mencionado, não é caso de declaração de nulidade da

decisão que recebeu o aditamento à denúncia ou de trancamento da persecução criminal, haja vista a existência de elementos outros, além daquele cuja mácula é agora reconhecida, a embasar o acolhimento da acusação.

Com efeito, tanto na emenda à exordial quanto no decisório que a recebeu, fez-se referência a indícios de autoria deduzidos, também, dos interrogatórios dos corréus G.H.N.T. e R.T.; assim, havendo elementos de convicção decorrentes de fontes autônomas, não contaminados pela prova ora tida como ilícita, nada impede o prosseguimento da ação penal.

Ressalto que, na linha da jurisprudência desta Corte, devem ser admitidas as informações prestadas nos interrogatórios dos codenunciados, ao menos como base suficiente para o recebimento da acusação, pois, como já afirmou esta Oitava Turma, "É relativo o valor probante do depoimento prestado pelo réu em seu interrogatório, de forma que tal depoimento será admitido como prova da acusação contra o corréu somente quando estiver em harmonia com os demais elementos de persuasão acostados ao processo (...)" (ACR 0000925-38.2010.404.7100, rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, D.E. 23.10.2012), cabendo ao magistrado singular conceder, na sentença, a força probatória que lhe parecer cabível às aludidas declarações.

Finalmente, merece ser rechaçada a alegação de que a decisão que acolheu o aditamento seria nula por carência de fundamentação, pois nela estão claramente indicadas as razões pelas quais se deu trânsito à acusação. Cabe lembrar que, na linha de pacífica jurisprudência das cortes superiores, o decisório que recebe a denúncia prescinde de motivação extensiva (*v.g.*: STJ, RHC 55.171, 5ª Turma, rel. Ministro Leopoldo de Arruda Raposo [desembargador convocado do TJ/PE], DJe 24.06.2015: "De acordo com entendimento já consolidado nesta Corte Superior de Justiça e no Supremo Tribunal Federal, em regra, a decisão que recebe a denúncia prescinde de fundamentação complexa, justamente em razão de sua natureza interlocutória").

Em conclusão, tenho que o pleito defensivo deve ser atendido parcialmente, apenas para determinar o desentranhamento, da Ação Penal 5054716-89.2014.4.04.7100, do depoimento prestado por *C.J.W.* (evento 60, VIDEO2) e sua desconsideração como prova, sem prejuízo

da continuidade da persecução criminal em face do paciente, por força da existência de fundamentos autônomos.

Ante o exposto, voto no sentido de *conceder em parte* a ordem de *habeas corpus*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5025687-03.2014.4.04.7000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Leandro Paulsen

Apelante: Ministério Público Federal
Apelante: Renê Luiz Pereira
Advogados: Dr. Sergio de Paula Emerenciano
Dra. Maria Isabel Bermudez
Apelante: André Catão de Miranda
Advogado: Dr. Marcelo de Moura Souza
Apelante: Carlos Habib Chater
Advogados: Dr. Pedro Henrique Xavier
Dr. Roberto Brzezinski Neto
Apelados: Os mesmos
Apelado: Alberto Youssef
Advogados: Dr. Rodolfo Herold Martins
Dr. Antonio Augusto Lopes Figueiredo Basto
Dr. Luis Gustavo Rodrigues Flores
Dr. Nilton Sergio Vizzotto
Dr. Adriano Sérgio Nunes Bretas
Dr. Antonio dos Santos Junior
Interessado: Waldomiro de Oliveira
Advogada: Dra. Veronica Abdalla Sterman

EMENTA

Penal. Processual Penal. Operação Lava-Jato. Primeira apelação. Competência. 13ª Vara Federal de Curitiba. Oitava Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Interceptações telefônicas e telemáticas. Decisões fundamentadas. Prorrogações. Acesso às mídias. Encontro fortuito de provas. Quebra de sigilo bancário e fiscal. Denúncia. Aptidão. Prova emprestada. Compartilhamento. Cerceamento de defesa. Inocorrência. Audiência de oitiva de testemunhas. Designação. Ausência de apreciação da defesa preliminar. Preliminares afastadas. Mérito. Tráfico internacional de drogas. Lavagem de dinheiro. Evasão de divisas. Operações dólar-cabo. Absorção. Impossibilidade. In dubio pro reo. *Condenações. Dosimetria. Execução provisória da pena.*

1. *Operação Lava-Jato*. A Operação Lava-Jato foi instaurada, originalmente, para apurar crimes perpetrados no Estado do Paraná, tais como evasão de divisas e lavagem de dinheiro. Restaram verificados, ainda, *e.g.*, crimes antecedentes relacionados ao tráfico de entorpecentes (tráfico e associação para o tráfico) e a esquemas de corrupção sistêmica no âmbito de empresas estatais, como a Petrobras (corrupção ativa e passiva, fraude em licitações), dentre outros. Como decorrência do volume de delitos apurados, inúmeras fases da operação e diversas ações penais autônomas foram instauradas.

2. *Competência da Justiça Federal de primeira instância*. O Supremo Tribunal Federal, ao examinar os diversos processos de investigados na Operação Lava-Jato, decidiu por determinar o desmembramento do processo em relação aos investigados e réus que não possuem foro privilegiado, de modo que sejam processados e julgados pela primeira instância da Justiça Federal.

3. *Competência da 13ª Vara Federal de Curitiba*. Iniciada a investigação para apuração de crimes praticados no Estado do Paraná, a competência fixou-se no Juízo Federal da 13ª Vara de Curitiba/PR, sob a titularidade do Juiz Federal Sérgio Moro, especializada em crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro, competência esta que se prorroga inclusive para os crimes conexos, nos termos do art. 78, IV, do Código de Processo Penal.

4. No caso dos autos, há conexão entre os crimes de tráfico de drogas

e de lavagem de dinheiro ou evasão de divisas, prevalecendo a competência do juízo especializado.

5. *Competência da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região*. A competência para o processamento e o julgamento dos *habeas corpus* e dos recursos contra decisões no âmbito da Operação Lava-Jato é da 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, sob a relatoria do Desembargador Federal João Pedro Gebran Neto, tendo como revisor o Desembargador Federal Leandro Paulsen e composta, ainda, pelo Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus.

6. *Interceptação telefônica*. A interceptação telefônica, autorizada judicialmente e executada em consonância com os ditames previstos na legislação de regência, pode e deve ser admitida como meio de prova da acusação.

7. As defesas tiveram acesso a todas as mídias eletrônicas que continham os diálogos interceptados, inclusive com senha de segurança para acesso, os mesmos elementos analisados pelo juízo sentenciante. Preliminar de nulidade da prova e de cerceamento de defesa rejeitada.

8. *Interceptação telefônica. Prazo: contagem e prorrogações*. O prazo de 15 dias previsto no artigo 5º da Lei nº 9.296/96 tem início a partir do dia em que é efetivada a interceptação, e não da data da decisão judicial, não se justificando a tese defensiva de que haveria períodos de interceptação não acobertados por decisão judicial.

9. É cabível a prorrogação da interceptação telefônica, por períodos sucessivos, o quanto necessário, considerando-se a razoabilidade e a necessidade da medida, bem como a complexidade da investigação. Precedentes das cortes superiores. Hipótese em que as decisões que determinaram a quebra de sigilo telefônico e as prorrogações da medida restaram devidamente fundamentadas.

10. *Interceptação telefônica. Encontro fortuito de provas*. É válida a utilização como prova dos elementos encontrados fortuitamente mediante interceptações telefônicas legalmente autorizadas, quando houver relação/conexão entre os delitos. Precedentes das cortes superiores.

11. Se a quebra da comunicação telefônica revelar uma prática delituosa, não pode a autoridade que conduz a apuração simplesmente desconsiderar tal informação, sendo cabível o seu uso para nova averiguação.

12. *Sigilos bancário e fiscal*. A quebra do sigilo bancário e fiscal poderá ser decretada para apurar a ocorrência de fato ilícito, desde que devidamente motivada a medida e apurada sua necessidade, hipótese caracterizada nos autos.

13. *Denúncia*. Deve ser afastada a alegação de inépcia da inicial quando esta esclarece os fatos criminosos que se imputam aos denunciados, delimitando todos os elementos indispensáveis à sua perfeita individualização.

14. *Prova: compartilhamento*. "A regra é a possibilidade de compartilhamento da prova, conforme o inc. VIII do art. 3º da Lei nº 12.850/13, o qual não exige identidade de investigados ou conexão entre os fatos, cabendo ao juízo destinatário da prova compartilhada ou emprestada decidir sobre a sua admissibilidade" (TRF4, Inquérito Policial nº 0006804-15.2012.404.0000, 4ª Seção, rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, por unanimidade, publicação em 27.11.2014).

15. *Prova: complementação*. Não há falar em cerceamento de defesa quando inviabilizada a complementação da prova pericial pretendida, diante da não identificação de diálogos ou troca de mensagens em relação ao agente.

16. *Procedimento: ausência de prejuízo*. Não há nulidade na designação de audiência antes da apreciação da defesa preliminar, mormente quando a antecipação de atos processuais veio a ocorrer em benefício dos acusados presos, dada a celeridade processual imprimida, e os procuradores tiveram tempo suficiente para elaborar as defesas, sendo que as questões suscitadas pelas partes foram examinadas no termo de audiência. Ausência de prejuízo aos réus.

17. *Tráfico internacional de drogas*. Consuma o delito de tráfico internacional de drogas, capitulado pelo art. 33 da Lei 11.343/06, o agente que, mesmo não tendo executado atos materiais, orquestra a introdução em território nacional de entorpecentes oriundos da Bolívia. Materialidade e autoria delitivas comprovadas por meio de interceptações telefônicas e apreensão de 698 kg de cocaína.

18. *Crime de lavagem de dinheiro*. Pratica o delito de lavagem de dinheiro o agente que oculta ou dissimula natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal, nos

termos do artigo 1º da Lei nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683/2012.

19. Hipótese em que restou demonstrado que os valores obtidos com o tráfico de drogas foram internalizados no Brasil por meio de operações dólar-cabo, com entrega de moeda estrangeira em espécie ou mediante depósito no exterior em contrapartida a pagamento de reais no Brasil, sendo que parte foi entregue, aqui, em espécie a um dos agentes, e o restante, fracionado em diversas operações bancárias em contas de terceiros, de forma a impedir o conhecimento, pelas autoridades policiais, de sua origem, sua movimentação e sua localização, estando configurado o delito de lavagem de dinheiro.

20. *Evasão de divisas*. O conjunto probatório colacionado demonstra que parte dos valores que ingressaram no Brasil por meio de operação dólar-cabo foi remetida para a Bolívia, caracterizando também a prática do crime de evasão de divisas, uma vez que as remessas foram realizadas ao arrepio do sistema formal de transferência de capitais.

21. *Concurso material de crimes*. Praticadas condutas distintas e autônomas, sendo uma consistente no recebimento do exterior de dinheiro oriundo do tráfico de drogas, promovendo a lavagem por meio de depósitos em várias contas correntes de doleiros e em contas fantasmas, e outra consistente na remessa de parte do valor "lavado" em território nacional para o exterior, não há falar em absorção entre os delitos de lavagem de dinheiro e evasão de divisas. Concurso verificado, também, com o tráfico de drogas.

22. In dubio pro reo. *Absolvido André Catão de Miranda por insuficiência de provas quanto ao dolo da sua conduta*. "A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico – *a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável* –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional", consoante precedente do STF na AP 521, rel. Min. Rosa Weber, DJe 05.02.2015.

23. André Catão de Miranda atuava como empregado em empresa de Habib. Não obstante desempenhasse suas funções gerenciais havia longa data, são objeto da presente ação penal fatos que correpondem a

apenas cinco depósitos por ele realizados a mando de Habib. Considerando que a conduta pura e simples de depositar valores pode ser lícita (quando, *e.g.*, para o cumprimento de obrigações contratuais, e não para ocultar ou dissimular a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal), a sua operacionalização pelo réu André não autoriza que se conclua automaticamente no sentido de que tinha ele a representação do caráter ilícito da sua conduta no caso concreto. Nos termos do art. 22 do Código Penal, o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal do superior hierárquico implica punição apenas do autor da ordem.

24. Não havendo elementos probatórios suficientes para que se possa formar convicção acima de qualquer dúvida razoável quanto ao dolo da conduta de André Catão de Miranda, reforma-se a sentença (que havia condenado André à pena de 4 anos de reclusão em regime inicial semiaberto e a 50 dias-multa à razão unitária de 1 salário mínimo, com substituição da pena privativa de liberdade por medidas cautelares substitutivas), para, em sede recursal, absolvê-lo, com fulcro no artigo 386, VII, do CPP.

25. *Mantida a condenação de Renê Luiz Pereira por tráfico de drogas, lavagem de dinheiro e evasão de divisas*. O conjunto probatório produzido, em especial as interceptações telefônicas e telemáticas, demonstra que o acusado Renê Luiz Pereira foi o real importador da droga apreendida, incorrendo no crime de tráfico de drogas, bem como que realizou a lavagem do dinheiro proveniente do tráfico e que promoveu evasão de divisas. Mantida a condenação de Renê à pena privativa de liberdade de 14 (quatorze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e a 933 dias-multa, à razão unitária de cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo.

26. *Mantida a condenação de Carlos Habib Chater por lavagem de dinheiro e evasão de divisas*. O conjunto probatório produzido, em especial as interceptações telefônicas e telemáticas, demonstra que o acusado Carlos Habib Chater, operando clandestinamente, atuou na lavagem de dinheiro e na evasão de divisas em favor de Renê Luiz Pereira. Mantida a condenação de Carlos à pena privativa de liberdade de 05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em regime

inicialmente fechado, e a 100 (cem) dias-multa, à razão unitária de cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo.

27. *Dosimetria: parâmetros legais*. A legislação pátria adotou o critério trifásico para fixação da pena, a teor do disposto no art. 68 do Código Penal.

28. A pena-base atrai o exame da culpabilidade do agente (decomposta no art. 59 do Código Penal nas circunstâncias do crime) e de critérios de prevenção. Não há, porém, fórmula matemática ou critérios objetivos para tanto, pois "a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena" (HC 107.409/PE, 1ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.04.2012, DJe-091, 09.05.2012). É no juízo subjetivo de reprovação que reside a censurabilidade que recai sobre a conduta. Penas preservadas quanto aos réus Renê Luiz Pereira e Carlos Habib Chater, cuja condenação restou mantida por esta Corte.

29. *Cumprimento imediato da pena após a confirmação da condenação no segundo grau de jurisdição*. Os princípios do devido processo legal e da presunção da inocência não apontam para o retardamento indefinido da resposta penal. Do contrário, de modo desproporcional, se estaria construindo um sistema que, no afã de resguardar a liberdade dos condenados, comprometeria a paz social ao retirar da jurisdição penal sua eficácia.

30. Impõe-se conciliar as garantias do réu ao longo da persecução criminal com a proibição de insuficiência da ação estatal. Essa vedação, na esfera penal, justifica tanto a imposição de prisão preventiva e de outras medidas cautelares que se mostrem, mediante juízo criterioso, necessárias à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal e da aplicação da lei penal, como a atribuição de eficácia imediata aos acórdãos proferidos pelos tribunais recursais, em sede de cognição exauriente, de modo que haja uma efetiva resposta do Estado às condutas delitivas, sob pena de inocuidade da ordem jurídico-penal.

31. Respeitadas todas as garantias constitucionalmente asseguradas aos acusados e restando apenas a possibilidade de interposição de recursos excepcionais sem efeito suspensivo, não há óbice à execução imediata do acórdão.

32. É compatível com o sistema constitucional e encontra guarida na legislação processual penal a execução provisória da reprimenda penal após a confirmação da condenação em segundo grau de jurisdição. Nesse sentido orientou-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal durante décadas, bem como a do Superior Tribunal de Justiça, consolidada na sua Súmula 267: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

33. A manutenção da prisão se impõe, também, por razões cautelares, com vista ao impedimento da reiteração delitiva.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento ao apelo do MPF; por maioria, vencido o relator, dar provimento ao apelo de André Catão de Miranda para absolvê-lo da prática do delito previsto no artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98; por maioria, vencido em parte o Des. Victor Luiz dos Santos Laus, negar provimento aos apelos de Renê Luiz Pereira e Carlos Habib Chater, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 22 de setembro de 2015.

Des. Federal *Leandro Paulsen*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto: O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de *Renê Luiz Pereira* ("Michelin"), nascido em 14.07.1966, Sleiman Nassim El Kobrossy ("Salomão"), Maria de Fátima Stocker ("Evi"), *Carlos Habib Chater* ("Zezé"), nascido em 25.02.1968, *André Catão de Miranda*, nascido em 25.03.1961, e Alberto Youssef, pela prática dos seguintes fatos:

"*I – INTROITO*

Histórico das investigações

Esta denúncia decorre de investigação que visou apurar diversas estruturas paralelas ao mercado de câmbio, abrangendo um grupo de doleiros com âmbito de atuação nacional e transnacional.

A investigação inicialmente apurou a conduta do 'doleiro' *HABIB* e de pessoas físicas e jurídicas a ele vinculadas. Porém, posteriormente, foi ampliada para diversos outros doleiros, que se relacionavam entre si para o desenvolvimento das atividades, mas que formavam grupos autônomos independentes, dando origem a quatro outras operações, a partir de três operadores principais identificados no decorrer da investigação.

Além de tais condutas delitivas, foram apuradas diversas outras condutas criminosas, dentre elas, organização criminosa, evasão de divisas, falsidade ideológica, corrupção de funcionários públicos, tráfico de drogas, peculato e lavagem de capitais.

Foram identificados ao menos quatro grandes núcleos. A presente imputação diz respeito às condutas delitivas praticadas principalmente por *RENÊ*, *SLEIMAN* e *HABIB*, na lavagem de proveito do tráfico de drogas.

Os elementos colhidos durante as apurações consistem em grande parte em resultados de interceptações telefônicas e telemáticas autorizadas judicialmente, mormente no monitoramento de mensagens trocadas por meio do BBM (Blackberry Messenger), instrumento muito utilizado pelos envolvidos na prática dos ilícitos, no intuito de impossibilitar ou dificultar o monitoramento das comunicações.

Em virtude de a prova estar principalmente fundada em mensagens BBM, as mais importantes foram reproduzidas em ANEXO, com as respectivas referências, *sendo parte integrante desta denúncia*.

Oportuno observar que, dada a peculiaridade da prova, é necessária a remissão constante às mensagens, que estão no ANEXO, bem como a explicação de seu conteúdo, desnecessária nas denúncias tradicionais.

Panorama geral das atividades dos DENUNCIADOS

É importante para a compreensão das práticas delituosas desveladas um apanhado geral sobre as atividades desenvolvidas pelos denunciados.

RENÊ e *SLEIMAN* integram uma organização transnacional dedicada ao tráfico de cocaína adquirida de produtores ou fornecedores da Bolívia e do Peru, droga essa geralmente embarcada no Porto de Santos com destino à Europa. Eles fazem parte do núcleo operacional e financeiro da organização, responsável pela circulação dos ativos ilícitos e por seu 'reinvestimento' na aquisição de novas cargas de droga. A organização é capitaneada por *EVI*, radicada na Inglaterra e responsável pela negociação da droga com traficantes naquele continente, bem como pela introdução dos recursos auferidos com a prática no Brasil, para a aquisição de novas cargas de droga.

HABIB é um operador do mercado de câmbio paralelo, vulgo doleiro, e está envolvido na prática habitual e sistemática de operações de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro. Ele utilizou, para praticar as condutas delitivas ora denunciadas, pessoas interpostas, empresas em nome de pessoas interpostas e suas contas. Nestes autos, o foco da denúncia é a realização de operação de dólar-cabo com *EVI* seguida de outras operações de câmbio ilegais (conversão em moedas estrangeiras) em favor de *RENÊ* e *SLEIMAN* por *HABIB* com recursos provenientes do narcotráfico, mediante o emprego de contas 'laranjas' indicadas por operadores de corretoras de câmbio que se encarregaram de converter os ativos ilícitos em moeda forte, entregando-os na Bolívia a fornecedores de cocaína de *RENÊ* e *SLEIMAN*.

ANDRÉ integra o grupo de *HABIB*, sendo responsável pela parte financeira das operações de câmbio ilegais. É subordinado a *HABIB*.

YOUSSEF foi um dos principais doleiros envolvidos no Caso Banestado, responsável

por operacionalizar a evasão fraudulenta milionária de divisas por contas CC5 na década de 1990, por meio de operações de dólar-cabo. Ele celebrou acordo de delação premiada com o MPF/PR e o MPE/PR, revelando seu envolvimento em diversos crimes de lavagem de dinheiro. No curso da interceptação de *HABIB*, surgiram elementos de que *YOUSSEF* retornou ou persistiu em suas atividades criminosas. Nestes autos, *YOUSSEF* é denunciado por ter prestado auxílio material nas operações financeiras ilegais antes mencionadas.

II – OBJETO DA AÇÃO

As investigações desvelaram indícios de uma série de crimes em que estão envolvidos os denunciados. Nesta peça, serão denunciados exclusivamente os fatos atinentes à evasão de divisas (no valor de US$ 124.000,00), à lavagem de ativos referente a ativos do narcotráfico (referente a US$ 124.000,00) e ao tráfico de drogas e à respectiva associação para o tráfico (aproximadamente 700 quilos de cocaína). Os demais fatos, ainda que narrados, não são objeto desta denúncia, mas integram ou integrarão denúncias que foram ou serão oferecidas em separado (no Paraná ou em outra unidade da federação). Com essa limitação, permitir-se-á o processamento desses fatos de maneira mais racional e simplificada, facilitando a ampla defesa, sobretudo diante da complexidade e da extensão dos fatos relacionados com as investigações.

III – DESCRIÇÃO DAS CONDUTAS IMPUTADAS

1º fato criminoso (evasão de divisas)

Os denunciados *EVI*, *RENÊ* e *SLEIMAN*, juntamente com o denunciado *HABIB*, com o auxílio do denunciado *ANDRÉ*, de modo consciente e voluntário, com unidade de desígnios, no período compreendido entre o final de agosto de 2013 e meados de setembro de 2013, em locais que serão descritos nesta peça, efetuaram ilegalmente operações de câmbio, bem como promoveram, sem autorização legal, a saída de divisas para o exterior (Bolívia) do valor equivalente a US$ 124.000,00 (cento e vinte e quatro mil dólares). O denunciado *YOUSSEF*, da mesma forma, consciente e voluntariamente, aderiu à conduta de *HABIB*, auxiliou-o na prática de tal conduta, conforme será descrito.

Os valores envolvidos nas operações eram provenientes da prática de tráfico de drogas praticado por *EVI*, *RENÊ* e *SLEIMAN* e recebidos, trocados, movimentados e transferidos em atividade típica de instituição financeira informal no contexto do mercado paralelo de câmbio, mediante o uso de contas de 'passagem' ou 'laranjas', a fim de ocultar tais recursos. Foi possível, durante as investigações, traçar parte do caminho (*paper trail*) de parcela dos valores movimentados, a partir da identificação de operação de câmbio paralelo envolvendo *RENÊ*, *SLEIMAN*, *HABIB* e *EVI*, além de *YOUSSEF*, com o recebimento de valores de *HABIB* por *RENÊ* em conta 'laranja' localizada em Curitiba e a sua remessa, também via operações de câmbio paralelo, à Bolívia, para pagamento de carga de droga (cocaína) provinda daquele país. Tais condutas caracterizam os delitos de evasão de divisas e lavagem de dinheiro do narcotráfico.

As provas da existência desses crimes e de suas autorias foram formadas principalmente a partir dos monitoramentos efetuados, bem como pela apreensão dos documentos trocados entre os *DENUNCIADOS*, conforme se passa a expor.

Para fins de abordagem mais clara das etapas, serão estas tratadas em separado, já que o recebimento do valor equivalente a US$ 124 mil (oriundo do exterior) e sua subsequente remessa ao exterior foram fracionados da seguinte forma:

a) US$ 36 mil foram entregues a *RENÊ* no escritório de *YOUSSEF* e posteriormente destinados ao pagamento de drogas adquiridas da Bolívia; e

b) US$ 88 mil foram recebidos, no seu correspondente em reais, por *RENÊ* de *HABIB* em contas 'laranjas', e em seguida essa quantia foi evadida para pagamento de drogas adquiridas da Bolívia.

(i) Operação de dólar-cabo referente aos US$ 36 mil

Essa transação consistiu em operação no mercado de câmbio paralelo, de dólar-cabo, com a participação (ponta no exterior) de brasileira envolvida com o tráfico transnacional de drogas e radicada na Inglaterra, *EVI*.

A transação visava atender à necessidade de *SLEIMAN* e *RENÊ* de receberem dólares no Brasil (enviados por *EVI*) para pagar a droga na Bolívia. Para isso, *SLEIMAN* contatou *HABIB*, oferecendo uma taxa (lucro) de 1% do valor da operação, para que *HABIB* a intermediasse. Nos trechos de mensagens indicados, é possível perceber a negociação entre *SLEIMAN* e *HABIB* e a menção por eles a uma 'mulher' com a qual a operação seria concluída e que pôde ser identificada posteriormente como sendo a denunciada *EVI* (1).

Pelas mensagens indicadas (1), verifica-se a intenção de *SLEIMAN* em receber o dinheiro 'até sexta' (o que correspondia ao dia *30.08.2013*), pois logo teria outra transação ('Jaja [*sic*] vai ter outra'). Conforme mensagem seguinte, *EVI* entra em contato com *HABIB* informando que logo iria usar o Skype para eles conversarem, tal como dito por ele um pouco antes a *SLEIMAN*, corroborando que a 'mulher' a que eles estavam se referindo era *EVI*.

As mensagens subsequentes (4) ilustram a continuidade da negociação, destacando-se a preocupação de *SLEIMAN* em receber os valores em dólar. Posteriormente, *SLEIMAN* ressalta novamente a sua intenção de receber o dinheiro em São Paulo (5).

SLEIMAN fica reticente ao fechar a operação, referindo-se a episódio passado em que provavelmente a mesma pessoa (*EVI*) não lhe pagou em dólar.

A operação foi fechada à taxa de 1,29. É possível concluir que a disponibilização de dinheiro por *EVI* ocorreu com a utilização de euro (pois EVI residia, na época, na Europa) com contrapartida em dólares no Brasil (6).

SLEIMAN mostrou insatisfação com a taxa, dizendo que estava mais favorável a ele no dia, mas mesmo assim concordou com a operação, devido à urgência (7).

Por BBM, *EVI* informa a *HABIB*, no dia 29.08.2013, que poderia entregar US$ 36 mil no dia 30.08.2013.

HABIB acertou, então, com *EVI* que o dinheiro seria entregue no seguinte endereço: '[*omissis*]', conforme diálogos via BBM.

No local indicado ('[*omissis*]'), funcionava a empresa SA FLUXO COMÉRCIO E ASSESSORIA INTERNACIONAL, que atua na área de importação e exportação de *commodities* agrícolas. Com o desenvolvimento da investigação, descobriu-se que naquele local funcionava, na realidade, o escritório de *YOUSSEF* em São Paulo (v. evento 1, p. 169-170, autos 5001438-85.2014.404.7000), doleiro com o qual *HABIB* mantinha relacionamento.

Por meio de BBMs, *SLEIMAN* menciona a *HABIB* o valor total da operação, que é de US$ 124 mil.

Na sequência de mensagens com *RENÊ*, *HABIB* informa àquele o mesmo endereço que indicou a *EVI* – qual seja, o do escritório de *YOUSSEF* –, a fim de que *RENÊ* apanhasse o dinheiro deixado por emissário de *EVI*, no mesmo dia em que *SLEIMAN* disse que queria pegar o dinheiro, como visto acima.

Mais uma vez, o valor da operação (US$ 124 mil) é confirmado nas mensagens trocadas entre *RENÊ* e *HABIB*.

Em conversa com *EVI*, *HABIB* confirma a entrega do dinheiro pelo emissário dela, bem como solicita que seja procurada no escritório a pessoa de 'Rafael'. Observe-se que a pessoa indicada ('Rafael') a *EVI* é a mesma que havia sido indicada por *HABIB* a *RENÊ*. É importante destacar que Rafael é funcionário de *YOUSSEF*.

HABIB, na sequência, avisa a *YOUSSEF* que o emissário de *EVI* está levando os US$ 36 mil que *EVI* informou, no dia 29.08.2013, que tinha disponíveis para entregar no dia 30.08.2013, e que *RENÊ* irá apanhar a quantia.

Essas mensagens deixam clara a participação de *YOUSSEF* na conduta ora descrita, funcionando ele como verdadeiro braço do escritório de *HABIB* em São Paulo.

Pelas mensagens interceptadas, há a confirmação de que o emissário de *EVI* chegou ao local de entrega (escritório de *YOUSSEF*) com o dinheiro e de que *RENÊ* também foi àquele local para pegá-lo. Foram entregues somente US$ 36 mil, faltando ainda os US$ 88 mil restantes, do total de US$ 124 mil.

Nos últimos diálogos mencionados, *HABIB* e *RENÊ* se referem a *SLEIMAN*. Esses diálogos deixam claro, também, que, não obstante a operação de dólar-cabo tenha sido operacionalizada entre *SLEIMAN* e *HABIB*, *RENÊ* teve participação no fato, inclusive com poder de decisão, indicando a sua atuação ativa no evento. Ademais, como se verá adiante, foi *RENÊ* quem deu as ordens para a movimentação da outra parte do dinheiro (os outros US$ 88 mil).

Aqui, tem-se, portanto, o recebimento, por RENÊ (e em favor também de SLEIMAN), em 30.08.2013, dos US$ 36 mil deixados pelo emissário de EVI no escritório de YOUSSEF, em São Paulo, restando pendente o recebimento dos outros US$ 88 mil.

Não foi possível 'traçar' o caminho desses US$ 36 mil após serem recebidos por RENÊ, mas se pode concluir com boa margem de certeza, pelo que já se expôs sobre as atividades de RENÊ e SLEIMAN e pelo que ainda se verá, que foram utilizados para o pagamento de drogas adquiridas da Bolívia, logo após o seu recebimento no Brasil.

(ii) Operação de dólar-cabo referente aos US$ 88 mil

Na sequência dos fatos acima narrados, *HABIB* diz a *RENÊ* que ficaria de acertar a entrega dos outros US$ 88 mil, sendo que RENÊ se mostra desolado em ter perdido tempo aguardando o dinheiro (12).

HABIB também conversa com *SLEIMAN* a respeito da quantia faltante, dizendo que a entrega iria atrasar (13).

Em novas mensagens, *HABIB* diz a *RENÊ* que é possível que a quantia seja entregue pelo seu equivalente em reais – e não em dólares, como queria *SLEIMAN* (14).

Alguns dias depois, *RENÊ* questiona *HABIB* sobre os valores, mostrando pressa no recebimento porque a quantia deveria ser entregue a outra pessoa, ao que tudo indica, produtores ou fornecedores de drogas na Bolívia, como se verá mais adiante (15).

Nos diálogos citados a seguir, percebe-se que a quantia (US$ 88 mil) seria repassada a *HABIB* pelo seu valor correspondente em reais. Isso porque *RENÊ* diz que estava negociando a compra de dólares, com a finalidade de enviá-los para o exterior (Bolívia), como se concluirá mais adiante (16).

Por novas mensagens, *RENÊ* contata *HABIB* e solicita a ele que efetue o depósito de parte do valor (R$ 77,1 mil) em conta indicada por corretora de câmbio com a qual nego-

ciou US$ 30 mil e para a qual devia o dinheiro, provavelmente uma corretora localizada na fronteira com a Bolívia ou mesmo naquele país. *RENÊ* também faz menção à necessidade de comprar os outros US$ 58 mil (para completar o total de US$ 88 mil). *HABIB*, então, diz que está esperando 'cair' o crédito, referindo-se ao recebimento da quantia, em reais, referente aos US$ 88 mil (17).

HABIB confirma que recebeu, em 04.09.2013, parte dos valores, qual seja, o valor de R$ 77.100,00. Tal fato fica claríssimo pelos BBMs números 18, 19 e 20 indicados no ANEXO.

Nessas conversas, *HABIB* menciona o valor total, em reais, dos US$ 88 mil – R$ 218 mil –, que não foram entregues em espécie, como deveria ser, tal como solicitado por *SLEIMAN* e *RENÊ*, mas em depósito em conta controlada por *HABIB*.

RENÊ pede a *HABIB* que lhe repasse os R$ 77,1 mil em depósito na conta indicada pela corretora de valores e o resto em espécie (19).

HABIB reforça que estava aguardando o depósito dos valores, ao que *RENÊ* insiste no depósito dos R$ 77,1 mil, diante da necessidade (20).

Pelas mensagens, verifica-se o temor de *HABIB* em efetuar a TED na conta indicada por *RENÊ*, o que por si só evidencia a sua ciência sobre a ilicitude da operação. *RENÊ*, então, acalma *HABIB*, informando que são contas de '*particulares que usam casas de câmbio*', completando: '*nenhuma delas suspeita*', com o que se conforma *HABIB* ('*Ok. Se vc está dizendo*').

Posteriormente, *HABIB* confirma a *RENÊ* o depósito de R$ 77.100,00 (21), fazendo menção que o comprovante '*está lá no escritório. Com André*'. *ANDRÉ*, revelaram as investigações, era responsável pela execução das operações financeiras de *HABIB*. Assim, as mensagens mostram que *ANDRÉ* foi o responsável pela execução do depósito na conta 'laranja'.

Em novas mensagens, *RENÊ* confirma que os US$ 30 mil foram recebidos pelo destinatário, provável produtor ou fornecedor de drogas, como já afirmado (22). Os diálogos acima reforçam, ainda, o envolvimento de *SLEIMAN* com o dinheiro movimentado.

Até este momento da descrição, tem-se, portanto, *o depósito, em 05.09.2013, de R$ 77,1 mil, por HABIB, com o auxílio de ANDRÉ e a favor de RENÊ e SLEIMAN, em conta 'laranja', seguido da remessa do montante ao exterior (Bolívia), pelo que se pode concluir, em data não precisada, mas por volta do dia 05.09.2013, mediante operação de câmbio paralelo*.

Na continuidade, percebe-se que *RENÊ* permanece negociando o pagamento do restante do dinheiro, os outros US$ 58 mil, indicando a *HABIB*, agora, outras duas contas para depósito, referente à negociação de outras partes dos valores, correspondentes a R$ 72,4 mil e R$ 19.920,00, que, pelo que se pode inferir, também seriam depositados em contas 'laranjas' e em seguida remetidos ao exterior – Bolívia (23).

Quanto aos R$ 72,4 mil, eles não foram depositados na conta antes indicada, isso porque *RENÊ* pediu a *HABIB* que cancelasse a operação, conforme se depreende do diálogo 24.

Novamente, a citação ao denunciado *ANDRÉ* esclarece ainda mais a participação dele nos fatos. Pode-se denotar que *ANDRÉ* era quem efetivamente movimentava as contas de *HABIB* e tinha conhecimento do destino dos valores transferidos, prestando auxílio material nas atividades ilícitas de *HABIB*. A conversa telefônica captada entre *RENÊ* e Ediel, outro integrante do 'grupo' de *HABIB* (25), bem como entre o próprio *ANDRÉ* e *RENÊ* (26), não deixa qualquer dúvida a respeito de sua participação nos fatos ora denunciados. Pelos diálogos, verifica-se a solicitação para que *ANDRÉ* não faça a transferência dos R$ 72,4

mil, mas sim apenas o depósito dos R$ 19.920,00.

Tem-se, assim, *o depósito de R$ 19.920,00, por HABIB, em data aproximada de 11.09.2013, com o auxílio de ANDRÉ e a favor de RENÊ e SLEIMAN, em conta 'laranja', seguido da remessa do montante ao exterior (Bolívia), pelo que se pode concluir, em data também não precisada nos autos, mas por volta do dia 11.09.2013, mediante operação de câmbio paralelo*.

Ainda, em conversa com *ANDRÉ*, *RENÊ* menciona o envolvimento de *SLEIMAN (SALOMÃO)* nas operações e informa a *ANDRÉ* que estaria buscando uma conta para receber os valores restantes de *HABIB*. Esse diálogo comprova também a participação ativa de *ANDRÉ* na movimentação do resto do valor (27).

Em mensagem encaminhada a *RENÊ*, *ANDRÉ* confirma que *HABIB* autorizou o depósito do valor, faltando ele (*RENÊ*) indicar a conta (28).

Em conversa com outro doleiro ainda não identificado (de *nick* OMEPRAZOL), *RENÊ* menciona o valor ainda devido a ele (*RENÊ*) por *HABIB* – R$ 125,5 mil – e questiona a tal doleiro se ele possui alguma conta para indicar na qual *HABIB* possa fazer o depósito do restante (29).

RENÊ também questiona outro doleiro, ainda não identificado (de *nick* MATUSALÉM), sobre indicação de conta para receber os valores de *HABIB*, sendo que 'MATUSALÉM' é quem lhe indica a conta na qual os R$ 125,5 mil (correspondentes a US$ 50 mil) seriam depositados (30).

RENÊ, em conversa com o doleiro 'MATUSALÉM', confirma que a quantia já seria depositada e que, assim que isso fosse feito, enviaria os comprovantes a ele (31).

É interessante notar que *RENÊ* conversa, ao que se pode inferir, com um boliviano sobre os valores que seriam depositados na conta indicada, boliviano que, como será visto adiante, é o mesmo com o qual *RENÊ* efetua a tratativa da entrega, na Bolívia, dos valores remetidos àquele país, provavelmente para pagamento de produtores ou fornecedores de drogas (32).

RENÊ diz ao boliviano, na última mensagem, estar aguardando o recibo da operação, provavelmente no escritório de *HABIB*.

Citem-se diálogos contemporâneos às conversas acima transcritas, em que *RENÊ* conversa com possivelmente outro boliviano, ainda não identificado, referindo-se, pelo que se pode inferir do contexto probatório dos autos e das palavras usadas, a um suposto carregamento de cocaína que teria sido encomendado por *RENÊ* e que seria destinado ao exterior, provavelmente por meio de um porto brasileiro, o que reforça a inferência de que os valores movimentados tinham mesmo como destino o pagamento de carregamento de cocaína da Bolívia. As transcrições são seguidas dos comentários pertinentes, quando cabíveis (33).

Em 13.09.2013, *RENÊ* informa que enviará, no dia *14.09.2013*, o dinheiro para a pessoa que transportará a mercadoria, data contemporânea aos depósitos recebidos na conta 'laranja' e supostamente remetidos ao exterior. Como será visto a seguir, por problemas no recebimento de parte dos valores, devido ao retorno de uma TED, houve a necessidade de nova transferência bancária, em 16.09.2013, além de parte do depósito ter sido feita em cheque, o que certamente atrasou o cronograma de pagamento de *RENÊ* (34).

Nas passagens mencionadas acima (34), o boliviano diz a *RENÊ* que o transportador vai levar uma quantidade maior da droga, podendo ele, querendo, guardar a droga que seria enviada a mais.

Em seguida, por nova sequência de mensagens, verifica-se que o interlocutor de *RENÊ*

frisa a qualidade da droga, fazendo menção a uma outra carga que, ao que tudo indica, *RENÊ* também havia adquirido, o que demonstra relação negocial pretérita entre os interlocutores. Diz ainda o interlocutor que, pela qualidade, a droga pode ser exportada, podendo-se inferir que seja para a Europa, a partir de porto brasileiro, mesmo modo de agir de *RENÊ* que foi desvelado na Operação Monte Pollino (35).

Em troca de mensagens com o boliviano de *nick* CHAVO (ao qual *RENÊ* já havia mencionado o depósito), *RENÊ* confirma o depósito dos valores, sendo R$ 40.500,00 em dinheiro e R$ 85 mil em cheques (em um total de R$ 125.500,00).

Essa conversa com o boliviano a respeito dos valores não deixa dúvidas de que se trata efetivamente de operações que sempre tiveram o fim de pagar carregamento de drogas na Bolívia.

RENÊ passou via BBM, em mensagens no dia 13.09.2013, ao doleiro de *nick* OMEPRAZOL os comprovantes dos depósitos. Eles podem ser visualizados nos autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 114, PET1, p. 51-53. Trata-se de uma TED de R$ 40,5 mil proveniente da conta do POSTO DA TORRE LTDA. no Banco Safra e de dois cheques, um no valor de R$ 50 mil e outro no de R$ 35 mil (todos os depósitos do dia 13.09.2013).

Os cheques também eram da empresa POSTO DA TORRE, conforme mencionado no diálogo acima, em que *RENÊ* se refere a 'cheque do posto dele'. A empresa é controlada por *HABIB*, como revelaram as investigações.

Esclareça-se, porém, que *a TED 'falhou', tendo sido realizadas outras duas transferências, uma no valor de R$ 33,4 mil e outra no de R$ 7,1 mil, ambas provenientes da conta do POSTO DA TORRE no Banco Safra. As TEDs datam de 16.09.2013*. Os comprovantes dessas TEDs podem ser vistos nos autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 114, PET1, p. 78-79. A respeito do retorno da TED do dia 13.09.2013 e das novas TEDs em 16.09.2013, é esclarecedor o diálogo entre *RENÊ* e *ANDRÉ*, no qual inclusive este confirma que foi o executor da operação (36).

Como já anotado, esse problema gerou atrasos para *RENÊ* quanto ao pagamento das drogas na Bolívia. A intenção dele, como visto em diálogo com um boliviano de *nick* BLACK, era liquidar o pagamento no dia 14.09.2013.

Em diálogo com *ANDRÉ*, *HABIB* confirma o depósito dos cheques, a corroborar que os cheques eram mesmo da empresa POSTO DA TORRE (37). *HABIB* confirma também com *ANDRÉ* as TEDs de R$ 33,4 mil (38).

Esses valores efetivamente ingressaram na conta da GILSON M. FERREIRA TRANSPORT ME, conforme atestado pelo laudo nº 6/2014 (v. autos 5001438-85.2014.404.7000, evento 1, p. 164), elaborado a partir do afastamento do sigilo da conta.

RENÊ envia os comprovantes dos depósitos ao doleiro que lhe indicou a conta, doleiro de *nick* MATUSALÉM (39), bem como, em seguida, troca mensagens com o boliviano de *nick* CHAVO a respeito do envio do dinheiro (40).

Essas mensagens são esclarecedoras em dois sentidos, pois permitem inferir que *(i)* o doleiro de *nick* MATUSALÉM trabalha em casa de câmbio e fará a remessa dos valores a pedido de *RENÊ* e *(ii)* o dinheiro deveria ser remetido à Bolívia para ser entregue pelo contato de *RENÊ* naquele país (pessoa de *nick* CHAVO) ao 'homem' de lá, provavelmente um produtor ou fornecedor de drogas. Veja-se a pressa de *RENÊ* em enviar o dinheiro, sendo que foi atrasado pelo fato de o pagamento de *HABIB* ter sido feito em cheque e também porque a primeira TED teve de ser refeita.

RENÊ troca ainda mensagens em espanhol com outro possivelmente boliviano, de *nick* CABALLERO. Pelo teor da conversa, travada em paralelo com as conversas de *RENÊ* com CHAVO, pode-se inferir que é a pessoa a quem *RENÊ* devia o dinheiro na Bolívia (fornecedor ou produtor de droga, ou mesmo um transportador) (41).

Por mensagem, *RENÊ* chega a pedir ao doleiro MATUSALÉM que libere parte do dinheiro devido à cobrança da pessoa a quem *RENÊ* está devendo os valores (42). O valor apontado por *RENÊ* na mensagem como sendo o que já teria 'entrado' – 16 mil dólares – refere-se ao valor das TEDs – R$ 40,5 mil –, pois os cheques ainda não haviam sido compensados.

O boliviano de *nick* CABALLERO segue cobrando *RENÊ*, ao que este responde que ainda está aguardando a casa de câmbio (MATUSALÉM) autorizar a liberação do dinheiro (43).

Essa última mensagem denota preocupação por parte de CABALLERO em receber logo o pagamento de *RENÊ*. Isso permite inferir que CABALLERO pode ser um fornecedor ou transportador de droga que tem que efetuar o pagamento ao produtor ou ao fornecedor da mercadoria.

RENÊ, então, diz a CHAVO que vá à casa de câmbio e já pegue parte do valor para pagar CABALLERO (44).

Vê-se, pois, que *RENÊ* decide pagar a CABALLERO, por meio de CHAVO, a quantia de US$ 15 mil que havia pedido para MATUSALÉM já liberar, mais uma parcela que CHAVO teria com ele. O restante do pagamento (U$ 35 mil) seria efetuado no dia *18.09.2013*.

RENÊ conversa com MATUSALÉM para obter a liberação dos US$ 15 mil e, em seguida, orienta CHAVO a dirigir-se à casa de câmbio para pegar o dinheiro, devido à insistência de CABALLERO em receber a quantia (45).

Em mensagens trocadas ao mesmo tempo com MATUSALÉM, CHAVO e CABALLERO, *RENÊ* passa orientações a respeito do local da entrega do dinheiro (local em que CHAVO deveria encontrar CABALLERO e lhe dar a quantia) (46).

De acordo com o *site* do Banco Unión, de fato existe uma agência da Calle Libertad em Santa Cruz de la Sierra. Conclui-se, portanto, que o local da entrega do dinheiro, de acordo com as direções contidas nas mensagens, é mesmo na Bolívia. Conclui-se também que o dinheiro foi efetivamente entregue a CABALLERO por CHAVO naquele país no dia *17.09.2013*.

RENÊ e CHAVO combinaram que, no dia 18.09.2013, deveriam ser entregues os outros US$ 35 mil (47).

No dia 18.09.2013, *RENÊ* conversa com CABALLERO sobre o valor restante (48). Entretanto, o dinheiro deixou de ser entregue no dia 18.09.2013 porque a casa de câmbio já estava fechada quando CHAVO e CABALLERO se deslocaram até lá, de forma que a entrega do valor restante ficou para o dia 19.09.2013 (49).

Pelas mensagens a seguir, *RENÊ* discute com MATUSALÉM sobre o saldo que *RENÊ* possui para fazer o pagamento na Bolívia (50).

CABALLERO continua cobrando *RENÊ* e lhe diz que teve inclusive que sair com sua família da sua casa na Bolívia sob ameça de retirada, o que reforça a conclusão de que se está a tratar efetivamente de pagamento por carga de drogas daquele país (51).

RENÊ, então, contata CHAVO e lhe diz para entregar o resto do dinheiro a CABALLERO, no mesmo local em que havia entregue a outra parte no dia 17.09.2013 (52).

Perceba-se o temor de CHAVO ao ver que há policiais no local da entrega do dinheiro, dizendo ser melhor que os policiais não vejam CABALLERO, o que reforça, mais ainda,

a conclusão de que se trata CABALLERO de pessoa envolvida com drogas e conhecida na Bolívia (53).

E os interlocutores continuam a trocar mensagens até se confirmar a entrega de US$ 35,5 mil, em *19.09.2013*, na Bolívia (54).

Tem-se assim os depósitos, em conta 'laranja', em 13.09.2013 e 16.09.2013, por HABIB, com o auxílio de ANDRÉ e a favor de RENÊ e SLEIMAN, do restante do valor (dois cheques, no valor total de R$ 85 mil, e duas TEDs, no valor total de R$ 40,5 mil, respectivamente), seguidos da remessa do montante ao exterior – Bolívia – e de sua entrega a fornecedores ou produtores de drogas daquele país, em 17.09.2013 e 19.09.2013.

2º fato criminoso (lavagem de dinheiro)

A presente imputação será apresentada da seguinte forma: inicialmente, apresentar-se-ão os fatos que demonstram o envolvimento dos agentes com o tráfico transnacional de drogas (itens *a*, *b*, *c*, *d* e *e* abaixo); depois, passar-se-á a demonstrar a ciência dos agentes quanto à origem ilícita dos valores movimentados e, por fim, far-se-á a imputação pelo delito de lavagem de ativos.

(i) Envolvimento dos DENUNCIADOS com o tráfico

Foi produzido nestes autos e nos autos referentes à Operação Monte Pollino (autos nº 0001304-79.2013.403.6104, em trâmite perante a 6ª Vara Federal de Santos/SP, cujas provas foram compartilhadas por autorização daquele juízo) seguro conjunto probatório no sentido do envolvimento de *RENÊ*, *SLEIMAN* e *EVI* com o tráfico transnacional de cocaína proveniente da Bolívia, a demonstrar que os recursos movimentados por eles, inclusive nas operações financeiras descritas nos itens anteriores (que são objeto desta denúncia), tinham origem, se não exclusivamente, pelo menos em grande parte, no crime de tráfico de drogas.

Além dos elementos já abordados nos itens *supra* – as mensagens trocadas por *RENÊ* com os bolivianos de *nicks* CHAVO, CABALLERO e BLACK, bem como a demonstração da entrega de dólares em espécie na Bolívia a pessoas que, ao que tudo indica, estão envolvidas com o tráfico de drogas e a ausência de motivo razoável a justificar a remessa de valores para aquele país (a Bolívia não é destino ordinário para investimentos ou mesmo evasão de divisas e também não se detectou vínculo pessoal ou negocial lícito de *RENÊ* e *SLEIMAN* com algum boliviano ou residente naquele país) –, há uma série de outros elementos que serão a seguir indicados que provam a relação dos denunciados mencionados no parágrafo anterior com o tráfico internacional de entorpecentes, bem como o seu financiamento.

Vejamos.

a) Operação Monte Pollino. Apreensão com RENÊ de cerca de US$ 190 mil em espécie, destinados a pagamento de carregamento de cocaína

A Operação Monte Pollino revelou a existência de organização criminosa, encabeçada por *EVI*, que tinha como atuação a aquisição de drogas (cocaína) da Bolívia e do Peru e o seu envio, via Porto de Santos, em contêineres, à Europa para a sua venda naquele continente. Naquela operação, descobriu-se que *SLEIMAN* era o responsável por pagar os fornecedores da droga no Brasil, enquanto *RENÊ* seria uma espécie de emissário ou tesoureiro, responsável por movimentar o dinheiro para pagar a droga.

Conforme relatório da Polícia Federal reproduzido no ANEXO (55), no bojo da Operação Monte Pollino, que foi desencadeada simultaneamente com a Operação Lava-Jato, foi identificada grande organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas, a

qual adquiria cocaína dos países produtores – principalmente Peru e Bolívia –, introduzia a droga em território nacional, para então embarcá-la via Porto de Santos/SP em navios de carga com destino à Europa. Tal atividade era extremamente lucrativa.

Naquela investigação, foi apurada a participação direta de *MARIA DE FÁTIMA STOCKER (EVI ou DIRETORA)* nos fatos, que tinha dupla função na organização criminosa: (1) realizava o financiamento direto de cargas de cocaína para efetivação de novas remessas; e (2) recebia os pagamentos feitos em espécie pelos compradores da cocaína na Europa, realizando a posterior internação dos valores no Brasil.

Da mesma forma, foram identificados como componentes da organização *SLEIMAN* ('*SALOMÃO*') e *RENÊ*.

Os *nicknames*, apelidos e alguns telefones utilizados, bem como a forma de comunicação (mensagens BBM), foram os mesmos dos apurados nestes autos.

Em vista da investigação na Operação Monte Pollino, a Polícia Federal, diante de informações de vultoso pagamento de entorpecentes que se realizaria, com a participação de *EVI* e *SLEIMAN*, optou por interceder (abortando o esquema criminoso) e flagrou RENÊ guardando no cofre do hotel a quantia de *US$ 189.800,00*.

Em vista das apurações na Operação Monte Pollino, não resta dúvida da associação de *MARIA DE FÁTIMA*, *SLEIMAN* e *RENÊ* com o financiamento e o tráfico internacional de cocaína a partir dos portos brasileiros e com destino à Europa.

Esse tipo de atuação verificou-se em parte também nos presentes autos, como acima descrito. Restou comprovada a atuação de *RENÊ* e *SLEIMAN*, em conjunto, com operações de câmbio ilegais e remessas para pagamento de pessoas na Bolívia, com dólares em espécie, bem como o envio de dinheiro ao Brasil por *EVI*, mediante operação de câmbio paralelo com *HABIB* – e com auxílio de *YOUSSEF* –, dinheiro esse que foi usado justamente para os pagamentos na Bolívia por intermediário de *RENÊ*.

b) Apreensão de 55 kg de cocaína enviados por RENÊ à Espanha

Em mensagens trocadas de 14.10.2013 a 22.10.2013 com o usuário de *nick* 777 (autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 171, ANEXO8, p. 82 e ss.), *RENÊ* discute sobre um encontro entre intermediários de ambos. Depreende-se da conversa que os indivíduos foram presos no local e que os intermediários de 777 estavam sendo investigados havia 2 anos pela polícia de Valência, na Espanha. O usuário 777 diz a *RENÊ* que o fato ganhou enfoque midiático no jornal valenciano *Levante*. Confrontando-se o período das mensagens com as notícias veiculadas no jornal citado, chegou-se à notícia, publicada em *20.10.2013*, com o título '*Diez detenidos de una banca que extraía alijos de cocaína del puerto*', disponível em http://www.levante-emv.com/sucesos/2013/10/19/diez-detenidos-banda-extraia-alijos/1042938.html.

A notícia informa a apreensão, no Porto de Valência, de 55 kg de cocaína e a prisão de 10 pessoas envolvidas no fato. Informa que parte da cocaína (32 kg) foi embarcada no Porto de Santos e estava acondicionada em um contêiner. Três dos presos trabalhavam no Porto de Valência.

Infere-se disso que os intermediários de 777 referidos nas conversas com *RENÊ* seriam trabalhadores do Porto de Valência e ajudariam no desembarque da droga enviada por *RENÊ*.

Cite-se, a corroborar a inferência, o encontro entre *RENÊ* e o colaborador do usuário de *nick* 777 na cidade de Santos, ocorrido por volta do dia 09.10.2013, conforme trechos de mensagens colacionados nos autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 171, ANEXO7,

p. 50 e ss.

Rememorem-se, ainda, os trechos de mensagens trocadas entre *RENÊ* e usuário de *nick* BLACK (transcritos no ANEXO, item 33), em que eles fazem menção explícita ao numeral 55, pelo que, como já se pontuou naquele momento, se infere tratar-se de 55 kg de cocaína, justamente a quantidade apreendida no Porto de Valência. Aquelas mensagens foram trocadas em 13.09.2013, período contemporâneo à apreensão da droga na Espanha.

Disso tudo, infere-se que há fortes indícios de que os 55 kg de cocaína apreendidos na Espanha pertenciam a *RENÊ* e que o dinheiro ou parte do dinheiro provindo da operação de dólar-cabo descrita antes tenha sido empregado na aquisição da droga apreendida no Porto de Valência.

Cita-se esse fato apenas para demonstrar os fortes indícios do crime antecedente. O tráfico decorrente dessa operação, entretanto, dependerá de diligências adicionais, *não sendo, pois, objeto desta denúncia*.

c) Tratativas entre RENÊ e SLEIMAN acerca de venda de drogas

Em mensagens trocadas entre *SLEIMAN* e *RENÊ*, no dia 17.11.2013 (autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 188, PET1, p. 85 e ss.), *SLEIMAN* afirma que tem um 'amigo' que teria 'uma coisa' (cocaína) para vender na Holanda. No dia seguinte, 18.11.2013 (autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 188, PET1, p. 88 e ss.), *RENÊ* responde 'entre 26 e 28', que, como destacado no relatório da autoridade policial, 'conforme experiência adquirida em inúmeras operações policiais de repressão ao tráfico internacional de cocaína realizadas pela Polícia Federal, é o preço (em euros) pago por traficantes no quilo da cocaína na Europa. SALOMÃO *[SLEIMAN]* diz que ele só venderia a 28. *RENÊ* diz que dependeria 'da qualidade', indicando, mais uma vez, que a 'mercadoria' negociada trata-se de cocaína'.

Este é outro fato indiciário do envolvimento de *SLEIMAN* e *RENÊ* com o tráfico transnacional de drogas.

d) Outras conversas entre RENÊ e CABALLERO sobre negociação envolvendo drogas

Além das conversas entre *RENÊ* e CABALLERO já citadas, inclusive com a demonstração de entrega de dinheiro na Bolívia a CABALLERO por emissário de *RENÊ*, há outras conversas entre eles em que fica evidente a qualidade de CABALLERO como fornecedor de drogas a *RENÊ*.

Nos diálogos transcritos nos autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 188, ANEXO6, p. 44 e ss., travados em 23.11.2013, eles negociam a entrega de 280 kg de cocaína na cidade de Goiânia/GO, sendo que *RENÊ* chega a afirmar que depois a teria de transportar a São Paulo, possivelmente para embarque à Europa pelo Porto de Santos/SP. Referida quantidade de droga seria transportada possivelmente por meio de aviões da Bolívia ou do Paraguai para o Estado de Goiás, posteriormente seguindo por via terrestre para o Estado de São Paulo.

e) Apreensão de cerca de 700 kg de cocaína em Araraquara/SP, de propriedade de RENÊ

Foi apreendida, em 21.11.2013, uma carga de 698 kg de cocaína, pelo que se pode concluir, originária da Bolívia. Surgiram provas nos autos que apontam *RENÊ* como proprietário de pelo menos parte da droga. Esse ponto será melhor abordado na sequência, pois esse fato também é objeto da presente denúncia.

Todos os fatos indicados no itens acima descritos (itens *a*, *b*, *c*, *d* e *e*), aliados à prova produzida na presente investigação, são conclusivos para se formar um juízo satisfatório acerca da origem dos valores movimentados pelos envolvidos nas operações de câmbio

paralelo, a saber, o tráfico transnacional de drogas.

(ii) Ciência dos DENUNCIADOS da origem ilícita dos valores movimentados

A demonstração do elemento subjetivo da lavagem (conhecimento da origem ilícita dos recursos movimentados) quanto aos denunciados *RENÊ, SLEIMAN e EVI* é inferida pelo próprio envolvimento deles com o tráfico de drogas – autolavagem.

Em relação aos denunciados *HABIB, ANDRÉ e YOUSSEF*, há elementos suficientes para inferir que agiram colocando-se em situação de conhecer a origem ilícita dos valores que movimentaram e, portanto, do próprio tráfico de drogas por parte de *RENÊ, SLEIMAN e EVI*, e ignoraram intencionalmente essas circunstâncias.

Os elementos para que se possa assim concluir consistem nos fatos de que os últimos três são operadores de câmbio paralelo profissionais há mais de década e mantiveram relações negociais na atividade ilícita com pessoas que se dedicam de modo reiterado e profissional ao tráfico de drogas.

Com efeito, registre-se que se está a falar de várias operações ilegais de câmbio realizadas para pessoas que se dedicam ao tráfico de modo notório. Cite-se o caso de *EVI*, pessoa que reconhecidamente comanda organização transnacional dedicada à atividade e com quem *HABIB* manteve relação intensa e direta por longo tempo. Não se trata, pois, de execução de operações de câmbio paralelo (ou para pessoa que pratique tráfico de drogas) de modo esporádico e isolado. Está a se falar, isso sim, de operações financeiras e atividades relacionadas a tráfico de drogas executadas em um contexto de grupo organizado de forma empresarial.

A título ilustrativo desse relacionamento, de nível empresarial, como afirmado, além dos trechos de mensagens já citados ao longo desta peça, citem-se os seguintes trechos de mensagens, que bem denotam a relação duradoura e intensa entre *HABIB, SLEIMAN e RENÊ* nas práticas ilícitas, lembrando que *ANDRÉ* era o responsável por executar as operações financeiras de *HABIB*, muitas vezes mantendo contato direto com *RENÊ*.

A respeito do intenso relacionamento entre *HABIB* e *EVI*, aponte-se, ademais, além do que já pontuado nesta denúncia, os trechos de mensagens trazidos no relatório da autoridade policial (56).

No tocante ao denunciado *YOUSSEF*, embora sua participação nos eventos aqui descritos tenha se dado de modo menos intenso, igualmente mantinha relacionamento com os outros envolvidos. Citem-se, a título de exemplo, os seguintes trechos de mensagens trocadas com *HABIB*, em que eles discutem compra de moeda.

Ainda, o seguinte trecho de mensagens trocadas entre *HABIB* e *SLEIMAN*, com menção a *YOUSSEF* (referido como PRIMO, *nick* que era usado por ele), denotando o relacionamento entre os três.

Por fim, recorde-se que foi no escritório de *YOUSSEF* que se operacionalizou a tradição dos US$ 36 mil de *EVI* para *RENÊ* – por meio de funcionário de *YOUSSEF* –, com subsequente transferência para a Bolívia.

Não se pode perder de vista, principalmente, que *YOUSSEF* talvez seja o doleiro mais experiente, inclusive tendo já sido objeto de intensa investigação criminal e firmado acordo com o Ministério Público, com plena ciência, seja em razão de seu passado, seja do próprio presente, de que as suas atividades marginais de operação no mercado paralelo eram veículo para a movimentação financeira espúria de dinheiro público e proveniente de tráfico ilícito de entorpecentes, dentre outras origens criminosas.

Resta suficientemente comprovada, portanto, a participação dos operadores de câmbio

paralelo *HABIB*, *ANDRÉ* e *YOUSSEF* nos fatos que permitiram a ocultação, a dissimulação, o recebimento, a guarda, a movimentação do dinheiro proveniente do narcotráfico, bem como o pagamento direto da droga, em um sistema de autofinanciamento. Não podem ser eles beneficiados pela sua suposta escolha de permanecerem ignorantes quanto aos valores que movimentaram e em relação ao auxílio material que prestaram na atividade de tráfico de drogas aos outros denunciados, quando tinham, sobretudo por desenvolverem sua atividade de modo profissional e empresarial, condições de aprofundar o seu conhecimento sobre a sua origem.

Assim, o agente que, podendo e devendo conhecer a natureza do ato da colaboração que lhe é solicitada, mantém-se em situação de não querer saber – e presta os seus serviços – faz-se responsável pelas consequências penais que derivam de sua atuação (teoria da cegueira deliberada).

(iii) Imputação do crime de lavagem

Todos os *DENUNCIADOS*, por meio das operações de câmbio paralelo descritas nos itens anteriores, além de terem incorrido em crimes de evasão de divisas (conforme já descrito), também incorreram no delito de lavagem de dinheiro, nos mesmos locais e datas.

O delito restou caracterizado pelas seguintes condutas:

a) de *RENÊ*, *SLEIMAN*, *HABIB* e *ANDRÉ* – a mando de *EVI*, *SLEIMAN* e *RENÊ* –, pela movimentação do dinheiro em contas 'laranjas' ou de terceiros, no que se teve a ocultação da origem e da propriedade dos valores provenientes do tráfico ilícito de entorpecentes usados nas transações (art. 1º, *caput*, Lei 9.613/98). De fato, os ativos (dinheiro) provenientes do exterior e utilizados nas operações dólar-cabo e câmbio paralelo com subsequente evasão para a Bolívia eram proveito de atividade de tráfico de drogas de *EVI, SLEIMAN e RENÊ*;

b) de *YOUSSEF e de todos os demais DENUNCIADOS*, por recebimento, troca, negociação, guarda, depósito, movimentação e transferência dos valores provenientes do tráfico, com a finalidade de ocultá-los (Lei 9.613/98); e

c) de EVI, SLEIMAN e RENÊ, pela utilização, em atividade econômica e financeira, realizada de modo profissional e empresarial, de valores provenientes do narcotráfico, em um sistema de autofinanciamento (art. 1º, § 2º, I, Lei 9.613/98).

3º fato criminoso (tráfico de drogas e associação para o tráfico)

Conforme se apurou, no final do mês de novembro de 2013, de modo consciente e voluntário, o denunciado *RENÊ* importou 698 kg de substância entorpecente denominada cocaína, sem autorização legal e em desacordo com regulamentação legal e regulamentar, proveniente da Bolívia, quando foi apreendida em fiscalização de rotina por policiais militares. Ademais, no mesmo período, o denunciado *RENÊ* se associou com, no mínimo, três outras pessoas, para o fim de praticar o crime de tráfico transnacional de drogas.

Como consta dos autos nº 0014808-07.2013.403.6120 (v. cópias anexas de peças daqueles autos), no dia 21.11.2013, policiais da equipe do TOR, da Polícia Militar Rodoviária, trafegando na Rodovia Washington Luís, sentido interior-capital, decidiram abordar um caminhão – na tarefa rotineira de abordagens por amostragem – na altura do km 265 da mencionada rodovia (município de Araraquara).

Feita a abordagem, identificou-se o condutor como sendo OCARI MOREIRA, o qual informou aos policiais que vinha do Estado do Mato Grosso e tinha como destino a capital do Estado de São Paulo, com uma carga de palmitos.

Um dos policiais, então, dirigiu-se à carroceria do caminhão para vistoria da carga, enquanto o outro permaneceu com o condutor. Nesse momento, o estado de espírito de OCARI modificou-se, e ele, então, nervoso, revelou que transportava droga, que seria entregue em Sumaré, Campinas e São Paulo. Informou ainda que receberia R$ 10 mil pelo transporte.

O policial responsável pela vistoria da carga retirou a lona da carroceria, constatando a presença de um plástico preto, que ocultava 'tijolos' semelhantes a embalagens de cocaína. Havia, também, na carroceria, grande quantidade de palmitos, carga esta regularmente documentada para transporte.

Diante da aparente grande quantidade de entorpecente localizada no caminhão, OCARI foi questionado sobre a existência de veículo batedor, ao que respondeu afirmativamente, esclarecendo tratar-se de um boliviano.

A partir de contato telefônico com OCARI por uma das pessoas que estava no veículo batedor, os policiais executaram atividades de acompanhamento telefônico das ligações, fazendo-se passar por OCARI, logrando efetuar a prisão de GILBERTO RAMOS LOPES e RICARDO SEMLER RODRIGUEZ (este cidadão boliviano, como referido por OCARI).

Com GILBERTO foi localizado um aparelho Blackberry em que havia troca de mensagens com terceiro, acerca da tarefa de acompanhamento do caminhão ('batedor'). Nesse aparelho, ainda, assim como em um outro que estava com GILBERTO, ficou claro que este falou com outra pessoa relacionada à carga de entorpecentes transportada.

No veículo batedor, posteriormente, foram encontrados R$ 200 mil ocultados no estofamento dos bancos dianteiros.

A informação de fls. 153-155 daqueles autos destaca que os tabletes encontrados no caminhão apresentaram peso de 698 kg. O laudo de fls. 161-165 também daqueles autos atesta que continham cocaína, na forma de 'sal de cocaína', comprovando a materialidade delitiva.

Nos presentes autos (relativos à Operação Lava-Jato), em vista da captação de mensagens de *RENÊ*, surgiram fortes indícios de que ele (*RENÊ*) foi o real importador da droga apreendida.

Com efeito, nas mensagens, *RENÊ* menciona a perda de uma carga de 700 kg, que, ao que se pode concluir, sobretudo pelo local mencionado nas mensagens e pelas suas datas, se trata da carga apreendida em Araraquara. Aliás, o modo de agir dos envolvidos na apreensão é muito similar ao que se revelou de *RENÊ* nestes autos. Os trechos podem ser vistos nos autos 5026387-13.2013.404.7000, evento 188, PET1, p. 80 e ss., e ANEXO6, p. 35 e ss. Destaquem-se os seguintes, de maior interesse.

A menção de que teria 'recebido dele 25 dias atrás' indica que *RENÊ* teria recebido outra carga de drogas dias antes.

Em outros trechos, *RENÊ* conversa também com CABALLERO sobre a carga apreendida. Perceba-se a referência à proveniência da droga – Bolívia ('*que venía de ahi*').

Já em troca de mensagens com o usuário de *nick* FLOR, *RENÊ* diz que iria receber '700, mas foi cancelado'.

É oportuno verificar que *RENÊ* menciona o dia em que a carga seria entregue – dia 22.11.2013. A droga foi apreendida em Araraquara em 21.11.2013, enquanto era levada ao destino, ao qual chegaria provavelmente no dia 22.11.2013, exatamente no dia em que *RENÊ* diz que a receberia.

Verifica-se, do exposto, que OCARI, GILBERTO e RICARDO, bem como *RENÊ*, associaram-se para a prática do crime de tráfico de entorpecentes. Verifica-se, ainda, que

os três efetivamente transportaram *698 kg* de cocaína, enquanto *RENÊ* a importou. Embora o transporte, diretamente, fosse feito por OCARI, RICARDO e GILBERTO, na qualidade de batedores, viabilizavam que tal transporte fosse feito com sucesso, concorrendo para o crime de forma decisiva. *RENÊ*, por sua vez, era quem detinha o domínio final do fato, dado ser o importador da droga.

Diante do exposto, com tais condutas, OCARI, GILBERTO, RICARDO e *RENÊ* incorreram nos arts. 33, *caput*, e 35 da Lei 11.343/2006, ambos conjugados com o art. 40, I, do mesmo diploma legal, já que é inquestionável a procedência alienígena da cocaína traficada.

Esclarece-se que a justificativa de competência desses fatos está descrita na cota de oferecimento da denúncia."

Foi apresentada defesa prévia por *Renê*, nos termos do artigo 55 da Lei nº 11.343/2006 (evento 24 da ação penal originária).

O magistrado *a quo recebeu a denúncia em 15.05.2014* (evento 28 da ação penal originária), ocasião em que determinou o desmembramento do feito em relação a Sleiman Nassim El Kobrossy, foragido e em local incerto, e a Maria de Fátima Stocker, supostamente presa na Espanha, com base no artigo 80 do Código de Processo Penal (originaram-se os autos de nº 5043130-64.2014.404.7000/PR).

Diante das decisões proferidas pelo Ministro Teori Zavascki no bojo da Reclamação nº 17.623, suspendeu-se a tramitação da presente ação penal em 20.05.2014 e retomou-se seu andamento em 11.06.2014 (eventos 64 e 104 da ação penal originária).

Instruído o feito, *sobreveio sentença*, disponibilizada na plataforma digital em 20.10.2014 (evento 447 da ação penal originária), julgando parcialmente procedente a pretensão punitiva, para:

a) *absolver* Renê Luiz Pereira da imputação do crime de associação para fins de tráfico de drogas, artigo 35 da Lei nº 11.343/2006, por falta de prova suficiente para a condenação (artigo 386, VII, do CPP);

b) *absolver* Alberto Youssef da imputação do crime de lavagem de dinheiro, artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, por não existir prova de que concorreu de forma relevante para a operação narrada na denúncia (artigo 386, V, do CPP);

c) *absolver* Renê Luiz Pereira, Carlos Habib Chater e André Catão de Miranda do crime de evasão fraudulenta de divisas, artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, consistente na operação de 36 mil dólares narrada na denúncia, por falta de prova suficiente para condenação (artigo 386, VII, do CPP);

d) *absolver* Carlos Habib Chater e André Catão de Miranda do crime de evasão fraudulenta de divisas, artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, consistente na operação com depósitos na conta de Gilson Ferreira narrada na denúncia, por falta de prova suficiente para condenação (artigo 386, VII, do CPP);

e) *condenar Renê Luiz Pereira* pelos crimes de:

– tráfico internacional de drogas, artigo 33 c/c artigo 40, I, da Lei nº 11.343/2006, às penas de 08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa;

– lavagem de dinheiro, artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, às penas de 05 (cinco) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa; e

– evasão fraudulenta de divisas, artigo 22 da Lei nº 7.492/1986, consistente na operação com depósitos na conta de Gilson Ferreira, às penas de 03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa.

Reconhecido o concurso formal entre os delitos de lavagem e de evasão e o concurso material entre estes e o tráfico de drogas, as penas totalizaram *14 (quatorze) anos de reclusão*, em regime inicialmente fechado, e *933 (novecentos e trinta e três) dias-multa*, à razão unitária de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (11/2013).

f) *condenar Carlos Habib Chater* pelo crime de lavagem de dinheiro, artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, às penas de *05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão*, em regime inicialmente fechado, e *100 (cem) dias-multa*, à razão unitária de 05 (cinco) salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (09/2013); e

g) *condenar André Catão de Miranda* pelo crime de lavagem de dinheiro, artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/1998, às penas de *04 (quatro) anos de reclusão*, em regime inicial semiaberto, e *50 (cinquenta) dias -multa*, à razão unitária de 01 (um) salário mínimo vigente ao tempo do último fato delitivo (09/2013).

O juízo sentenciante determinou, ainda, em relação ao acusado *André*, a substituição da prisão decretada por medidas cautelares substitutivas.

André Catão Miranda apresentou embargos de declaração (evento 479 da ação penal originária) apontando contradição na sentença, cujo erro material foi corrigido por decisão proferida no evento 487.

Apela o *Ministério Público Federal* sustentando (evento 477 da ação penal originária), em apertada síntese, a revisão da dosimetria da pena.

1. Em relação ao réu *Renê Luiz Pereira*, pede pela revisão da pena -base, sob os seguintes fundamentos: *1.1.* quanto ao crime de tráfico de drogas, deveriam ser consideradas como negativas não apenas as vetoriais personalidade e quantidade de drogas (698 kg), mas também a culpabilidade, as consequências do crime, os motivos e as circunstâncias, de modo que a pena-base deveria ser de 10 anos de reclusão; *1.2.* relativamente ao crime de lavagem de dinheiro, a sentença considerou como negativas a personalidade, as circunstâncias e as consequências do crime, quando também deveria valorar de modo negativo a culpabilidade e os motivos do delito, propugnando por uma pena-base no patamar de 06 anos e 01 mês de reclusão; e *1.3.* quanto ao crime de evasão fraudulenta de divisas, também deveriam ser negativados os vetores culpabilidade, circunstâncias e motivação, rogando que a pena-base seja fixada em 04 anos de reclusão.

2. Em relação ao réu *Carlos Habib Chater*, quanto ao crime de lavagem de dinheiro, diz que devem ser valorados negativamente seus antecedentes, sua culpabilidade e seus motivos, rogando por uma pena-base de 06 anos e 01 mês de reclusão. Pede, ainda, que o aumento decorrente da agravante do artigo 62, II e III, do Código Penal exaspere a pena em mais um ano (e não apenas 06 meses como o fez a sentença), devendo a pena quedar-se em 07 anos e 01 mês de reclusão.

3. Por fim, requer também a revisão da dosimetria da pena do réu *André Catão de Miranda*, dizendo que somente as circunstâncias e as consequências do crime foram valoradas negativamente, quando também o deveriam ser a culpabilidade e os motivos, de modo que a pena-base seja fixada em 05 anos e 06 meses de reclusão.

Os apelados apresentaram contrarrazões de recurso (eventos 502 a 504 da ação penal originária).

Carlos Habib Chater, Renê Luiz Pereira e André Catão de Miranda interpuseram recurso de apelação, protestando por apresentar razões recursais neste Tribunal (eventos 473, 481 e 496 da ação penal originária).

Recebidos os recursos (eventos 487 e 507 da ação penal originária), foram os autos encaminhados a esta Corte.

Renê Luiz Pereira (evento 07, neste TRF4) apresentou razões recur-

sais sustentando preliminares e atacando o mérito da sentença.

1. Em sede de prejudicial de mérito, alega:

1.1. nulidade da sentença por ter sido proferida por juízo incompetente, uma vez que a competência é da Vara Federal do Distrito Federal, como sustentado pelo MPF durante as investigações;

1.2. nulidade em decorrência da competência da Subseção Judiciária de Araraquara/SP para o processamento e o julgamento dos delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, por aplicação do instituto da continência;

1.3. nulidade do processo, em decorrência da ilicitude das provas, uma vez que foram realizadas sucessivas renovações e deferimentos de interceptações telefônicas sem a devida fundamentação, violando o disposto na Lei nº 9.296/96;

1.4. nulidade das provas decorrentes das interceptações telemáticas e telefônicas, cujos originais não foram alcançados à defesa, acarretando nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa, fazendo remissão aos eventos 319 e 368 da ação penal originária, além de juntar novo laudo técnico com as razões recursais, o qual aponta possíveis alterações na prova;

1.5. nulidade das provas em face de interceptação telemática e telefônica em períodos não acobertados por ordem judicial e solução de continuidade para alguns dos períodos deferidos;

1.6. nulidade das provas decorrente de insuficiência de fundamentação na renovação das interceptações telefônicas;

1.7. ilicitude das interceptações em decorrência do desvio de vinculação causal da investigação;

1.8. ilicitude da prova emprestada da Operação Monte Pollino;

1.9. nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa, ante o indeferimento de diligências requeridas;

1.10. nulidade do processo por afronta ao artigo 41 do Código de Processo Penal, diante da não indicação de forma individualizada da participação dos acusados no evento delituoso;

1.11. nulidade do processo decorrente de imputação genérica quanto ao crime de evasão de divisas, baseada em excertos de escutas telefônicas;

1.12. nulidade do processo decorrente da imputação genérica quanto

ao crime de lavagem de capitais; e

1.13. nulidade da inicial por imputar genérica e englobadamente ao réu o crime de tráfico de drogas, servindo-se a acusação de um único diálogo interceptado, sem demonstração do vínculo do recorrente.

2. No tocante ao mérito, o apelante Renê sustenta (fl. 152 e seguintes):

2.1. atipicidade objetiva do delito de evasão de divisas, porquanto ausente demonstração efetiva da saída de capitais do país. Disse que a sentença reconheceu, em relação a US$ 36.000,00, a inexistência de comprovação do delito, mas que a mesma conclusão deveria ter sido atingida em relação aos outros US$ 88.000,00, que supostamente teriam sido evadidos. Isso porque a única prova existente seriam depósitos em conta localizada no Brasil (Gilson M. Ferreira ME), sem demonstração de evasão para o exterior;

2.2. ausência de provas quanto à evasão de divisas, seja no tocante à titularidade do numerário, seja no tocante à participação efetiva e consciente em qualquer operação ilegal. Aduz que, pelo que se denota dos diálogos interceptados e dos depoimentos colhidos, toda a operação monetária teria sido operacionalizada entre Carlos Habib Chater e Sleiman, tendo Renê atuado apenas como mensageiro (apanhador do numerário);

2.3. absorção do crime de evasão de divisas pelo crime de lavagem de capitais, por força do princípio da consunção, porquanto aquele seria crime-meio para o crime-fim de lavagem;

2.4. atipicidade objetiva do delito de lavagem de dinheiro, porquanto o tráfico de drogas, crime apontado como antecedente, não está devidamente comprovado. Refere que a sentença não descreve, com elementos e dados fáticos concretos, a efetiva participação do apelante no delito antecedente, muito menos aponta minimamente a materialidade do referido delito;

2.5. atipicidade objetiva do delito de lavagem de dinheiro, ante a ausência de demonstração fática de ocultação de valores ilícitos com a finalidade de transformá-los em lícitos. Argumenta que a sentença descreve tão somente a movimentação de ativos, em contas correntes, no Brasil e que a acusação afirma que os valores evadidos foram utilizados para adquirir drogas, não podendo isso ser considerado ativo lícito;

2.6. atipicidade subjetiva da lavagem de capitais, porquanto Renê nunca soube da origem ilícita dos valores, assim como não teve a intenção de ocultar ou dissimular o dinheiro ilícito;

2.7. não comprovação do delito de tráfico internacional de entorpecentes, tendo o magistrado sentenciante se servido de elementos de convicção de outro processo penal, pelo qual não responde o recorrente, para justificar o envolvimento do réu em tal crime.

Sustenta que o réu estaria respondendo por esse crime exclusivamente em decorrência de comentários ao telefone, sem o contexto que lhe conferem a denúncia e a sentença. Há fundada dúvida quanto aos fatos, que devem ser consideradas para um decreto absolutório. Destaca que os réus do processo de tráfico de drogas, ouvidos nesta ação, não reconheceram o apelante Renê como o importador da droga. Tampouco os policiais que fizeram a apreensão;

2.8. atipicidade objetiva e subjetiva do delito de tráfico de drogas, pois ausente realização de elemento essencial objetivo do delito, qual seja, fazer vir o entorpecente de outra nação ("importar"), bem como porque não há demonstração de que o autor tinha o domínio do fato ou colaborado para a sua ocorrência.

3. Em relação à dosimetria das penas (fl. 257 e seguintes), requer:

3.1. a redução da pena-base aplicada ao delito de tráfico de drogas, pois o magistrado de origem não justificou o montante de aumento pelas vetoriais personalidade e quantidade da droga; a personalidade do réu foi abonada por todas as testemunhas de defesa, que indicaram que Renê exerce atividades como empreiteiro em Brasília, de forma que não é condizente dizer que faz do delito o seu meio de vida; possui condição financeira parca, e não há nos autos qualquer prova concreta do seu envolvimento com o delito de tráfico de entorpecentes;

3.2. a aplicação da minorante do artigo 33, § 4º, da Lei de Drogas, já que não é possível afirmar que o recorrente se dedique ao tráfico de drogas;

3.3. o afastamento do aumento de 1/6, uma vez que apenas se presume a internacionalidade do delito, não havendo quaisquer dados concretos e hábeis a demonstrar que, de fato, a droga tenha procedência internacional;

3.4. quanto ao delito de lavagem de dinheiro, a redução da pena-ba-

se, pois não foi fundamentado o *quantum* de aumento por cada vetorial; houve *bis in idem* na fundamentação relativa à personalidade do agente, pois repete os mesmos argumentos utilizados na dosimetria do crime de tráfico de drogas; a gravidade do delito antecedente não é critério de fixação da pena; os fundamentos utilizados em relação às circunstâncias e às consequências são inerentes ao tipo; a internacionalidade do delito não pode ser duplamente considerada;

3.5. no que tange ao delito de evasão de divisas, a redução da pena -base, porque não foi justificado o *quantum* de aumento por vetorial e a personalidade e as consequências foram consideradas desfavoráveis com base nos mesmos fundamentos já ponderados;

3.6. a aplicação do concurso formal também em relação ao tráfico de drogas; e

3.7. a nulidade da sentença ou a redução da pena de multa, por falta de fundamentação na sua fixação, bem como em razão da ausência de dados concretos sobre a situação financeira do acusado, que é precária.

4. Por fim, requer a revogação da prisão preventiva, que está punindo antecipadamente o acusado, em verdadeiro desvio de sua função de evitar riscos à sociedade, a outros indivíduos ou ao próprio processo. Alternativamente, pede pela aplicação das medidas cautelares diversas, constantes no artigo 319 do Código de Processo Penal.

André Catão de Miranda apresentou razões recursais (evento 11 deste TRF4), sustentando, *1.* preliminarmente:

1.1. a competência da Justiça Federal do Distrito Federal para apreciar os fatos relacionados à Operação Lava-Jato, com fundamento nos artigos 70 e 78 do Código de Processo Penal, porque os fatos teriam sido praticados na cidade de Brasília; e

1.2. violação ao princípio da ampla defesa e desequilíbrio processual entre as partes, porque foi designada data para a audiência de oitiva de testemunhas antes que o recorrente tenha apresentado resposta à acusação.

2. No mérito, diz, em síntese, que não tinha conhecimento de toda a movimentação financeira realizada pelo Posto da Torre, do qual era gerente financeiro desde o ano de 2003, "seja pela comprovada subordinação do acusado dentro da estrutura hierárquica da empresa, seja pelo conteúdo esclarecedor de seu interrogatório e demais depoimentos

produzidos ao longo da instrução, que bem delimitaram o real alcance de seu trabalho". Refere que "o posto ostenta a liderança nacional de vendas de combustíveis – junto com mais quatro ou cinco concorrentes – e essa condição implica uma movimentação financeira elevada, uma vez que parte considerável das vendas ocorre em espécie".

Diz que a condenação pelo crime de lavagem de dinheiro está fundamentada em apenas dois diálogos isolados, sem qualquer conotação de ilicitude, "que não servem para atestar sua participação ou conhecimento prévio de que realizaria depósitos bancários de valores com origem supostamente ilícita". Aduz que não possuía Blackberry Messenger, não tem passaporte e mora em bairro modesto do Distrito Federal. Refere que se limitou a realizar atos que eram rotineiros, consistentes em depósitos, recebimento, devolução de valores, em moeda nacional, sem conhecer a ilicitude de sua origem. Assim, sua conduta deve ser considerada atípica, por ausência de dolo.

3. Ao final, pede, alternativamente, a) remessa dos autos para a Seção Judiciária do Distrito Federal; b) reabertura da instrução processual, com a anulação do feito a partir da audiência realizada em 07.07.2014; c) absolvição do réu em face da atipicidade de sua conduta; e d) absolvição por insuficiência de provas, nos moldes do artigo 386, IV, do Código de Processo Penal.

Carlos Habib Chater apresentou razões recursais (evento 12 do TRF4) alegando, *1.* em preliminar:

1.1. prevenção da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal, que seria o juízo natural da presente operação, por força do prévio conhecimento pelo Gabinete do Desembargador Federal Tadaaqui Hirose, como relator do Mandado de Segurança nº 2009.04.00036431-1;

1.2. nulidade do processo por força de usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal, relativamente a fatos apurados na Ação Penal originária daquela Corte nº 470, em que era investigado o então deputado federal José Janene; e

1.3. nulidade do processo em decorrência da quebra do sigilo bancário e fiscal baseada em denúncia anônima, enviada via *e-mail*, informando suposta lavagem de dinheiro de José Janene, por intermédio de empresa de Londrina, sem que outras diligências tivessem sido feitas anteriormente.

2. Avançando sobre o mérito da ação penal (fl. 56 e seguintes), assevera:

2.1. a atipicidade objetiva do crime de branqueamento de capitais, única imputação a que restou o apelante condenado.

Diz que, de acordo com a inicial, a suposta lavagem de dinheiro ocorreu no período compreendido entre o final de agosto e meados de setembro de 2013, por meio de operações dólar-cabo; e que os recursos branqueados seriam oriundos de crimes antecedentes enumerados como tráficos de entorpecentes praticados por Evi, Sleiman e Renê. No entanto, os tráficos mencionados seriam posteriores à suposta lavagem: *(i)* Operação Monte Pollino, em que o relatório relata o envolvimento com o tráfico após 21.12.2013; *(ii)* apreensão de 55 kg de cocaína, noticiada no jornal valenciano *Levante*, ocorrida em 20.10.2013; *(iii)* tratativas entre Renê e Sleiman acerca de venda de drogas, diálogos datados de 17.11.2013; *(iv)* conversas entre Renê e Caballero sobre negociação envolvendo drogas, diálogos travados em 23.11.2013; e *(v)* apreensão de cerca de 700 kg de cocaína em Araraquara/SP.

Ressalta que a prova pode ser indireta, mas desde que convincente para demonstrar a origem ilícita dos valores, o que não ficou caracterizado nos autos. Assim, sustenta que não há fato ilícito anterior a justificar a imputação de lavagem de dinheiro;

2.2. a atipicidade subjetiva do crime de lavagem de dinheiro, ante a ausência do elemento cognitivo do dolo, por representação errônea sobre a natureza ilícita dos valores.

Sustenta que o apelante teria incorrido em erro de tipo essencial, na medida em que ignorava a origem ilícita dos valores e não tinha condições de superar essa ignorância, sendo equivocada a presunção realizada pelo juízo de origem. Imaginava que o dinheiro a ser internalizado seria de Sleiman, e não de Renê, e desconhecia o envolvimento de Sleiman com o tráfico de entorpecentes, confiando em seu emissário. Argumenta, ainda, que imaginou que a conta da empresa Gilson M. Ferreira seria de uma casa de câmbio regular, e não de um "laranja" ou de uma empresa de fachada, pois Renê havia lhe informado que compraria dólares de uma instituição credenciada.

Diz que o fato de não ter sido diligente o suficiente para confirmar se os dados da conta indicada por Renê seriam realmente de uma casa

de câmbio apenas demonstra eventual ausência de dever de cuidado, sinalizando para a figura do erro evitável.

Dessa forma, conclui que, não havendo previsão de lavagem de dinheiro na modalidade culposa, a conduta é necessariamente culposa, por erro de tipo, aplicando-se o artigo 18, parágrafo único, do Código Penal;

2.3. a inaplicabilidade da teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), porque, para sua incidência, o acusado deve ter conhecimento da elevada potencialidade da origem ilícita dos bens ou valores e, mesmo assim, ter agido de modo indiferente a esse conhecimento. Entende que cegueira deliberada não se confunde com dolo eventual, apesar de equívocos doutrinários no Brasil; e

2.4. a ausência do elemento volitivo dolo, consistente na intencionalidade de ocultar ou dissimular, estando a condenação fundamentada em presunções.

3. Subsidiariamente, quanto à dosimetria da pena (fl. 142 e seguintes), afirma que:

3.1. a motivação utilizada para a valoração negativa das circunstâncias judiciais (personalidade, circunstâncias e consequências do delito) é inidônea, pois, além de ser abstrata, aponta argumentos acerca da imputação em relação aos quais o apelante restou absolvido (crime de evasão de divisas);

3.2. a exasperação da pena se deu, para cada circunstância, em montante superior ao termo médio;

3.3. deve ser aplicada a confissão como atenuante, porque o réu reconhece ter realizado os depósitos;

3.4. o regime da pena deveria ser o semiaberto, pois é inaplicável à espécie o disposto no artigo 33, § 2º, *a*, do CP; e

3.5. o valor do dia-multa deve ser reduzido, já que a situação econômica do apelante é precária, não servindo de suporte o argumento abstrato acerca da propriedade de posto de gasolina.

4. Pede, ao final, o provimento do recurso para reconhecer as nulidades aventadas, com a aplicação das suas consequências, a reforma da sentença para absolver o apelante e, subsidiariamente, a redução da pena e a alteração do regime de cumprimento.

A *Procuradoria Regional da República* ofertou parecer, manifestan-

do-se pelo parcial provimento do recurso do Ministério Público Federal, para majorar a pena-base dos réus Carlos Habib Chater e Renê Luiz Pereira, e pelo desprovimento dos apelos dos réus (evento 18 do TRF4).

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal João Pedro Gebran Neto:

1. Considerações iniciais

Versam os presentes autos de recursos interpostos contra sentença proferida em um dos processos da conhecida Operação Lava-Jato, cuja pretensão acusatória foi julgada parcialmente procedente, para fins de condenar os réus Renê Luiz Pereira, Carlos Habib Chater e André Catão Miranda.

Em apertada síntese, neste caderno processual é imputada aos apelantes acima nominados, juntamente com Alberto Youssef, que restou absolvido, Maria de Fátima Stocker e Sleiman Nassim El Kobrossy, para os quais houve o desmembramento do processo, a prática de crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas, tráfico de drogas e associação para o tráfico de entorpecentes.

Os fatos foram assim relatados nas alegações finais do MPF, que transcrevo por brevidade, bem representando a imputação feita por este órgão:

"Trata-se de processo criminal iniciado por denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal contra RENÊ LUIZ PEREIRA ('RENÊ'), SLEIMAN NASSIM EL KOBROSSY ('SLEIMAN'), MARIA DE FÁTIMA STOCKER ('EVI'), CARLOS HABIB CHATER ('CHATER' ou 'HABIB'), ANDRÉ CATÃO DE MIRANDA ('ANDRÉ') e ALBERTO YOUSSEF ('YOUSSEF') pela prática de crimes de evasão de divisas (artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86), lavagem de dinheiro (artigo 1º, *caput* e § 1º, II, da Lei 9.613/98) e, em relação a RENÊ, tráfico de entorpecentes e associação para o tráfico (artigos 33, *caput*, e 35 c/c 40, I, da Lei 11.343/2006).

De acordo com a peça acusatória, RENÊ e SLEIMAN integram uma organização transnacional dedicada ao tráfico de cocaína, a qual é comandada por EVI. Já CHATER e YOUSSEF são operadores do mercado de câmbio paralelo, habituados a realizar operações de evasão de divisas e lavagem de ativos, sendo que o primeiro era auxiliado pelo acusado ANDRÉ.

A denúncia imputou aos acusados a prática de evasão de um total de US$ 124.000,00 relacionados ao narcotráfico mediante operações que podem ser assim sintetizadas:

1ª operação: visando receber no Brasil dólares enviados por EVI para pagamento de drogas, SLEIMAN e RENÊ contrataram CHATER para intermediar a operação mediante

uma taxa de lucro de 1% de seu valor. CHATER então contatou YOUSSEF e instrumentalizou a entrega física de US$ 36.000,00, que ocorreu no dia 30.08.13, por emissário de EVI a RENÊ (em favor também de SLEIMAN) na Rua [*omissis*], onde funcionava o escritório de YOUSSEF.

Os US$ 88.000,00 faltantes foram entregues por CHATER a RENÊ e SLEIMAN em seu equivalente em reais, sendo que RENÊ negociou a respectiva compra de dólares para envio à Bolívia como pagamento a produtores ou fornecedores de drogas, da seguinte forma:

2ª operação: primeiramente, RENÊ pediu a CHATER que efetuasse depósito de R$ 77.100,00 em conta indicada por corretora de câmbio com a qual negociou US$ 30.000,00. No dia 05.09.13, a mando de CHATER, o denunciado ANDRÉ efetuou o depósito dos R$ 77.100,00 na conta indicada por RENÊ, o qual posteriormente confirmou o envio e o recebimento do equivalente em dólares por seu fornecedor no exterior.

3ª operação: no dia 11.09.13, CHATER, com o auxílio de ANDRÉ, efetuou o depósito de R$ 19.920,00 em conta indicada por RENÊ, em favor dele e de SLEIMAN. Pelo que se pode inferir do contexto dos autos, a seguir o valor foi remetido ao exterior (Bolívia).

4ª e 5ª operações: para o restante do valor, no montante de R$ 125.500,00, correspondentes a US$ 50.000,00, RENÊ pediu o depósito em conta a ele indicada por um doleiro de *nick* 'MATUSALÉM'. Assim, considerando o retorno de uma das TEDs inicialmente efetuadas, CHATER realizou o depósito dos valores na referida conta da seguinte forma: 1) R$ 85.000,00 em 2 cheques da empresa Posto da Torre (um no valor de R$ 35.000,00 e outro no de R$ 50.000,00), controlada por CHATER, no dia 13.09.13; e 2) R$ 40.500,00 em 2 transferências provenientes do Posto da Torre (sendo uma no valor de R$ 33.400,00 e outra no de R$ 7.100,00), no dia 16.09.13.

A seguir, RENÊ contatou MATUSALÉM para que repassasse os valores em dólares a seus credores na Bolívia. O montante foi então entregue ao contato de RENÊ que utiliza o *nick* CHAVO, o qual, por sua vez, o repassou ao credor CABALLERO da seguinte forma: US$ 15.000,00 no dia 17.09.13 e US$ 35.500,00 no dia 19.09.13.

A peça acusatória imputa aos denunciados ainda a prática de lavagem dos mencionados US$ 124.000,00, uma vez que, cientes da origem ilícita dos valores, promoveram ocultação, dissimulação, recebimento, guarda e movimentação de dinheiro proveniente de tráfico de drogas mediante as operações de câmbio anteriormente descritas.

Por fim, acusa-se RENÊ de, no final do mês de novembro de 2013, ter se associado com no mínimo outras 3 pessoas e importado 698 kg de cocaína provenientes da Bolívia, os quais foram apreendidos no dia 21.11.13, na cidade de Araraquara, em poder de OCARI MOREIRA com auxílio de GILBERTO RAMOS LOPES e RICARDO SEMLER RODRIGUEZ, conforme consta dos autos 0014808-07.2013.403.6120."

Contra a sentença insurgiram-se tanto o Ministério Público Federal quanto os réus condenados.

Passo ao exame da irresignação das partes.

2. Das preliminares

As partes arguiram mais de uma dezena de preliminares, sendo que algumas delas confundem-se com o próprio mérito do presente feito.

Visando facilitar a compreensão, as questões suscitadas serão divididas por assuntos, e não pela arguição de cada parte, uma vez que os argumentos se repetem e o voto deve ser considerado como um todo.

Ademais, como se verá, grande parte das preliminares suscitadas, principalmente no tocante à competência do juízo, já foi apreciada por esta 8ª Turma, por ocasião do julgamento dos mais diversos incidentes processuais que até agora surgiram.

2.1. Da incompetência da 8ª Turma deste Tribunal, ante a alegada prevenção da 7ª Turma

Alega a defesa de Carlos Habib *Chater* a prevenção da 7ª Turma do Tribunal Regional Federal, por força do prévio conhecimento pelo Gabinete do Desembargador Tadaaqui Hirose, como relator do Mandado de Segurança nº 2009.04.00036431-1, que se encontra agora sob a titularidade da Desembargadora Claudia Cristina Cristofani.

A questão não é nova, já tendo sido inclusive apreciada pela 8ª Turma e pela própria Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani, a quem se imputa a prevenção.

A discussão foi inaugurada nesta instância pela defesa do investigado *João Procópio Junqueira Pacheco de Almeida Prado*, nos autos do HC nº 5023642-74.2014.404.0000/PR, quando restou afastada.

Naquela oportunidade, ficou consignado, já em sede liminar:

"*1. Distribuição por prevenção*

Postulou, em preliminar, a distribuição por prevenção ao MS nº 2009.04.00.036431-1, antes julgado pelo Desembargador Federal Tadaaqui Hirose e originário do Inquérito Policial nº 2006.70.00.018662-8.

Não merece acolhida o pedido. No *Habeas Corpus* nº 5016465-59.2014.404.0000/PR, *impetrado em favor do mesmo paciente*, foi alegada, em preliminar, a prevenção ao antigo procedimento envolvendo José Janene, tese esta rejeitada pela 8ª Turma:

'I – PRELIMINAR

I.1. Postula a defesa a distribuição do presente *habeas corpus* por prevenção ao MS nº 2009.04.00.036431-1/PR, da relatoria do Desembargador Federal Tadaaqui Hirose e julgado pela Turma.

A matéria invocada exigiria a comprovação de vinculação entre os fatos desencadeados do Inquérito Policial nº 2006.70.0018662-8/PR e aqueles que deram origem à denúncia em desfavor do paciente, *o que não se mostra possível em sede de* habeas corpus.

Somente em caso de flagrante incorreção e prova cabal do direito alegado permite-se o manejo do *habeas corpus* para discutir eventual distribuição dos processos relacionados. Sobre o tema, precedente desta Turma:

'*HABEAS CORPUS*. PROCESSO PENAL. COMPETÊNCIA. MATÉRIA COMPLEXA. CONHECIMENTO LIMITADO AO MOMENTO PROCESSUAL. PRISÃO PREVENTIVA. REQUISITOS. INQUÉRITO POLICIAL. ENCERRAMENTO. PRAZO. EXCESSO. DEMORA INJUSTIFICADA. INOCORRÊNCIA. (...) 2. O *habeas corpus*, em razão do seu rito célere, não se apresenta adequado para o enfrentamento de matéria que não se mostra clara e induvidosa de pronto, sendo incompatível com a instrução probatória e o exame aprofundado de provas. 3. Tratando-se de matéria complexa, o enfrentamento da alegação de incompetência mostra-se incabível na via estreita do *writ*. (...)' (TRF4, *HABEAS CORPUS* Nº 5007601-32.2014.404.0000, 8ª TURMA, Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 12.05.2014)

Tal prova, refira-se, em momento algum é trazida aos autos com a inicial, limitando-se a defesa a invocar mera prevenção formal a mandado de segurança impetrado em 14.10.2009, sem indicar qualquer vinculação fática.

I.2. De todo modo, ainda que possível adentrar em aspectos complexos a fim de verificar a suposta prevenção, *não merece ser acolhido o pedido*. Em sede liminar, registrei sucintamente:

'A par do que determina o Regimento Interno deste Tribunal e ao menos pelo que se apresenta nos autos, inexiste a alegada prevenção.

A inicial não aponta especificamente qualquer liame indissociável com os fatos investigados no Inquérito Policial nº 2006.70.00.018662-8/PR, capaz de atrair a unidade de juízo, consoante previsto na legislação processual penal.

Aliás, esse mesmo inquérito, datado de 2006, deu origem a outras investigações e incidentes, distribuídos livremente neste Tribunal e julgados em ambas as Turmas de Direito Criminal, relativos aos fatos que lhe diziam respeito à época dos fatos.

Agora, ressalvada a demonstração em contrário, não há vínculo que justifique a reunião daqueles feitos, tampouco a unidade de processamento dos diferentes inquéritos perante o mesmo juízo singular ou perante este Tribunal.

Com menor razão, ainda, a pretendida atribuição de competência, por prevenção, do presente remédio constitucional ao juízo que conheceu inicialmente de mandado de segurança impetrado por terceiro interessado contra ato praticado naquele inquérito.

Não há qualquer demonstração de qualquer unidade lógica, processual ou probatória a justificar a remessa dos presentes autos àquele relator.

Com efeito, nada obstante as extensas considerações tecidas pela defesa, sobretudo nas razões do agravo regimental, não vejo fundamentos para determinar a redistribuição do feito em prevenção do MS nº 2009.04.00.036431-1/PR, tampouco limitar a relatoria aos integrantes da Sétima Turma.'

I.3. Tomei a cautela de requisitar os autos da ação mandamental do arquivo, e fica claro, compulsando as peças, que o apontamento de suposta prevenção decorre tão somente de nomes e CPFs vinculados ao inquérito precedente, sem que isso signifique pertinência no tocante aos fatos.

A relação de eventual prevenção foi apontada às fls. 43-159 do mandado de segurança, com indicação de dezenas de processos supostamente relacionados ao IPL nº 2006.70.0018662-8/PR, *mas, repita-se, exclusivamente em razão dos nomes investigados*.

Na relação, destacam-se dezenas de processos apreciados pela 7ª e pela 8ª Turmas, de modo que não procede a alegação de que os processos seguintes devem ser julgados pelo

magistrado que primeiro conheceu dos fatos, pois, neste caso, não há relação direta entre aqueles fatos e os discutidos na denominada Operação Lava-Jato.

Há, sim, como já destacado na decisão juntada no evento 11 (AGRAVO3), nova investigação em razão de encontro fortuito de provas, ficando registrado que os grupos 'desenvolvem suas atividades aparentemente criminosas de forma independente e não subordinada'.

Reforça tal compreensão a leitura da denúncia oferecida na Ação Penal nº 5049898-06.2014.404.7000/PR, na qual se percebe que os fatos investigados referem-se ao período de janeiro/2009 em diante, posterior, portanto, ao inquérito policial iniciado em 2006. De comum, apenas a participação de conhecidos doleiros atuantes no mercado paralelo, reunidos em grupos e relacionados a fatos independentes.

Assim, *rejeito o pedido de distribuição por prevenção ao MS nº 2009.04.00.036431-1/PR, dando por prejudicado o agravo regimental*.'

Durante o julgamento, a posição foi acompanhada à unanimidade pelos demais integrantes do colegiado, com os pertinentes acréscimos do Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus:

'O tema, sem dúvida alguma, é bastante tormentoso. Os advogados estiveram nos gabinetes, desenvolveram seu memorial, distribuíram. Creio, assim como o eminente relator, que temos de dar uma devida interpretação ao que dispõe o nosso Regimento Interno. O Tribunal é um tribunal que julga causas cíveis, causas administrativas, causas tributárias, causas penais e causas previdenciárias. A leitura, ao menos, que eu faço do que prevê o art. 82 do nosso Regimento Interno, quando se refere a processo, no que tange à jurisdição criminal exercida pelo nosso Tribunal, eu interpreto no sentido de fatos. O Direito Penal lida, por excelência, com fatos. Processo é apenas o invólucro em que está uma reunião de papéis, hoje em dia uma plataforma digital, em que se investiga, se debate acerca desses mesmos fatos. O que está em discussão? Está em discussão que esse mandado de segurança, anteriormente distribuído à 7ª Turma do nosso Tribunal, foi tirado em face de inquérito policial, que lhe é precedente, em que havia, na época, uma investigação relacionada a uma outra pessoa. Parece-me que isso é de todos conhecido, não vamos nominar porque não precisamos entrar em detalhes. Agora, o que me parece importante, e isso V. Exa. pontua no voto, é que, após esses fatos que foram conhecidos pela 7ª Turma, outros fatos vieram à tona no bojo desse primitivo procedimento. Esses outros fatos, muito embora guardem conexão com aqueles anteriores, que foi o motivo pelo qual o juiz em primeiro grau se deu por competente, esses outros fatos não significam dizer que aquele colegiado, a 7ª Turma, está preventa para todo e qualquer outro fato diverso que dele venha a advir, salvo demonstrada alguma vinculação, digamos assim, específica, explícita. E V. Exa. aponta no voto que se trata de um encontro fortuito de prova, ou seja, parece-me que essa é uma categoria já de certa forma bem desenvolvida no processo penal, em que, a partir dela, se extrai uma quebra no encadeamento dos fatos, e essa quebra no encadeamento dos fatos faz nascer um outro juiz natural para esses novos fatos. Ou seja, parece-me que a turma, no caso a 8ª Turma, esta turma, e, no âmbito da nossa turma, V. Exa., na condição de relator, tornou-se, em face desse encontro fortuito de provas, o juiz natural para conhecer desses fatos. Por isso que concordo com V. Exa. quando diz que não há prevenção da 7ª Turma. A 7ª Turma estaria preventa se se tratasse do mesmo fato. Aqui, estamos a examinar outro contexto fático. Então, como se diz, e isso quem diz é o Supremo Tribunal Federal, ainda na fase da investigação, o que está em jogo é o fato suspeitado. Parece-me que esse fato

suspeitado, por natureza complexa, já se viu aqui no âmbito dessa Operação Lava-Jato, não guarda estreita, nítida, estreita identidade com aqueles que então eram investigados naquele inquérito primitivo precedente. Não precisamos entrar em detalhes, mas é do conhecimento das partes que aqui o que houve foi um acompanhamento, um monitoramento, e esse monitoramento dirigido em face de determinada pessoa, determinada pessoa que, é sabido hoje, porque é público, havia celebrado um acordo de colaboração, e essa pessoa, uma das condições desse acordo de colaboração era não retornar à vida delinquencial. Então, sabemos que, em face desse monitoramento, desvelou-se a quebra desse acordo celebrado por essa pessoa, e, daí, erupcionou-se, daí adveio toda essa investigação. Então, parece que aqui é nítida a diferença do contexto fático. E uma das regras que, digamos assim, por excelência, presidem o cuidado com a prevenção é evitar decisões contraditórias. Ora, é sabido que o investigado nesse inquérito, que se aponta como precedente, é falecido, inclusive. Então, parece-me que não há o menor risco, sequer hipotético, de haver uma decisão contraditória da nossa turma com a *7ª* Turma do nosso Tribunal. Estou acompanhando V. Exa. também na preliminar, pedindo vênia aos doutores, estou rejeitando essa preliminar de prevenção.'

Vamos adiante no mérito.

Pois bem, tal tese de prevenção não é novidade, tampouco foi lançada exclusivamente pela defesa do ora paciente. Nos autos do HC nº 5022047-40.2014.404.0000, impetrado em favor de outros dois investigados na denominada Operação Lava-Jato, a defesa, de igual modo, aventou a possibilidade de prevenção ao MS nº 2009.04.00.036431-1, antes julgado pelo Desembargador Federal Tadaaqui Hirose e originário do Inquérito Policial nº 2006.70.00.018662-8.

Na oportunidade, malgrado a decisão anterior proferida pela 8ª Turma, *a fim de evitar novos incidentes de idêntico objeto*, encaminhei os autos à Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani, que desacolheu a alegada prevenção, de modo que resta superado o tema proposto pela defesa."

Dessa forma, o tema encontra-se de fato superado, seja pelo conteúdo das decisões anteriores proferidas pela 8ª Turma, seja pela manifestação da própria Desembargadora Federal Claudia Cristina Cristofani ao rejeitar expressamente a eventual prevenção no HC nº 5022047-40.2014.404.0000, de modo que não merece acolhida a pretensão preliminar.

É oportuno referir que a 5ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em sessão realizada no dia 24 de novembro de 2014, ao julgar o HC nº 302.604/PR, também impetrado pela defesa de *João Procópio Junqueira Pacheco de Almeida Prado*, negou-lhe seguimento. Contudo, registrou breve incursão acerca da competência e da conexão, estando esta última a exigir um vínculo que a justifique, como se observa do voto condutor, proferido pelo Exmo. Ministro Newton Trisotto (desembargador convocado):

"Aos fundamentos da decisão interlocutória e do acórdão, os quais adoto, evitando, assim, tautologia, nada seria necessário aduzir.

Permito-me, no entanto, acrescentar:

05.01. De acordo com numerosos julgados do Supremo Tribunal Federal, 'reveste-se de plena legitimidade jurídico-constitucional a utilização, pelo Poder Judiciário, da técnica da motivação *per relationem*, que se mostra compatível com o que dispõe o art. 93, IX, da Constituição da República. A remissão feita pelo magistrado – referindo-se, expressamente, aos fundamentos (de fato e/ou de direito) que deram suporte a anterior decisão (ou, então, a pareceres do Ministério Público ou, ainda, a informações prestadas por órgão apontado como coator) – constitui meio apto a promover a formal incorporação, ao ato decisório, da motivação a que o juiz se reportou como razão de decidir' (AI nº 825.520-AgR-Ed, rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, DJe 12.09.2011; RE nº 614.967 AgR/AM, rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19.03.2013).

05.02. Prescreve o Código de Processo Penal que 'a competência será, de regra, determinada pelo lugar em que se consumar a infração, ou, no caso de tentativa, pelo lugar em que for praticado o último ato de execução' (art. 70, *caput*).

Todavia, também preceitua que:

'Art. 76. A competência será determinada pela conexão:

I – se, ocorrendo duas ou mais infrações, houverem sido praticadas, ao mesmo tempo, por várias pessoas reunidas, ou por várias pessoas em concurso, embora diverso o tempo e o lugar, ou por várias pessoas, umas contra as outras;

II – se, no mesmo caso, houverem sido umas praticadas para facilitar ou ocultar as outras, ou para conseguir impunidade ou vantagem em relação a qualquer delas;

III – *quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração*.'

Sobre a competência por conexão probatória ou instrumental, leciona Guilherme de Souza Nucci que os processos – ainda que na fase investigatória – devem ser reunidos 'se a prova de uma infração servir, de algum modo, para a prova de outra, bem como se as circunstâncias elementares de uma terminarem influindo para a prova de outra' (*Código de Processo Penal comentado*. 9. ed. Revista dos Tribunais, 2009. fl. 234).

Com ele consoa Gustavo Badaró:

'Finalmente, o inciso III define a conexão instrumental ou probatória, 'quando a prova de uma infração ou de qualquer de suas circunstâncias elementares influir na prova de outra infração'. A expressão 'influir' é demasiadamente ampla, até mesmo porque não se define o grau de influência necessário para caracterizar o nexo entre as infrações a impor a união dos processos. Em busca de delimitação de tal conceito, parte da doutrina tem entendido que não basta qualquer influência, sendo necessário que haja uma relação de prejudicialidade entre os delitos. Assim, a conexão probatória ou instrumental encontraria seu fundamento na 'manifesta prejudicialidade homogênea'. O exemplo sempre lembrado é o da conexão entre o furto e a receptação, dado que, para se condenar o receptador, é preciso provar que a coisa adquirida era produto de crime. Assim, o furto é prejudicial em relação à receptação, pelo que ambos devem ser apreciados conjuntamente.' (*Processo penal*. Campus Elsevier, 2012. fls. 174-175)

Em suma:

'A conexão no processo dá-se em favor da jurisdição, de modo a facilitar a colheita

da prova, evitar decisões contraditórias e permitir cognição mais profunda e exauriente da matéria posta a julgamento. O simples encontro fortuito de prova de infração que não possui relação com o objeto da investigação em andamento não enseja o *simultaneus processus*.' (STF, RHC nº 120.379, rel. Ministro LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 24.10.2014)

Ademais, em sede de *habeas corpus*, não é possível valorar a prova para afastar a conexão instrumental.

Traslado, parcialmente, ementas de acórdãos versando sobre a matéria, as quais se aplicam, *mutatis mutandis*, ao caso em análise:

'Consolidou-se na jurisprudência do STF que, para configurar-se a conexão instrumental (CPrPen., art. 77, III), não bastam razões da mera conveniência no *simultaneus processus*, *reclamando-se que haja vínculo objetivo entre os diversos fatos criminosos*; esse liame, porém, é de reconhecer-se entre o crime imputado a particulares e a concussão que, contra eles, seja praticada por policiais, que reclamam vantagens patrimoniais ilícitas para não efetivar a sua prisão em flagrante' (HC 81811, rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, DJe 22.11.2002 – o destaque não consta do original)

'I – Crimes de pedofilia e pornografia infantil praticados no mesmo contexto daquele de estupro e atentado violento ao pudor, contra as mesmas vítimas. *Reunião dos processos, em virtude da existência de vínculo objetivo entre os diversos fatos delituosos e de estarem imbricadas as provas coligidas para os autos, nos quais foram apuradas as práticas das condutas incriminadas*.

II – Há conexidade instrumental: a prova relacionada à apuração de um crime influirá na do outro, razão pela qual é competente para conhecer da controvérsia a Justiça Federal' (HC nº 114.689, rel. Ministro RICARDO LEWANDOWSKI, Segunda Turma, DJe 29.08.2013 – o destaque não consta do original)

'1. *Em regra, a questão relativa à existência de conexão não pode ser analisada em* habeas corpus *porque demanda revolvimento do conjunto probatório, sobretudo, quando a conexão é instrumental; todavia, quando o impetrante oferece prova pré-constituída, dispensando dilação probatória, a análise do pedido é possível*.

2. Em regra, a competência do juízo para processar e julgar a causa é determinada pelo critério do local em que o delito se consumou, contudo, a conexão pode funcionar como critério modificativo da competência.

3. A ação penal que se refere à conduta praticada para ocultar outro crime ou para nele conseguir impunidade é conexa objetivamente àquela em relação à qual se pretendia a impunidade.

4. *Quando a prova de uma infração influi direta e necessariamente na prova de outra, há liame probatório suficiente a determinar a conexão instrumental*.

5. Não há avocação de competência quando esta é declinada por um dos juízos para o outro em face da conexão.

6. Embora a conexão tenha por finalidade garantir a união dos processos para uma melhor apreciação da prova pelo juízo, evitando-se decisões conflituosas, pode ocorrer a inconveniência dessa junção, ensejando o trâmite separado, mas mantendo-se, por corolário, o mesmo juízo.

7. Pedido conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.' (HC 113.562/PR, rel. Ministra JANE SILVA, SEXTA TURMA, DJe 03.08.2009 – o destaque não consta do original)

'*A finalidade da regra da conexão instrumental contida no art. 76, III, do CPP é a*

de atender à celeridade e à economia processual, além de garantir a segurança jurídica e proteger a instrução criminal, de sorte a impedir que processos penais originados de uma mesma estrutura corram em juízos diversos.' (CC 114.034/SP, rel. Ministra MARIA THEREZA DE ASSIS MOURA, TERCEIRA SEÇÃO, DJe 01.02.2011)

"*A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem firmado o entendimento de que, para restar configurada a conexão instrumental, não bastam razões de mera conveniência no* simultaneus processus*,* ***reclamando-se que haja vínculo objetivo entre os diversos fatos criminosos***' (HC nº 56.128/ES, Ministro Arnaldo Esteves Lima, Quinta Turma, DJ 06.08.2007).' (AgRg nos EDcl no REsp 1176548/RJ, rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, SEXTA TURMA, DJe 14.10.2013 – o destaque não consta do original)

'1. A competência para processar e julgar a ação penal é fixada, em regra, pelo critério do local em que o delito se consumou, podendo, contudo, a conexão determinar a sua modificação.

2. A fixação da competência deu-se de forma justificada e em conformidade com os critérios estabelecidos pelos arts. 76, II, e 78, II, *a*, do Código Penal, ficando demonstrada a conexão probatória (instrumental).

3. *Excetuados os casos de patente ilegalidade ou abuso de poder, é vedada, em sede de* habeas corpus*, a análise do conjunto probatório, o que seria necessário ao se examinar as circunstâncias judiciais consideradas para a determinação da competência por conexão na forma do art. 76, II do CP*.' (RHC 19.758/SP, rel. Ministra ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA, SEXTA TURMA, DJe 16.05.2013 – o destaque não consta do original)"

Além disso, segundo pacificado pela Súmula 706 do Supremo Tribunal Federal, "é relativa a nulidade decorrente da inobservância penal por prevenção" (STJ, RHC 200001427490, Min. Vicente Leal, Sexta Turma, DJ 18.03.2002).

Desse modo, rejeito a preliminar.

2.2. Da incompetência do juízo de origem

Vários argumentos foram apresentados acerca da incompetência do magistrado *a quo*, cujo exame se segue.

2.2.1. Da alegada usurpação de competência do Supremo Tribunal Federal

Alega o recorrente Carlos Habib *Chater* que a competência para processar e julgar o presente feito seria do Supremo Tribunal Federal, cuja competência teria sido usurpada pelo juízo singular, o que acarretaria a nulidade do presente processo penal.

Diz que os fatos imputados seriam decorrentes e correlatos com os apurados na Ação Penal originária daquela Corte nº 470 (caso conhecido como Mensalão), na qual era investigado o então deputado federal José Janene, que igualmente aparece na Operação Lava-Jato como au-

tor e beneficiário de atos ilícitos.

Sem razão o recorrente.

Não obstante a coincidência de algumas pessoas na Operação Lava-Jato e no Mensalão, não há conexão probatória ou instrumental que justifique a unidade de processamento dos feitos, até porque o chamado "processo do Mensalão" já foi objeto de julgamento, com trânsito em julgado da decisão condenatória.

Tampouco há competência originária da Suprema Corte para julgar o presente processo, em relação àqueles agentes que não possuem prerrogativa de foro.

O próprio Supremo Tribunal Federal, ao julgar incidente relativo à Operação Lava-Jato, determinou o desmembramento quanto aos investigados que têm foro privilegiado em relação àqueles que não o têm. Isso decorre da recente modificação da jurisprudência da Excelsa Corte, que passou a determinar o desmembramento dos processos em que há investigados (ou réus) que têm e que não têm foro privilegiado.

A decisão proferida pela mais elevada corte, no caso específico da Operação Lava-Jato, restou assim ementada:

"AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. COMPETÊNCIA POR PRERROGATIVA DE FORO. DESMEMBRAMENTO DE INVESTIGAÇÕES E AÇÕES PENAIS. PRERROGATIVA PRÓPRIA DA SUPREMA CORTE.

1. O Plenário desta Suprema Corte mais de uma vez já decidiu que 'é de ser tido por afrontoso à competência do STF o ato da autoridade reclamada que desmembrou o inquérito, deslocando o julgamento do parlamentar e prosseguindo quanto aos demais' (Rcl 1121, relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Tribunal Pleno, julgado em 04.05.2000, DJ 16.06.2000, PP-00032, EMENT VOL-01995-01, PP-00033). Nessa linha de entendimento, decidiu o Plenário também que, 'até que esta Suprema Corte procedesse à análise devida, não cabia ao juízo de primeiro grau, ao deparar-se, nas investigações então conjuntamente realizadas, com suspeitos detentores de prerrogativa de foro – em razão das funções em que se encontravam investidos –, determinar a cisão das investigações e a remessa a esta Suprema Corte da apuração relativa a esses últimos, com o que acabou por usurpar competência que não detinha' (Rcl 7913 AgR, relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 12.05.2011, DJe-173, DIVULG 08.09.2011, PUBLIC 09.09.2011, EMENT VOL-02583-01, PP-00066).

2. Por outro lado, a atual jurisprudência do STF é no sentido de que as normas constitucionais sobre prerrogativa de foro devem ser interpretadas restritivamente, o que determina o desmembramento do processo criminal sempre que possível, mantendo-se sob a jurisdição especial, em regra e segundo as circunstâncias de cada caso, apenas o que envolva autoridades indicadas na Constituição (Inq 3515 AgR, relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Tribunal Pleno, julgado em 13.02.2014).

3. No caso, acolhe-se a promoção do Procurador-Geral da República, para determinar o desmembramento dos procedimentos em que constam indícios de envolvimento de parlamentar federal, com a remessa dos demais à primeira instância, aí incluídas as ações penais em andamento." (AP 871 QO, relator Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, julgado em 10.06.2014, Acórdão Eletrônico DJe-213, divulg. 29.10.2014, public. 30.10.2014).

Do voto do relator, inclusive fazendo expressa remissão à presente ação penal, colhe-se:

"De fato, nas investigações em que figuram outros supostos 'doleiros' que não Alberto Youssef (Carlos Habib Chater: Inquérito Policial 714/2009 – 2006.70.00.018662-8, Pedido de Busca e Apreensão 5001438-85.2014.404.7000 e Interceptação Telefônica 5026387-13.2013.404.7000; Nelma Kodama: Inquérito Policial 1000/2013-5048401-88.2013.404.7000, Pedido de Busca e Apreensão 5001461-31.2014.404.7000 e Interceptação Telefônica 5048457-24.2013.404.7000; Raul Srour: Inquérito Policial 1002/2014 5048550-84.2013.404.7000, Pedido de Busca e Apreensão 5001443-10.2014.404.7000 e Interceptação Telefônica 5049747-74.2013.404.7000), não há notícia de participação de autoridade com foro por prerrogativa de função, de modo que não há razão para a manutenção de tais procedimentos no Supremo Tribunal Federal.

(...)

Registre-se que, embora as denúncias oferecidas nessas ações penais e seu respectivo recebimento tenham ocorrido alguns dias após 17 de abril de 2014, é certo afirmar, ademais, que foram baseadas em elementos probatórios colhidos em data anterior. Também em relação a elas, portanto, não há razão para submetê-las à jurisdição do STF, devendo ser remetidas ao juízo de primeiro grau para que lá reassumam seu curso a partir do estado em que se encontram, o que não inibe, convém enfatizar, que a higidez dos atos e provas nelas produzidos venha a receber o controle jurisdicional apropriado, se for o caso."

O Supremo Tribunal Federal, nos autos da Reclamação nº 17.623 e da Ação Penal nº 871, reafirmou a competência para julgamento do juízo de primeiro grau. No mesmo sentido, o e. Superior Tribunal de Justiça, no HC nº 302604/PR, reconheceu a competência do juízo de origem.

Salienta-se que nem mesmo existe a pretendida vinculação ao Inquérito Policial nº 714, que investigava José Mohamad Janene. Carece de razão a alegação de que as investigações tinham por foco investigar o ex-parlamentar desde o nascedouro do inquérito policial. O nome de Janene só veio à tona no ano de 2009, quando já não exercia mais o mandato parlamentar. Sobre o tema, aliás, o próprio Supremo Tribunal Federal, nos autos do Inquérito nº 2.245, que impulsionou a Ação Penal nº 470 (caso Mensalão), chancelou a regularidade da tramitação do feito em primeiro grau.

Ademais, se de fato houvesse vinculação a fatos pretéritos, nada justificaria, por exemplo, a distribuição de processos que investigam autoridades com prerrogativa de foro de forma livre no Supremo Tribunal Federal, sendo imperioso lembrar que, *com a aposentadoria do Ministro Joaquim Barbosa, a Ação Penal nº 470 passou à relatoria do Ministro Roberto Barroso, enquanto os novos processos, originados da denominada Operação Lava-Jato, foram distribuídos ao Ministro Teori Zavascki*.

Por tais fundamentos, rejeito a preliminar.

2.2.2. Da alegada competência da Seção Judiciária do Distrito Federal

Alegam os recorrentes *Renê* Luiz Pereira e *André* Catão de Miranda a nulidade da sentença, sob o argumento de que a competência para o processamento e o julgamento do feito é da Vara Federal do Distrito Federal, como, aliás, chegou a ser sustentado pelo MPF durante as investigações. Afirmam que, se houve evasão de divisas e lavagem de dinheiro, tais delitos se consumaram no Distrito Federal, local, inclusive, em que foram cumpridas as medidas de busca e apreensão, bem como os mandados de prisão preventiva, devendo ser aplicadas as regras dos artigos 70 e 78 do Código de Processo Penal.

A 8ª Turma desta Corte, em processo de minha relatoria, julgando *habeas corpus* impetrado em favor de *Renê*, apreciou a questão da competência da 13ª Vara Federal de Curitiba para o processamento e o julgamento dos presentes fatos. O julgado restou assim ementado (TRF4, *Habeas Corpus* nº 5020586-33.2014.404.0000, por unanimidade, juntado aos autos em 05.09.2014):

"*HABEAS CORPUS*. LAVAGEM DE DINHEIRO. LEI Nº 9.613/98. TRÁFICO DE DROGAS. COMPETÊNCIA. NATUREZA DA INVESTIGAÇÃO. CONEXÃO.

1. Iniciada a investigação para apuração de crimes financeiros praticados no Estado do Paraná, a competência é fixada em face do Juízo Federal da 13ª Vara de Curitiba/PR, especializada na matéria para todo o Estado, inclusive para os crimes conexos e correlatos.

2. A indicação de que os valores lavados pelo paciente são provenientes do tráfico de drogas não é suficiente para modificar a competência do juízo de origem, em virtude da conexão.

3. As investigações destinadas a apurar a existência de crimes financeiros tornam prevento o juízo de origem para as demais ações relacionadas aos fatos investigados.

4. Havendo conexão entre os crimes de tráfico de drogas e de lavagem de dinheiro ou

evasão de divisas, prevalece a competência do juízo especializado, segundo a regra do art. 78, IV, do Código de Processo Penal.

5. Ordem de *habeas corpus* denegada."

Colhe-se do voto condutor do acórdão a seguinte fundamentação:

"O tema não é novo. No julgamento do HC nº 5007601-32.2014.404.0000/PR, impetrado em favor de Carlos Habib Chater, consignei:

'A competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR firmou-se em razão da especialização para crimes contra o sistema financeiro e de lavagem de dinheiro em todo o Estado do Paraná, consoante as normas de organização judiciária desta 4ª Região. Tendo sido o juiz federal da 13ª Vara Federal o primeiro a tomar conhecimento dos fatos que deram origem à chamada Operação Lava-Jato, prevento está para todas as medidas que dela se sigam, tais como decidir sobre pedidos de prisão, busca e apreensão, fiança, liberdade provisória, entre outras decisões judiciais que o caso comportar.

Deflagrada a chamada Operação Lava-Jato, foram identificados indícios de outros crimes e outros suspeitos, muitos deles por descoberta cruzada de informações e interceptações telefônicas, dentre eles o ora paciente.

Em comum, a ligação com o conhecido doleiro Alberto Youssef.

2.2. Apega-se a defesa aos fatos de que a maior parte dos investigados – inclusive o ora paciente – não reside no Estado do Paraná e de que os crimes foram consumados em outras localidades, Rio de Janeiro/RJ ou Brasília/DF.

Sustenta, então, que, uma vez certo o local da infração, os autos deveriam ter sido remetidos para outras localidades, o que afastaria a competência do magistrado de primeiro grau, inclusive para decretação da prisão preventiva.

Não merece guarida a pretensão. Não se há, no contexto da decisão que decretou a preventiva, de questionar a competência do juízo claramente competente, pois, contrariamente, *significaria aceitar que o inquérito policial desta operação, de proporções então inimagináveis, fosse desmembrado em tantos quantos fossem os locais de residência dos investigados* ou os locais de consumação.

É importante destacar, a bem da instrução criminal, que o desconhecimento da real dimensão da cadeia de delitos e de envolvidos opõe-se a qualquer fundamento que venha em favor da necessidade de desmembramento do inquérito, sob pena de comprometimento das investigações e descaracterização da prova.

Apenas a título de argumentação, é fácil concluir que a definição da competência depende obrigatoriamente da análise das investigações e do conjunto probatório, reunido em milhares de áudios e de mensagens colhidas (até o momento, cerca de 28.000 arquivos de áudio, 2.000 mensagens SMS, mais de 10.000 mensagens BBM – Blackberry Messenger).

2.3. A competência se dá, no caso, pela conexão, sendo prevento o juízo que primeiro conheceu dos fatos. É inquestionável, portanto, no momento da decisão, a competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR para presidir o inquérito, de modo que, por esse viés, inexiste ilegalidade no decreto prisional. Nem mesmo eventual modificação de competência macularia o ato praticado, como já decidido por este Tribunal: 'o fato de o juízo se haver dado por incompetente após os atos iniciais da investigação e a decretação da prisão preventiva, ainda que na hipótese de incompetência absoluta, não implica nulidade da decretação de prisão, não sendo, pois, tal questão apta a determinar a concessão da ordem

de *habeas corpus*' (TRF4, *HABEAS CORPUS* Nº 5015980-93.2013.404.0000, 8ª TURMA, Des. Federal JOÃO PEDRO GEBRAN NETO, POR UNANIMIDADE, JUNTADO AOS AUTOS EM 27.08.2013).'

1.4. Em se tratando de crimes conexos, prevalece a competência do juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, sendo importante gizar que, em se tratando de crime de tráfico transnacional de drogas, a competência é da Justiça Federal. Ainda que não houvesse prova do crime internacional de tráfico de entorpecentes, o que se pondera apenas para fins de complementação dos fundamentos, não há dúvida da correlação que existe entre os crimes de tráfico e de lavagem de ativos.

O crime de tráfico de drogas teria se consumado quando a droga atravessou a fronteira, em local ainda indefinido. A apreensão ocorreu em Araraquara/SP. O crime de lavagem relacionado teria se consumado na cidade Curitiba/PR, assim considerando os depósitos efetuados em conta de interposta pessoa. De igual modo, o crime de evasão teria se consumado em Curitiba/PR, por meio de operação do tipo dólar-cabo.

1.5. Retornando aos termos da decisão hostilizada, avançou o magistrado de primeiro grau, concluindo:

'12. Entre os crimes de tráfico e de lavagem do produto de tráfico e evasão desse mesmo valor, há evidente conexão e continência, conforme regras do art. 76, II, e do art. 77, II, do CPP.

13. Segundo a denúncia, o tráfico é internacional, pois a droga teria sido negociada com traficantes estrangeiros, sendo citados diversos diálogos e mensagens trocadas por Renê Luiz Pereira na denúncia com seus fornecedores.

14. Ainda se reporta a denúncia, como prova do envolvimento de Renê no tráfico de drogas, a outras operações de sua responsabilidade, uma delas envolvendo a apreensão de 55 kg de cocaína em Valência, na Espanha.

15. Sendo o tráfico internacional, ele e o crime de lavagem são da competência da Justiça Federal. Quanto ao crime de evasão de divisas, igualmente.

16. Embora ao crime de tráfico seja cominada a pena mais grave, prevalece a competência material da 13ª Vara Federal de Curitiba, já que é especializada para o processo e o julgamento de crimes de lavagem e financeiros. É que não tem a Vara Federal de Araraquara competência para processo e julgamento de crimes de lavagem e financeiros, motivo pelo qual a regra aplicável é a do art. 78, IV, do CPP, fixando a competência da Justiça Federal em Curitiba. A regra do art. 78, II, *a*, do CPP, citada pela defesa de Renê, só tem aplicação entre juízes de igual competência, o que não é o caso.

17. Como citado pelo MPF, o Supremo Tribunal Federal decidiu, em caso semelhante, pela competência da vara especializada em lavagem:

'*HABEAS CORPUS*. PENAL, PROCESSUAL PENAL E CONSTITUCIONAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS E LAVAGEM DE DINHEIRO PROVENIENTE DO TRÁFICO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ESPECIALIZAÇÃO DE VARA POR RESOLUÇÃO. CONSTITUCIONALIDADE: AUSÊNCIA DE OFENSA AO PRINCÍPIO DO JUIZ NATURAL. TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS: CONTROVÉRSIA. EXCESSO DE PRAZO DA INSTRUÇÃO CRIMINAL. MATÉRIAS NÃO SUSCITADAS NAS INSTÂNCIAS PRECEDENTES. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA.

1. A atuação do juiz federal no procedimento investigatório o torna prevento para julgar a ação penal pelo crime de tráfico internacional de drogas. Precedente. Além disso, a inves-

tigação também abrange o crime de lavagem de dinheiro proveniente do tráfico, atraindo a competência da Justiça Federal.

2. Especialização de vara federal por resolução emanada do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Constitucionalidade afirmada pelo Pleno desta Corte. Ausência de ofensa ao princípio do juiz natural.

3. Alegação de competência da Justiça Estadual, não da Justiça Federal, e excesso de prazo da instrução criminal: matérias não submetidas a exame das instâncias precedentes. Supressão de instância. *Habeas corpus* conhecido em parte e, nessa extensão, denegada a ordem.' (HC 94.188 – rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma do STF – um. – DJe de 16.10.2008)

18. Portanto, para a presente ação penal e em síntese, a 13ª Vara Federal de Curitiba tem competência material sobre os crimes de lavagem e de evasão que se consumaram ou tiveram seu último ato de execução no Brasil em Curitiba, prorrogando-se a sua competência para o crime de tráfico internacional de drogas, já que o juízo do local da apreensão das drogas não tem competência material sobre crimes de lavagem ou financeiros.

19. Ademais disso, é forçoso reconhecer conexão entre as diversas ações penais e inquéritos da assim denominada Operação Lava-Jato, dez delas acima relacionadas.'

2. Conclusões

Por todas essas considerações, não merece prosperar a insurgência da defesa. Havendo conexão entre as ações penais correlacionadas aos fatos investigados no processo, é inviável se tomar o crime de tráfico de drogas como autônomo.

É fundamental referir que este caso não é isolado no bojo da Operação Lava-Jato. Inicialmente instaurada para apuração de crimes financeiros e contra a administração pública, no seu andamento, outros crimes conexos foram se descortinando, todos eles ligados umbilicalmente aos primeiros.

Em face da especialização, forte no art. 78, IV, do Código de Processo Penal, deve ser mantida a decisão de primeiro grau e reafirmada a competência do Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR."

Embora parte dos crimes descritos na denúncia tenha sido cometida no Distrito Federal, a competência da 13ª Vara Federal resta firmada porque há condutas praticadas no Estado do Paraná, as quais foram inicialmente objeto de apuração pela autoridade policial e persecução penal. Esses crimes possuem conexão instrumental com outros fatos objeto de processos penais que igualmente tramitam pela mesma vara federal.

Ademais, a competência da vara especializada é preponderante em relação às demais subseções judiciárias e estende-se por todo o território da seção judiciária.

Não fosse isso suficiente, há que se reconhecer a relação de conexão e continência, na forma dos artigos 76, III, e 77, II, combinado com o art. 78, II, *c*, todos do Código de Processo Penal.

Não prospera, pois, tal prefacial.

2.2.3. Da alegada competência da Subseção Judiciária de Araraquara/SP

Ainda no tocante à competência, sustenta o recorrente *Renê* a nulidade do processo penal em decorrência da competência da Subseção Judiciária de Araraquara/SP para os delitos de tráfico de drogas e associação para o tráfico, por aplicação da regra da continência, prevista no artigo 77, I, do Código de Processo Penal.

É desnecessário tecer maiores considerações sobre o tema, porquanto, nos itens anteriores, já restou afastada a alegação da incompetência da 13ª Vara Federal de Curitiba/PR, sendo certo que esta corte e os tribunais superiores já apreciaram a matéria em sucessivos *habeas corpus*.

Pontuo, apenas, que o juízo de origem adequadamente sintetizou a questão, nos seguintes termos:

"29. De todo modo, muito rapidamente, apenas a título de recordação, a competência territorial deste juízo decorre não só da conexão entre as ações penais originadas da assim denominada Operação Lava-Jato, que se iniciou com apuração de crime de lavagem de dinheiro consumado em Londrina/PR, mas também porque, no presente feito, os crimes narrados na denúncia de evasão de divisas e de lavagem de dinheiro tiveram sua consumação ou seu último ato de execução no Brasil em Curitiba/PR, com o depósito de valores provenientes do tráfico internacional de drogas em conta de empresa de fachada mantida em Curitiba, especificamente, conta de Gilson M. Ferreira ME, mantida no Banco Itaú, Agência Xaxim, em Curitiba/PR. Quanto ao crime de tráfico internacional de drogas, embora os 698 kg de cocaína tenham sido apreendidos em Araraquara/SP, falece à vara federal daquela cidade competência para processar e julgar crime de lavagem de dinheiro, prevalecendo, portanto, a competência material deste juízo especializado sobre a lavagem de dinheiro consumada ou executada em Curitiba, atraindo, por conexão óbvia, o crime antecedente de tráfico de drogas. Assim, ao contrário do argumentado pelas defesas, a competência deste juízo é clara e cristalina para o processo e o julgamento da presente ação penal."

Assim, rejeito igualmente a preliminar de nulidade, tendo em vista que o processo transcorreu e a sentença foi proferida pelo juízo competente.

2.3. Das interceptações telefônicas

Diversos pontos foram sustentados em relação à validade das interceptações telefônicas e telemáticas e à nulidade das provas delas decorrentes.

Sobre a licitude da prova, cumpre referir que a interceptação telefô-

nica e telemática, autorizada judicialmente e executada em consonância com os ditames previstos na legislação de regência, pode e deve ser admitida como meio de prova da acusação.

A Lei nº 9.296/96 tem o propósito de viabilizar a investigação de determinados fatos ou circunstâncias que, em face de suas peculiaridades, são de difícil apuração, constituindo a escuta telefônica, neste contexto, recurso eficaz a cooperar na persecução criminal. O combate à criminalidade, cada vez mais organizada, requer o emprego de mecanismos e procedimentos de investigação eficientes, para que o Estado também esteja devidamente organizado para combater o tráfico de entorpecentes (TRF4, ACR 2002.71.00.009434-2/RS, relator Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, Oitava Turma, DJU 02.07.2003).

Nos termos do disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal, "é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal".

A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para servir como prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto em lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça, conforme disposto no artigo 1º da Lei nº 9.296/1996, que regulamentou o preceito estabelecido pela Constituição.

A referida norma prevê ainda, em seu artigo 2º, as hipóteses em que não será admitida a interceptação das comunicações:

"Art. 2º Não será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer das seguintes hipóteses:

I – não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;

II – a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;

III – o fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Parágrafo único. Em qualquer hipótese, deve ser descrita com clareza a situação objeto da investigação, inclusive com a indicação e a qualificação dos investigados, salvo impossibilidade manifesta, devidamente justificada."

A lei também dispõe sobre a preservação do sigilo das diligências, gravações e transcrições respectivas (artigo 8º), *não havendo espaço para prévio contraditório, sob pena de se desvirtuar a própria natureza*

da medida.

Assim, a Constituição Federal estabeleceu como regra a inviolabilidade do sigilo das comunicações. Entretanto, previu como exceção a possibilidade de quebra do referido sigilo para fins de investigação criminal e de instrução de processos penais.

Ressalte-se que o artigo 156, I, do Código Penal autoriza o juiz a ordenar, mesmo antes de iniciada a ação penal, a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes. Deve, entretanto, observar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida.

Passo, então, à análise individualizada dos argumentos.

2.3.1. Da alegada nulidade das interceptações telefônicas e telemáticas em face das sucessivas renovações

Sustenta a defesa de *Renê* a nulidade do processo, em decorrência da ilicitude das interceptações telefônicas e telemáticas, sob o argumento de que foram realizados sucessivos deferimentos e renovações sem a devida fundamentação, violando o disposto na Lei nº 9.296/96.

No que diz respeito ao tempo por que perduraram as interceptações, é inquestionável a necessidade delas para desbaratar tão qualificada atividade criminosa perpetrada por dezenas de investigados na Operação Lava-Jato, inclusive quanto aos fatos descritos na presente ação penal. Os crimes de evasão de divisas, lavagem de dinheiro e tráfico de drogas, de um modo geral, e em especial quando perpetrados por organizações criminosas, são praticados com elevada sofisticação, a fim de dificultar sobremaneira sua descoberta. Poucos são os vestígios deixados e muitas são as formas dissimuladas pelos agentes para sua ocultação. A utilização de múltiplos intermediários e o uso de linguagem cifrada são conhecidos métodos que estão a exigir não apenas a interceptação dos diálogos, mas também a sua decodificação e a compreensão do papel que cada qual desempenha no grupo criminoso. Isso sem falar nas muitas ligações telefônicas e interceptações telemáticas que nenhum escopo criminoso possuem.

Assim, no mais das vezes, mostram-se indispensáveis renovações e prolongadas interceptações, o que não gera qualquer nulidade, sempre que estejam acobertadas por ordem judicial. Nesse sentido orienta-se a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, consoante julgamento de

seu Plenário:

"PROVA. Criminal. Interceptação telefônica. Prazo legal de autorização. Prorrogações sucessivas. Admissibilidade. Fatos complexos e graves. Necessidade de investigação diferenciada e contínua. Motivações diversas. Ofensa ao art. 5º, *caput*, da Lei nº 9.296/96. Não ocorrência. Preliminar rejeitada. Voto vencido. É lícita a prorrogação do prazo legal de autorização para interceptação telefônica, ainda que de modo sucessivo, quando o fato seja complexo e, como tal, exija investigação diferenciada e contínua." (Decisão de recebimento da denúncia no Inquérito 2.424/RJ – Pleno do STF – rel. Min. Cezar Peluso – j. 26.11.2008, DJE de 26.03.2010)

No caso concreto, as diversas interceptações telefônicas decorreram de decisões judiciais devidamente fundamentadas, tendo o magistrado *a quo* ressaltado que a prorrogação da medida mostrou-se necessária, pois se tratou de atividade criminal que se estendeu no tempo, "sob pena de permitir-se a continuidade delitiva sem qualquer controle ou possibilidade de interrupção pela polícia".

A título ilustrativo, transcrevo uma das diversas decisões judiciais de prorrogação das interceptações (evento 175 dos autos 5026287.13.2013.404.7000):

"Representou, ainda, pela prorrogação de terminais pertencentes a Carlos Habib Chater, Luis René Pereira, Sleiman Nassim El Kobrossy e ainda o usuário Rubens *speedfast* de Blackberry, ainda não totalmente identificado.

Observo que o pedido de prorrogação, além dos argumentos acima expendidos, se apoia na constatação, neste último período de monitoramento, da continuidade da prática de ilícitos.

Em análise sumária, sem pretender ser exaustivo, entendo que a prorrogação se justifica parcialmente.

Há uma expressiva quantidade de diálogos interceptados que indicam a continuidade da prática de operações dólar-cabo pelos investigados, o que pode caracterizar crime de evasão de divisas e ainda lavagem de dinheiro.

Destaco, da quantidade expressiva de provas colacionadas, alguns diálogos a título ilustrativo.

De Carlos Habib, destaco diálogo com pessoa identificada como 'Beto', no qual Carlos praticamente admite a natureza criminosa de suas atividades, mostrando surpresa por não ter sido preso em operação policial anterior:

'BETO X CARLOS HABIB – Carlos fala que portador já está no avião indo pegar 'documento'. Ceará falou para Beto que ele poderia pagar contra real para Carlos. Beto já entregou para Zica. Carlos fala que 'papel' não é dele e fala para Beto organizar com a pessoa. Falam de Cunha, Beto fala que dá o dinheiro e Cunha paga depois. CARLOS FALA QUE, DESDE OPERAÇÃO MIQUEIAS, NÃO TEM TRABALHADO, NÃO SABE COMO NÃO FOI PEGO, PORQUE FEZ MUITA OPERAÇÃO.' (resumo do diálogo de 17.10.2013)

De Sleiman Nassim El Kobrossy, destaco diálogo em 14.10.2013 no qual aparenta negociar operação dólar-cabo com euros mantidos em conta na Europa com pessoa identificada

como 'Evi' (evento 171, anexo 7).

Já quanto a Luis René Pereira, o abaixo exposto, acerca de seus contatos com 'Carlos Miguel', justifica por si só a prorrogação.

Pleiteou ainda a autoridade policial a interceptação do terminal Blackberry utilizado pelo usuário 'Carlos Miguel'.

Referida pessoa não foi totalmente identificada, mas há indícios de que usaria os serviços financeiros de Luis René Pereira, com quem troca mensagens em espanhol. No conjunto de mensagens destacadas na petição do evento 174, reportam-se à prisão de aparentemente 'companheiros' por tráfico de drogas, tendo inclusive o usuário Carlos Miguel encaminhado a Luiz René notícia de jornal relatando o fato, no qual houve apreensão de 55 kg de cocaína no Porto de Valência oriundos do Porto de Santos no Brasil. Em outra mensagem, um reporta ao outro '*tus amigos estavan siendo investigados a dos años*'. Desse conjunto de mensagens, deflui fundada suspeita do envolvimento de ambos com o tráfico de drogas ou com a lavagem de dinheiro decorrente do tráfico de drogas, justificando a interceptação pretendida e a prorrogação da interceptação do terminal de Luis René.

Já quanto ao usuário Rubens *speedfast* de Blackberry, deve a autoridade policial melhor esclarecer as provas colhidas neste período de interceptação e a necessidade de prorrogação, visto que, no extenso material probatório juntado, este juízo não as localizou. Indefiro, portanto, a prorrogação, sem prejuízo de reavaliação após os esclarecimentos.

Não é viável interromper a investigação, pois, apesar das provas colhidas, não há um quadro probatório perfeitamente delineado e suficiente para o início da persecução.

Observo, de todo modo, que não estão sendo colacionados apenas diálogos e mensagens suspeitas, mas também juntados aos autos comprovantes bancários enviados de maneira eletrônica entre as partes, o que robustece a prova."

Verifica-se que a decisão judicial preenche os requisitos da Lei nº 9.296/96, merecendo destaque o cuidado do magistrado da origem, ao indeferir um dos pleitos sob o fundamento de que a autoridade policial não indicou a necessidade de prorrogação em relação a um dos usuários.

Referida lei prevê, no seu artigo 5º, a possibilidade de ser renovada a medida por mais 15 dias, não estipulando limitação do número de renovações da interceptação, mas apenas a demonstração da sua indispensabilidade como meio de prova.

Não se ignora que o e. Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela impossibilidade de se prorrogar a interceptação telefônica sucessivamente (HC nº 76.686 – PR – 2007/0026405-6), por ausência de previsão legal.

Trata-se, entretanto, de decisão isolada no âmbito da jurisprudência brasileira, que acabou suplantada por decisão da Corte Suprema e do próprio Superior Tribunal de Justiça no sentido de que é lícita a prorro-

gação sucessiva da autorização para monitoramento telefônico.

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC nº 106129, da relatoria do Min. Dias Toffoli, confirmou o entendimento acerca da possibilidade de prorrogação do prazo de 15 dias para interceptação telefônica por períodos sucessivos, "especialmente quando o fato é complexo, a exigir investigação diferenciada e contínua", asseverando que, naquele caso, não se poderia falar em nulidade das referidas escutas ou de suas prorrogações.

No mesmo sentido é a atual orientação do e. STJ:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. CRIMES DE FALSIFICAÇÃO, CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL, LAVAGEM DE DINHEIRO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA. PRORROGAÇÕES SUCESSIVAS. POSSIBILIDADE. COMPLEXIDADE DA ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. NECESSIDADE DA MEDIDA. DECISÕES FUNDAMENTADAS. DURAÇÃO RAZOÁVEL (CERCA DE UM ANO). DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO JUÍZO. VALIDADE DA PROVA. ESCUTAS FEITAS NO CURSO DE INVESTIGAÇÃO CRIMINAL. FATOS OCORRIDOS EM DIVERSOS LOCAIS. INTERCEPTAÇÃO TELEMÁTICA DE DADOS. OBSERVÂNCIA DAS PRESCRIÇÕES LEGAIS. AUSÊNCIA DE AFRONTA A NORMAS CONSTITUCIONAIS. RECURSO DESPROVIDO.

1. Segundo jurisprudência pacífica desta corte superior, a posterior declinação de competência do juízo não tem o condão de, só por si, invalidar a prova colhida mediante interceptação telefônica, em procedimento cautelar pré-processual, ordenado na fase investigatória por decisão devidamente fundamentada e em respeito às exigências legais, ainda mais se os fatos desenrolavam-se em diversos locais, de sorte que, até então, aquele juízo era o competente para tal ato.

2. É possível a renovação sucessiva de interceptações telefônicas, já que o prazo de 15 dias, previsto no art. 5º da Lei nº 9.296/96, é prorrogável por igual período, quantas vezes for necessário, devendo-se observar, contudo, o princípio da razoabilidade e a necessidade da medida para a atividade investigatória, comprovada concretamente em decisão fundamentada. Precedentes do STJ e do STF.

Na espécie, tais pressupostos foram respeitados, pelo que não há falar em ilegalidade das prorrogações de interceptação telefônica, que perduraram por aproximadamente um ano, prazo razoável, em face das peculiaridades do caso: complexa organização criminosa, que atuava em prejuízo do Sistema Financeiro Nacional.

3. Este tribunal superior firmou entendimento no sentido de ser legal, *ex vi* do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 9.296/96, a interceptação do fluxo de comunicações em sistema de informática e telemática, se for realizada em feito criminal e mediante autorização judicial, não havendo qualquer afronta ao art. 5º, XII, da CF.

4. Recurso ordinário a que se nega provimento." (RHC nº 25.268 – DF [2009/0011646-2], rel. Ministro Vasco Della Giustina [desembargador convocado], julgado em 27 de março de 2012 – destaquei)

Demonstradas, no caso concreto, a necessidade e a razoabilidade da

medida, não há nulidade a ser declarada.

2.3.2. Da alegada nulidade das provas decorrentes das interceptações telemáticas e telefônicas, por cerceamento de defesa, em face da não entrega à defesa dos áudios originais

Sustenta o apelante *Renê* que os elementos de prova colhidos pela autoridade policial e entregues à defesa "não constituem os áudios originais, produzidos pelo Sistema Guardião, no exato momento em que são captados pelo sistema, a partir do envio pelas companhias telefônicas", o que impossibilita a verificação da autenticidade, sem qualquer adulteração. Refere que, "para que se possa aferir a verdadeira autenticidade do material, nos termos dos laudos periciais acostados nos eventos 319 e 368 dos autos de origem (...), é imprescindível que seja entregue à defesa o material produzido pelo sistema de interceptação exatamente no modo como é gerado, sem qualquer alteração ou compreensão". Junta perícia, que aponta possíveis alterações na prova.

Alega, assim, violação aos artigos 157, § 1º, e 564, IV, ambos do Código de Processo Penal, e ao artigo 5º, XII, LV e LXVIII, da Constituição Federal.

A preliminar foi afastada pelo magistrado *a quo* nos seguintes termos:

"89. A alegação da defesa de Renê Luiz de cerceamento de defesa porque não teriam sido disponibilizados às defesas os áudios originais da interceptação tampouco faz sentido. *Realizada a interceptação pela Polícia Federal, a medida gera um arquivo eletrônico de áudio. Todos os arquivos telefônicos de áudio foram disponibilizados integralmente às partes.* Não tem a defesa direito a obter o arquivo de áudio no formato que deseja e segundo a sua conveniência. Não há, por outro lado, como resgatar os áudios originais, que seriam somente aqueles existentes no próprio momento do diálogo telefônico. É evidente que o áudio original é gravado em um arquivo eletrônico para ser conservado e disponibilizado às partes, o que foi feito, não havendo do que se reclamar.

90. Ademais, apesar da reclamação da defesa de Renê Luiz, como se verá adiante, a maior parte da prova decorrente da interceptação refere-se a mensagens interceptadas no Blackberry e na Internet, em relação às quais sequer existe 'áudio'. Um áudio de diálogo relevante e abaixo citado foi encontrado no aparelho celular apreendido com Renê Luiz Pereira, não sendo viável questionar a autenticidade de áudio gravado pelo próprio acusado (item 137, adiante). Aliás, a defesa sequer questionou a autenticidade desse áudio específico. *Outros áudios de diálogos interceptados relevantes para o caso, basicamente três (itens 188-190, adiante), tiveram a sua autenticidade reconhecida em audiência por um dos interlocutores, espancando imaginárias dúvidas.* Então não há nenhuma dúvida sobre a autenticidade da prova decorrente da interceptação telefônica ou telemática." (grifei)

Com efeito, o que é pretendido pela defesa, ou seja, o acesso aos diálogos "exatamente no modo como são gerados", sequer é viável de ser alcançado, como bem fundamentado pelo magistrado *a quo*, já que o áudio original é gravado em um arquivo eletrônico para ser conservado e disponibilizado às partes. É dizer, os diálogos gravados pelo Sistema Guardião são propriamente os originais, já que se trata das conversas armazenadas pelo sistema utilizado pela autoridade policial a partir do envio pelas companhias telefônicas.

Observa-se dos autos que as defesas tiveram acesso a todas as mídias eletrônicas que continham os diálogos interceptados, inclusive com senha de segurança para acesso, os mesmos elementos analisados pelo juízo sentenciante.

De mais a mais, o perito, embora indique situações anômalas, não aponta, especificamente, um diálogo do acusado que seja inautêntico e se houve, efetivamente, adulteração.

Não se sustenta, pois, a alegação de nulidade da prova.

2.3.3. Da alegada nulidade das provas em face de interceptação telemática e telefônica em períodos não acobertados por ordem judicial

A defesa de *Renê* alega que existem períodos em que foram realizadas interceptações telefônicas sem as devidas autorizações, como nos dias 27 e 28 de julho de 2013, tendo havido solução de continuidade. Aduz que "não há relevância na data em que de fato se iniciou a implantação da interceptação telefônica pela companhia, o que deve ser levado em consideração é a data da decisão que autorizou a prorrogação e a expedição de ofício à operadora".

Diz, ainda, não haver nos autos a informação precisa de quando a empresa RIM (Research in Motion), responsável pelo Blackberry, implementou os procedimentos, mesma situação caracterizada em relação a algumas das empresas de telefonia. Aponta o período de 12 dias (20.09.2013 a 01.10.2013) em que não havia autorização judicial para a interceptação telemática das mensagens, devendo ser declarada a nulidade de tal prova e das interceptações subsequentes.

A questão restou adequadamente solvida pela sentença guerreada:

"81. Quanto à alegação de que haveria diálogos interceptados não cobertos pelos períodos de interceptação autorizados, cumpre distinguir a data da autorização judicial da data da implementação da medida. O prazo de 15 dias conta a partir da implementação. Por outro

lado, essas medidas de interceptação são todas promovidas eletronicamente entre Polícia Federal e operadoras de telefonia, sendo programados nos respectivos sistemas o início e o fim, com o que é literalmente impossível que possa ter havido interceptação de diálogo ou de mensagem fora do período autorizado.

82. Assim, a alegação da defesa de Renê Luiz de que existiriam diálogos ou mensagens interceptadas não cobertas pela autorização judicial está dissociada da realidade do processo e é uma verdadeira impossibilidade, considerando-se a inserção eletrônica dos períodos de interceptação tanto nos sistemas das operadoras de telefonia como nos sistemas da autoridade policial.

83. Todos os diálogos e mensagens interceptados entre 11.07.2013 e 17.03.2014 estão cobertos pela autorização judicial. Pontualmente, pode ter havido solução de continuidade entre uma prorrogação e outra, mas não há, considerando-se a aludida inserção dos períodos de prorrogação nos sistemas eletrônicos, possibilidade prática de existir mensagem ou diálogo fora dos períodos autorizados.

84. Exemplificadamente, a alegação da defesa de Renê Luiz de que teria havido interceptação ininterrupta de terminal Nextel de Carlos Chater entre 22.07.2013 e 12.08.2013 ignora o que está expresso nos autos de interceptação (fl. 45-47 do evento 441). O primeiro relatório de interceptação apresentado pela Polícia Federal foi parcial, abrangendo apenas o período de nove dias, 12.07.2013 a 21.07.2013, como se verifica expressamente no evento 20 do processo 5026387-13.2013.404.7000. O segundo relatório de interceptação abrangeu o remanescente do período anterior, de 22.07.2013 a 26.07.2013, e o segundo período, de 29.07.2013 a 12.08.2013, como expresso no relatório do evento 51 do processo 5026387-13.2013.404.7000. Assim, é evidente o equívoco da defesa de Renê Luiz quanto a esse ponto."

Com efeito, ao contrário do sustentado na apelação, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que "o prazo de 15 (quinze) dias, previsto na Lei nº 9.296/96, é contado *a partir da efetivação da medida constritiva*, ou seja, do dia em que se iniciou a escuta telefônica, e não da data da decisão judicial" (HC 212.643/PE, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, DJe 26.03.2012).

De mais a mais, para que eventual nulidade fosse decretada, deveria a defesa apontar especificamente qual o diálogo interceptado em período descoberto de autorização judicial e sua eventual utilização como prova nos autos ou como suporte para as provas subsequentes. A mera alegação de ausência de cobertura judicial por determinado período não tem o poder de gerar a nulidade de todo o processo. E mais, ainda que comprovado que em pequeno período tenha sido realizada escuta sem amparo de autorização, o que não se demonstrou, isso ainda assim não macularia todo o restante da prova, anterior ou subsequente, colhida de forma legal.

2.3.4. Da alegada nulidade das provas decorrente da insuficiência de fundamentação nas renovações

A defesa do acusado *Renê* aponta, ainda, a ausência de fundamentação idônea nas decisões exaradas quanto à prorrogação das medidas, argumentando que "está sempre baseada em elementos idênticos e na gravidade abstrata do delito".

Quanto ao ponto, a fim de evitar repetições, reporto-me ao assinalado no item 2.3.1.

Acrescento que, ainda que algumas poucas decisões não tenham sido objeto de extensa fundamentação, todas elas fazem remissão a decisões anteriores, cujos fundamentos ainda continuavam válidos de modo a reafirmar a necessidade e a razoabilidade da medida.

O Supremo Tribunal Federal decidiu, recentemente, que "Eventual referência às decisões pretéritas não traduz motivação deficiente quando demonstrado que as razões iniciais legitimadoras da interceptação subsistem e o contexto fático delineado pela parte requerente indique a sua necessidade, como único meio de prova, para elucidação do fato criminoso" (RHC 108926, Segunda Turma, rel. Min. Teori Zavascki, DJe 24.02.2015).

Não se pode perder de vista o contexto em que as diversas decisões são proferidas no âmbito da Operação Lava-Jato, sendo até recomendável que argumentos não sejam repetidos de modo estéril, sendo suficiente que decisões posteriores se reportem a decisões anteriores em que haja extensa e adequada fundamentação. É desnecessário que, em cada renovação de interceptação, o magistrado reproduza integralmente os fundamentos de fato e de direito que fundaram a decisão inicial.

Nesse sentido:

"RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. QUADRILHA ARMADA, EXTORSÃO E CRIME CONTRA A ECONOMIA POPULAR. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DECISÕES JUDICIAIS FUNDAMENTADAS. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL.

[...]

6. Não procede a alegação de que as decisões na espécie constituiriam meras reproduções umas das outras, uma vez que, como visto, os magistrados responsáveis pelo feito sempre fundamentaram as interceptações nos elementos colhidos em investigações ou monitoramentos prévios, demonstrando, efetivamente, a indispensabilidade da medida para a correta identificação de todos os agentes envolvidos e dos crimes em tese cometidos, mormente em razão da perpetuação no tempo das atividades supostamente criminosas, conforme externado

em detalhes nos relatórios da autoridade policial.

7. Ainda que o juízo tenha utilizado um modelo de decisão para motivar as prorrogações da quebra de sigilo telefônico, bem como a inclusão de novos números, o certo é que, *subsistindo as razões para a continuidade das interceptações, como ocorreu no caso – tendo em vista a própria natureza e o* modus operandi *dos delitos investigados –, inexistem óbices a que o magistrado adote os mesmos fundamentos empregados nas prévias manifestações proferidas no feito.*

[...]" (RHC 39.927/SP, rel. Ministro Jorge Mussi, Quinta Turma, DJe 03.02.2015 – destaquei)

Assim, igualmente rejeito a preliminar.

2.3.5. Da alegada ilicitude da prova por desvio da vinculação causal da investigação

O acusado *Renê* aponta, também, o desvio de vinculação causal da investigação inicialmente instaurada, o que levaria à ilicitude da prova coletada, bem como de toda a ação penal. Argumenta que, quando da inicial representação por medidas de interceptação telefônica, o objetivo era apurar a suposta prática de lavagem de dinheiro perpetrada por meio da utilização da empresa *CSA Project Finance*, que seria um braço financeiro de familiares e assessores do já falecido deputado federal José Mohamed Janene, mediante a empresa *Dunel Indústria e Comércio Ltda.* Refere que, "a partir das diversas e sucessivas escutas telefônicas operadas, a investigação foi se distanciando de seu objeto inicial, abarcando, mês a mês, outros fatos e pessoas, que em nada se relacionavam com o início das interceptações telefônicas e com a espinha dorsal da investigação". Aduz, então, que tais dados, obtidos por meio de interceptações telefônicas e telemáticas que em nada possuem relação com o objeto da investigação, devem ser considerados ilícitos.

Prequestiona o artigo 157, § 1º, do CPP, os artigos 2º, I e II, parágrafo único, e 4º e 5º, todos da Lei nº 9.296/96, e o artigo 5º, XII e LV, da Constituição Federal.

Não verifico a ocorrência de qualquer ilicitude.

2.3.5.1. Como já exposto em diversos incidentes julgados pela Oitava Turma, a Operação Lava-Jato, na sua origem remota, foi instaurada para apurar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional perpetrados no Estado do Paraná. Até então, eram impensáveis os desdobramentos que o feito original teria, na medida em que se buscava apurar crimes

praticados pelo investigado Alberto Youssef e outros, relativamente a evasão de divisas, lavagem de dinheiro, operação irregular de instituição financeira, dentre outras suspeitas.

A origem do nome, aliás, decorre de um dos primeiros ramos de investigação, porque parte dos recursos ilícitos teria sido "lavada" por intermédio de empresas controladas pelo réu Carlos Habib Chater, conhecido empresário no ramo de postos de gasolina em Brasília, por intermédio das empresas Angel Serviços Terceirizados e Torre Comércio de Alimentos.

Ocorre que as ramificações das diferentes operações – investigadas a partir de diligências policiais e, depois, com a devida autorização judicial, de interceptações telefônicas, interceptações telemáticas e quebra de sigilo bancário – culminaram com a descoberta de fatos diversos, que deram ensejo a uma quase interminável lista de novos procedimentos investigatórios.

A partir daquela apuração inicial, enveredou-se para apuração dos ilícitos perpetrados por organizações criminosas, em que, para além dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e de lavagem de dinheiro, também se constatou a prática contra a administração pública, de tráfico de entorpecentes, de corrupção ativa e passiva, dentre tantos.

Mais adiante, após a prisão preventiva de vários investigados, alguns dos então indiciados, destacadamente Alberto Youssef e Paulo Roberto Costa, confessaram a prática de vários delitos, tendo ambos firmado acordos de delação premiada, fatos esses de notório conhecimento.

A operação, que já tinha dimensões extraordinárias – comparada com os feitos criminais que ordinariamente tramitaram perante os tribunais brasileiros –, passou a ter tamanho estratosférico, o que é absolutamente ímpar na história dos processos penais brasileiros.

2.3.5.2. Na hipótese, como transcrito nas próprias razões recursais, a decisão que determinou a inclusão de *Renê* como um dos alvos das interceptações embasou-se no monitoramento do Blackberry Messenger de Carlos Habib Chater, a partir do qual foi possível indicar um grupo de pessoas, aparentemente integrado no mercado paralelo, que estaria estabelecendo transações ilegais com ele.

Assim, reforçadas as fortes suspeitas de prática de ilícitos penais

(câmbio ilegal, lavagem de dinheiro, evasão de divisas) e não se vislumbrado outros meios para elucidar tais fatos, foi deferida a quebra do sigilo telemático de outros números, incluindo o de *Renê* (*nick* Michelin).

Como se vê, ainda que o acusado não tenha sido alvo do pedido inicial de quebra de sigilo na Operação Lava-Jato, as informações obtidas apontaram a possível prática, por ele, de delitos financeiros.

Trata-se da "descoberta fortuita, ou seja, do encontro de prova referente a outro delito que não aquele motivador do pedido de interceptação" (*in* BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Crimes federais*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 936), também denominado como *fenômeno da serendipidade*. Esclarece o autor que,

"no momento da investigação, não há uma delimitação completa e exata do objeto, não havendo como exigir-se os rigores do princípio da correlação entre denúncia e sentença. Investiga-se, com base em uma hipótese, mas sem uma definição totalmente precisa dos contornos do fato, o que é próprio da denúncia. Assim, estando os fatos descobertos dentro dos contornos mais ou menos fluidos do tema da investigação, a prova deve ser admitida."

2.3.5.3. A jurisprudência das cortes superiores é uníssona quanto à validade da utilização como prova dos elementos encontrados fortuitamente por meio de interceptações telefônicas legalmente autorizadas, quando houver relação/conexão entre os delitos. Nesse sentido:

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA LICITAMENTE CONDUZIDA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVA DA PRÁTICA DE CRIME PUNIDO COM DETENÇÃO. LEGITIMIDADE DO USO COMO JUSTA CAUSA PARA OFERECIMENTO DE DENÚNCIA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. 1. O Supremo Tribunal Federal, como intérprete maior da Constituição da República, *considerou compatível com o art. 5º, XII e LVI, o uso de prova obtida fortuitamente por meio de interceptação telefônica licitamente conduzida*, ainda que o crime descoberto, conexo ao que foi objeto da interceptação, seja punido com detenção. 2. Agravo regimental desprovido." (STF, AgR no AI 626214, Segunda Turma, relator Min. Joaquim Barbosa, DJe 08.10.2010 – destaquei)

"PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ESPECIAL. NÃO CABIMENTO. FATO DELITUOSO DESCOBERTO A PARTIR DA INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA AUTORIZADA EM RELAÇÃO A TERCEIRO. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. ENCONTRO FORTUITO DE PROVAS (SERENDIPIDADE). PEDIDO DE JUNTADA DE MÍDIAS AOS AUTOS. INOVAÇÃO RECURSAL. PRECLUSÃO. NULIDADE RELATIVA. EFETIVA DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. INOCORRÊNCIA. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO.

(...)

IV – Na linha da jurisprudência desta eg. Corte, *entende-se por encontro fortuito de provas (serendipidade) a possibilidade de utilização de prova obtida a partir da interceptação telefônica autorizada para investigar fato delituoso de terceiro, desde que haja relação com o fato objeto da investigação*. (Precedentes). (...)" (STJ, HC 300.684/RS, rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, julgado em 17.03.2015, DJe 25.03.2015 – destaquei)

2.3.5.4. De outra banda, é válido o uso das informações obtidas fortuitamente em interceptações telefônicas para a instauração de investigação de outros delitos, ainda que não haja conexão. *Se a quebra da comunicação telefônica revelar uma prática delituosa, não poderia a autoridade que conduz a apuração simplesmente desconsiderar tal informação.*

Como bem esclarece a doutrina de Luiz Flávio Gomes e Silvio Maciel,

"é válida a prova se é descoberto 'fato delitivo conexo com o investigado', mas desde que de responsabilidade do mesmo sujeito passivo. Logo, se o fato não é conexo ou se versa sobre outra pessoa, não vale a prova. Cuida-se de prova nula. Mas isso não significa que a descoberta não tenha nenhum valor: vale como *noticia criminis*, é dizer, a partir dela pode-se desenvolver nova investigação. Vale, em suma, como uma casual *noticia criminis*. Nada impede a abertura de uma nova investigação, até mesmo nova interceptação, mas independente." (*in Interceptação telefônica*: comentários à Lei 9.296, de 24.07.1996. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 112)

Colaciono, a respeito, arestos das duas turmas do Superior Tribunal de Justiça:

"*HABEAS CORPUS*. IMPETRAÇÃO ORIGINÁRIA. SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO ESPECIAL CABÍVEL. IMPOSSIBILIDADE. RESPEITO AO SISTEMA RECURSAL PREVISTO NA CARTA MAGNA. NÃO CONHECIMENTO.

[...]

NULIDADE DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. MEDIDA AUTORIZADA COM RELAÇÃO A CRIME DIVERSO E APENAS COM RELAÇÃO À CORRÉ. VIOLAÇÃO À DECISÃO QUE PERMITIU A QUEBRA DO SIGILO TELEFÔNICO. DESRESPEITO À LEI 9.296/1996. DOCUMENTAÇÃO COMPROBATÓRIA INSUFICIENTE. NECESSIDADE DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. EIVA NÃO VERIFICADA.

1. Não há na impetração a íntegra dos autos em que foi deferida a interceptação telefônica dos acusados, documentação indispensável para que seja possível verificar se a medida teria excedido os limites estabelecidos pelo magistrado na decisão que a autorizou.

2. O rito do *habeas corpus* pressupõe prova pré-constituída do direito alegado, devendo a parte demonstrar, de maneira inequívoca, por meio de documentos que evidenciem a pretensão aduzida, a existência do aventado constrangimento ilegal suportado pelo paciente,

ônus do qual não se desincumbiu o impetrante.

3. Ademais, o simples fato de a quebra do sigilo telefônico haver sido deferida inicialmente com relação a uma das corrés e para apurar a suposta prática de delito diverso do investigado na presente ação penal não é suficiente para contaminar a prova obtida com a escuta, pois, se a autoridade policial, em decorrência de interceptações telefônicas legalmente autorizadas, tem notícia do cometimento de novos ilícitos por parte daqueles cujas conversas foram monitoradas, é sua obrigação e seu dever funcional apurá-los.

Doutrina. Precedentes.

[...]" (HC 205.870/SP, Quinta Turma, rel. Ministro Jorge Mussi, DJe 22.05.2013 – destaquei)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO. FALTA DE CABIMENTO. INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS. DIÁLOGOS NÃO RELACIONADOS COM O OBJETO DA INVESTIGAÇÃO. PRETENSÃO DE DECLARAÇÃO DE ILICITUDE, DE EXCLUSÃO E DE DESTRUIÇÃO DE TAIS PROVAS. INEXISTÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL. POSSIBILIDADE DE DESCOBERTA FORTUITA DE DELITOS (FENÔMENO DA SERENDIPIDADE). PRECEDENTES.

1. O *habeas corpus* não deve ser utilizado como substitutivo do recurso ordinário previsto nos arts. 105, II, *a*, da Constituição Federal e 30 da Lei nº 8.038/1990.

2. O fato de elementos indiciários acerca da prática de crime surgirem no decorrer da execução de medida de quebra de sigilo de dados e comunicações telefônicas devidamente autorizada judicialmente, determinada para apuração de outros crimes, não impede, por si só, que as provas daí advindas sejam utilizadas para a averiguação da suposta prática daquele delito.

3. A comunicação entre advogado e cliente eventualmente alcançada pela regular escuta telefônica não implica nulidade da colheita da prova indiciária de crimes e serve para a instauração de outro procedimento apuratório.

4. Não deve o Estado permanecer inerte ante o conhecimento da prática de outros delitos no curso de interceptação telefônica legalmente autorizada. Conforme o art. 40 do Código de Processo Penal, cumpre à autoridade judicial, em casos que tais, remeter ao Ministério Público as cópias e os documentos necessários ao oferecimento da denúncia.

5. *Habeas corpus* não conhecido." (HC 197.044/SP, Sexta Turma, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 23.09.2014 – destaquei)

Como já exaustivamente explicitado, não há dúvida da conexão entre os delitos e nada há de ilícito na cadeia fática a contaminar a validade do presente processo.

2.4. Da quebra de sigilo bancário e fiscal

Também em preliminar, sustenta o recorrente Carlos Habib *Chater* a existência de vício no processo em decorrência da quebra do sigilo bancário e fiscal baseada em denúncia anônima, enviada via *e-mail*, informando suposta lavagem de dinheiro de José Janene, por intermédio de empresa de Londrina.

Disso teria resultado o pedido de quebra de sigilo bancário e fiscal das empresas ligadas ao apelante, sem que outras diligências tivessem sido feitas anteriormente. Diz que meras suposições de autoria e a simples presunção da ocorrência de crime, fundada em depósito fracionado de dinheiro em espécie em conta corrente, não poderiam dar ensejo à medida cautelar referida. Por isso, entende que não foram atendidos os requisitos a justificar a quebra do sigilo bancário e fiscal.

Dispõe a Lei Complementar nº 105/2001:

"Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 4º A quebra de sigilo poderá ser decretada, *quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes*:

I – de terrorismo;

II – de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;

III – de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;

IV – de extorsão mediante sequestro;

V – contra o sistema financeiro nacional;

VI – contra a administração pública;

VII – contra a ordem tributária e a previdência social;

VIII – lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;

IX – praticado por organização criminosa." (grifei)

É de se notar que a previsão constante no referido § 4º possibilita a quebra do sigilo bancário com a finalidade de apurar a ocorrência de fato ilícito, desde que devidamente motivada a medida e apurada sua necessidade.

Muito embora constitua um dever das instituições financeiras manter resguardados os dados de seus clientes, bem como as movimentações financeiras por eles efetuadas, eventualmente pode haver a quebra desse sigilo em casos de suspeita de movimentação ilegal, se judicialmente autorizada.

De todos os requisitos exigidos para a decretação da quebra de sigilo, destacam-se a indispensabilidade dos dados constantes junto à instituição financeira e a existência de indícios de participação do investigado na prática criminosa.

A respeito da matéria, já decidiu o Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO. POSSÍVEIS CRIMES AUTÔNOMOS DE SONEGAÇÃO FISCAL, FALSIDADE IDEOLÓGICA E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO ESPECÍFICA DOS FUNDAMENTOS DO *DECISUM* AGRAVADO. SÚMULA 182/STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

[...] 2. Ademais, '*A proteção aos sigilos de dados não é direito absoluto, podendo ser quebrados quando houver a prevalência do direito público sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos criminais, desde que a decisão esteja adequadamente fundamentada na necessidade da medida*. Precedentes do STJ' (HC 114.846/MG, rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, QUINTA TURMA, DJe 02.08.2010).

3. *In casu*, em que pese não haver nos autos informações acerca do lançamento definitivo do crédito tributário, a quebra de sigilo restou fundamentada, também, na presença de indícios de crimes autônomos de falsidade ideológica e de formação de quadrilha.

4. Agravo regimental não conhecido." (STJ, AgRg no RMS 28043/SP, 5ª Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23.03.2012 – grifei)

Da leitura da Lei Complementar nº 105/2001, verifica-se que não há qualquer vedação quanto a se tratar de investigação iniciada a partir de denúncia anônima para fins de determinar a medida.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema firmou a seguinte compreensão:

"AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ORDINÁRIO EM *HABEAS CORPUS*. DENÚNCIA ANÔNIMA. DILIGÊNCIAS PELIMINARES.

1. A decisão agravada está alinhada com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que 'nada impede a deflagração da persecução penal pela chamada 'denúncia anônima', desde que esta seja seguida de diligências realizadas para averiguar os fatos nela noticiados' (HC 105.484, rel. Min Cármen Lúcia).

2. Agravo regimental a que se nega provimento." (RHC 110436 AgR, relator Min. Roberto Barroso, Primeira Turma, publicado em 19.11.2014)

Sobre a alegada nulidade, assim se manifestou o juízo de origem:

"31. No caso presente, a denúncia anônima não está sozinha. O registro de atividades pretéritas de Alberto Youssef e de José Janene, com envolvimento em crimes de lavagem e corrupção, justifica a adoção de medidas de investigação a respeito dos fatos. Por outro lado, a autoridade policial realizou prévia verificação, por meio do acesso a registros em bancos de dados públicos e ainda de vigilância visual, de algumas informações contidas nas denúncias. Evidentemente, com tais meios limitados, é impossível verificar a total procedência da denúncia.

Entretanto, parte das informações ali constantes foi confirmada, dentre elas a constituição de filial da empresa Dunel em Londrina, o fato de que no mesmo local funciona empresa de alimentos e a vinculação da empresa Dunel a José Janene, o que se infere da presença no local de veículo de propriedade da filha deste. Chamam também atenção, conferindo também justa causa às investigações, os vários registros criminais em nome de Hermes

Freitas Magnus, CPF 550.352.670-91.

32. Também não pode ser olvidado que a denúncia anônima foi instruída com diversos documentos bancários, o que é indicativo de que o seu autor é pessoa que tem acesso na empresa a tal espécie de documentação.

33. A documentação bancária revela diversos indícios de crimes, dentre eles a estruturação de pagamentos em espécie a, aparentemente, fornecedores da Dunel (itens 15-17) e o pagamento de despesas elevadas da Dunel por empresas do ramo alimentício em Brasília (item 18).

34. Nesse quadro, no qual a denúncia anônima encontra amparo nas averiguações efetuadas pela autoridade policial, no histórico criminoso dos envolvidos e ainda na própria documentação com ela apresentada, é o caso de deferir o requerido pela autoridade policial e autorizar o prosseguimento das investigações. [...]"

Como se vê, foram tomadas providências preliminares a demonstrar o mínimo de plausibilidade nos fatos expostos na denúncia anônima, concluindo-se pela imprescindibilidade da quebra do sigilo fiscal. Tenho, assim, que não merece reparos a decisão singular.

2.5. Das nulidades do processo

2.5.1. Da alegada nulidade do processo por inépcia da denúncia

2.5.1.1. Sustenta a defesa de *Renê* que o Ministério Público Federal imputou a ele a prática dos delitos de evasão de divisas, lavagem de dinheiro, tráfico de drogas e associação para o tráfico, mas o fez de "forma confusa, vaga e globalizada, sem descrever e demonstrar cabalmente a participação (real e efetiva) na concreção dos fatos", em relação a cada um dos acusados, o que dificulta a ampla defesa, impedindo a produção de contraprova. Assim, haveria afronta aos artigos 41 e 564, IV, do Código de Processo Penal e 5º, LV, da Constituição Federal.

Dispõe o artigo 41 do Código de Processo Penal:

"Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol das testemunhas."

Portanto, deve a denúncia, sob pena de inépcia, esclarecer o fato criminoso que se imputa aos acusados "com todas as suas circunstâncias", ou seja, delimitando todos os elementos indispensáveis à sua perfeita individualização.

Consta da peça acusatória (evento 01 da ação penal originária):

"As investigações desvelaram indícios de uma série de crimes em que estão envolvidos os denunciados. Nesta peça, serão denunciados exclusivamente os fatos atinentes à evasão

de divisas (no valor de US$ 124.000,00), à lavagem de ativos do narcotráfico (referente a US$ 124.000,00) e ao tráfico de drogas e à respectiva associação para o tráfico (aproximadamente 700 quilos de cocaína). Os demais fatos, ainda que narrados, não são objeto desta denúncia, mas integram ou integração denúncias que foram ou serão oferecidas em separado (no Paraná ou em outra unidade da federação)."

Detalhando os fatos acima, a denúncia descreve condutas específicas imputadas a *Renê*, destacando-se: a) o tráfico da referida droga, que restou apreendida em Araraquara em 21.11.2013, sendo que *Renê* seria o real importador; b) os depósitos em conta bancária em empresa de laranja e as diversas transações referidas na denúncia, consistentes no recebimento, por meio do mercado paralelo, de elevadas somas do exterior, na sua internalização no Brasil, em contas de fachada, e na subsequente remessa ao exterior, caracterizando o delito previsto na Lei nº 9.613/98; e c) a remessa de divisas para a Bolívia, em operações dólar-cabo, ocorridas entre agosto e setembro de 2013, no montante de US$ 124.000,00.

Esses são, resumidamente, os fatos descritos na exordial que culminaram com a condenação do apelante, estando plenamente preenchidos os requisitos da petição inicial.

Da leitura da peça acusatória, pode-se verificar quais os crimes imputados a cada um dos réus, onde, quando, como e de que forma foram cometidos, dados esses que restam confirmados pela adequada e competente defesa exercida pelos procuradores dos réus, que os compreenderam com exatidão, não havendo falar em inépcia da inicial ou em cerceamento de defesa.

De mais a mais, é assente na jurisprudência que a denúncia não precisa narrar precisamente a função de cada um na organização voltada ao cometimento de ilícitos penais, notadamente quando se tratar de crimes complexos praticados por várias pessoas em comunhão de esforços e vontades. É desnecessário, pois, relatar com exaustão o comportamento de cada um dos agentes e a sua importância na empreitada criminosa.

Os crimes coletivos que produzam dificuldades investigativas na definição precisa da participação de cada um dos agentes envolvidos admitem certo grau de generalidade na denúncia, sem que isso represente violação ao princípio da ampla defesa e do contraditório.

2.5.1.2. Argumenta o recorrente, também, que a denúncia se baseia em escutas telefônicas completamente descontextualizadas e que em nada indicam a prática de delitos, sem demonstrar o local onde o suposto delito de evasão de divisas teria se perfectibilizado, além de não descrever no que constituiria a sua conduta.

Refere que

"o MPF se utiliza de meras induções baseadas em excertos de escutas telefônicas para demonstrar que os valores foram evadidos do Brasil. No entanto, em momento algum consegue, de fato, indicar a efetiva remessa e o depósito de qualquer montante em terras alienígenas (por meio de relatórios e de prova documental hábil), e, mais, não demonstra como esse fato teria se dado com a efetiva contribuição e participação do apelante."

Tenho que não há vício a ser reconhecido, residindo a discussão no campo da prova, e não da aptidão da inicial. Esta é firme ao dizer que os réus receberam recursos do exterior (US$ 124.000,00), sendo que uma parte em espécie (US$ 36.000,00) e outra mediante diversos depósitos bancários. Esta última parte teria sido remetida para a Bolívia por intermédio de operações dólar-cabo.

Sobre o ponto, parece-me clara a acusação, especialmente dada a referência expressa não apenas das interceptações telemáticas e telefônicas, mas também do depósito de parcela dos valores na conta de Gilson M. Ferreira ME.

2.5.1.3. Assevera, ainda em preliminar, a nulidade da exordial "por não descrever por meio de quais condutas o acusado teria cometido o delito de lavagem de dinheiro, tampouco indicar, ainda que de forma mínima, a tipicidade subjetiva do delito imputado ao denunciado". Refere que "a acusação cinge-se em descrever diversas condutas em tese tipificadas como tráfico de drogas e, a partir daí, indica haver ocorrido o delito de lavagem de capitais".

Sem razão.

Das 26 páginas da denúncia, a maior parte delas dedica-se a explicar o envolvimento de parte dos réus com o tráfico de drogas, o que demonstraria a origem ilícita do capital vindo do exterior (US$ 124.000,00), bem como os sucessivos atos que caracterizariam a lavagem do dinheiro, em uma das modalidades descritas no artigo 1º, *caput* e seus parágrafos, da Lei nº 9.613/98.

O valor acima referido, de acordo com a inicial, foi fracionado, gerando diferentes condutas por parte dos réus, como já explicitado acima, cada qual recaindo em diversa figura típica do referido preceito legal. Não se trata, portanto, de imputação genérica, como quer fazer crer a defesa, mas de multiplicidade de ações para promover a lavagem de expressiva soma.

2.5.1.4. Por fim, ainda no campo da inépcia da denúncia, o apelante *Renê* aduz ser genérica e englobada a imputação quanto ao delito de tráfico internacional de drogas, servindo-se a acusação de um único diálogo interceptado, sem demonstração do vínculo do recorrente.

Malgrado a denúncia faça referência a mais de um crime de tráfico de entorpecentes, o único crime imputado ao réu neste processo é a importação de cerca de 700 kg de cocaína, os quais foram apreendidos na cidade de Araraquara. O fato está descrito de modo claro e preciso na exordial, sendo que a verdadeira insurgência do recorrente não reside na aptidão da denúncia, mas, sim, nas provas quanto a ter ele concorrido para a prática do fato.

Esse ponto deverá ser analisado por ocasião do mérito, não havendo vício da inicial a ser reconhecido.

2.5.2. Da prova emprestada: Operação Monte Pollino

A defesa de *Renê* aduz, também, que houve o indevido compartilhamento de elementos de provas colhidos no curso da Operação Monte Pollino, conduzida pela Polícia Federal de São Paulo/SP, sob os seguintes argumentos: *(i)* as informações compartilhadas não guardam qualquer consonância com o objeto da investigação levada a cabo pela Polícia Federal de Curitiba/PR; *(ii)* o apelante sequer figura como investigado ou denunciado naquele feito; *(iii)* se existe qualquer conexão entre os fatos ora apurados e os que foram compartilhados, ambos os processos deveriam ter sido reunidos para julgamento simultâneo, por força da conexão probatória, e, se não o foram, é porque a prova não tem essa importância comum, devendo ficar restrita àquele feito; *(iv)* ainda que a prova emprestada não seja objeto específico da denúncia, os fatos são utilizados para descrever uma personalidade negativa do apelante, o que é inadmissível no processo penal; e *(v)* a prova produzida naquela investigação é ilícita,

já que, no dia 23.01.2014, quando da apreensão dos valores, os policiais federais ingressaram no quarto do hotel sem o devido mandado de busca e apreensão, o que, além de macular toda aquela ação penal com relação ao apelante, acaba por contaminar a presente.

Em primeiro lugar, salienta-se que, no curso da Operação Monte Pollino, foi identificada e investigada organização criminosa voltada ao tráfico transnacional de drogas, principalmente cocaína, adquirida do Peru e da Bolívia e introduzida no território nacional para ser remetida à Europa via Porto de Santos/SP.

No bojo da investigação, foi apreendida, em 23.01.2014, a quantia de US$ 189.800,00, na posse de *Renê*, referente a suposto pagamento recebido de Maria de Fátima Stocker, decorrente de uma futura remessa de cocaína para a Europa.

As informações colhidas, relacionadas àquela apreensão, foram juntadas nestes autos pela Delegacia da Polícia Federal em São Paulo (evento 134 do Pedido de Busca e Apreensão Criminal nº 5001438-85.2014.4.04.7000), após deferimento pelo juízo da 6ª Vara Federal em Santos/SP (Processo nº 0001304-79.2013.403.6104).

Não há falar em ausência de pertinência na juntada da prova, pois foi feita a partir do notório conhecimento da prisão de *Renê* no desencadeamento da Operação Lava-Jato, *por suposto envolvimento na lavagem de dinheiro de produto de tráfico de drogas*.

O compartilhamento não se deu por conexão, mas, sim, para fins de instrução criminal, pois foi considerada sua pertinência. Nesse sentido, já decidiu este Regional:

"PROCESSO PENAL. DESMEMBRAMENTO. ART. 80 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. PRERROGATIVA DE FORO EM RAZÃO DO CARGO. POSSIBILIDADE. MOTIVAÇÃO. PRECEDENTES. COMPARTILHAMENTO DE PROVAS. DECLINAÇÃO DE COMPETÊNCIA. [...] *2. A regra é a possibilidade de compartilhamento da prova, conforme o inc. VIII do art. 3º da Lei nº 12.850/13, o qual não exige identidade de investigados ou conexão entre os fatos, cabendo ao juízo destinatário da prova compartilhada ou emprestada decidir sobre a sua admissibilidade.* 3. Declinação da competência à primeira instância para apuração da fraude relativa ao procedimento licitatório Carta Convite nº 010/2011 do Município de Gentil/RS, pois não evidenciada participação de agentes com prerrogativa de foro na referida fraude." (Inquérito Policial nº 0006804-15.2012.404.0000, 4ª Seção, Des. Federal Márcio Antônio Rocha, por unanimidade, publicação em 27.11.2014 – destaquei)

Ademais, é irrelevante o fato de o recorrente figurar, ou não, como

investigado ou denunciado naquele feito, já que, além de tais provas não terem servido como fundamento exclusivo e relevante para a condenação, uma vez juntadas aos presentes autos, submeteram-se ao contraditório, permitindo o exercício do direito de defesa pelo réu.

Tanto é assim que a defesa, nas razões de apelação ora em apreciação, sustentou a ilicitude da prova, sob o argumento de que os policiais federais ingressaram no quarto do hotel sem o devido mandado de busca e apreensão, o que macularia a ação penal.

Sem razão o apelante também nesse ponto.

Como bem salientou o Ministério Público Federal em parecer,

"infere-se dos autos que a apreensão dos valores ocorrida em quarto de hotel habitado por RENÊ se deu mediante fundada suspeita de que se consumava naquele momento o crime de tráfico de drogas – o que pode ocorrer pelos verbos nucleares 'ter em depósito' ou 'guardar' –, dispensando a necessidade de mandado judicial para a busca no local, acrescentando-se que ainda assim houve o consentimento do réu na ocasião."

Consta do Auto de Apresentação e Apreensão, firmado pelo delegado da Polícia Federal e pelo policial federal apresentante, que *Renê* "franqueou o acesso dos policiais federais ao quarto do hotel em que estava hospedado e guardava o dinheiro", o que foi confirmado no relato dos agentes policiais (Anexo 3, evento 01, da ação penal originária).

Tais informações gozam de presunção de veracidade e foram uníssonas, não havendo qualquer elemento que as desabonem.

Assim, rejeito a prefacial.

2.5.3. Da alegada nulidade do processo por cerceamento do direito de defesa ante o indeferimento de diligências requeridas

A defesa de *Renê* alega a ocorrência de cerceamento de defesa, ante o indeferimento das diligências requeridas, especificamente a resposta aos quesitos apresentados em relação ao Laudo nº 890/2013, emprestado aos autos, produzido a partir da extração de dados dos telefones móveis apreendidos com Ocari, Guilherme e Ricardo, processados perante a Subseção Judiciária de Araraquara/SP (Ação Penal nº 0014808-07.2013.403.6120).

Aponta ofensa aos artigos 402 e 564, IV, do Código de Processo Penal e 5º, LIV, LV e LVI, da Constituição Federal.

Os seguintes quesitos foram apresentados (evento 192 da ação penal originária):

"a) Cotejando-se os dados extraídos dos celulares apreendidos na Ação Penal de nº 0014808-07.2013.403.6120, em tramitação perante a 1ª Vara Federal de Araraquara/SP, é possível identificar relação de Renê Luiz Pereira com os réus daquela ação penal? Justifique a resposta.

b) No dia da apreensão descrita naquela ação penal (eventos 26 e 27), houve alguma mensagem de texto ou mensagem via 'BBM' enviada por Renê Luiz Pereira para aqueles réus do processo em epígrafe? Justifique.

c) No dia da apreensão descrita naquela ação penal (eventos 26 e 27), houve alguma mensagem de texto ou mensagem via 'BBM' enviada por aqueles réus na ação penal em epígrafe para Renê Luiz Pereira? Justifique.

d) Há alguma mensagem de texto ou ligação telefônica entre Renê Luiz Pereira e os réus naquela Ação Penal nº 0014808-07.2013.403.6120, em tramitação perante a 1ª Vara Federal de Araraquara/SP? Justifique.

e) Cotejando-se os dados extraídos dos telefones apreendidos naquela Ação Penal nº 0014808-07.2013.403.6120, é possível identificar um documento que indique o proprietário da carga apreendida? Justifique.

f) Que seja apresentado um laudo pericial no qual conste a extração das mensagens de texto constantes nas págs. 16-24 (evento 26), e que essa extração seja feita por meio do dispositivo UFED, indicado no Laudo nº 890/2013."

Com tal requerimento, o juízo de origem determinou a intimação da autoridade policial solicitando que, na elaboração da prova, fossem respondidos, *se possível*, os quesitos da defesa (evento 233 da ação penal originária).

Em 05.08.2014, a Superintendência Regional da Polícia Federal no Paraná esclareceu que,

"a partir da análise do Laudo nº 890/2013, relativo aos celulares apreendidos na Ação Penal nº 0014808-07.2013.403.6120 de Araraquara/SP, não foi possível se chegar a qualquer conclusão em relação a contatos com RENÊ LUIZ PEREIRA por parte dos ali denunciados e vice-versa. Isso porque, conforme Informação nº 027/2014 em anexo, os celulares lá apreendidos não tiveram cruzamento com as mensagens do tipo enviadas por RENÊ LUIZ PEREIRA e identificadas no curso do monitoramento deste." (evento 306 da ação penal originária)

Renovado o pedido na fase do artigo 402 do Código de Processo Penal, o juízo *a quo* decidiu (evento 392 da ação penal originária):

"[...] Relativamente ao primeiro ponto, no Ofício 3442/2014 constante no evento 306, Ofic1, informa-se que não foram identificados diálogos ou troca de mensagens entre Renê Luiz Pereira e os transportadores da droga apreendida em Araraquara.

Assim, respondidos ou prejudicados os quesitos do evento 192.

[...]" (destaquei)

Como se vê, sequer há falar em indeferimento da prova, já que o

magistrado de origem determinou sua produção, tendo a autoridade policial informado sua inviabilidade.

Acrescenta-se que os questionamentos formulados pela defesa extrapolam a análise técnica dos peritos, tratando-se, em verdade, de interpretação da prova, ônus que não lhe é atribuível.

Não se cogita, pois, de cerceamento de defesa.

2.5.4. Da alegada violação ao princípio da ampla defesa e do desequilíbrio processual entre as partes

Por fim, ainda em relação às alegações de nulidade, assevera o recorrente *André* que o processo acha-se viciado por violação ao princípio da ampla defesa e desequilíbrio processual entre as partes, porque foi designada data para a audiência de oitiva de testemunhas, antes que o recorrente tenha apresentado resposta à acusação.

Não merece prosperar a tese.

A conduta imputada a cada denunciado está narrada na peça inicial, e, com base nela, a defesa se manifesta na resposta à acusação. Vale dizer, a audiência para inquirição de testemunhas em nada prejudica o réu nesse estágio inicial do processo. Do ponto de vista material, não há correlação entre o testemunho de acusação e a peça defensiva inaugural. Sequer há como saber que informações serão trazidas ao processo pelas testemunhas arroladas pelo Ministério Público Federal, e tal contexto é idêntico para todas as partes.

O adiantamento da audiência em nada modificou a situação do apelante, ao revés. Havendo réus presos no presente processo, a antecipação de atos processuais veio a ocorrer em benefício deles, dada a celeridade processual imprimida, sem que qualquer prejuízo concreto tenha sido demonstrado. Como já foi decidido, "no moderno sistema processual penal, não se admite o reconhecimento de nulidade sem a demonstração do efetivo prejuízo à defesa, vigorando a máxima *pas de nullité sans grief*, a teor do que dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal" (AgRg no AREsp 397.633/MG, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, DJe 10.02.2014).

Assim, sem embargo de que eventuais causas de absolvição sumária pudessem ser reconhecidas posteriormente, não há que se falar em nulidade diante da falta de apreciação das razões iniciais de defesa antes

da audiência preliminar.

O tema restou adequadamente enfrentado pela sentença guerreada nos seguintes termos:

"41. A alegação de que a tramitação célere do processo teria implicado cerceamento de defesa não faz sentido.

42. O processo envolve três acusados presos. É evidente a necessidade da celeridade do processo nas circunstâncias, não em benefício da acusação, mas sim da defesa e dos acusados, que têm direito a um julgamento no prazo mais rápido possível.

43. É verdade que, pelo gigantismo dos fatos descobertos na assim denominada Operação Lava-Jato, nem todo o material apreendido foi integralmente examinado. Entretanto, o material probatório necessário para instrução da ação penal já está todo juntado aos presentes autos, não havendo qualquer ausência relevante.

44. Não houve qualquer prejuízo para as defesas. Os acusados foram presos cautelarmente em 17.03.2014. A preventiva já fazia referência aos fatos que foram objeto da presente ação penal. A denúncia foi proposta pelo MPF em 22.04.2014. Renê Luiz Pereira foi notificado para apresentar defesa preliminar ao recebimento da denúncia, o que fez em 14.05.2014. Depois do recebimento da denúncia, ainda teve oportunidade de apresentar nova resposta preliminar.

45. Os acusados e suas defesas ainda foram beneficiados pela paralisação do processo entre 20.05.2014 e 11.06.2014, por força da liminar, depois revista, do Supremo Tribunal na Reclamação 17.623.

46. Somente depois é que tiveram que apresentar a sua defesa, o que fizeram a partir de 27.06.2014 (eventos 149, 150, 160 e 170). Tiveram, portanto, um tempo enorme desde as prisões ou desde o oferecimento da denúncia para preparar suas defesas.

47. Quanto à designação de audiência da oitiva de testemunha de acusação antes da apreciação das respostas preliminares, isso foi feito, como já esclarecido no despacho de 11.06.2014 (evento 103), para beneficiar os acusados com trâmite mais célere do feito, e, de todo modo, as questões suscitadas pelas partes foram examinadas já no termo de audiência de 07.07.2014 (evento 174), antes da oitiva da testemunha de acusação. É impossível vislumbrar qualquer prejuízo às defesas nesse procedimento, muito pelo contrário. Ainda que assim não fosse, a testemunha de acusação ouvida na ocasião da audiência nada falou, já que, processada criminalmente em ação penal conexa, usou o direito de ficar em silêncio, com o que o suposto adiantamento da audiência para sua oitiva, na prática, não teve qualquer efeito no processo."

Salienta-se que a audiência para oitiva da testemunha foi designada para data posterior ao prazo final de apresentação das defesas preliminares, tanto que as teses sustentadas foram analisadas em audiência, antes da colheita da prova testemunhal.

Ora, resta evidente que não houve qualquer prejuízo concreto aos réus, não havendo nulidade a ser declarada.

Dessa forma, rejeitam-se todas as preliminares. Passo ao exame do mérito.

3. Do mérito

No tocante ao mérito, verifica-se que, sem embargo de outras questões, o cerne dos recursos da defesa reside na discussão acerca da prova, sobre a qual o juiz deverá formar sua livre convicção, nos termos do artigo 155 do Código de Processo Penal, podendo valer-se tanto de provas quanto de indícios (artigo 239 do CPP).

Indícios, seguindo a definição legal, são as circunstâncias conhecidas e provadas, que, tendo relação com o fato, autorizam, por indução, concluir-se pela existência de outra ou outras circunstâncias. Equivale dizer, é um juízo que se exerce a partir de determinados fatos comprovados, para se concluir acerca de outros fatos ou circunstâncias.

Tanto a prova direta quanto os indícios têm valor jurídico, "até porque a prova indiciária não é 'prova menor', no âmbito do livre convencimento (...)", mas com "maiores cautelas devem ser adotadas, notadamente no que se refere ao modelo de constatação aplicável", na lição de Danilo Knijnik (*in A prova nos juízos cível, penal e tributário*. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 49).

E, em precisa lição, acrescenta o doutrinador, reproduzindo lição de Ignazio Manzoni:

> "Com efeito, 'para que o fato desconhecido possa reputar-se provado por presunção simples, não basta apresentar-se como consequência possível ou mais ou menos provável do fato conhecido. A mera possibilidade de ocorrência de um certo fato não pode ser considerada suficiente para reputá-lo ocorrido (...). Para que a presunção assuma relevância probatória, exige-se algo mais. Requer-se não apenas que o fato ignorado esteja no âmbito das consequências possíveis, mas em grau de probabilidade tal, que induza o convencimento racional de que o fato desconhecido tenha efetivamente ocorrido. É no grau de relação de inferência, entre o fato conhecido e o desconhecido, que repousa a força demonstrativa deste meio probatório. Quanto maior a chance de que o fato ignorado seja consequência do fato conhecido, maior a relevância probatória da presunção'." (op. cit., p. 49)

O tema das provas é de fundamental importância, em especial para o presente feito, porque os delitos imputados aos acusados são complexos e de difícil apuração, muitas vezes dependendo de um conjunto de indícios para a sua comprovação.

Essa prova indireta deverá ser acima de qualquer dúvida razoável, excluindo-se a possibilidade de os fatos terem ocorrido de modo diverso daquele alegado pela acusação. Equivale a dizer, seguindo na lição de Knijnik, que os diversos indícios que envolvem o fato probando de-

vem ser analisados em duas etapas: primeiro, em relação a cada indício; depois ao conjunto deles. "Assim, sendo cada indício certo e preciso, pode-se obter a concordância a partir do conjunto" (op. cit., p. 51), sendo que um único indício, mesmo que certo e grave, pode acarretar a exclusão de um juízo de certeza quanto àquilo que se pretende provar.

De tal compreensão não destoa Gustavo Badaró, ao afirmar que "a atividade probatória desenvolvida com vista à verificação dos fatos históricos serve de fundamento para a pretensão; quando for bem-sucedida, permitirá a conclusão de que há um 'altíssimo grau de probabilidade' de ocorrência de tais fatos" (*in Ônus da prova no processo penal*. São Paulo: RT, 2003. p. 62).

Assim, como juízo lógico para gerar o convencimento acerca de fatos ou circunstâncias, sua força está a depender da maior ou menor solidez que representar dentro do contexto em que está inserido.

Importa registrar que a legislação e a jurisprudência pátrias pouco avançam sobre o nível probatório (*standard* probatório) exigível para um decreto condenatório, quase sempre limitando-se à persuasão racional e ao livre convencimento do juiz. Colhe-se da experiência estrangeira o parâmetro da existência de prova "acima de uma dúvida razoável" (*proof beyond a reasonable doubt*).

Prova acima de uma dúvida razoável importa no reconhecimento da inexistência de verdades ou provas absolutas, devendo o intérprete/julgador valer-se dos diversos elementos existentes nos autos, sejam eles provas diretas, sejam indiretas, para formar sua convicção. Assim, tanto provas diretas quanto indícios devem ser considerados para composição do quadro fático que se busca provar.

Além disso, essa prova acima de uma dúvida razoável implica o firme convencimento acerca da ocorrência do fato e da culpa do acusado. Não é necessária a existência de certeza absoluta, porquanto esta seja praticamente impossível ou ao menos inviável. Entretanto, as evidências devem levar o julgador, para que possa ser emitido um decreto condenatório, ao firme convencimento da culpa, sendo que a dúvida deve levá-lo à absolvição.

Esta noção consta do Manual de Instruções aos Jurados, produzido pelo Federal Judicial Center, em 1987, nos Estados Unidos, cujas orientações devem servir de guia para o julgamento nos tribunais federais do

júri feitos naquele país.

Para maior clareza, transcrevo do original (https://www.google.com.br/search?q=Federal+Judicial+Center,+Pattern+Criminal+Jury+Instructions.&ie=utf-8&oe=utf-8&gws_rd=cr&ei=psCBVaPWBcy5ggT-6mK-ADQ):

"*As I have said many times, the government has the burden of proving the defendant guilty beyond a reasonable doubt. Some of you may have served as jurors in civil cases, where you were told that it is only necessary to prove that a fact is more likely true than not true. In criminal cases, the government's proof must be more powerful than that. It must be beyond a reasonable doubt.*

Proof beyond a reasonable doubt is proof that leaves you firmly convinced of the defendant's guilt. There are very few things in this world that we know with absolute certainty, and in criminal cases the law does not require proof that overcomes every possible doubt. If, based on your consideration of the evidence, you are firmly convinced that the defendant is guilty of the crime charged, you must find him guilty. If on the other hand, you think there is a real possibility that he is not guilty, you must give him the benefit of the doubt and find him not guilty."

Essa perspectiva sobre a prova também está presente no Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional, adotado pelo Brasil a partir do Decreto 4.388/2002, que, no seu artigo 66, estabelece: "3. Para proferir sentença condenatória, o Tribunal deve estar convencido de que o acusado é culpado, além de qualquer dúvida razoável".

Sobre o nível de prova necessário ao decreto condenatório, adotando o modelo alienígena, já decidiu o e. Supremo Tribunal Federal:

"DIREITO PENAL. AÇÃO PENAL DE COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. OPERAÇÃO SANGUESSUGA. FRAUDE EM LICITAÇÃO. CRIME DO ART. 90 DA LEI 8.666/1993. CORRUPÇÃO PASSIVA. QUADRILHA. DEPUTADO FEDERAL. FALTA DE PROVA HÁBIL. ABSOLVIÇÃO.

1. A presunção de inocência, princípio cardeal no processo criminal, é tanto uma regra de prova como um escudo contra a punição prematura. Como regra de prova, a melhor formulação é o *standard* anglo-saxônico – *a responsabilidade criminal há de ser provada acima de qualquer dúvida razoável* –, consagrado no art. 66, item 3, do Estatuto de Roma do Tribunal Penal Internacional.

2. À falta de prova suficiente da participação do acusado, deputado federal, nos crimes licitatórios praticados com verbas decorrentes de emendas parlamentares de sua autoria, bem como do recebimento de vantagem indevida em decorrência das emendas parlamentares e, ainda, de associação a grupo dedicado à prática de fraudes e peculatos na aquisição de ambulâncias com recursos federais, impõe-se a absolvição.

3. Ação penal julgada improcedente." (AP 521, relator(a): Min. Rosa Weber, Primeira Turma, julgado em 02.12.2014, Acórdão Eletrônico DJe-025, divulg. 05.02.2015, public. 06.02.2015)

"Queixa-crime ajuizada contra parlamentar. Injúria. Delito praticado por meio de matéria divulgada em periódico escrito. Alegada falta de justa causa por inexistência de dolo específico voltado a atingir a honra da vítima. Necessidade da dilação probatória. Subsunção dos fatos à conduta típica descrita na inicial acusatória. Queixa recebida.

1. A verificação acerca da narração de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa) revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade de deflagração da ação penal. A inexistência de dolo específico é questão que deve situar-se no âmbito da instrução probatória, por não comportar segura ou precisa análise nesta fase processual, que é de formulação de um simples juízo de delibação.

2. As condutas em foco, todavia, se amoldam, em tese, ao delito invocado na peça acusatória, sendo que a defesa apresentada pelo querelado não permite concluir, de modo robusto, ou *para além de toda dúvida razoável*, pela improcedência da acusação.

3. Queixa recebida." (Inq 2968, relator(a): Min. Dias Toffoli, Tribunal Pleno, julgado em 19.05.2011, DJe-157 divulg. 16.08.2011, public. 17.08.2011, ement. VOL-02567-01, PP-00021)

O Superior Tribunal de Justiça também já adotou este *standard* probatório necessário a um decreto condenatório:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. ART. 2º DA LEI Nº 8.176/1991 E ART. 55 DA LEI Nº 9.605/1998. CONCURSO FORMAL. PRESCRIÇÃO. FALTA DE PROVAS.

(...)

5. O estado jurídico de inocência, corolário da dignidade da pessoa humana, *exige para a condenação a certeza além da dúvida razoável*, não sendo admissível sequer a alta probabilidade. Ausentes elementos de prova aptos a demonstrar os fatos imputados, devem os réus ser absolvidos com fundamento no art. 386, II, do CPP.

Ação penal julgada improcedente, absolvendo-se os acusados com fundamento no art. 386, II, do CPP." (APn 719/DF, rel. Ministro Humberto Martins, Corte Especial, julgado em 05.11.2014, DJe 18.11.2014)

Postas essas considerações gerais acerca da prova, direta ou indireta, e do nível probatório necessário a comportar um decreto condenatório, passo à análise do mérito dos recursos de apelação, dividindo o exame segundo os crimes imputados aos réus.

3.1. Do crime de lavagem de dinheiro

Narra a denúncia que os acusados, por meio de operações de câmbio paralelo, teriam praticado o delito de lavagem de dinheiro, por intermédio das seguintes condutas: (a) movimentação de dinheiro em contas "laranjas" ou de terceiros, ocultando a origem e a propriedade dos valores provenientes do tráfico de entorpecentes; (b) recebimento, troca, negociação, guarda, depósito, movimentação e transferência dos valores provenientes do tráfico com a finalidade de ocultá-los; e (c) utilização,

em atividade econômica e financeira, realizada de modo profissional e empresarial, de quantias provenientes do narcotráfico, em um sistema de autofinanciamento.

A *Lei de Crimes de Lavagem de Bens, Direitos e Valores* (nº 9.613/98, com a redação dada pela Lei nº 12.683/2012) define em seu artigo 1º o crime em questão:

"Art. 1º Ocultar ou dissimular natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.

Pena: reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de infração penal:

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei. [...]"

Para a configuração do crime de lavagem de dinheiro, pois, é necessária a realização de um dos verbos nucleares do tipo, consistentes em *ocultar* – esconder, simular, encobrir – ou *dissimular* – disfarçar ou alterar a verdade.

No caso, concluiu o magistrado sentenciante que

"a internalização sub-reptícia de valores do exterior, com a realização de *operações dólar-cabo* e sem utilização dos sistemas de transferências formais, nos quais essas transações ficam registradas, como o Sisbacen do Banco Central, constitui ocultação, uma das condutas nucleares de lavagem de dinheiro. Como conduta de ocultação adicional, *foi utilizada, como intermediária das transações, empresa estranha à origem e ao destinatário das transações*, especificamente a empresa Posto da Torre Ltda., ocultando, em meio às múltiplas operações de um posto de gasolina, transferências criminosas. [...] Além disso, a empresa Gilson M. Ferreira ME, titular da conta em Curitiba que recebeu os depósitos provenientes da empresa Posto da Torre Ltda., *é de fachada*, sendo sua conta utilizada apenas para movimentação financeira ilegal."

3.1.1. Das operações dólar-cabo

As chamadas operações dólar-cabo – como já assentado em diversas decisões desta Corte (dentre elas a Apelação Criminal nº 0008854-

60.2003.404.7200/SC) – consistem em operações de compra e venda de moeda estrangeira por meio de uma espécie de sistema de compensação. A moeda estrangeira é entregue em espécie ou mediante depósito no exterior em contrapartida a pagamento de reais no Brasil. O operador do mercado negro, denominado de doleiro, pode tanto disponibilizar a moeda estrangeira no exterior como figurar como comprador dela, disponibilizando reais no Brasil.

Implica transferência internacional de dinheiro, por sistema de compensação e sem movimentação física, semelhante ao sistema utilizado pelos bancos. Junto com sistemas como *hawalla, hundi, fei-chien* e o mercado negro de câmbio do peso ("*black market peso Exchange*"), compõem aquilo que se pode denominar de Sistema Informal de Transferência de Dinheiro ou Valor ("*Informal Money or Value Transfer Systems – IMVT*").

Sobre eles, transcreve-se o seguinte comentário extraído do Relatório de Tipologias de Lavagem de Dinheiro 2002-2003 editado pelo FATF/GAFI:

"Em um sistema de transferência informal de dinheiro ou valor, o dinheiro é recebido com o propósito de disponibilizá-lo ou o equivalente a um terceiro em outra localização geográfica, na mesma forma ou não. Essas transferências geralmente ocorrem fora do sistema bancário convencional e por meio de instituições não financeiras ou outras entidades de negócio cuja atividade principal pode não ser a transmissão de dinheiro. As transações de sistemas IMVT podem, às vezes, estar conectadas com o sistema financeiro formal (por exemplo, por meio do uso de contas bancárias titularizadas pelo operador IMVT). Em algumas jurisdições, sistemas IMVT são conhecidos como serviços de remitência alternativos ou sistemas financeiros paralelos ou subterrâneos. Usualmente, há ligações entre certos sistemas e regiões geográficas particulares, e esses sistemas são então também descritos com a utilização de termos específicos, incluindo *hawala*, *hundi*, *fei-chien* e o mercado negro de câmbio do peso.

(...)

Sistemas IMVT são, em muitos países, um meio importante de transferência de dinheiro. De fato, em alguns casos, eles podem ser o único método confiável disponível para entregar fundos para destinatários em localizações remotas ou naquelas regiões que não têm outros tipos de serviços financeiros disponíveis. Em países mais desenvolvidos, sistemas IMVT usualmente atendem populações de imigrantes que desejam repatriar os seus ganhos. No entanto, como esses sistemas operam fora dos sistemas financeiros convencionais, sistemas IMVT são igualmente vulneráveis ao uso por criminosos que desejam movimentar seus fundos sem deixar uma trilha de documentos facilmente rastreável. Especialistas do FATF há anos indicam os sistemas IMVT como facilitadores chaves na movimentação de fundos gerados por atividade criminal. Os casos providenciados pela tipologia desse ano aparen-

temente confirmam que sistemas IMVT continuam a ser explorados por criminosos. Os exemplos também demonstram que é usualmente impossível determinar, pela existência de uma operação IMVT, se os fundos que por ela transitaram são legítimos ou não." (FATF-GAFI. *Report on Money Laundering Typologies*, 2002-2003, 14 fev. 2003, p. 6-7, tradução livre, disponível em http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/29/33/34037958.pdf)

Operações "dólar-cabo" ou "transferências internacionais informais" são ilegais, no Brasil, porque conduzidas por pessoas não autorizadas pelos órgãos oficiais a operar com câmbio, podendo tipificar diferentes tipos penais, como evasão de divisas, ou mesmo lavagem de capitais, conforme o modo e os meios utilizados, visto que se exige que as remessas internacionais sejam feitas por instituições financeiras formais e que sejam registradas no Bacen.

E é exatamente na informalidade desta remessa que reside a dificuldade de produção de qualquer tipo de prova direta, na medida em que há meras transferências internas de valores.

3.1.2. Do ingresso de recursos por meio de dólar-cabo

A sentença, com propriedade, demonstrou o ingresso de recursos, provenientes do tráfico de drogas, mediante uma sucessão de diálogos firmados entre os acusados, guardando perfeita correspondência entre os valores e sua disponibilização no exterior. Importa destacar que esta operação não se resume à conduta dos apelantes Renê Luiz Pereira (codinome Michelin), Carlos Habib Chater (codinome Zeze) e André Catão de Miranda, mas também à intervenção dos coacusados Sleiman Nassim El Kobrossy (usando o codinome Silo) e Maria de Fátima Stocker (codinomes Fast GMX e Evi).

A certeza quanto aos fatos não reside exclusivamente nas interceptações telefônicas e telemáticas, mas principalmente na coerência entre os diversos diálogos travados e os fatos materialmente comprovados.

Há prova além de qualquer dúvida razoável confirmando não apenas a remessa de dinheiro do exterior para o Brasil (US$ 124.000,00), mas igualmente seu fracionamento, com a remessa de parte do numerário (US$ 88.000,00) para o exterior.

Nessa operação, concorreram Maria de Fátima Stocker (*Evi*), Sleiman Nassim El Kobrossy (*Sleiman*) e Renê Luiz Pereira (*Renê*), os quais contaram com a colaboração dos réus Carlos Habib Chater e André Catão de Miranda, estes na condição de operadores do mercado de câmbio.

A primeira promoveu o ingresso de divisas no Brasil, em favor do segundo e do terceiro, mediante os serviços de Carlos e André. Para tanto, foi recebida fisicamente, no escritório de Alberto Youssef, em São Paulo, a importância de US$ 36.000,00, sendo que o restante dos recursos (US$ 88.000,00) foi entregue por Carlos Chater a Renê e Sleiman em reais, mediante sucessivas operações financeiras, com a subsequente evasão para a Bolívia.

A participação dos réus relativamente a esses fatos é certa, consoante se depreende das diversas interceptações telefônicas.

Para evitar tautologia quanto às provas existentes, transcrevo longo trecho da sentença que relaciona os diálogos:

"165. *Os contatos de Carlos Chater com Maria de Fátima, Renê Luiz Pereira e Sleiman Nassim foram interceptados a partir de 27.08. Há diversas mensagens interceptadas nas quais negociam câmbio e tratam da internalização da referida quantia, não deixando dúvidas de que se trata de operações típicas do mercado negro de câmbio.*

166. Na seguinte troca de mensagens, *Renê faz o primeiro contato interceptado com Carlos*, referindo-se a 'primo', no caso Sleiman Nassim:

'ID: 10
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 09:57:10
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Bom dia
ID: 11
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 09:58:26
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Falou com o primo hoje?'

167. Na seguinte troca de mensagem, *Carlos Habib Chater avisa Sleiman que Renê irá ligar-lhe*:

'ID: 93
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:28:16
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Estou com ele no bbm
ID: 94

Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:28:33
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ze vende a 2.44
ID: 95
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:28:37
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ok
ID: 96
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:28:46
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Como ele falo com vc
ID: 97
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:28:53
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Bbm
ID: 98
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:29:01
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Perguntaram se ele estava la ainda porque eles ian viajar
ID: 99
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:29:08
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Vou fala com ele
(...)
ID: 101
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip

Data/Hora: 28.08.2013 12:29:23
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Ele esta te chamando
ID: 102
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:29:26
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Mas tentei avisar a ele cedinho e não consegui
ID: 103
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:29:27
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ver com a mulheir p favor p pagar hoje
ID: 104
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:30:45
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Ele vai te chamar' [*sic*]

168. *Depois Sleiman confirmou o fechamento do câmbio com Maria de Fátima Stocker (Evi) e que o dinheiro seria entregue em São Paulo*:

'ID: 118
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:38:45
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ela vai te chamar bbm
ID: 119
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:40:54
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Já deu certo
ID: 120
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip

Data/Hora: 28.08.2013 12:41:06
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Pago 1 %
ID: 121
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:41:36
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Com japa?
ID: 122
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:42:29
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Nao
ID: 123
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:43:16
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Erla vai te chamar
ID: 124
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:43:28
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Esto falando com ela
ID: 125
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:43:36
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ok
ID: 126
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:49:57
Direção: Recebida

Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Doido ate agora vc não me falo da mulheir
ID: 127
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829001001_full.zip
Data/Hora: 28.08.2013 12:51:14
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Já falei . Ela esta vendo posicao em sao palo. Ela disse que se não tiver em sao paulo manda reais. Mas ainda não fechei com ela. Ela vai me chamar no skype.' [*sic*]

169. Posteriormente, houve algum desentendimento não totalmente esclarecido, *passando Sleiman a exigir que o pagamento se desse, no Brasil, especificamente em São Paulo, em moeda estrangeira, e não mais em reais*:

'ID: 187
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:38:42
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Cade esa molheir
ID: 188
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:39:07
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Esta me chamando agora.
ID: 189
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:39:18
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Em 20 min te chamo e te falo
ID: 190
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:39:30
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Não quero mais reais
ID: 191
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip

Data/Hora: 29.08.2013 08:39:39
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Se não eu vou la p pega
ID: 192
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:39:51
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ela vai me f. de novo
ID: 193
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:40:11
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Se ela não vai pagar amanha en ppl
ID: 194
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:40:16
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Não quero mais
ID: 195
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:40:20
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Vc quer us em sao paulo. Eh isso?
ID: 196
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:40:28
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Sim
ID: 197
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829114304.zip
Data/Hora: 29.08.2013 08:40:29
Direção: Originada

Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: Ta deixa eu falar com ela' [*sic*]" (destaquei)

Para além da demonstração do estreito vínculo entre os acusados, bem como a evidente prática de câmbio, restou demonstrado o montante da internalização de recursos, por meio de operação dólar-cabo, a partir de mensagem trocada entre Carlos Chater e Sleiman, em 29 de agosto de 2013:

"ID: 279
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130829175906.zip
Data/Hora: 29.08.2013 14:47:18
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Sleiman (Silo) – 283dc91a
Mensagem: E não esquese vai entrega 124000" [*sic*]

Nessa mensagem, enviada na mesma data daquelas últimas acima transcritas, e poucas horas após, é possível concluir que haveria a remessa desse total de divisas (US$ 124.000,00).

Na sequência, como exposto na sentença, são informados o endereço para a entrega de parte dos valores (os US$ 36.000,00) e a pessoa que seria portadora. Tanto o endereço (do escritório de Alberto Youssef) quanto o portador (Rafael ou Damaris) são elementos que confirmam a imputação da exordial, como se colhe das seguintes mensagens entre Carlos Chater e pessoa de codinome Fast GMX, que se descobriu, posteriormente, ser Maria de Fátima Stocker (*Evi*):

"ID: 443
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830142637.zip
Data/Hora: 30.08.2013 11:25:03
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: MNI (Fast Gmx) – 2afdaab0
Mensagem: Endereco: [*omissis*]. *Itaim*.
ID: 444
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830142637.zip
Data/Hora: 30.08.2013 11:25:15
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: MNI (Fast Gmx) – 2afdaab0
Mensagem: Falar com Rafael ou Damaris"

A coerência de nomes, datas e valores se confirmam, porquanto essa conversa foi travada um dia após as anteriores, mencionando o endereço onde ocorreu a efetiva entrega do numerário e a pessoa portadora, que seria um empregado de Carlos Chater, de nome Rafael Ângulo.

Esses mesmos dados foram repassados por Carlos Chater para Renê:

"ID: 488
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830152246.zip
Data/Hora: 30.08.2013 12:13:11
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Endereco: [*omissis*]. *Itaim*.
ID: 489
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830152246.zip
Data/Hora: 30.08.2013 12:13:18
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Ok
ID: 490
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830152246.zip
Data/Hora: 30.08.2013 12:13:20
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Rafael"

Os valores também são confirmados, de modo a permitir a conclusão de que seria entregue parte dos valores relativos aos US$ 124.000,00:

"ID: 492
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830152246.zip
Data/Hora: 30.08.2013 12:14:18
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Esse é do 124 ?
ID: 493
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830152246.zip
Data/Hora: 30.08.2013 12:14:22
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Isso"

Em nova troca de mensagens, desta feita entre Carlos Chater e Alberto Youssef (codinome Primo), é confirmado, com uso de linguagem cifrada, que seriam entregues os trinta e seis mil dólares, a serem recebidos por Renê:

"ID: 524
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830184629.zip
Data/Hora: 30.08.2013 15:45:59
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: PRIMO (Primo) – 278c6a3e
Mensagem: Ok... Avisa porfavor que o rpazesta chegando com 36paginas de um contrto.
ID: 525
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830184629.zip
Data/Hora: 30.08.2013 15:46:23
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: PRIMO (Primo) – 278c6a3e
Mensagem: Depois vai um rpaz chamado Renê pra buscar,." [*sic*]

Assim, resta claro o recebimento, por Renê, de parte do dinheiro enviado por Maria de Fátima Stocker, o que somente foi possível graças à intervenção de doleiros, especialmente Carlos Habib Chater. Ocorre que somente parte dos valores foi repassada, remanescendo outros US$ 88.000,00. Novos diálogos demonstram que houve falha no repasse desse montante, o que somente veio a ocorrer após sucessivas operações.

"ID: 834
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830212158.zip
Data/Hora: 30.08.2013 18:10:54
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Os 88 vao atrasar também. Parece qque esta faltandoppl ai. A mulher disse que esta juntando. Como ai fecha as 18h. Melhor vc seguir pra 25 que eu peco pra ela entregar onde vc estiver. Outra coisa , ateque horas vc precisa do real?
(...)
ID: 845
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830212158.zip
Data/Hora: 30.08.2013 18:12:43
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398

Mensagem: E os 88 não vai vir?
ID: 846
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130830212158.zip
Data/Hora: 30.08.2013 18:13:17
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Por isso eu falo pro primo . *Tem que pedir mis tempo. Na correria não da. So quando tiver capital*" [*sic*]

As sucessivas operações ocorreram a partir da disponibilização dos valores, em reais, por Carlos Chater, em favor de Renê Luiz. No diálogo a seguir transcrito, é fácil verificar que os US$ 88.000,00 restantes seriam divididos em parcelas equivalentes a US$ 30.000,00 e outra de US$ 58.000,00:

"ID: 1651
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905131516.zip
Data/Hora: 05.09.2013 10:10:55
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Temos que fazer un TED urgente de 77100 que já negociei 30míl la.
ID: 1584
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905132918.zip
Data/Hora: 05.09.2013 10:20:15
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Fechei a 2.57 e o restante estou tentando que ele ainda aceite la, senão teremos que pagar esse valor prabele receber la onde ele esta.
ID: 1585
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905132918.zip
Data/Hora: 05.09.2013 10:21:02
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Entao temos que comprar os 58 restantes urgente para o Riç levar
ID: 1586
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905132918.zip
Data/Hora: 05.09.2013 10:26:46
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398

Mensagem: Preciso mandar o comprovante o mais rápido possivel.
ID: 1587
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905132918.zip
Data/Hora: 05.09.2013 10:27:02
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Vc me manda ou tenho que pegar ai?
(...)
ID: 1644
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905141125.zip
Data/Hora: 05.09.2013 11:01:13
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: O total qque tem que entrar eh 218
ID: 1645
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905141125.zip
Data/Hora: 05.09.2013 11:01:24
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: E o restante vc vai me dar em papel
ID: 1646
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905141125.zip
Data/Hora: 05.09.2013 11:02:47
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Estou esperando o ppl chegar. Ou vc vai dep tudo?
(...)
ID: 1648
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905141125.zip
Data/Hora: 05.09.2013 11:04:05
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: 58 vc vai me dar em papel e vamos mandar o riç la ou outra pessoa" [*sic*]

Ocorre que não foi concluída a negociação consoante combinado, o que ensejou uma mensagem de Carlos Chater para Renê (Michelin) informando o problema. A relevância deste diálogo é que ele confirma aquilo até aqui exposto, é dizer, a transferência de 124 mil dólares, com

o pagamento de 36 mil em moeda estrangeira e o restante (88 mil dólares) a serem pagos em reais:

"ID: 1677
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130905160143.zip
Data/Hora: 05.09.2013 13:01:37
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Deixa eu te explicar. *A p. da mulher tem que depositar 218 que eh o valor dos 88. Ela so depositou 70. Entendeu? Estou aguardando o restante.* Por isso eu disse pro primo que não vou fazer mais com ela. Ela sempre atrasa. Tentei ajudar mas com ela não dapra contar. Infelismente so ela pega nota pequena,. Mas hoje falei com primo e ele disse que já tem quem faca o que ela faz." [*sic*]

A transferência de 30 mil dólares para um credor de Renê foi confirmada na mesma data, conforme Carlos Chater informa a este:

"ID: 1773
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130906122714.zip
Data/Hora: 06.09.2013 09:15:22
Direção: Recebida
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Já receberam o 30
ID: 1774
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130906122714.zip
Data/Hora: 06.09.2013 09:15:57
Direção: Originada
Alvo: Carlos (Zeze) – 28b98b49
Contato: Michelin (Michelin) – 28748398
Mensagem: Otimo" [*sic*]

Faltava o pagamento de US$ 58.000,00, para completar os US$ 124.000,00. Cerca de metade deles deveria ser objeto de transferência para uma agência do Banco do Brasil, em favor de Transaco Transp. Nac. Int. Ltda. Ocorre que isso não foi realizado.

Esses valores foram sendo transferidos em diversas operações, sendo uma delas um depósito de R$ 19.920,00, creditado em uma conta do Banco Itaú, ag. 3136, como comprovam interceptações de mensagens, confirmadas em diálogo telefônico travado entre André e Renê:

"ANDRÉ: Que aquela conta não é pra fazer, né?
RENÊ: Já era, porque aquilo era do cliente do cara e...
ANDRÉ: Aham.

RENÊ: ...Nós o prejudicamos bastante.

ANDRÉ: Ele fez direto.

RENÊ: Isso, porque ele não podia deixar o cara sem... Sem o... Sem esse valor.

ANDRÉ: Entendi.

RENÊ: Então ele já fez. Agora, eu vou ter que ver com você a hora exata. Porque aí eu peço... Porque o cara já está... Até esse cara, ou seja... Uma pessoa que eu faço negócios sempre.

ANDRÉ: Aquele 19 mantém.

RENÊ: Aquele 19 mantém.

ANDRÉ: Tá.

RENÊ: Até ele já ficou chateado. [incompreensível – O cara tem que ver?] até onde são prejudicial essas coisas né?

ANDRÉ: É.

RENÊ: O que você tá sentindo? Hoje resolve realmente isso?

ANDRÉ: O CARLOS tá chegando e eu quero que ele ligue pra você. Porque, aí, ele já passa tudo certinho.

RENÊ: Tá, mas você tá achando que não...” [*sic*]

Outra transferência foi feita mediante uma TED no valor de R$ 33.400,00 e um depósito de R$ 7.100,00 em dinheiro:

“*ANDRÉ: Aquela TED foi refeita porque o banco devolveu mas eu já refiz de outra forma. Ela foi como, quer ver? Deixa eu lhe passar. Ela foi como 7100 em depósito e 33, 33400 TED.*

RENÊ: Pera aí que eu vou ter que anotar.

ANDRÉ: Aí, dá os 40500 (quarenta e quinhentos), do mesmo jeito.

RENÊ: 7100...

ANDRÉ: 7100 em dinheiro... 7

RENÊ: Você tem BBM, tem não?

ANDRÉ: Não, não tem não. Ó 7100 em dinheiro. Depósito na boca do caixa, e 33400 TED.

RENÊ: Que dia foi isso?

ANDRÉ: Isso foi segunda-feira, cedinho.

RENÊ: Segunda?

ANDRÉ: É.

RENÊ: Se eles não aceitar, eu vou aí pega esse negócio, agora com você. Esse... Esse ignorante não vai aceitar... Tem que mandar sempre uma foto pra ele.

ANDRÉ: Tudo bem. É porque vira, exatamente, os mesmos 4500, certo?

RENÊ: Certo, certo. (...)” [*sic*]

Há evidente erro de digitação quanto ao último valor, porquanto sua expressão exata seja R$ 40.500,00, resultado da somatória dos depósitos. Quanto a estes, Renê enviou comprovante digitalizado do depósito para uma pessoa de condinome Matusalém. Além disso, outro depósito, na conta de Gilson M. Ferreira ME, mantida no Banco Itaú, agência

Xaxim, em Curitiba, no valor de R$ 50.000,00, foi feito por Carlos Chater em favor de Renê, o qual também foi digitalizado e enviado por Renê.

Os depósitos de R$ 40.500,00 tiveram que ser refeitos, e igualmente depositados na conta Gilson M. Ferreira ME, como constatado na sentença:

"Os depósitos provenientes do Posto da Torre Ltda. na conta de Gilson Ferreira em Curitiba também encontram-se provados pela quebra judicial de sigilo bancário da conta de Gilson Ferreira, tendo sido produzido o laudo pericial 006/2014/SETEC pela perícia da Polícia Federal, que se encontra no evento 18, lau1, do processo 5001438-85.2014.404.7000. Na fl. cinco do laudo, consta a identificação dos depósitos provenientes do Posto da Torre na referida conta."

Note-se que os valores foram internalizados no Brasil por meio de operações dólar-cabo, logo, não oficialmente, sendo que parte foi entregue em espécie a Renê*, e o restante, fracionado em diversas operações bancárias em contas de terceiros, de forma a impedir o conhecimento pelas autoridades policiais de sua origem, sua movimentação e sua localização, estando configurado o delito de lavagem de dinheiro.*

Assim, *tenho por provadas tanto a autoria quanto a materialidade de tal crime, tendo sido utilizadas pelo menos as contas do Posto da Torre, de titularidade de Carlos Habib Chater, e a conta de Gilson M. Ferreira ME, para promoção de transferências e ocultação da origem ilícita dos valores.*

Quanto à conta de Gilson M. Ferreira, é possível afirmar que se trata de empresa de fachada, utilizada apenas para movimentação ilegal, conforme relatório do Conselho de Controle de Atividades Financeira. Essa conta movimentou, entre setembro de 2012 e fevereiro de 2013, o valor total de R$ 23.035.226,00, o que é absolutamente incompatível com a condição de microempresa (Relatório 10964, evento 15, anexo9, processo 5001438-85.2014.404.7000), tendo o laudo pericial indicado, nos anos de 2012 e 2013, movimentação total de cerca de R$ 29.450.333,54 em cerca de 3.451 transações, o que representa indícios de que se trata de mera conta de passagem, utilizada por terceiros.

3.1.3. Do delito antecedente e da origem dos recursos

Da análise do artigo 1º, *caput*, da Lei nº 9.613/98, já transcrito, depreende-se que *a lavagem de ativos é delito autônomo em relação ao*

crime antecedente (não é meramente acessório a crimes anteriores), já que possui estrutura típica independente (preceito primário e secundário), pena específica e conteúdo de culpabilidade própria e não constitui uma forma de participação *post delictum*.

Vale ressaltar que "a simples existência de indícios da prática de algum dos crimes previstos no artigo 1º já autoriza a instauração de ação penal para apurar a ocorrência do delito de lavagem de dinheiro (delito autônomo), não sendo necessária, por conseguinte, a prévia condenação ou comprovação plena da materialidade e da autoria referentes ao ilícito antecedente" (STJ, HC 201000295902, rel. Ministro Og Fernandes, Sexta Turma, DJE 18.02.2013).

Ainda, para a sua consumação, "basta o conhecimento pelo agente de que o capital que se pretende ocultar ou dissimular provém do cometimento de um crime anterior, não se exigindo que o autor do crime de lavagem de dinheiro seja o autor ou partícipe de tais condutas delituosas" (*in* VAZ, Paulo Afonso Brum; MEDINA, Ranier Souza. *Direito Penal Econômico e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo: Conceito, 2012. p. 253).

Na hipótese dos autos, como referido por várias vezes, os valores, objeto da lavagem acima relatada, decorreram da introdução, mediante operação dólar-cabo, de divisas remetidas por Maria de Fátima Stocker (US$ 124.000,00). Embora não seja possível precisar qual crime de tráfico de drogas deu origem a esses recursos, está amplamente demonstrado nos autos que Maria de Fátima e Renê Luiz Pereira se dedicavam à traficância, mantendo estreito vínculo "comercial".

Para além do que se dirá adiante, é imperioso reconhecer a origem ilícita dos recursos.

Primeiro, porque não há qualquer causa ou justificativa para a remessa dos valores.

Segundo, a remessa foi realizada de modo sub-reptício, por intermédio de doleiros em operação dólar-cabo.

Terceiro, porque remetente e destinatário são pessoas que comprovadamente exercem a atividade de tráfico de drogas. Quanto ao destinatário (Renê Luiz Pereira), responde neste processo por tráfico de drogas, relativo a fatos ocorridos em 21.11.2013, com a apreensão de drogas em Araraquara. Também há provas, no presente caderno processual,

sobre seu envolvimento com o tráfico internacional da remessa de 55 kg de cocaína para a Espanha, a partir do Porto de Santos, sendo a droga apreendida em 20.10.2013 na cidade de Valência.

É certo que ambos os fatos acima assinalados são posteriores à lavagem de dinheiro, mas isso não impede o reconhecimento, diante de todas as circunstâncias e provas existentes, de que o numerário introduzido clandestinamente no Brasil (US$ 124.000,00), ocultado em contas de laranjas e doleiros, movimentado e, depois, transferido para ao exterior (Bolívia), seja proveniente de conduta criminosa.

Como já mencionado, a legislação pátria não exige a condenação ou a comprovação do crime antecedente, mas apenas a demonstração de que o numerário que se busca branquear decorre de proveito criminoso.

Sobre o tema decidiu o e. STF, no HC 93368, da relatoria do Min. Luiz Fux, cuja ementa enuncia:

"[...]

4. A denúncia que descreve minuciosamente fatos que se subsumem ao disposto no art. 1º, VI, da Lei 9.613/98, qual seja, o crime contra o sistema financeiro nacional, não é inepta, porquanto traz a narrativa dos crimes antecedentes. Para a instauração da ação penal ou para o ato de recebimento da denúncia, não se faz necessária a certeza quanto aos crimes antecedentes.

5. O processo e o julgamento do crime de lavagem de dinheiro são regidos pelo princípio da autonomia, não se exigindo, para que a denúncia que imputa ao réu o delito de lavagem de dinheiro seja considera apta, prova concreta da ocorrência de uma das infrações penais exaustivamente previstas nos incisos I a VIII do art. 1º do referido diploma legal, bastando a existência de elementos indiciários de que o capital lavado tenha origem em algumas das condutas ali previstas.

6. A autonomia do crime de lavagem de dinheiro viabiliza inclusive a condenação, independentemente da existência de processo pelo crime antecedente.

7. É o que dispõe o artigo 2º, II e § 1º, da Lei nº 9.613/98: 'O processo e o julgamento dos crimes previstos nesta lei: (...) II – independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país; (...) § 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime'.

8. A doutrina do tema assenta: 'Da própria redação do dispositivo depreende-se que é suficiente a demonstração de indícios da existência do crime antecedente, sendo desnecessária a indicação da sua autoria. Portanto, a autoria ignorada ou desconhecida do crime antecedente não constitui óbice ao ajuizamento da ação pelo crime de lavagem. (...) Na verdade, a palavra 'indício' usada na Lei de Lavagem representa uma prova dotada de eficácia persuasiva atenuada (prova semiplena), não sendo apta, por si só, a estabelecer a verdade de um fato, ou seja, no momento do recebimento da denúncia, é necessário um

início de prova que indique a probabilidade de que os bens, direitos ou valores ocultados sejam provenientes, direta ou indiretamente, de um dos crimes antecedentes. Não é necessário descrever pormenorizadamente a conduta delituosa relativa ao crime antecedente, que pode inclusive sequer ser objeto desse processo (art. 2º, II, da Lei 9.613/98), mas se afigura indispensável ao menos a sua descrição resumida, evitando-se eventual arguição de inépcia da peça acusatória, ou até mesmo trancamento da ação penal por meio de *habeas corpus*. (...) É de se ver que, no momento do recebimento da denúncia, a lei exige indícios suficientes, e não uma certeza absoluta quanto à existência do crime antecedente' (*in* GOMES, Luiz Flávio. Legislação criminal especial. In: GOMES, Luiz Flávio; CUNHA, Rogério Sanches (coord.). *Lavagem ou ocultação de bens*: Renato Brasileiro. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p. 588-590)."

Merece registro que o julgado acima transcrito analisa fatos ocorridos antes da vigência da Lei nº 12.683/2012, que excluiu o rol de crimes antecedentes. Com a nova regra, que incide no caso dos autos, a compreensão acerca dos crimes antecedentes persiste, ganhando até mesmo vigor.

Os preceitos legais, referidos no voto, com redação dada pela legislação aplicável ao caso concreto, estabelecem:

"Art. 2º O processo e o julgamento dos crimes previstos nesta lei: (...)

II – independem do processo e do julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticadas em outro país, cabendo ao juiz competente para os crimes previstos nesta lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

(...)

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)"

Disto não destoa a orientação do e. STJ:

"*HABEAS CORPUS*. LAVAGEM DE DINHEIRO. SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. INOCORRÊNCIA. *MANDAMUS* CONHECIDO. CRIMES ANTECEDENTES. INDÍCIOS SUFICIENTES. PRESSUPOSTOS DA LEI ESPECIAL ATENDIDOS. ALEGAÇÃO DE ILICITUDE DE PROVAS. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRANCAMENTO DA AÇÃO PENAL INCABÍVEL. ORDEM DENEGADA.

(...)

3. A prova da materialidade exigida pelo artigo 41 do Código de Processo Penal relaciona-se ao delito de lavagem de dinheiro, e não aos delitos antecedentes, dos quais, na norma extravagante, requer singelos indícios de existência. Precedentes da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça.

4. A denúncia instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente ao

delito de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores satisfaz os pressupostos da lei especial para o seu oferecimento e recebimento.

5. O trancamento de uma ação penal exige que a ausência de justa causa, a atipicidade da conduta ou uma causa extintiva da punibilidade estejam evidentes, independentemente de investigação probatória, incompatível com a estreita via do *habeas corpus*. Precedentes.

6. Ordem conhecida e denegada." (HC 200800665089, Jane Silva (desembargadora convocada do TJ/MG), STJ – Sexta Turma, DJE data: 24.11.2008)

No caso corrente, muitos são os elementos de convicção acerca da origem ilícita dos recursos, sendo suficiente, neste momento, invocar o evento 306 (ofício/C2) dos autos principais, apontando 3.038 arquivos armazenados no telefone de Renê Luiz Pereira, consistentes em áudios, imagens, textos e vídeos.

A sentença, com adequação, apontou um dos diálogos, o qual dispensa maiores explicações, porquanto não apenas relaciona o réu Renê com o tráfico de drogas, como também o faz em relação à corré Maria de Fátima:

"135. Um dos aparelhos é um iPhone 5S da Apple com IMEI 013852001011294 e que foi objeto do Laudo Pericial 1028/2014/SETEC. Não há dúvida de que pertence a Renê, estando ele registrado na Apple com o endereço eletrônico Renepereira14@gmail.com (fl. 1 do laudo eletrônico). Armazenados no dispositivo encontram-se fotos do próprio Renê Pereira, como pode ser visualizado nas fls. 869, 870 e 873 do laudo eletrônico.

136. No aparelho, conforme informação constante na fl. 12 do relatório de análise de telefone material apreendido nº 1379/2014 – evento 306, ofic2 –, foi localizado áudio gravado pelo próprio Renê Luiz Pereira de cerca de duas horas e vinte e três minutos no qual ele conversa, pelo Skype, com indivíduo da língua espanhola, colombiano (em trecho na fl. 59, Renê afirma que o interlocutor é colombiano, 'você é da Colômbia'). O arquivo de áudio original está no laudo eletrônico identificado como 20131102_153938.m4a.

137. No áudio em questão, degravado e traduzido para o português na íntegra (anexo 1 do relatório de análise de telefone material apreendido nº 1379/2014, fls. 59-87 – evento 306, arquivos oficio/c5 e ofício/c7), consta um longo relato de Renê ao seu interlocutor, com vários trechos que apontam seu envolvimento com atividades criminais do tráfico de drogas. Destaco trechos:

'Renê: Tenho que desligar meu telefone porque não confio nisso' (fl. 59)

'Renê: Você é da Colômbia, e eu sou daqui. E você necessita que eu faça o meu serviço, meu trabalho aqui no meu país, onde eu conheço as pessoas que eu conheço, e eu necessito que você faça as coisas com as pessoas do teu país e que fale com as pessoas que conhece na Europa que são tuas, e eu, com as minhas.' (fl. 59)

'Renê: De qualquer forma, para mim, a prisão me fez aprender e conhecer pessoas. Você não necessita, porque já conhece e sabe melhor. Não tenho orgulho que fui preso. Preferia não ter sido. Mas saímos de lugares diferentes. De onde você vem é mais fácil conhecer. Se eu não tivesse sido preso, não conheceria nada disso, porque a minha família não deixava.

Não havia como. Se eu não tivesse ido para a prisão, eu não estaria aqui falando com você. Então para mim isso não foi uma coisa tão ruim. Porque eu comecei a conhecer as coisas assim.' [*sic*] (fl. 60)

'Renê: Assim conheci uns mafiosos. Tinha uma pessoa que conheci, uma pessoa, quando fiquei preso por alguns dias. Ele havia sido preso com droga. E eu paguei um advogado para ele e tirei esse rapaz. E ele me apresentou vários mafiosos no Paraguai. Isso no Paraguai. E assim tudo que eu conheço hoje começou assim...' (fl. 61)

'Renê: Por isso penso tanto e faço conta de onde tenho que andar, por ali, por aqui... Com telefone, com tudo. Porque não é tão simples. Nós sabemos que hoje a tecnologia é tanto para a gente quanto também para a Polícia. Porém, temos que ser mais inteligentes do que eles. Isso é uma coisa que me faz bem: ser mais inteligente que a Polícia. Me faz bem fazer isso! É verdade, eu faço por dinheiro, mas também me dá prazer! Parece uma loucura... Mas me dá.' (fl. 61)

'Renê: Porque aqui tem investigação, aqui a Polícia não é boba. Por isso temos que ter cuidado, por isso que não quis colocar colombianos, não precisamos. Agora, temos que ter cuidado para que ninguém saiba de nada, qualquer coisa que aconteça posso dizer: 'Meu amigo viajou e me disse que esperasse na sua casa, mas eu já vou embora amanhã'.' (fl. 62)

'Renê: Eu tenho também como vender todo na Europa. Não tenho problema com isso. Se você precisa qualquer coisa, eu conheço pessoas também. E com certeza meu Primo vai fazer alguma coisa, ele estava trabalhando com seu grupo: eles já têm um avião trijet, com três turbina, e pretendiam ir com duas mil peças [provável referência a dois mil quilos de cocaína] uma vez para a África e me perguntou seu eu tinha alguém lá para vender...' [*sic*] (fls. 62-63)

'Renê: Meu amigo, se você me vê caminhando na rua, se não me conhecesse... Você pensaria que eu faço isso?

Colombiano: Não, não, não. E mais, eu sou sincero, desde o primeiro dia que te vi, quando El Negro nos apresentou, tens cara de tudo menos disto... rs. Você me entende...

Renê: Porque ninguém pode saber, meu amigo! Porque antes as pessoas gostavam que todos soubessem que esse faz isso!, que esse é *traficante!* Bem, que vantagem há? Não temos vantagem com isso! Eu ando na minha cidade, ninguém pensa... Acham que trabalhamos com construção e é isso que eles sabem. Quando viajo, nem meu pai sabe que eu estou aqui. Ninguém sabe. Eu tenho esse telefone aqui para falar por SKYPE, porque assim...' (fl. 64)

'Renê: Eu não gosto muito de ir para Bolívia. Só vou quando tenho que fazer uma coisa, uma reunião, uma coisa. Eu fico em um hotel e mesmo no hotel tem que cuidar, porque está teu nome e tudo. Claro que às vezes eu peço para um amigo que faça em seu nome. Tinha essa moça que eu sempre fazia as coisas e quando ia eu a chamava e dizia: 'alugue o quarto e tudo'. Porque é melhor que o meu nome não apareça. Porque ela é brasileira, porém vive lá. É bom, temos que fazer assim, com cuidado.' (fl. 66)

'Renê: Porque eu não tenho tempo para perder e tampouco dinheiro! E agora que estou começando a ficar um pouco mais tranquilo. Porque quanto tempo fiquei sem trabalhar? E quando comecei só gastei, gastei, gastei... Com pessoas como essas que me fizeram perder mais que um ano só com ele, quase dois... Bom, é assim que temos que fazer. Quando eu vou para a Colômbia, eu não vou fazer nada sem perguntar para alguém de lá. Onde é melhor, onde é mais seguro... O que eu posso e o que eu não posso... É o melhor.' (fl. 67)

‘Renê: Tem muitas coisas que temos que pensar bem. Porque o que penso agora é que vamos fazer coisas grandes e porque temos contatos para isso. E vamos ganhar dinheiro. Podemos comprar propriedades, para viver inclusive. Tem várias coisas, tem chácaras também que ficam afastados e que são especiais, tem de tudo. Depende do dinheiro.’ [*sic*] (fl. 68)

‘Renê: Mas, se nós vamos fazer negócio, eu não tenho mais interesse com esse que queria fazer comigo, porque na verdade o que me interessava é que ele ia me colocar aqui por um custo. E, quem sabe, vai me custar 3 mil e pouco, menos que 4 mil. Faz diferença, de 4.500 para 3.500 que seja, 1.000 para 400 são 400.000. Com 400.000 se pode fazer muita coisa: gastar com organização, gastar com coisas. Bom, o que me interessava é que tem negócios na HOLANDA e na ESPANHA. Mas agora você já os tem. Agora já não necessito mais. Porém não quero passar na frente de ‘EL NEGRO’, porém podemos comprar coisas e dizemos a ele: ‘NEGRO tem pessoas aqui que não estão vendendo. Queremos mercadoria!’.’ (fl. 69)

‘Colombiano: Te faço uma pergunta, neste momento, neste momento, você tem alguém que tem mercadoria aqui?

Renê: Eu consigo buscar, sempre, eu não estou buscando porque...

Colombiano: Sim, eu te entendo, mas agora...

Renê: O preço aqui, o problema é esse, o preço aqui, vamos pagar muito mais. Então pode ser que às vezes podemos conseguir por menos que 5.000 e um pouco, alguma coisa menos que 5.000, porém tem vezes que...

Colombiano: Bom produto?

Renê: Eu quando te falo é somente de produto bom. Eu não falo de produto ruim. Mas claro que o mais confiável é essa pessoa que compramos. Sabemos quem fez, eu prefiro assim, que esse nos fez, tudo e tudo. Eu posso buscar saber com o meu amigo quem pode ter. Porque eu conheço pessoas do Paraguai de tudo, pessoas que fazem... Eu digo podemos perguntar para saber por quanto conseguimos, e vamos ver. Podemos buscar e saber. E depois já podemos, você viu que eu perguntei quantas peças podiam trazer o homem aquele outro...’ [*sic*] (fl. 73)

138. No seguinte trecho da conversa, Renê informa que teria fornecedor na Bolívia que se encarregaria totalmente do transporte da mercadoria:

‘Quando a gente precisar eu tenho este homem que pode fazer para a gente, cada vez pode 400. E me disse que seu transporte é tranquilo e com garantia. Eu não conheço o transporte, porém eu confio nele. É uma boa pessoa e podemos falar com ele pessoalmente ou podemos pedir que venha. É uma boa pessoa e eu confio nele. O transporte eu não sei, mas geralmente ele tem que saber, porque ele trabalha com isso e tem que conhecer. Eu tenho outras pessoas que, aliás, eu vi boa mercadoria, tinha um que queria me vender por 2.600 lá na BOLÍVIA. Ele é colombiano da família MONTOYA. Você conhece a família MONTOYA?’ [*sic*] (fl. 74)

139. É interessante notar que, apesar da longa conversa de mais de duas horas na qual trata Renê de negócios com seu interlocutor, em nenhum momento é revelada a natureza da ‘mercadoria’ que Renê importaria da Bolívia e remeteria para a Europa, o que é mais um indício de que se trata de mercadoria proibida, no caso tráfico de drogas, sendo comum que traficantes de drogas jamais mencionem em suas conversas termos como ‘drogas’ ou ‘cocaína’.

140. Outro trecho contundente diz respeito à remessa, para a Europa, de ‘mercadoria’

escondida no piso e na tampa de barris de polpa de fruta. Segundo o Colombiano, seria possível colocar dois quilos da mercadoria em cada um dos barris, sendo que, na ocasião a que se refere, teriam sido enviados oitenta barris:

'Colombiano: Sim... Acontece que em Peru exporta muita polpa de fruta nesses barris de 180 quilos. E vai congelado como uma pedra. Na temperatura ambiente demora 12 dias para descongelar. Porém o 'trabalho' não ia na polpa... (INAUDIVEL) Era muito. O contêiner levava 80 barris de 180 quilos...

Renê: Não estava cheio da polpa?

Colombiano: Não. Então se desenhou o piso e a tampa, para se colocar 2 quilos em cada um. E se mandou fazer a mercadoria no molde desse tamanho. Então todos os barris exatamente tinham o mesmo peso, todos os barris pesamos o mesmo, e pelo *scanner* era tudo igual.

Renê: Isto é inteligente.

Colombiano: É o que te digo. É ver as coisas...

Renê: Isso daria para fazer!' [*sic*] (fl. 79)

141. Em trechos da conversa, Renê relata ao interlocutor a utilização de um doleiro e de operações dólar-cabo para trazer dinheiro da Europa e pagar seus fornecedores na Bolívia:

'Renê: Se a pessoa tem dinheiro na Europa, melhor que deixe o dinheiro lá então, porque, por exemplo: se nos entregam o dinheiro hoje na Europa, talvez eu consigo mandar em um dia mesmo. Agora mesmo, na segunda-feira, consigo que lhe paguem em Bolívia, e, já que temos pressa, é melhor pagar essa pessoa um pouco mais, mais que os 6. Porque claro que vai querer 6. Vai dar seu dinheiro na hora e um pouco mais, mas é melhor que paguemos se é para adiantar algo. Fazemos. Melhor que esperar. Se este homem não trouxe o dinheiro, que nos entregue então. E nas próximas você já sabe.' [*sic*] (fl. 71)

'Renê: Porque esse homem, por exemplo... Na verdade tudo isso passa por banco, porque na verdade ele ganha mais que isso. Porque ele lá faz negócio com empresas da EUROPA, as pessoas ficam com o dinheiro e nos dão dinheiro aqui, em reais, ele troca (câmbio) em dólares para nos pagar. Então ele faz sempre assim. Porque para ele é perigoso e como vai correr o risco? Então eu acredito que as pessoas que querem dinheiro lá também lhe pagam mais um pouco, eu acredito que ele ganhe um pouco de nós, um pouco dos outros que estão aqui e querem dinheiro lá, é porque ele faz uma troca (câmbio). E como ele conhece pessoas por tudo, por isso faz assim. Na verdade o dinheiro já está aqui, então fazem a troca (câmbio) com a pessoa, *tem uma mulher na Suíça. Esta mulher é fortíssima! É uma mulher muito forte. Essa mulher negocia com ele, às vezes pega dinheiro na HOLANDA, em qualquer país, essa mulher pega o dinheiro, muito dinheiro, fica com o dinheiro e pagam aqui em 2, 3 dias para ele, ele troca (câmbio) e assim ele faz muito*. Porém tudo com empresas e não corre risco, eu acredito que ele ganhe mais do que me cobra.

Colombiano: Quem?

Renê: Essa pessoa, esse meu amigo que me traz... eu acredito que ele ganhe mais que me cobra, porque os daqui também tenho certeza que pagam para pôr o dinheiro lá.

Colombiano: Acredita que...

Renê: Com certeza... Porque uma vez eu disse: 'amigo, me faça melhor isso porque... Quantas vezes eu apresentei meus amigos para trazer dinheiro com você. Faça a minha por menos um pouco'. E tem vezes me faz um ponto a menos, ele faz para mim e daí depois me

diz: 'Não, porque isso me custa, você pensa não, você não sabe nada, eu tenho que pagar...' E daí eu perguntei para o sobrinho dele que eu conheço: 'E como faz esse teu tio, com as pessoas que querem dinheiro...', ele disse; 'ele ganha dos de lá e dos daqui. Ele ganha, por exemplo, o teu que paga para trazer, porém a pessoa que quer o dinheiro lá também, que está aqui que troca (câmbio) paga menos, pouco, mas paga para ele'. Eu acredito que é assim... (risadas)' [*sic*] (fl. 72)

142. A operação narrada na denúncia, de remessa, por operação dólar-cabo, de dinheiro da Europa ao Brasil para pagamento, em moeda estrangeira, de fornecedores na Bolívia, confere exatamente com a descrição realizada nesse trecho, quando Renê revela a utilização para tanto de amigo no Brasil para internação de valores no Brasil provenientes da Europa. Trata-se de operação típica do mercado negro de câmbio e caso clássico de lavagem de dinheiro proveniente do tráfico de droga.

143. Pelo teor do diálogo gravado pelo próprio Renê, não há dúvidas de que se trata de um grande traficante de drogas envolvido na remessa de cocaína obtida na Bolívia para a Europa, especialmente Holanda e Espanha, passando antes pelo Brasil. Os valores pagos na Europa seriam remetidos pelo mercado negro de câmbio para o Brasil e deste para os fornecedores na Bolívia."

A fim de não se limitar àquilo que está asseverado pelo juízo de primeiro grau, cumpre consignar que os diversos ofícios que compõem o referido evento 306 dos autos originários apresentam diversos diálogos e muitas imagens, várias delas apresentando fotografias de dólares americanos (OFICIO/C4), cópias de passaportes (OFICIO/C3), informações sobre *modus operandi* para a prática de tráfico por aviões para a África (OFICIO/C6), imagens com notícias de apreensão de drogas no Brasil (OFICIO/C5), inclusive com foto de cães farejadores e apreensão de drogas em contêineres.

Assim, é indiscutível que os recursos recebidos do estrangeiro por Renê Luiz Pereira tinham origem ilícita, sendo que o conjunto de operações realizadas para sua ocultação enquadram-se no crime previsto no art. 1º da Lei nº 9.613/98, com redação dada pela Lei nº 12.683/2012.

3.1.4. Das alegações defensivas quanto ao delito de lavagem de dinheiro

3.1.4.1. O apelante *Renê Luiz Pereira*, especificamente quanto ao crime de branqueamento de capitais, sustenta a *atipicidade objetiva da conduta*, sob o argumento de que não estaria comprovado o crime antecedente de tráfico de drogas. Refere que a sentença não descreve, com elementos e dados fáticos, a sua efetiva participação no delito antecedente, muito menos aponta minimamente a materialidade do delito.

Da mesma forma, a defesa de *Carlos Habib Chater* aponta a *atipicidade* do crime de branqueamento de capitais, dizendo que o crime antecedente, segundo a denúncia, seriam os delitos de tráfico de entorpecentes praticados por Evi, Sleiman e Renê em data posterior à suposta lavagem de dinheiro. Assim, sustenta não haver fato ilícito anterior a justificar a imputação.

Sem razão os recorrentes.

Inicialmente, ressalta-se que a aptidão da peça acusatória já foi analisada no item 2.5.1 deste voto.

Ademais, como assinalado, não é necessária a exaustiva prova do crime antecedente, muito menos a condenação quanto a este. Basta a demonstração de que os recursos são provenientes de atividades ilícitas, como evidenciado no caso.

Os elementos de prova existentes nos autos permitem concluir, acima de qualquer dúvida razoável, que os recursos internalizados por meio de operação dólar-cabo tinham origem criminosa. Os diversos fatos relacionando o apelante *Renê* e os corréus Maria de Fátima e Sleiman com o tráfico de drogas não deixam margem para dúvidas quanto aos motivos que levaram os acusados a utilizarem-se de meios escusos para internação do numerário.

Os fatos mencionados nas razões recursais de Chater – tráfico deflagrado na Operação Monte Pollino, apreensão de 55 kg de cocaína noticiada no jornal valenciano *Levante* e apreensão de cerca de 700 kg de cocaína – foram citados a demonstrar o amplo envolvimento de *Renê* com o tráfico de drogas, não sendo, propriamente, os delitos antecedentes.

3.1.4.2. Renê ainda traz outro argumento relativo à *atipicidade objetiva do delito* de lavagem de dinheiro, dizendo que a denúncia apenas narra a movimentação de ativos em contas correntes no Brasil, além de descrever que os valores evadidos teriam sido utilizados para adquirir drogas, não podendo, por isso, ser considerados ativos lícitos.

Entendo que devem ser separados os argumentos.

Primeiro, é necessário reconhecer que não há mera movimentação lícita de ativos. Há, segundo provado, transferência de recursos entre contas no Brasil, a partir de ativos ilícitos vindos do exterior com des-

tino a contas utilizadas por doleiros exatamente para branquear ativos. Prova maior disso são os depósitos na conta da empresa de fachada Gilson M. Ferreira ME, sem qualquer relação causal, em conta de empresa que não realiza, de fato, atividade lícita.

É dizer, o contexto e o conjunto de operações efetuadas demonstram a tipicidade dos fatos narrados, que não é afastada pela eventual aparência de regularidade de alguns dos atos (movimentações bancárias no território nacional), se isoladamente considerados.

Segundo, a lavagem de dinheiro imputada não diz respeito à compra de drogas na Bolívia, mas ao capital decorrente da venda de drogas na Europa que ingressou no Brasil de modo irregular, sendo submetido a branqueamento para que, aqui, tivesse a aparência de recurso lícito.

De mais a mais, ainda que tudo indique que tais quantias tenham sido novamente remetidas ao exterior para novas condutas de tráfico, já decidiu esta Corte que

"*O crime de lavagem de dinheiro consuma-se com a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do artigo 1º da lei de regência, sendo, pois, desnecessário que o agente proceda à conversão dos ativos ilícitos em lícitos*. Basta a mera ocultação/dissimulação do dinheiro oriundo do crime anterior, sem a necessidade de recorrer, na precisa lição do Min. Sepúlveda Pertence (RHC 80.816-6/SP, DJ de 18.06.2001), aos requintes de engenharia financeira. *Logo, deixar de punir o branqueamento só porque o capital obtido ilicitamente foi empregado em nova prática delitiva, seja ela consumada, seja tentada, ensejaria grave paradoxo na repressão penal ao beneficiar o agente que já praticou dois crimes anteriores* (delito antecedente da lavagem e a própria ocultação de capitais) e persiste no submundo do crime, em detrimento daquele sujeito que se limita a ocultar das autoridades estatais, mediante exclusiva aquisição de bens lícitos, o numerário auferido com a prática de uma das condutas típicas arroladas nos incisos I a VIII do artigo 1º da Lei nº 9.613/98." (Apelação Criminal nº 2006.71.00.032684-2, Oitava Turma, rel. Des. Federal Paulo Afonso Brum Vaz, por unanimidade, D.E. 23.07.2009)

3.1.4.3. Por fim, no âmbito da *tipicidade, agora subjetiva*, invoca o apelante *Renê* não saber da origem ilícita dos valores, bem como não ter a intenção de ocultar ou dissimular o dinheiro ilícito.

No entanto, a farta prova colacionada no caderno processual evidencia tanto a ciência da origem ilícita dos recursos como a intenção do agente em transformá-los em ativos com aparência de licitude, mediante sucessivas operações financeiras realizadas por doleiros e em empresas de fachadas. Diversos diálogos estão a revelar essa realidade,

inclusive quanto ao elemento subjetivo do tipo, como já exaustivamente analisado.

3.1.4.4. A defesa de *André Catão de Miranda* também sustenta a não comprovação do elemento subjetivo do tipo. Diz que se partiu do pressuposto de que o apelante detinha conhecimento de toda a movimentação financeira da empresa em que trabalhava, contribuindo para a lavagem de dinheiro. Alega que tal raciocínio é contrário à prova dos autos, porquanto restou demonstrado que trabalhava desde 2003 no Posto da Torre, como gerente financeiro, sempre atuando como empregado, na mesma função e no mesmo endereço, mediante subordinação. Diz que são apenas dois diálogos interceptados que o estão ligando ao crime, os quais se referem apenas a depósitos de valores, sem qualquer conotação de sua ilicitude, muito menos da ciência do apelante André quanto a isso. Diz que o apelante não tinha telefone marca Blackberry, não possui passaporte, morando em bairro modesto do Distrito Federal. Refere, ainda, que se limitou a realizar atos que eram rotineiros, consistentes em depósitos, recebimento, devolução de valores, em moeda nacional, sem conhecer a ilicitude de sua origem. Assim, sua conduta deve ser considerada atípica, porque realizou operação aparentemente lícita, ignorando qualquer ilicitude que pudesse estar envolvida na mera realização de depósitos.

Sem razão.

Sobre a questão, adoto as bem-lançadas considerações do *Parquet* em alegações finais:

"Já ficou bem clara a atuação habitual, contínua e plenamente consciente de ANDRÉ nas atividades cambiárias ilícitas praticadas por CHATER, bem como o relacionamento direto que manteve, no caso penal ora tratado, com os clientes da operação.

Assim, o que ora importa destacar de maneira mais contundente é o fato de que, em seu interrogatório judicial, ANDRÉ assumiu expressamente que foi o responsável pelos depósitos efetuados em contas de terceiros, em que pese tivesse plena ciência de que os valores destinavam-se a RENÊ e SLEIMAN. *Evidencia-se assim que, assim como CHATER, tinha pleno conhecimento de que atuava de forma a dissimular a propriedade dos valores que depositava, devendo, no mínimo, deduzir que assim o fazia em virtude da origem espúria dos valores.*

Assim, por todo o exposto, presentes também a autoria e o dolo típicos de ANDRÉ em relação aos crimes de lavagem de capitais que lhe foram imputados."

Com efeito, os indícios colacionados aos autos demonstram a relação de confiança e a proximidade existente entre o apelante, que era *gerente financeiro* do Posto da Torre, e Carlos Habib Chater, não sendo plausível a alegação de que imaginava que as transações bancárias por ele realizadas se deram para simples pagamento de empréstimos.

Nota-se que *André* possui muitos anos de experiência na atividade e acesso à movimentação financeira do posto. As interceptações, inclusive, demonstram que ele tinha contato direto com *Renê*, o que fragiliza a tese de que seria mero empregado de *Chater*.

O fato de ter sido "demitido" e posteriormente retornado como empregado terceirizado de uma empresa de prestação de mão de obra, ao contrário do sustentado pela defesa, somente reforça a importância da experiência do réu na atividade exercida e a confiança do corréu em seu "braço direito".

Ainda que realizasse rotineiramente movimentação financeira de elevadas quantias em seu trabalho no setor financeiro, isso não justifica a realização de transações de consideráveis valores a terceiros em nada relacionados à atividade do posto. Salienta-se, nesse aspecto, que as dificuldades financeiras alegadas não são compatíveis com tal intensa movimentação de valores, inclusive em espécie.

De mais a mais, não é essencial para a prática delitiva a utilização do "BBM" para se comunicar com os demais envolvidos. Tampouco é elementar do tipo a demonstração da aquisição de patrimônio significativo, especialmente se considerado que, na lavagem de dinheiro, é comum que o agente não tenha bens em seu nome.

Dessa forma, como devidamente fundamentado em sentença, é de ser mantida a condenação de André Catão de Miranda pela prática do crime de lavagem de dinheiro.

3.1.4.5. A defesa de *Chater*, da mesma forma, alega a atipicidade subjetiva do crime de lavagem de dinheiro, ante a ausência do elemento cognitivo do dolo, sendo necessário que o agente saiba da origem ilícita do recurso e pretenda realizar a ocultação ou a dissimulação da origem ilícita, dando aparência de lícito ao capital. Sustenta que o apelante teria incorrido em erro de tipo essencial invencível, na medida em que ignorava a origem ilícita e não tinha condições de superar essa ignorância,

sendo equivocada a presunção realizada pelo magistrado sentenciante. Diz que o fato de não ter sido diligente o suficiente para confirmar se os dados da conta indicada por Renê seriam realmente de uma casa de câmbio apenas demonstra eventual ausência de dever de cuidado, sinalizando para a figura do erro evitável.

Refere, ainda em relação ao dolo, ser inaplicável a teoria da cegueira deliberada (*willful blindness*), porque, para sua incidência, o acusado deve ter conhecimento da elevada potencialidade da origem ilícita dos bens ou valores e, mesmo assim, agir de modo indiferente a esse conhecimento. Entende que cegueira deliberada não se confunde com dolo eventual, apesar de equívocos doutrinários no Brasil.

Sustenta, também, haver atipicidade subjetiva por força da ausência de dolo, havendo mera presunção do elemento volitivo.

Não prospera a tese defensiva.

O conjunto probatório colacionado indica, de forma conclusiva, a atuação de *Chater* no mercado paralelo de câmbio e a realização de operações com a corré Evi. Da mesma forma, como bem salientou o órgão ministerial em alegações finais,

"o intenso e duradouro relacionamento com SELIMAN, que integra a referida organização transnacional comandada por EVI, é expressamente afirmado por CHATER em seu interrogatório judicial, sendo de todo inverossímil acreditar que, em contato tão próximo, desconhecesse as atividades por ele realizadas."

Toda a prova indiciária produzida, aliada às circunstâncias em que cometidos os delitos, deixa claro o conhecimento da procedência irregular dos valores movimentados. Conforme concluiu o magistrado de origem,

"da realização dolosa das condutas de ocultação, do contato frequente de Carlos Habib com Renê Luiz Pereira, do modo de tratamento utilizado, que revela proximidade entre eles, do fato de Carlos Habib Chater ter faltado com a verdade ao afirmar ter abandonado a atividade de operador do mercado negro de câmbio e de seu expresso receio em vincular a conta de sua empresa a contas de 'pessoas suspeitas' indicadas por Renê, mas não ter qualquer receio em vinculá-la a contas de pessoas interpostas utilizadas por casa de câmbio, é de se concluir que agiu não apenas com dolo eventual, mas com dolo direto, tendo ciência do envolvimento de Renê Luiz Pereira com o tráfico internacional de drogas e de que os valores envolvidos estavam relacionados a essa atividade. *Portanto, reconhecida não só a autoria, mas o agir com dolo direto de Carlos Habib Chater quanto à prática do crime de lavagem de produto de tráfico internacional de drogas*."

3.2. Do crime de evasão de divisas

O apelante *Renê Luiz Pereira* restou condenado pela prática do crime de evasão de divisas, porquanto parte do numerário por ele recebido, por intermédio do Posto da Torre Ltda., foi objeto de envio para o exterior, por meio de operações dólar-cabo. Mais especificamente, os valores foram depositados na conta de Gilson Ferreira ME, objeto de transferência internacional e creditados na Bolívia.

Sobre o crime de evasão de divisas, dispõe o artigo 22 da Lei nº 7.492/86:

"Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente."

Salienta-se que algumas considerações sobre as operações dólar-cabo já foram tratadas no item 3.1.1 deste voto.

Acrescenta-se, apenas, que uma das hipóteses de configuração de operação dólar-cabo consiste na entrega em dinheiro ou transferências bancárias nacionais, da conta de uma pessoa para uma conta indicada por um doleiro. Este, por sua vez, promove a disponibilização do equivalente em moeda estrangeira (com um deságio relativo à sua atividade) em conta do depositário ou de terceiros.

Tomadas isoladamente, no mais das vezes, as operações bancárias têm aparência de legítimas, especialmente quando essa circulação de valores interna é feita por intermédio do sistema formal. Todavia, consideradas em seu conjunto, os elementos de provas existentes podem demonstrar a conexão dessas operações, de modo a comprovar a evasão de divisas, mediante a disponibilização no exterior do equivalente em moeda nacional aqui recebida.

A realização de operação dólar-cabo, com a entrega de moeda estrangeira no exterior em contrapartida a prévio pagamento de reais no Brasil, caracteriza o crime previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

O fato de a remessa ser efetuada por meio de sistema de compensação, e não mediante transferência física, não exclui o crime, uma vez

que o art. 22 tipifica a saída de moeda ou divisa para o exterior "a qualquer título". Caso o crime fosse restringido à transferência física, apenas seriam penalizadas remessas marginais e fronteiriças, deixando-se à margem da lei as vultosas transferências informais realizadas pelo mercado de câmbio negro.

Para comprovar a operação dólar-cabo, não é necessário demonstrar diretamente o pagamento de reais no Brasil ao doleiro. É do conjunto probatório que se deve inferir com segurança a ocorrência, ou não, desses fatos.

A situação fática e as provas coligidas nos autos estão adequadamente apresentadas na sentença:

"197. Em outras trocas de mensagens BBM de Renê Luiz Pereira com as pessoas de língua espanhola que utilizam os codinomes Caballero e Chavo, fica evidenciado que eram estes os credores de Renê no exterior, especificamente na Bolívia, e que o dinheiro, em última análise, a eles se destinava. São várias mensagens nesse sentido constantes nas fls. 39-43 do anexo apresentado pelo MPF junto à denúncia (anexo5, evento 1). Destaco apenas algumas:

'ID: 5756
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130917131453.zip
Data/Hora: 17.09.2013 09:50:48
Direção: Originada
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Chavo (Bol) 'Salazar Solis' (Chavo) – 266ebf50
Mensagem: ***Estoy hablando con la casa de cambio para sacarmos porlo menos un parte para darmos al hombre ahí, porque la otra parte el Maricá AC deposito encheque y solo manana liberando***
(...)
ID: 6593
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130918001408_full.zip
Data/Hora: 17.09.2013 11:55:29
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 26504fad
Mensagem: *Amigo como le fue con la casa de cambio*
ID: 6594
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130918001408_full.zip
Data/Hora: 17.09.2013 11:55:47
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 26504fad
Mensagem: *Que le dijo*
ID: 6595

Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130918001408_full.zip
Data/Hora: 17.09.2013 11:55:52
Direção: Originada
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 26504fad
Mensagem: Esperando que autorize
ID: 6596
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130918001408_full.zip
Data/Hora: 17.09.2013 11:56:14
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 26504fad
Mensagem: *Pero es si o si autoriza para hora*
(...)
ID: 5829
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20130917153911.zip
Data/Hora: 17.09.2013 12:38:32
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 26504fad
Mensagem: *Me dice donde recojo en que casa de cambio me voy*'

198. É oportuno lembrar que a pessoa que utilizava o codinome Caballero já figurou em outra troca de mensagens com Renê Luiz Pereira, naquela, anteriormente referida, quando Renê Luiz Pereira comenta a perda do carregamento de cerca de 700 kg de cocaína (item 132).

199. Sobre a ulterior destinação desses valores a pessoas nas Bolívia, tomo a liberdade de transcrever a síntese efetuada pelo MPF em suas alegações finais fl. 19 (evento 415):

'A remessa dos valores para o exterior é igualmente cristalina em face das conversas interceptadas.

Veja-se, nesse sentido, primeiramente que, quanto à transação no valor de R$ 77.100,00, RENÊ informa a CHATER que os destinatários já receberam os 30 (o equivalente em dólares, no montante de US$ 30.000,00), ao que CHATER responde 'ótimo', demonstrando inequívoca ciência da remessa ao exterior.

Mais eloquente que isso é o fato de que, para a remessa dos R$ 125.500,00 identificados acima como 'operações 4 e 5', RENÊ recebe indicação de conta de doleiro identificado pelo *nick* MATUSALÉM, que informa que seu IP de contato no Skype é da Bolívia.

A partir do item 32 do anexo à denúncia, demonstra-se que, contemporaneamente às transações com CHATER, RENÊ mantém diálogos com bolivianos identificados pelos *nicks* CHAVO, BLACK e CABALLERO sobre pagamento de carregamento de drogas, confirmando com o primeiro o depósito dos valores por CHATER.

O teor das conversas evidencia que os valores foram remetidos à Bolívia por MATUSALÉM, onde foram recebidos pelo emissário de RENÊ identificado como CHAVO, o qual, por sua vez, os repassou ao credor/fornecedor CABALLERO.

Nesse sentido, vale especial remissão ao item 46, no qual RENÊ mantém conversação simultânea com MATUSALÉM, CHAVO e CABALLERO sobre o local em que o dinheiro deveria ser buscado e entregue, com várias menções a pontos da cidade boliviana de Santa

Cruz de la Sierra.'

200. Saliente-se que as mensagens trocadas entre Renê e as pessoas com codinome Matusalém, Chavo e Caballero estão todas em espanhol, evidenciando que não se trata de residentes no Brasil. Ademais, como bem apontado pelo MPF, o IP de contato de Matusalém fica na Bolívia (evento 114 dos autos 5026387-13.2014.404.7000).

201. Assim, por transações sub-reptícias, 124 mil dólares foram enviados da Europa, por meio de Maria de Fátima Stocker, para o Brasil, tendo como destinatário imediato Renê Luiz Pereira e destinatários remotos fornecedores de drogas na Bolívia."

Tenho que não há sombra de dúvida quanto à prova da materialidade do delito e da autoria.

Com efeito, a autoria é certa e recai sobre a pessoa de Renê Luiz Pereira, que foi o responsável pela transferência dos recursos em favor de fornecedores de drogas na Bolívia. As diversas interceptações telefônicas são suficientes a comprovar os fatos imputados na denúncia.

Como já salientado anteriormente, não é imprescindível a existência de prova direta dos fatos, sendo suficiente a existência de indícios veementes, mormente em delitos complexos e de difícil apuração como os crimes financeiros.

O exame desses elementos coligidos neste caderno processual leva inexoravelmente à conclusão de que os recursos provenientes do exterior, remetidos por Maria de Fátima (*Evi*), tramitaram em diversas contas pelo Brasil, sendo parte deles objeto de evasão de divisas, por meio de operação dólar-cabo, para a Bolívia.

Essas operações finais, de remessa dos recursos ao exterior, foram efetivadas por ordem de Renê Luiz Pereira, o qual mantinha contato com fornecedores de drogas na Bolívia, que confirmaram o recebimento dos valores.

Sobre o tema, a sentença apropriadamente reconheceu:

"271. Com efeito, esses valores [entregues fisicamente no escritório de Alberto Youssef] foram entregues em espécie a Renê Luiz Pereira em São Paulo, mas o rastreamento ulterior perdeu-se, não sendo possível afirmar como o numerário chegou à Bolívia para pagamento dos fornecedores de drogas. Sem ter melhor definida a conduta, é inviável reconhecer a materialidade.

272. Outra posição é cabível em relação aos depósitos de R$ 90.500,00 na conta de Gilson M. Ferreira ME, em Curitiba. Como apontado anteriormente, essa conta era controlada por casa de câmbio não totalmente identificada e que disponibilizou o equivalente em dólares para os fornecedores de drogas de Renê Luiz Pereira. Assim, o numerário internalizado da Europa no Brasil sub-repticiamente por Renê Luiz Pereira e Carlos Habib Chater foi, sucessivamente, enviado ao exterior, para a Bolívia, para os fornecedores de drogas de Renê.

Embora a investigação não tenha logrado revelar todos os detalhes da operação, há suficiente prova documental de pelo menos uma etapa da operação que levou à evasão fraudulenta de divisas, o depósito em reais em conta de pessoa interposta de casa de câmbio. Há ainda prova, pela interceptação telemática, do ulterior recebimento do correspondente em dólares pelos fornecedores de drogas de Renê Luiz Pereira na Bolívia.

273. Portanto, resta também provada a materialidade do crime de evasão fraudulenta de divisas em relação à parcela depositada na conta de Gilson M. Ferreira."

A questão que se abre, relativamente a esses fatos, é saber se há a consunção ou o concurso de crimes entre a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, alegação defensiva que será analisada adiante (ponto 4 do voto).

3.2.1. Das alegações defensivas quanto ao delito de evasão de divisas

Renê sustenta ser *atípica objetivamente a conduta*, porque ausente demonstração efetiva da saída de capitais do país. Alega que a sentença reconheceu, em relação a US$ 36.000,00, entregues no escritório de Alberto Youssef, em São Paulo, a inexistência de comprovação do delito, sendo que a mesma conclusão deveria ter sido atingida em relação aos outros US$ 88.000,00. Isso porque a única prova existente seriam depósitos em conta localizada no Brasil (Gilson M. Ferreira ME), sem demonstração de evasão para o exterior.

Sem razão a defesa.

Como acima analisado, o conjunto probatório colacionado, especialmente o quanto obtido a partir da quebra de sigilo telefônico e telemático, demonstra que parte dos valores que ingressaram no Brasil por meio de operação dólar-cabo foi remetida para a Bolívia por intermédio de evasão de divisas, uma vez que a remessa foi realizada ao arrepio do sistema formal de transferência de capitais.

Alega, também, a *ausência de provas quanto à titularidade* do numerário ou quanto à *participação efetiva e consciente* em qualquer operação ilegal. Aduz que, dos diálogos, toda a operação monetária teria sido operacionalizada entre Carlos Habib Chater e Sleiman (Salomão), tendo Renê atuado apenas como mensageiro (apanhador do numerário).

A tese sustentada pelo apelante procura atribuir participação de menor importância nos fatos, como se se tratasse de mero empregado ou subordinado na cadeia delitiva.

Não é o que se colhe dos autos.

Das diversas interceptações telefônicas e telemáticas, é possível concluir a posição de principal ator das condutas imputadas na denúncia, uma vez que era o destinatário dos valores vindos do exterior, providenciou modos de branqueamento desses capitais no Brasil, em conjunto com os doleiros, para depois determinar a entrega de recursos na Bolívia.

Para realizar esses atos, utilizou-se dos serviços prestados pelos demais réus.

Prova definitiva quanto a isso decorre das mensagens acima transcritas, indicando que foi o próprio Renê quem buscou os 36 mil dólares no escritório de Alberto Youssef. Das mensagens, ainda, é possível concluir que isso era apenas uma parte dos 124 mil dólares remetidos, sendo certo que a parte remanescente (88 mil dólares) foi objeto de lavagem e evasão.

Assim, demonstrada a titularidade do numerário, bem como a ciência do apelante Renê quanto à ilicitude dos atos praticados, deve ser mantida a sua condenação pela prática do delito previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei nº 7.492/86.

3.3. Do crime de tráfico de entorpecentes

A sentença condenou o réu *Renê Luiz Pereira* pela prática do crime de tráfico internacional de entorpecentes, porque seria o mandante da importação do carregamento de drogas (698 kg de cocaína) que, no dia 21.11.2013, foi apreendido por policiais militares rodoviários no km 265 da Rodovia Washington Luís, na região do Município de Araraquara/SP.

Sobre esse fato, já foi proferida sentença penal condenatória, pelo juízo da 1ª Vara Federal de Araraquara/SP, na Ação Penal nº 0014808-07.2013.403.6120, quanto aos transportadores e batedores do transporte da carga (evento 101).

As provas produzidas naquela ação não deixam dúvidas acerca da materialidade do delito de tráfico internacional dos entorpecentes, originários da Bolívia.

Como destacado na própria sentença, a questão é saber se há prova consistente quanto a ter sido o réu Renê Luiz Pereira o mandante do crime.

Mais uma vez, são nas diversas conversas telefônicas e telemáticas interceptadas que são encontradas as provas e os indícios quanto à autoria do crime pelo réu. As coincidências de informações, locais e datas conferem certeza quanto à participação do apelante na importação da cocaína apreendida em Araraquara/SP.

E isso não é mera ilação, tampouco coincidência. São muitas as interceptações com informações quanto a datas, locais, apreensões, compra e venda, que conferem certeza quanto à intensa atividade do apelante no tráfico de drogas. Também há provas de que Renê Luiz Pereira, consoante dados extraídos de aparelhos celulares apreendidos em seu poder, utilizava o codinome de Michelin (sobre esse ponto, reporto-me aos itens 105 a 107 da sentença, adiante transcritos), fato esse confirmado pelo corréu Carlos Habib Chater.

O parecer do douto procurador regional da República sintetizou esse quadro com dados concretos:

"A título de ilustração, destaco alguns fatos identificados, todos constantes dos autos do processo nº 5026387-13.2013.404.7000:

– a troca de mensagens entre RENÊ e interlocutor de codinome '777', em idioma espanhol, a respeito da prisão de transportadores – dentre os quais, colombianos já há algum tempo investigados pela Polícia – e da apreensão de 55 kg de cocaína na Espanha, droga camuflada em contêiner que havia partido do Porto de Santos, no Brasil, mostrando-se RENÊ preocupado com a necessidade de apoio financeiro aos presos (evento 171, anexo 8);

– mensagens interceptadas entre RENÊ e interlocutor de codinome 'Mainha' tratando, em linguagem cifrada, da apreensão, em 22.11.13, na Rodovia Washington Luís, na região de Araraquara/SP, de cerca de 700 kg (698 kg) de cocaína que seguia para São Paulo juntamente com um veículo batedor (evento 188, anexo 6) – vale anotar que esses fatos originaram a Ação Penal nº 0014808-07.2013.403.6120;

– mensagens interceptadas entre RENÊ e interlocutor de codinome 'Flor' a respeito dos mesmos fatos acima (evento 209);

– interceptação de mensagens entre RENÊ e interlocutor de codinome 'Caballero' novamente a respeito desses fatos (evento 209).

Não restam quaisquer dúvidas a respeito do envolvimento de RENÊ LUIZ PEREIRA no tráfico internacional de drogas. Infere-se das condutas acima a remessa de cocaína proveniente da Bolívia à Europa, especialmente à Espanha e à Holanda, passando pelo Brasil."

Da sentença, colho:

"(...)

129. O fato é que, além das mensagens referidas indicando o envolvimento de Renê no tráfico de drogas, ele, na data de 22.11.2013, na mencionada mensagem enviada a Mainha, afirmou que 'caiu 700 na chegada de Sampa', o que é consistente com a apreensão de 698 kg de cocaína em Araraquara/SP em 21.11.2013.

130. Não foi mera coincidência, pois Renê Luiz Pereira comentou o episódio com dois outros interlocutores em 23.11.2013.

131. Com efeito, nova referência ao episódio da perda dos 700 foi feita por Renê Luiz Pereira em troca de mensagens com outro interlocutor que utilizaria o codinome 'Flor'. Repare-se, no início, a indagação de Renê ao interlocutor se ele teria 'ações nominais' para vender, em provável referência cifrada a drogas, já que não há qualquer registro do envolvimento de Renê no mercado de ações. Transcrevo (evento 209 do processo 5026387-13.2013.404.7000):

'(...)
ID: 44403
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20131124000841_full.zip
Data/Hora: 23.11.2013 13:08:00
Direção: Originada
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: flor (Flor@>--) – 263a2dbc
Mensagem: Tinha um de 700 pra ontem mas cancelaram
ID: 44404
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20131124000841_full.zip
Data/Hora: 23.11.2013 13:09:11
Direção: Originada
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: flor (Flor@>--) – 263a2dbc
Mensagem: Vc não tem mais nada entao ?
(...)' [*sic*]

132. Mais uma referência ao episódio da perda dos 700 foi feita por Renê Luiz Pereira em troca de mensagens com outro interlocutor que utilizaria o codinome 'Caballero'. Transcrevo (evento 209 do processo 5026387-13.2013.404.7000):

'ID: 43813
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20131123193529.zip
Data/Hora: 23.11.2013 17:30:29
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 2b016247
Mensagem: ***Cuando uno se cae uno no dice nada***
ID: 43814
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20131123193529.zip
Data/Hora: 23.11.2013 17:30:50
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 2b016247
Mensagem: ***Yo viajo lunes***
ID: 43815
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20131123193529.zip
Data/Hora: 23.11.2013 17:31:26

Direção: Originada
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 2b016247
Mensagem: ***á visto que se cayo por San Paulo 700 que venia de ahi ?***
ID: 43816
Pacote: BRCR-130823-004_155-2013_20131123193529.zip
Data/Hora: 23.11.2013 17:31:41
Direção: Recebida
Alvo: Michelin (Michelin) – 28748398
Contato: Caballero (Caballero) – 2b016247
Mensagem: ***No vi amigo***'"

Assim, há diversas confirmações por parte do próprio Renê, nas interceptações de mensagens, de que seria o proprietário da carga de cerca de 700 kg de cocaína apreendida em Araraquara, consoante as trocas de mensagens com as pessoas de codinomes 777, Mainha, Caballero e Flor.

3.3.1. Das alegações defensivas quanto ao delito de tráfico de drogas

A defesa de Renê também sustenta estar *ausente prova do delito* de tráfico internacional de entorpecentes, tendo o magistrado se servido de elementos de convicção de outro processo penal, pelo qual não responde o recorrente, para justificar o seu envolvimento em tal delito. Diz que o réu estaria respondendo por esse crime exclusivamente em decorrência de comentários ao telefone, sem o contexto que lhe conferem a denúncia e a sentença, havendo dúvidas quanto a ser Renê o mandante, porquanto nem os réus do processo de tráfico de drogas, ouvidos nesta ação, tampouco os policiais que fizeram a apreensão reconheceram o apelante como o importador do entorpecente.

É fato que os transportadores dos cerca de 700 kg de cocaína não atribuíram ao apelante Renê a qualidade de importador ou mandante do crime. Também os policiais não o fizeram.

Ocorre que a prova acerca dos fatos não decorre do depoimento dessas testemunhas.

Como destacado acima e na sentença, o que está demonstrado nos autos são interceptações telefônicas/telemáticas em que o próprio acusado reconhece que uma carga sua de cocaína foi apreendida nas proximidades de São Paulo, o que ensejou a procura do réu por outro fornecedor para atender à demanda.

Assim, o recurso da defesa não merece provimento no argumento.

Por derradeiro, sustenta o sentenciado a *atipicidade objetiva e subjetiva quanto ao delito de tráfico de drogas*, pois ausente realização de elemento essencial objetivo do delito, qual seja, fazer vir o entorpecente de outra nação ("importar"), bem como porque não há demonstração de que o autor tinha o domínio do fato ou de que havia colaborado para a sua ocorrência.

Como destacado no tópico referente às provas e aos indícios, é do conjunto probatório que se verifica se, acima de qualquer dúvida razoável, restaram demonstrados os elementos objetivos e subjetivos do tipo.

Creio que, para além de argumentos meramente retóricos, qualquer pessoa que imparcialmente leia atentamente estes autos de processo penal será obrigada a concluir que as provas e os indícios existentes são suficientes para se evidenciar que o réu é o verdadeiro importador da carga de drogas apreendida em Araraquara/SP.

Malgrado os transportadores não lhe tenham atribuído tal qualidade, tampouco o fizeram em relação a qualquer outra pessoa. Também não há comprovação de ligações telefônicas ou mensagens trocadas entre os transportadores e o acusado Renê. Mas essa prova não é imprescindível.

De resto, por brevidade, reporto-me ao assinalado no item 3.3, acima, onde restaram apresentados os elementos de convicção quanto ao fato de ser Renê o efetivo importador das drogas.

Em suma, e como antes exposto, as mensagens trocadas entre o apelante Renê e Flor, Mainha, Caballero e 777 conferem certeza quanto à propriedade da droga importada ser de Renê Luiz Pereira, conforme ele mesmo confirmou para esses interlocutores.

Nego, portanto, provimento ao recurso no ponto.

4. Do concurso de crimes

Renê Luiz Pereira sustenta a absorção do crime de evasão de divisas pelo crime de lavagem de capitais, por força do princípio da consunção, porquanto aquele seria crime-meio para o crime-fim de lavagem.

Como assinalado acima, há provas da autoria e da materialidade tanto do crime de evasão de divisas quanto do crime de lavagem de dinheiro.

Sustenta a defesa não ocorrer concurso de crimes, mas conflito apa-

rente de normas, a ser solvido pelo princípio da consunção.

Sobre o conflito de normas e o princípio da absorção ou da consunção, doutrina Guilherme de Souza Nucci (*in Código Penal comentado*. 10. ed. RT, 2010. p. 118):

"Critério da absorção (consunção): quando o fato previsto por uma lei está previsto em outra de maior amplitude, aplica-se somente esta última (*Lex consumens derogat legit consumptae*). Em outras palavras, quando a infração prevista na primeira norma constituir simples fase de realização da segunda infração, prevista em dispositivo diverso, deve-se aplicar apenas este último. Trata-se da hipótese do crime-meio e do crime-fim. Conforme esclarece Nicas, ocorre a consumação quando determinado tipo penal absorve o desvalor de outro, excluindo-se esta da sua função punitiva. A consumação provoca o esvaziamento de uma das normas, que desaparece subsumida pela outra (*El concurso de normas penales*, p. 157)."

Também Zaffaroni (*Tratado de Derecho Penal*, p. 529, IV, Ediar) afirma que

"a atividade final que devemos averiguar se configura uma unidade de conduta pode integrar-se com uma ou com vários movimentos (...). A tese de que o delito é tipicidade, e não ação, está dita com todas as palavras por Impallomeni, ainda que não usasse essa terminologia, como é lógico. 'A ação – dizia – não é mais que o modo como se efetua a violação da lei; e o cumprir diversos fins criminais por meio de uma ou de várias ações é indiferente, pois que o delito, que é a violação da lei, não consiste no meio adotado; o meio não é mais que a condição indispensável para a perpetração do delito'. Isso lhe permitia afirmar que 'a unidade ou pluralidade de ações com que se lesionam vários direitos não é, em muitos casos, mais que um mero acidente que não pode influir sobre a valoração jurídica do fato'."

É natural à realização dos mais variados tipos penais que venha o resultado a ser obtido por uma ou várias ações, que, mesmo atingindo diretamente diferentes bens jurídicos e configurando variados crimes, somente merecerão pena própria em caso de desvalor específico. Ou seja, haverá consunção quando sejam as condutas (isoladamente criminosas) realizadas como meio de crime final e nele esgotem seu desvalor. Nesse caso, não haverá tipificação separada para o crime-meio, pois única é a conduta de desvalor final: o crime pretendido.

Tratando de modo mais específico sobre os crimes de evasão de divisas e lavagem de dinheiro e eventual conflito aparente de normas, leciona Abel Fernandes Gomes:

"Trazendo a relevância da distinção dos institutos acima para o estudo do crime de lavagem de dinheiro, importa verificar, caso a caso, se o pressuposto de fato ocorrido tem um ou mais conteúdos delitivos a serem contemplados pelo Direito Penal. Em caso de haver

apenas um, incidirão as regras do conflito aparente de normas, sob pena de *bis in idem*. Mas, se forem vários, haverá de incidir o concurso formal ou material de delitos.

Suponhamos que um determinado sujeito 'B', após ganhar muito dinheiro por meio de uma atividade lícita econômica, resolva remeter grande parte desses recursos para fora do país de forma clandestina, por não acreditar na estabilidade da economia nacional em médio prazo. O que importa detectar, de imediato, nessa conduta de remessa de recursos para fora do país de forma clandestina – que é o pressuposto de fato para a incidência da norma penal mais adequada – é o conteúdo delitivo existente diante da valoração normativa realizada. E logo se perceberá, com exatidão, que ele se restringe à evasão de divisas, delito capitulado no artigo 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86. Afinal, a atividade antecedente era lícita.

Mas pode ocorrer que o mesmo indivíduo 'B' tenha obtido aqueles recursos por meio do tráfico ilícito de entorpecentes e os remeta para fora do país com vistas, em um primeiro momento, a dissimular a sua origem, para introduzi-los, em um segundo e próximo momento, no Brasil. Nesse caso, inclinamo-nos por entender, em uma primeira análise, que o pressuposto de fato tem apenas um conteúdo delitivo que se insere exatamente naquele eleito pela norma do art. 1º da Lei 9.613/1998, a qual, pelo princípio da especialidade, deverá prevalecer sozinha sobre a do art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/1986. Afinal, seja pelo prisma da imputação objetiva, seja pelo da imputação subjetiva, a conduta do agente apenas estaria a violar a primeira disposição normativa.

Finalmente, suponhamos que o mesmo protagonista 'B' remeta para fora do país os valores oriundos da atividade de tráfico de entorpecentes, passando-os por diversas contas em instituições financeiras nacionais e estrangeiras com o fim de afastar o dinheiro de sua origem. Paralelo a isso, uma vez no exterior, lá o sujeito mantém os depósitos, para reinvesti-los em atividades econômicas e aplicações financeiras. Nesse caso, o exame da situação hipotética permite constatar mais de um pressuposto de fato com mais de um conteúdo delitivo, pois há a remessa para o exterior por meio de várias contas e instituições financeiras. Nesse caso, o exame da situação hipotética permite constatar mais de um pressuposto de fato com mais de um conteúdo delitivo, pois que há a remessa para o exterior por meio de várias contas e instituições financeiras para ocultar ou dissimular a origem ilícita dos valores, e ainda se identifica a manutenção de depósitos no exterior sem comunicação às autoridades federais. Aqui a incidência das regras do concurso de crimes parece ser a solução adequada para punir os fatos apurados, impedindo a impunidade de algum dos conteúdos delitivos neles identificados.

Como visto, tudo dependerá do caso concreto e das provas carreadas para os autos a respeito dos elementos objetivos e subjetivos do injusto em exame." (GOMES, Abel Fernandes. Lavagem de dinheiro: notas sobre a consumação, tentativa e concurso de crimes. In: BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.). *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 88-89)

Do magistério acima é possível concluir que, na hipótese dos autos, não há que se falar em consunção, porque há mais de um pressuposto de fato, com a prática de mais de um conteúdo delitivo.

Foram praticadas diversas condutas distintas pelo apelante.

A primeira delas, receber do exterior dinheiro oriundo do tráfico de drogas, promovendo a lavagem deste por meio de depósito em várias contas correntes de doleiros e em contas "fantasmas". Tal pagamento é resultado das negociações de drogas havidas no exterior. Esse dinheiro, vindo por meio de operação dólar-cabo, teria passado por contas correntes de terceiros, como já visto.

A segunda conduta é a remessa de parte desses valores para o exterior, utilizando-se do dinheiro que estava aparentemente "lavado" em território nacional.

Embora deva ser reconhecida certa conexão entre os fatos, uma vez que o numerário que ingressou no país (e aqui foi lavado) acabou sendo, ao menos parcialmente, transferido para o exterior, mediante evasão de divisas, é igualmente certo que se trata de cadeias causais distintas.

Na primeira relação causal, o resultado da venda de drogas na Europa foi transferido para o Brasil, mediante operação dólar-cabo, sendo que aqui foi branqueado em múltiplas operações.

Na segunda relação causal, parte do numerário é remetida à Bolívia, caracterizando a evasão de divisas.

Não se tratou a evasão de mero acobertamento do "dinheiro sujo", para ficar a salvo no exterior e à disposição do seu titular, na mesma linha causal da lavagem. O que se operou, de concreto, foi a remessa ilícita de divisas do Brasil para o exterior, ficando o numerário à disposição de terceiros (possivelmente traficantes). Pouco importa se esse numerário evadido tinha por destino financiar novo tráfico de drogas ou pagar entorpecentes anteriormente adquiridos. Seja uma, seja outra a situação, entendo que há autonomia da conduta em relação à lavagem precedente.

Não fosse o bastante, ainda que se admitisse a tese da absorção do crime-meio pelo crime-fim, isso não teria ocorrido em relação à totalidade dos crimes de lavagem de dinheiro, mas apenas de parcela, o que permite concluir que somente haveria a consunção de uma parte das lavagens pela evasão.

Assim, entendo que não há que se falar em absorção entre os crimes, mas em concurso material de crimes.

Nesse sentido, aliás, é o parecer da Procuradoria Regional da República (evento 18 destes autos), lançado nas seguintes tintas:

"No caso dos autos, entretanto, a evasão dos valores deu-se de forma posterior e totalmente desvinculada daquela conduta criminosa: a lavagem do dinheiro objetivou conferir aparência de natureza lícita aos valores auferidos por RENÊ com a traficância; a posterior evasão de ao menos parte desse dinheiro deu-se para o pagamento de seus fornecedores de droga na Bolívia, em conduta totalmente desvinculada e inclusive posterior àquela.

Daí porque não há falar em absorção, mas sim em verdadeiro concurso material de crimes."

Sobre esse ponto, deve ser considerado que a sentença condenou o réu em concurso formal de crimes. Entretanto, à míngua de recurso por parte do Ministério Público Federal, nada há que se modificar no ponto.

5. Da dosimetria das penas

A legislação pátria adotou o critério trifásico para fixação da pena, a teor do disposto no art. 68 do Código Penal. A pena-base atrai o exame da culpabilidade do agente (decomposta no art. 59 do Código Penal nas circunstâncias do crime) e de critérios de prevenção. Não há, porém, fórmula matemática ou critérios objetivos para tanto, pois "a dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena" (HC 107.409/PE, 1ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.04.2012, DJe-091, 09.05.2012). É no juízo subjetivo de reprovação que reside a censurabilidade que recai sobre a conduta.

Nesse sentido lecionam *Zaffaroni* e *Pierangeli* que

"a medida da pena-base indica o grau de culpabilidade, e que as considerações preventivas permitem fixá-las abaixo desse máximo (...). A culpabilidade abarcará tanto os motivos (é inquestionável que a motivação é problema da culpabilidade) como as circunstâncias e consequências do delito (que podem compor também o grau do injusto que, necessariamente, reflete-se no grau de culpabilidade). (...) A personalidade do agente cumpre uma dupla função: com relação à culpabilidade, serve para indicar – como elemento indispensável – o âmbito de autodeterminação do agente. Insistimos aqui ser inaceitável a culpabilidade de autor. A maior ou menor 'adequação' da conduta ao autor, ou 'correspondência' com a personalidade deste, em nenhum caso pode fundamentar uma maior culpabilidade, e, no máximo, deve servir para baixar a pena do máximo que a culpabilidade de ato permite, que é algo diferente." (ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. *Manual de Direito Penal brasileiro*: Parte Geral. RT. p. 832-833)

Na lição de *Nivaldo Brunoni*: "(...) a pena, quando da sua determinação, tem a exclusiva função de retribuição da culpabilidade, pois ela,

em essência, reflete uma reprovação". Arremata o autor: "a pena deve corresponder à magnitude da culpabilidade revelada no caso concreto, cuja aferição será realizada com base nas condições pessoais do autor e nas circunstâncias concomitantes, dentre as quais os motivos, as consequências e o comportamento da vítima" (*in Princípio da culpabilidade*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 325).

Forte nesses pressupostos, entendo que não há que se falar na aplicação de fórmulas matemáticas ou esquemas gerais para dosimetria da pena. Ainda que se compreenda que os objetivos de buscar parâmetros fixos sejam louváveis, há diversos óbices ao raciocínio. Desde abandonar o juízo de censura como vetor principal para uma maior ou menor reprimenda, esquecendo-se que é a conduta individual e específica de cada agente que deve ser sopesada, até a criação de modelo que, em última análise, impedirá que o julgador fixe a pena em valor superior ao termo médio, na primeira fase do cálculo. É evidente que isso não foi o que pretendeu o legislador, especialmente porque a dosimetria da pena deve ser individualizada, na medida da culpabilidade de cada agente, que deve ser apurada segundo os diversos elementos que a decompõem.

5.1. Do réu Renê Luiz Pereira

5.1.1. Em relação ao crime de *tráfico de drogas*, o magistrado de origem assim fixou as penas:

"286. Para o crime de tráfico internacional de drogas: Renê Luiz Pereira não tem antecedentes criminais informados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito indicam, porém, que faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, o que deve ser valorado negativamente a título de *personalidade*. A *quantidade* da droga apreendida, 698 kg de cocaína, deve ser valorada como especialmente negativa, caracterizando ato de tráfico de grande porte. Culpabilidade, conduta social, motivos, consequências do crime e comportamento da vítima são elementos neutros. *Considerando especialmente a elevada quantidade da droga, que reputo vetorial predominante, fixo, para o crime de tráfico de drogas, pena de sete anos de reclusão.*

287. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

288. O art. 33, § 4º, da Lei nº 11.343/2006 não tem aplicação, pois as provas presentes no processo apontam dedicação profissional do condenado às atividades criminosas do tráfico e que é responsável por atos de tráfico de grande porte.

289. Devido à transnacionalidade, elevo, com base no art. 40 da Lei nº 11.343/2006, a pena em um sexto, chegando a oito anos e dois meses de reclusão.

290. Fixo multa proporcional para o tráfico de drogas em oitocentos dias-multa."

O Ministério Público Federal e a defesa pedem pela reforma da dosimetria. Tenho, no entanto, que não há motivo para sua modificação.

Inicialmente, observa-se que as *consequências* foram neutralizadas diante da apreensão da droga, os *motivos* são inerentes ao tipo em comento (obtenção de lucro) e as *circunstâncias* não desbordam do que usualmente se verifica nos crimes de tráfico de entorpecentes. A *culpabilidade* já foi considerada, ainda que de forma ampla, ao tratar da personalidade e da quantidade do entorpecente. Assim, nego provimento ao apelo do órgão ministerial.

Quanto às razões defensivas, destaca-se que o vasto envolvimento do acusado com a prática da narcotraficância já foi exaustivamente analisada, devendo ser preservada a consideração negativa da vetorial *personalidade*, bem como a inaplicabilidade da minorante do artigo 33, § 4º.

Da mesma forma, não há falar em ausência de fundamentação em relação ao *quantum* de aumento, pois predominante a vetorial referente à quantidade de entorpecente, de acordo com o artigo 42 da Lei de Drogas.

O conjunto probatório colacionado, como já exposto, também evidencia a origem internacional da cocaína, o que justifica a incidência da causa de aumento.

Preserva-se, assim, a sanção em *08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão e 800 (oitocentos) dias-multa*.

5.1.2. No que toca ao crime de *lavagem de dinheiro*, consta da sentença:

"291. Para o crime de lavagem: Renê Luiz Pereira não tem antecedentes criminais informados no processo. *As provas colacionadas neste mesmo feito indicam, porém, que faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade.* Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. *Circunstâncias e consequências devem ser valoradas negativamente. As primeiras, pela relativa sofisticação da lavagem, no caso com internação sub-reptícia do dinheiro no Brasil proveniente da Europa, com posterior remessa à Bolívia. O circuito do dinheiro sequer chegou a ser completamente identificado, mas foram utilizadas pelo menos duas empresas intermediárias na ocultação, a Posto da Torre e a Gilson Ferreira ME. A maior sofisticação da operação, incluindo a sua dupla transnacionalidade, deve ser valorada negativamente a título de circunstâncias. Consequências, igualmente, pois a lavagem teve por objetivo propiciar o pagamento de fornecedores de drogas na Bolívia,*

alimentando o ciclo financeiro da droga. Não se trata de vetorial inerente ao crime de lavagem, pois o produto da droga pode ser lavado para investimentos patrimoniais, por exemplo, sendo, porém, no presente caso, utilizado para pagar carregamentos de drogas. Considerando três vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de cinco anos de reclusão.

292. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes. Observo que a prevista no art. 61, II, *b*, do CP é inerente ao crime.

293. Não há causas de aumento ou diminuição.

294. Fixo multa proporcional para a lavagem em cem dias-multa."

Os *motivos* – branqueamento dos valores obtidos com o tráfico de drogas – são inerentes ao delito. A *culpabilidade* já foi avaliada pelo juízo ao considerar como negativas as circunstâncias, as consequências e a personalidade do agente.

Destaca-se que, verificada a *personalidade* desfavorável do réu, ela deve ser considerada individualmente na dosimetria de cada um dos tipos, não havendo falar em *bis in idem*.

As *circunstâncias* e as *consequências*, como bem fundamentado pelo magistrado, desbordam ao usual do tipo, pela sofisticação das condutas e pelo reinvestimento no tráfico de drogas.

De mais a mais, não há critério fixo para o estabelecimento do patamar de aumento por vetorial, devendo ser ponderado em cada caso, estando adequado o utilizado em sentença.

Nesses termos, nego provimento aos recursos e preservo as penas em *05 (cinco) anos de reclusão e 100 (cem) dias-multa*.

5.1.3. Para o delito de *evasão de divisas*, restou determinado em sentença:

"295. Para o crime de evasão de divisas: Renê Luiz Pereira não tem antecedentes criminais informados no processo. As provas colacionadas neste mesmo feito indicam, porém, que faz do tráfico de drogas o seu meio de vida, o que deve ser valorado negativamente a título de *personalidade*. Culpabilidade, conduta social, motivos, circunstâncias, comportamento da vítima são elementos neutros. *Consequências devem ser valoradas negativamente, pois a evasão teve por objetivo propiciar o pagamento de fornecedores de drogas na Bolívia, alimentando o ciclo financeiro da droga.* Não se trata de consequência inerente ao crime de evasão. Considerando duas vetoriais negativas, fixo, para o crime de evasão de divisas, pena de três anos de reclusão.

296. Não há circunstâncias atenuantes ou agravantes.

297. Não há causas de aumento ou diminuição.

298. Fixo multa proporcional para a evasão em cinquenta dias-multa."

A *culpabilidade* já foi ponderada pelo juízo ao avaliar de forma negativa a personalidade do agente e as consequências do crime. Os *motivos* – pagamento do tráfico de drogas – já foram considerados na vetorial consequências, não servindo tal fundamento para majorar ambas as circunstâncias. As *circunstâncias do delito* não desbordam ao que usualmente se verifica no tipo. Assim, nego provimento ao recurso do órgão ministerial.

Não há falar em *bis in idem* no recrudescimento das vetoriais *personalidade* e *consequências*, pois, como já dito, a análise deve ser feita de forma individualizada para cada delito.

De mais a mais, não há critério fixo para o estabelecimento do patamar de aumento por vetorial, devendo ser ponderado em cada caso, estando adequado o utilizado em sentença.

Conservam-se as penas, então, em *03 (três) anos de reclusão e 50 (cinquenta) dias-multa*.

5.1.4. O juízo *a quo* aplicou o concurso formal de delitos entre a lavagem de dinheiro e a evasão de divisas, o que, como já exposto (item 4 do voto), deve ser mantido, à míngua de recurso específico da acusação.

A defesa requer o reconhecimento do concurso formal também em relação ao tráfico de entorpecentes.

Sem razão.

Há evidente concurso material entre o tráfico de entorpecentes e os demais delitos, pois decorrem de condutas e desígnios autônomos, com lesão a bens jurídicos distintos.

5.1.5. Renê resta, então, definitivamente condenado a *14 (catorze) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicialmente fechado, e 933 (novecentos e trinta e três) dias-multa, à razão unitária de cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo*.

No que respeita ao valor do dia-multa, o juízo de origem adequadamente avaliou a capacidade do recorrente em face da elevada quantidade de droga apreendida.

Como bem observado pelo Ministério Público Federal em parecer,

"anote-se que RENÊ não trouxe aos autos elementos que demonstrem a alegada 'situação precária', acreditando-se, por outro lado, que possui boas condições financeiras, na medi-

da em que a atividade criminosa por ele desempenhada – tráfico internacional de grande quantidade de entorpecentes – demanda grande disponibilidade financeira – como para o pagamento dos fornecedores ou dos transportadores do entorpecente –, corroborando isso a apreensão de vultosa quantia em seu poder e a posse de veículos de luxo, ainda que em nome de terceiros."

5.2. Do réu Carlos Habib Chater

As penas de *Carlos Habib Chater* foram fixadas nos seguintes termos:

"304. Carlos Habib Chater, embora já tenha sido processado, não tem antecedentes criminais certificados no processo, com trânsito em julgado. *As provas colacionadas neste mesmo feito indicam, porém, que faz da prática de operações financeiras ilegais o seu meio de vida, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade.* Culpabilidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. *Circunstâncias e consequências devem ser valoradas negativamente. As primeiras pela relativa sofisticação da lavagem, no caso com internação sub-reptícia do dinheiro no Brasil proveniente da Europa, com posterior destinação a fornecedores de drogas. O circuito do dinheiro sequer chegou a ser completamente identificado, mas foram utilizadas pelo menos duas empresas intermediárias na ocultação, a Posto da Torre e a Gilson Ferreira ME. A maior sofisticação da operação, incluindo a sua transnacionalidade, deve ser valorada negativamente a título de circunstâncias. Consequências, igualmente, pois a lavagem teve por objetivo propiciar o pagamento de fornecedores de drogas, alimentando o ciclo financeiro da droga. Não se trata de vetorial inerente ao crime de lavagem, pois o produto da droga pode ser lavado para investimentos patrimoniais, por exemplo, sendo, porém, no presente caso, utilizado para pagar carregamentos de drogas.* Considerando três vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de cinco anos de reclusão.

305. Embora o condenado tenha admitido a realização das transações, não há como reconhecer confissão. Confissão, ainda que parcial, exige pelo menos pelo condenado o reconhecimento de que praticou um crime. No entanto, Carlos Habib Chater negou ter agido dolosamente. Admitindo o crime de lavagem apenas a modalidade dolosa, é de se concluir que não houve a admissão sequer parcial pelo condenado de sua responsabilidade criminal; inexiste, portanto, confissão a ser reconhecida como atenuante. Não há outras atenuantes.

306. Como Carlos Habib Chater determinou a André Catão de Miranda a prática do crime, valendo-se de sua condição de empregador, reconheço aplicável a circunstância agravante prevista nos incisos II e III do art. 62 do CP, motivo pelo qual elevo a pena para cinco anos e seis meses de reclusão. Não há outras circunstâncias agravantes, sendo a prevista no art. 61, II, *b*, do CP inerente ao crime.

307. Não há causas de aumento ou diminuição.

308. Fixo multa proporcional para a lavagem em cem dias-multa.

309. Considerando a capacidade econômica do condenado, segundo ele, proprietário de um dos postos de gasolina de maior movimentação no país, fixo o dia-multa em cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (setembro de 2013).

310. Tendo em vista que as vetoriais do art. 59 do Código Penal não são favoráveis ao condenado, como exposto no item 304, ao contrário, são de especial reprovabilidade, com

três vetoriais negativas, fixo, com base no art. 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial fechado para o cumprimento da pena. Sobre o tema, precedente do Supremo Tribunal Federal:

'A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.' (HC 114.580/MS – rel. Min. Rosa Weber – 1ª Turma do STF – por maioria – j. 23.04.2013)

311. São, portanto, definitivas para Carlos Habib Chater penas de cinco anos e seis meses de reclusão, em regime inicial fechado, e multa de cem dias-multa, cada um no valor de cinco salários mínimos vigentes em 09/2013."

O Ministério Público Federal e a defesa pedem pela reforma das penas.

Inicialmente, em relação à *culpabilidade*, nota-se que ela já foi avaliada na consideração da personalidade do agente e das circunstâncias e consequências do delito. Os *motivos* – branqueamento das quantias obtidas com a prática do tráfico de entorpecentes – são inerentes ao delito. Quanto à condenação proferida na Ação Penal nº 2001.34.00.026520-8, como bem fundamentou o órgão ministerial em parecer, "o referido julgado não pode ser considerado para o agravamento da pena-base, por se tratar de processo – ainda que com decisão condenatória – cuja punibilidade restou extinta pela prescrição, não se prestando a gerar maus antecedentes".

A *personalidade* do agente e as *consequências* e *circunstâncias* do delito foram adequadamente avaliadas de forma desfavorável, devendo ser mantidas por seus próprios fundamentos. Destaca-se que não foram ações penais em andamento que justificaram a valoração negativa da *personalidade*, mas, sim, o fato de fazer da prática de operações financeiras ilegais o seu meio de vida. As *circunstâncias* e as *consequências* extrapolaram as elementares do tipo, com maior sofisticação na prática delitiva e na trajetória do dinheiro.

Ademais, como já referido, não há critério fixo para o estabelecimento do patamar de aumento por vetorial, devendo ser ponderado em cada caso, estando adequado o utilizado em sentença.

Na segunda etapa, não se cogita da aplicação da atenuante da confissão, pois o acusado não reconhece, sequer parcialmente, a prática criminosa.

Dessa forma, deve ser conservada a pena definitivamente aplicada em *05 (cinco) anos e 06 (seis) meses de reclusão, a ser cumprida em*

regime inicialmente fechado, e 100 (cem) dias-multa, à razão unitária de cinco salários mínimos vigentes ao tempo do último fato delitivo (09/2013).

Quanto ao regime inicial de cumprimento, salienta-se que o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que "Não há ilegalidade na fixação do regime inicial fechado ao acusado não reincidente, condenado a pena superior a 4 anos de reclusão e inferior a 8 anos, com registro de circunstância judicial desfavorável sopesada na primeira fase da dosimetria" (AgRg no REsp 1464828/SP, Sexta Turma, rel. Ministro Rogerio Schietti Cruz, DJe 15.05.2015).

Em relação ao pedido da defesa de redução do valor do dia-multa, o apelante não trouxe aos autos qualquer elemento que comprove a situação precária. Conforme destacado pelo órgão ministerial em parecer,

"infere-se, por outro lado, que possui boas condições financeiras, na medida em que a atividade criminosa por ele desempenhada – operação de câmbio no mercado negro – demanda grande disponibilidade financeira, inclusive disponibilidade em moedas estrangeiras e até mesmo de valores fora do país, condição inerente à atividade de prestigiado doleiro."

Por fim, não há qualquer erro material no item 329 da sentença, pois, conforme fundamentado, está comprovado o envolvimento de *Chater* na lavagem do total descrito (USD 124.000,00).

5.3. Do réu André Catão de Miranda

As penas de André foram fixadas nos seguintes termos:

"312. André Catão de Miranda não tem antecedentes criminais conhecidos. Culpabilidade, personalidade, conduta social, motivos, comportamento da vítima são elementos neutros. *Circunstâncias e consequências devem ser valoradas negativamente. As primeiras pela relativa sofisticação da lavagem, no caso com internação sub-reptícia do dinheiro no Brasil proveniente da Europa, com posterior remessa para pagamentos de fornecedores de drogas. O circuito do dinheiro sequer chegou a ser completamente identificado, mas foram utilizadas pelos menos duas empresas intermediárias na ocultação, a Posto da Torre e a Gilson Ferreira ME. A maior sofisticação da operação, incluindo a sua transnacionalidade, deve ser valorada negativamente a título de circunstâncias. Consequências, igualmente, pois a lavagem teve por objetivo propiciar o pagamento de fornecedores de drogas, alimentando o ciclo financeiro da droga. Não se trata de vetorial inerente ao crime de lavagem, pois o produto da droga pode ser lavado para investimentos patrimoniais, por exemplo, sendo, porém, no presente caso, utilizado para pagar carregamentos de drogas.* Considerando duas vetoriais negativas, fixo, para o crime de lavagem de dinheiro, pena de quatro anos e seis meses de reclusão.

313. Embora o condenado tenha admitido a realização das transações, não há como reconhecer confissão. Confissão, ainda que parcial, exige pelo menos pelo condenado o

reconhecimento de que praticou um crime. No entanto, André Catão de Miranda negou ter agido dolosamente. Admitindo o crime de lavagem apenas a modalidade dolosa, é de se concluir que não houve a admissão sequer parcial pelo condenado de sua responsabilidade criminal; inexiste, portanto, confissão a ser reconhecida como atenuante. Não há outras atenuantes.

314. Como Carlos Habib Chater determinou a André Catão de Miranda a prática do crime, valendo-se de sua condição de empregador, reconheço aplicável a circunstância atenuante prevista na alínea *c* do inciso III do art. 65 do CP, motivo pelo qual reduzo a pena para quatro anos de reclusão. Não há outras circunstâncias atenuantes, nem circunstâncias agravantes, sendo a prevista no art. 61, II, *b*, do CP inerente ao crime.

315. Não há causas de aumento ou diminuição.

316. Fixo multa proporcional para a lavagem em 50 dias-multa.

317. Considerando a capacidade econômica do condenado, que não é boa, mas não é das piores, fixo o dia-multa em um salário mínimo vigente ao tempo do último fato delitivo (setembro de 2013).

318. Tendo em vista que as vetoriais do art. 59 do Código Penal não são favoráveis ao condenado, como exposto no item 312, ao contrário, são de especial reprovabilidade, com duas vetoriais negativas, fixo, com base no art. 33, § 3º, do Código Penal, o regime inicial semiaberto para o cumprimento da pena. Sobre o tema, precedente do Supremo Tribunal Federal:

'A fixação do regime inicial de cumprimento da pena não está condicionada somente ao *quantum* da reprimenda, mas também ao exame das circunstâncias judiciais do artigo 59 do Código Penal, conforme remissão do art. 33, § 3º, do mesmo diploma legal.' (HC 114.580/MS – rel. Min. Rosa Weber – 1ª Turma do STF – por maioria – j. 23.04.2013)

319. Pelos mesmos fundamentos, não é o caso de substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, considerando o disposto no art. 44, III, do Código Penal. Sobre o tema, também há precedente do Supremo Tribunal Federal:

'Circunstâncias judiciais desfavoráveis do artigo 59 do Código Penal constituem motivo válido para negar a substituição e para impor o regime fechado, conforme remissões do art. 33, § 3º, e do art. 44, III, do mesmo diploma legal.' (HC 108390/MS – rel. Min. Rosa Weber – 1ª Turma do STF – un. – j. 02.10.2012)

O recorrente não apresentou insurgência específica quanto à dosimetria da pena, não havendo qualquer ilegalidade a ser sanada de ofício.

O órgão acusatório requer o aumento da pena-base. No entanto, como já fundamentado, os motivos são inerentes ao delito e a culpabilidade já foi analisada, de forma ampla, na consideração prejudicial das circunstâncias e consequências do delito.

Dessa forma, deve ser mantida a pena final aplicada, em *04 (quatro) anos de reclusão, a ser cumprida em regime inicial semiaberto, e 50 (cinquenta) dias-multa, à razão unitária de um salário mínimo vigente ao tempo do último fato delitivo (09/2013)*.

6. Da prisão preventiva

O egrégio Supremo Tribunal Federal, até o julgamento do *Habeas Corpus* nº 84.078/MG, tinha como pacífico o entendimento de que os recursos especial e extraordinário, que não são dotados de efeito suspensivo, não obstavam o início da execução provisória da pena, como se colhe dos seguintes arestos:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. CONSTITUIÇÃO DEFINITIVA DO CRÉDITO. FALTA DE JUSTA CAUSA.

I – Em se tratando de ação penal instaurada diante da prática de crimes contra a ordem tributária, a existência de justa causa impõe o esgotamento da esfera administrativa.

II – Não existe nulidade do processo penal quando, em hipótese de crime contra a ordem tributária, a condenação é amparada em crédito tributário definitivamente constituído.

III – O recurso especial e o recurso extraordinário não possuem efeitos suspensivos, razão pela qual não impedem a execução provisória da pena.

IV – Ordem denegada." (HC 85616, Primeira Turma, relator Min. Ricardo Lewandowski, DJ 17.11.2006)

"PRESUNÇÃO DE NÃO CULPABILIDADE.

I. Execução penal provisória e presunção de não culpabilidade. A jurisprudência assente do Tribunal é no sentido de que a presunção constitucional de não culpabilidade – que o leva a vedar o lançamento do nome do réu no rol dos culpados – não inibe, porém, a execução penal provisória da sentença condenatória sujeita a recursos despidos de efeito suspensivo, tais quais o especial e o extraordinário: aplicação da orientação majoritária, com ressalva da firme convicção em contrário do relator.

II. Jurisprudência e coerência: legitimidade da observância da jurisprudência sedimentada, não obstante a convicção pessoal em contrário do juiz. A crítica ao relator que aplica a jurisprudência do Tribunal, com ressalva de sua firme convicção pessoal em contrário, trai a confusão recorrente entre os tribunais e as academias: é próprio das últimas a eternização das controvérsias; a Justiça, contudo, é um serviço público, em favor de cuja eficiência – sobretudo em tempos de congestionamento, como o que vivemos – a convicção vencida tem muitas vezes de ceder a vez ao imperativo de poupar o pouco tempo disponível para as questões ainda à espera de solução." (HC 82490, Primeira Turma, relator Min. Sepúlveda Pertence, DJ 29.11.2002)

"*HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. CRIME HEDIONDO. PRETENSÃO DE RECORRER EM LIBERDADE. EXAURIMENTO DOS RECURSOS COM EFEITO SUSPENSIVO.

1. Recursos especial e extraordinário. Ausência de efeito suspensivo. Executoriedade da sentença condenatória.

2. Homicídio qualificado. Crime hediondo. Lei 8.072/90, artigo 2º, § 2º: a regra é o recolhimento do réu como condição do recebimento do recurso de apelação, sem necessidade de fundamentação, que só é exigida quando, por exceção, o julgador conceder tal benefício. *Habeas corpus* denegado." (HC 81392, Segunda Turma, Relator Min. Maurício Corrêa, DJ 01.03.2002)

Essa orientação, todavia, deixou de ser seguida a partir do julgamento do HC nº 84.078/MG pelo Pleno do Tribunal (rel. Min. Eros Grau, DJE 26.02.2010, DJE nº 35, divulgado em 25.02.2010), quando restou apreciada a prevalência do princípio da presunção de inocência e a indispensabilidade do trânsito em julgado para que o condenado seja recolhido à prisão, cujo acórdão restou assim ementado:

"*HABEAS CORPUS*. INCONSTITUCIONALIDADE DA CHAMADA 'EXECUÇÃO ANTECIPADA DA PENA'. ART. 5º, LVII, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. ART. 1º, III, DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL.

1. O art. 637 do CPP estabelece que '[o] recurso extraordinário não tem efeito suspensivo, e, uma vez arrazoados pelo recorrido os autos do traslado, os originais baixarão à primeira instância para a execução da sentença'. A Lei de Execução Penal condicionou a execução da pena privativa de liberdade ao trânsito em julgado da sentença condenatória. A Constituição do Brasil de 1988 definiu, em seu art. 5º, inciso LVII, que 'ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória'.

2. Daí que os preceitos veiculados pela Lei nº 7.210/84, além de adequados à ordem constitucional vigente, sobrepõem-se, temporal e materialmente, ao disposto no art. 637 do CPP.

3. A prisão antes do trânsito em julgado da condenação somente pode ser decretada a título cautelar.

4. A ampla defesa, não se a pode visualizar de modo restrito. Engloba todas as fases processuais, inclusive as recursais de natureza extraordinária. Por isso a execução da sentença após o julgamento do recurso de apelação significa, também, restrição do direito de defesa, caracterizando desequilíbrio entre a pretensão estatal de aplicar a pena e o direito, do acusado, de elidir essa pretensão.

5. Prisão temporária, restrição dos efeitos da interposição de recursos em matéria penal e punição exemplar, sem qualquer contemplação, nos 'crimes hediondos' exprimem muito bem o sentimento que EVANDRO LINS sintetizou na seguinte assertiva: 'Na realidade, quem está desejando punir demais, no fundo, no fundo, está querendo fazer o mal, se equipara um pouco ao próprio delinquente'.

6. A antecipação da execução penal, ademais de incompatível com o texto da Constituição, apenas poderia ser justificada em nome da conveniência dos magistrados – não do processo penal. A prestigiar-se o princípio constitucional, dizem, os tribunais [leia-se STJ e STF] serão inundados por recursos especiais e extraordinários e subsequentes agravos e embargos, além do que 'ninguém mais será preso'. Eis o que poderia ser apontado como incitação à 'jurisprudência defensiva', que, no extremo, reduz a amplitude ou mesmo amputa garantias constitucionais. A comodidade, a melhor operacionalidade de funcionamento do STF, não pode ser lograda a esse preço.

7. No RE 482.006, relator o Ministro Lewandowski, quando foi debatida a constitucionalidade de preceito de lei estadual mineira que impõe a redução de vencimentos de servidores públicos afastados de suas funções por responderem a processo penal em razão da suposta prática de crime funcional [art. 2º da Lei nº 2.364/61, que deu nova redação à Lei

nº 869/52], o STF afirmou, por unanimidade, que o preceito implica flagrante violação do disposto no inciso LVII do art. 5º da Constituição do Brasil. Isso porque – disse o relator –, 'a se admitir a redução da remuneração dos servidores em tais hipóteses, estar-se-ia validando verdadeira antecipação de pena, sem que esta tenha sido precedida do devido processo legal, e antes mesmo de qualquer condenação, nada importando que haja previsão de devolução das diferenças, em caso de absolvição'. Daí por que a Corte decidiu, por unanimidade, sonoramente, no sentido do não recebimento do preceito da lei estadual pela Constituição de 1988, afirmando de modo unânime a impossibilidade de antecipação de qualquer efeito afeto à propriedade anteriormente ao seu trânsito em julgado. A Corte que vigorosamente prestigia o disposto no preceito constitucional em nome da garantia da propriedade não a deve negar quando se trate da garantia da liberdade, mesmo porque a propriedade tem mais a ver com as elites; a ameaça às liberdades alcança de modo efetivo as classes subalternas.

8. Nas democracias, mesmo os criminosos são sujeitos de direitos. Não perdem essa qualidade para se transformarem em objetos processuais. São pessoas, inseridas entre aquelas beneficiadas pela afirmação constitucional da sua dignidade (art. 1º, III, da Constituição do Brasil). É inadmissível a sua exclusão social, sem que sejam consideradas, em quaisquer circunstâncias, as singularidades de cada infração penal, o que somente se pode apurar plenamente quando transitada em julgado a condenação de cada qual.

Ordem concedida."

Esse posicionamento foi firmado por apertada maioria, votando o então Presidente, Min. Gilmar Mendes, que tem externado, em recentes julgamentos de *habeas corpus* da chamada Operação Lava-Jato, a necessidade de a Suprema Corte revisitar o tema. O ministro, inclusive, em entrevista veiculada pelo sítio eletrônico *Consultor Jurídico*, falou recentemente sobre o tema:

"*ConJur – O senhor examina a hipótese da antecipação da pena após a manutenção da condenação na segunda instância?*

Gilmar Mendes – Sim, nós tínhamos uma jurisprudência sólida, consolidada, que permitia a execução da pena já com a decisão de segundo grau. Depois, a partir de um impulso, uma proposta trazida pelo ministro Cezar Peluso, revertemos essa orientação, entendendo que era preciso trânsito em julgado. E parece que a ortodoxia deveria rezar nesse sentido. Mas, se examinarmos os casos concretos, em geral, vamos ver que cada vez mais se afigura difícil chegar ao trânsito em julgado, e até que essa jurisprudência estimulou bastante os expedientes para dificultar o trânsito em julgado, com reiterados embargos de declaração, por exemplo, com reiterados recursos de nítido caráter protelatório, quando já se sabe que não vai mudar a jurisprudência, a decisão que já foi fixada. Aí me parece que acabamos por nos divorciar do sistema geral que é hoje existente no mundo. E temos situações graves, que repercutem sobre a própria sensação de impunidade da população. Casos em que alguém que respondeu a processo estava solto, mas, autor de homicídio, vai a júri, é condenado e sai de lá livre porque não houve ainda o trânsito em julgado. Isso repercute de uma forma extremamente negativa nas pequenas comunas. Pelo menos se pudéssemos dizer 'se a decisão for confirmada em segundo grau, pelo menos ele já poderá ser preso'. Acho que devemos rediscutir essa temática, claro, deixando sempre a possibilidade de, para casos eventualmente

teratológicos, recorrer à instância superior, de se obter uma medida cautelar etc." (http://www.conjur.com.br/2015-jul-31/entrevista-gilmar-mendes-ministro-stf-tse-parte)

No *Habeas Corpus* nº 125.555/PR, relativo a um dos corréus da chamada Operação Lava-Jato, os ministros do STF travaram interessante debate sobre a posição da Corte acerca da prisão após o pronunciamento de mérito do Poder Judiciário, à luz do princípio da presunção de inocência, sendo invocada a necessidade de rediscussão da jurisprudência. Colaciono o debate travado no julgamento:

"O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Ah, desculpe-me, então. Não foi tão... Mas ali era a discussão sobre a possibilidade de prisão depois da decisão de segundo grau.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – De uma decisão, pelo menos, de mérito.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É verdade. Bem, mas o Ministro Peluso fazia uma ressalva, que era a possibilidade de se decretar a prisão em casos de eventual prognóstico sobre continuidade delitiva, abrindo então exceção, e aí dizia: na sentença ou na decisão de segundo grau já se poderá fazer esse tipo de consideração.

Eu tenho a impressão de que o próprio prognóstico que se faz quanto a esse risco de fuga ganha densidade, plausibilidade, materialização a partir de juízos condenatórios. E eu tenho a impressão de que, em algum momento, acho que nós temos encontro marcado com essa questão. Em algum momento nós vamos ter que submeter esse tema à revisão. Eu sei que no próprio Congresso Nacional há esforços nesse sentido de quebrantar a presunção de inocência, de fazer essa revisão.

Ainda há pouco alguém narrava essa situação: o sujeito vai a júri, é condenado por um homicídio grave, mas, como estava livre quando do julgamento, vai ao júri, é condenado por unanimidade e depois sai solto porque tem que esperar o trânsito em julgado.

Recentemente nós tivemos no Plenário um caso também emblemático em que já se entrava com recurso extraordinário contra inadmissão do recurso especial ou algo assim, com o notório objetivo de, tanto quanto possível, retardar o inevitável trânsito em julgado. É um tema que nós precisamos realmente revisitar.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – E acho até, ministro, que, na verdade, neste caso, não tem a ver com a presunção de inocência, que seria realmente imodificável até por emenda constitucional, mas tem a ver com a interpretação que o Supremo Tribunal Federal haverá de fazer. Fico pouco à vontade para debater, porque votei vencida, porque sempre considerei que a presunção é de não culpabilidade penal, pelo que esta presunção se rompe quando já se têm esgotadas as instâncias que instruíram e condenaram, porque aí o que se vai poder alterar já não é mais, em princípio, o juízo condenatório. Portanto, a presunção é de não culpabilidade penal; no momento em que se rompe essa presunção, rompe-se a garantia. Mas fico muito contente em saber que o voto vencido de um dia pode ser...

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Estou caminhando, então, na direção de Vossa Excelência, Ministra Cármen.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Que bom. Vossa Excelência, quando caminha, sempre caminha bem. Mas, enfim, acho que Vossa Excelência diz bem: não é este caso, porque aqui não há juízo, mesmo, mas essa elucubração é importante.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – *Mas é que essa questão está no contexto*

do debate que se trava sobre a impunidade.

O Ministro Teori também ressaltou que há um tipo de demanda, tanto do ponto de vista judicial como também do ponto de vista de expectativa popular, de que a prisão provisória ou a prisão preventiva supram os mecanismos de punição, tendo em vista, exatamente, a demora inevitável.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Podem levar, mesmo, à impunidade.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – É que pode levar à impunidade, à prescrição, em suma, todos os incidentes que marcam essa temática.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Era o nosso argumento naquela ocasião.

O SENHOR MINISTRO GILMAR MENDES – Então, gostaria também de, na oportunidade, registrar essa reflexão.

Há pouco tempo eu discutia esse tema, no âmbito do meu gabinete, com a minha assessoria, e dizia que, é claro, por necessidade até de afirmação de padrões civilizatórios mínimos, no que diz respeito à Justiça Criminal em sentido lato, o Tribunal tem tentado fixar parâmetros muito rígidos, até porque ele quer fixar uma orientação para o sistema como um todo. Mas é evidente que, de quando em vez, em função dessa necessidade de ter normas muito claras a partir da jurisprudência, ele pode – e estou dizendo isso fazendo também um mea-culpa – resvalar por um certo romantismo judicial – vou me permitir a formulação – que não condiz com essa realidade.

Quando nós começamos a pesquisar os casos no Direito Comparado, nós passamos a ver que estamos na exceção dos países que exigem esse trânsito em julgado nessa dimensão, até porque, em muitos países, o trânsito em julgado se dá com a decisão de segundo grau – como o modelo alemão que o Doutor Odim conhece muito bem –, *depois disso praticamente já quase não há recurso, a não ser, eventualmente, uma* Verfassungsbeschwerde*, um recurso constitucional, mas já supondo o trânsito em julgado.*

Então, tenho a impressão de que nós teremos que rever isso, primeiro, para admitir a prisão depois da decisão de segundo grau, e até mesmo para admitir a prisão já com a sentença condenatória, ainda que com este viés de decisão de caráter provisório, mas protetivo da integridade do sistema.

A SENHORA MINISTRA CÁRMEN LÚCIA – Acho que a única preocupação é garantir mesmo. O direito de defesa é essencial e não se pode, de jeito nenhum, diminuir esses direitos que são direitos fundamentais. O que se tem é de saber como compatibilizar esses direitos com o direito à paz, que cada um tem de ter uma resposta judicial efetiva e eficaz e que torne a sociedade civilizada dentro de um marco fixado constitucionalmente, sem embargos, como Vossa Excelência disse."

Agora, mais recentemente, por ocasião do julgamento do *Habeas Corpus* nº 127.186/PR, relativo à conversão da prisão preventiva em prisão domiciliar, para alguns dos réus desta operação, o Min. Gilmar Mendes assentou:

"É evidente que a soltura dos acusados vai gerar na sociedade sensação de impunidade. Estamos tratando de um caso rumoroso. A lentidão de nossa justiça faz com que a sociedade aviste as prisões preventivas como instrumento de punição, não de garantia.

Para combater a impunidade, precisamos assegurar que os processos cheguem a julga-

mento em tempo razoável. E nos resta reconhecer que as instâncias extraordinárias, da forma como são estruturadas no Brasil, não são vocacionadas a dar respostas rápidas às demandas.

Por isso, no julgamento do Habeas Corpus *125.555, afirmei que o STF precisa rediscutir a compatibilidade da prisão após o julgamento da apelação com a presunção de não culpabilidade.*

De qualquer forma, sigo convicto de que o clamor público não sustenta a prisão preventiva. No caso concreto, tenho que as medidas alternativas propostas pelo relator são suficientes."

Tenho que chegou a hora de se dar início à discussão.

Aliás, parece que alguns dos ministros estão exatamente a conclamar pela oportunidade, inclusive no seio dos processos da Lava-Jato, conforme os trechos de votos e debates acima reproduzidos.

E o presente feito guarda uma peculiaridade maior: *Renê Luiz Pereira e Carlos Habib Chater* estão presos desde a fase de investigação, com prisão preventiva decretada pelo juízo singular, mantida até a presente data por todas as instâncias de julgamento que apreciaram o tema.

Assim, é inquestionável a presença dos requisitos do artigo 312 do Código de Processo Penal, a justificar a manutenção da custódia preventiva.

Somente *André Catão de Miranda* teve, em sentença, a prisão preventiva substituída por medidas cautelares.

O que se quer agregar aqui não é a permanência da prisão preventiva, exclusivamente, mas também o imediato início da execução provisória da pena, consoante a antiga jurisprudência construída pelo e. Supremo Tribunal Federal, a cuja revisão convida o Ministro Gilmar Mendes.

Os óbices regularmente levantados contra a anterior orientação da Excelsa Corte residem no artigo 5º, LVII, da Constituição Federal, no artigo 7º, 2, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) e na Lei de Execução Penal brasileira. Referida convenção dispõe:

"Artigo 7º – Direito à liberdade pessoal:

(...)

2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas Constituições políticas dos Estados-partes ou pelas leis de acordo com elas promulgadas."

Da simples leitura, é possível verificar que ela, por si só, não impede

a execução provisória, apenas fazendo remissão à previsão constitucional do Estado-parte e à legislação havida por constitucional.

O artigo 8º do mesmo diploma também não favorece a interpretação de impedimento de execução provisória, porque não o elenca dentre as "garantias judiciais":

"Artigo 8º – Garantias judiciais

1. Toda pessoa terá o direito de ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou na determinação de seus direitos e obrigações de caráter civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

2. Toda pessoa acusada de um delito tem direito a que se presuma sua inocência, enquanto não for legalmente comprovada sua culpa. Durante o processo, toda pessoa tem direito, em plena igualdade, às seguintes garantias mínimas:

a) direito do acusado de ser assistido gratuitamente por um tradutor ou intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua do juízo ou tribunal;

b) comunicação prévia e pormenorizada ao acusado da acusação formulada;

c) concessão ao acusado do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa;

d) direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha e de comunicar-se, livremente e em particular, com seu defensor;

e) direito irrenunciável de ser assistido por um defensor proporcionado pelo Estado, remunerado ou não, segundo a legislação interna, se o acusado não se defender ele próprio, nem nomear defensor dentro do prazo estabelecido pela lei;

f) direito da defesa de inquirir as testemunhas presentes no tribunal e de obter o comparecimento, como testemunhas ou peritos, de outras pessoas que possam lançar luz sobre os fatos;

g) direito de não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada; e

h) direito de recorrer da sentença a juiz ou tribunal superior.

3. A confissão do acusado só é válida se feita sem coação de nenhuma natureza.

4. O acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos.

5. O processo penal deve ser público, salvo no que for necessário para preservar os interesses da justiça."

Logo, somente o sistema constitucional-penal brasileiro pode solver a questão, não servindo o pacto internacional de suporte a qualquer direito do condenado por decisão recorrível sem efeito suspensivo. Até porque, como salientado pelo Ministro Gilmar Mendes no trecho acima referido, nenhum ou poucos países do mundo adotam sistema tão garantista no tocante ao início do cumprimento da pena.

Compulsando a Lei de Execução Penal, referida em alguns julgados do próprio STF, constata-se que ela pouco ou nada auxilia na solução

da questão, porquanto há previsão de aplicação aos presos definitivos e aos presos provisórios.

Assim, à falta de qualquer vedação expressa, deve ser compreendido que ela implicitamente permite a execução provisória da pena, como se colhe dos artigos 6º, 31 e 39 da LEP, cuja transcrição não se faz necessária.

Por derradeiro, cumpre examinar a questão sob o ponto de vista constitucional, à luz do artigo 5º, LVII, que estabelece:

"LVII – ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;"

Colho do voto do Ministro Joaquim Barbosa, no multicitado *habeas corpus*, a interpretação para a presunção constitucional de inocência:

"Aliás, *não existe uma garantia real e irrestrita* ao ***duplo grau*** *de jurisdição*, tanto é que *há processos julgados em* ***única*** *instância por esta Corte; menos ainda haveria direito a um* ***triplo grau****! Nem mesmo o Pacto de San José da Costa Rica garante a existência de um* ***terceiro grau*** *de jurisdição, como ora se pretende*. A garantia está restrita ao *direito de recorrer contra a* ***sentença condenatória***, como dispõe o art. 8º, nº 10, da Convenção Americana de Direitos Humanos.

Entendo, ainda, que a Emenda Constitucional nº 45, *ao condicionar a admissibilidade do Recurso Extraordinário* à estrita demonstração, em cada caso, da presença de *repercussão geral*, veio a *reforçar o entendimento* de que ***é compatível com o nosso sistema constitucional a execução da pena após o esgotamento dos graus de jurisdição ordinária***.

Esta tendência de ***racionalização da atividade jurisdicional****, restringindo as hipóteses de exame de mérito do recurso extraordinário, contribui* para a *concretização* do direito à *razoável duração do processo*.

Com base nesta reforma, é possível sustentar a existência de uma ***voluntas legis*** no sentido da *possibilidade da execução provisória da pena privativa de liberdade, contra a qual estejam pendentes de julgamento, apenas, os recursos excepcionais*."

Do voto da Ministra Ellen Gracie, colho, também, a seguinte exegese:

"Dou à presunção de inocência, ou, mais corretamente, à presunção de não culpabilidade, uma extensão diversa daquela sustentada pelo impetrante. Com efeito, entendo que a presunção posta no inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal – e que não corresponde à inovação trazida ou inaugurada pelo texto constitucional de 88, pois já figurava nas redações dos textos constitucionais anteriores – é garantia, apenas, de que os acusados sejam tidos e havidos por inocentes durante toda a instrução criminal, sendo-lhes garantido o devido processo legal, em que à acusação incumbe todo o ônus da prova.

De fato, esse princípio de direito processual penal traduziu-se na regra, há muito observada, de caber à parte acusadora a prova da responsabilidade penal do acusado. Todavia, a sentença condenatória que seja mantida pelo tribunal após o devido contraditório e a

ampla defesa não deixa a salvo tal presunção. Porque presunção é a mera predeterminação do sujeito a aceitar uma hipótese, enquanto ela não seja invalidada por provas. Por isso mesmo, mera presunção não se sobrepõe a juízo, porque o juízo é formado após a dilação probatória, na qual precisa estribar-se para alcançar uma conclusão condenatória. Logo, a presunção de inocência é substituída, a partir da sentença confirmada, por um juízo de culpabilidade, embora não definitivo, já que sujeito à revisão.

É equivocado afirmar que o inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal exige o esgotamento de toda a extensa gama recursal, para que, só então, se dê consequência à sentença condenatória. Essa extensa gama recursal já foi designada em outra oportunidade pelo Ministro Francisco Rezek como extravagâncias barrocas do processo penal brasileiro. O inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal deve ser lido em harmonia com o que dispõem os incisos LIV e LXVI do mesmo dispositivo, os quais autorizam a privação de liberdade desde que obedecido o devido processo legal e quando a legislação não admita a liberdade provisória, com ou sem fiança. Esta é, aliás, a prática internacional. Mesmo em países em que a legislação não é tão generosa em permitir a recorribilidade procrastinatória como acontece no Brasil, mas cuja tradição democrática é reconhecida (como é o caso do Reino Unido), a regra é a de que o réu se recolha à prisão a partir da sentença condenatória de primeira instância. Aguardar, como se pretende, que a prisão só ocorra depois do trânsito em julgado é algo inconcebível. A prevalecer essa tese, nenhuma prisão poderia haver no Brasil, mesmo após a condenação pelo juiz ser confirmada por tribunal de segundo grau de jurisdição, único competente para reexaminar a autoria, a materialidade e a prova dos fatos. Essa análise não podem fazê-lo nem o Superior Tribunal de Justiça nem o Supremo Tribunal Federal. Tanto que os recursos especial e extraordinário são desprovidos de efeito suspensivo (Lei 8.038/90, art. 27, § 2º). Não creio que a extrema violência que impera no Brasil e a sensação de impunidade que a morosidade da justiça prova na sociedade brasileira estejam a recomendar interpretação diversa da que esta Corte firmou no julgamento do HC 72.366."

E, ao final de seu voto, arremata a ministra que também não é de se invocar o Pacto de San José da Costa Rica, uma vez que ele não veda o cumprimento imediato da pena, enquanto pendente recurso sem efeito devolutivo, tampouco o condiciona ao trânsito em julgado.

É importante frisar, para não pairar qualquer dúvida quanto ao posicionamento aqui adotado, que este relator está a citar autênticos humanistas brasileiros, todos ex-ministros do STF, sendo o Min. Francisco Rezek ex-integrante da Corte Internacional de Justiça, em Haia.

Assim, embora respeite as opiniões em contrário e a jurisprudência firmada pelas superiores instâncias, creio que a orientação do HC nº 84078/MG já não se sustenta.

Aliás, esta era a linha seguida pelo e. Superior Tribunal de Justiça, que editou a Súmula nº 267, tantas vezes seguidas por este TRF4:

"A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão."

E, com a devida licença da orientação até agora vigente, nunca consegui compatibilizar essa interpretação com a instituição do Júri, igualmente prevista no artigo 5º da Constituição, que possui soberania de seus veredictos (inciso XXXVIII), mas os condenados, com um mero recurso de apelação ou mesmo com recurso especial ou extraordinário, acabavam sem cumprir aquilo que decidira o soberano órgão. Que soberania é essa que está condicionada à ação de terceiros e sujeita ao próprio condenado?

De todo o exposto, tenho que é oportuno rever o entendimento quanto ao momento do início do cumprimento da pena, para que este se dê após o julgamento da apelação, sem que isso signifique afronta ao princípio da presunção de inocência, conforme já decidido por esta Corte em recentes julgados (ACR nº 5026237-92.2014.4.04.7001; ACR nº 5003772-88.2011.4.04.7100; e ACR nº 5008572-31.2012.40.4.7002).

No entanto, considerando que o tema ainda não foi enfrentado diretamente pela atual composição do Supremo Tribunal Federal, adoto, por ora, tal medida apenas para aqueles a quem foi fixado regime inicialmente fechado.

Assim, quanto a *Renê e Chater*, presos desde 17.03.2014, para além dos requisitos da prisão preventiva que fora decretada (garantia da ordem pública e risco de reiteração delitiva) e resta mantida neste acórdão por seus próprios fundamentos, entendo pelo cabimento da expedição de carta de guia para execução provisória para cumprimento da pena em regime fechado. Observo, todavia, que *tal providência já foi adotada pelo magistrado* a quo (evento 507 da ação penal originária).

Deixo de determinar a expedição de mandado de prisão a *André Catão de Miranda*, que teve sua prisão preventiva substituída em sentença por medidas cautelares, já que estabelecido a ele o regime inicial semiaberto.

7. Em *conclusão*, restam afastadas todas as preliminares sustentadas e, devidamente comprovada a materialidade, a autoria e o dolo dos agentes, são mantidas as condenações de *(i) Renê Luiz Pereira*, pela prática dos crimes de lavagem de dinheiro, evasão de divisas e tráfico internacional de drogas, e de *(ii) André Catão de Miranda e Carlos Habib Chater*, pelo cometimento do delito de lavagem de dinheiro, pre-

servando-se as penas estabelecidas em sentença.

Ante o exposto, voto por negar provimento às apelações criminais.

É o voto.

VOTO-REVISÃO

O Exmo. Sr. Des. Federal Leandro Paulsen:

1. Considerações iniciais

Na condição de revisor do presente processo, estudei atentamente os atos processuais do juiz e das partes e o vasto material probatório produzido ao longo da instrução, bem como as razões recursais apresentadas pelas partes e o parecer da Procuradoria Regional da República.

Verifico que a condução da investigação, assim como da ação penal e do seu julgamento pelo magistrado *a quo*, deu-se de modo bastante cuidadoso e equilibrado. Houve escutas autorizadas e prorrogadas e também pedido de prorrogação indeferido quando não suficientemente fundamentado. As imputações formuladas na denúncia resultaram em quatro absolvições e cinco condenações: *Renê*, por tráfico, lavagem de dinheiro e evasão de divisas; *Habib* e *André*, por lavagem de dinheiro. Na dosimetria das penas, o magistrado agiu com moderação, considerando cada circunstância judicial em fração por vezes inferior à decorrente da divisão do intervalo de pena entre a pena mínima e a pena máxima pelo número de circunstâncias possíveis. Alberto Youssef restou absolvido e, contra essa absolvição, não foi interposto recurso pelo Ministério Público Federal.

Adianto, desde logo, ter alcançado conclusões muito próximas daquelas cristalizadas pelos entendimentos do juízo de primeiro grau e do ilustre relator, Des. João Pedro Gebran Neto, que mantém integralmente a sentença prolatada. Apresento dissenso, tão somente, quanto à responsabilidade penal de *André Catão de Miranda*, que afasto em face da ausência de comprovação suficiente de que efetivamente tinha a representação de estar praticando lavagem de dinheiro ao proceder a determinados depósitos a mando de Habib, conforme aponto adiante.

2. Preliminares, materialidade delitiva e autoria de Carlos Habib Chater e Renê Luiz Pereira

Grande parte das diversas preliminares suscitadas pelos recorrentes, como bem demonstrado pelo relator, já haviam servido de objeto a inúmeros incidentes processuais julgados por esta 8ª Turma no seio da Operação Lava-Jato, *v.g.*, incompetência do juízo *a quo*, potencial prevenção da 7ª Turma deste TRF4, dentre outras. Todas foram apropriadamente rechaçadas pelo Juiz Federal Sérgio Moro e igualmente afastadas pelo relator, porquanto ou já decididas em caráter incidental, ou despidas de fundamento jurídico adequado.

Do mesmo modo, a análise empreendida pelo relator acerca da materialidade dos crimes de tráfico de entorpecentes, evasão de divisas e lavagem de dinheiro dissecou por completo a prova produzida nos autos, e quaisquer novas considerações implicariam mera e desnecessária tautologia. As autorias de *Renê Luiz Pereira* quanto aos crimes de tráfico internacional de drogas (art. 33 c/c art. 40, I, da Lei 11.343/06), evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86) e lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98), bem como de *Carlos Habib* quanto ao crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, *caput*, da Lei 9.613/98), são incontestáveis. Sob tal perspectiva, portanto, acompanho sem quaisquer ressalvas o encaminhamento proposto pelo eminente relator.

3. Autoria delitiva de André Catão de Miranda

A análise do caso concreto não me permitiu trilhar o mesmo caminho eleito pelo julgador de primeiro grau, assim como pelo ilustre relator, quanto ao decreto condenatório expedido em face de *André Catão de Miranda*.

Conforme amplamente tratado nos presentes autos, a lavagem de dinheiro que é discutida, e que culminou na condenação de *André Catão*, envolve parte da quantia de US$ 124.000,00 (cento e vinte e quatro mil dólares). Em um primeiro momento, US$ 36.000,00 (trinta e seis mil dólares) foram entregues a *Renê Luiz Pereira*, em espécie, no escritório de Alberto Youssef. Por tal fato, nenhuma vinculação direta de autoria a *André Catão* pôde ser estabelecida. Diferentemente, a parcela restante, equivalente a US$ 88.000,00 (oitenta e oito mil dólares), consoan-

te bem apanhado pelo Juiz Federal Sérgio Moro, foi disponibilizada a *Renê Luiz Pereira* mediante depósitos em reais efetuados por *André Catão de Miranda*, por determinação de *Carlos Habib Chater*, e teve como origem a empresa por este controlada, notadamente o Posto da Torre Ltda.

A transação teve início com um depósito de R$ 77.100,00 (setenta e sete mil e cem reais) em 05.09.2013, cujo comprovante não foi apreendido. Depois, dois depósitos, um de R$ 40.500,00 (quarenta mil e quinhentos reais), outro de R$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), efetuados em 13.09.2013, na conta de Gilson M. Ferreira ME, mantida no Banco Itaú, Agência Xaxim, em Curitiba. Em virtude de falha na efetivação da TED de R$ 40.500,00 (quarenta mil e quinhentos reais), foram realizados depósitos substitutivos de R$ 33.400,00 (trinta e três mil e quatrocentos reais) e R$ 7.100,00 (sete mil e cem reais) em 16.09.2013, também provenientes do Posto da Torre.

Não há qualquer sombra de dúvidas de que a execução material dos depósitos foi realizada pelo réu *André Catão*, o qual, inclusive, admitiu ao juízo que tais transações financeiras foram por ele efetivadas a mando de *Carlos Habib Chater*. Questão completamente diversa, cujo conteúdo foi bem trabalhado pela defesa, seja em sede de alegações finais, seja no bojo de seu recurso de apelação, diz respeito à configuração do elemento subjetivo do tipo (dolo de agir). Tanto assim o é, que o próprio juízo de origem, ao iniciar seus apontamentos acerca das razões que no seu entendimento ensejavam a prolação de sentença condenatória (item 259 da sentença), tratou a tese defensiva de *André* como "duvidosa", e não como improcedente, diferentemente do que fez em relação aos corréus. Sabe-se que a dúvida labora em favor dos interesses do acusado, e, por conseguinte, a tese deve ser avaliada sob tal perspectiva.

Inicialmente, muito embora tais transcrições de interceptações telefônicas já tenham sido abordadas à exaustão pelos julgadores que me precederam, transcrevo as únicas provas existentes nos autos contra o réu *André Catão de Miranda*. Rememoro, para fins de melhor compreensão do trecho que se seguirá, que o Sr. *Ediel*, um dos interlocutores dos diálogos, atuava como uma espécie de gerente geral do Posto da Torre, cujo proprietário era o corréu *Carlos Habib Chater*:

"Alvo: Ediel Viana da Silva
Comentário: EDIEL X RENÊ – RENÊ FALA QUE ANDRÉ TEM 2 TEDS PRA FAZER E O DE 72.400 NÃO PODE SER MAIS FEITO EM DETERMINADA CONTA.
Data/Hora de Fim: 11.09.2013 07:13:49
Data/Hora de Início: 11.09.2013 07:12:33
Telefone do Alvo 55(61)30343990
Telefone do Interlocutor 61-81706770
EDIEL: Alô.
RENÊ: Quem fala?
EDIEL: Ediel.
RENÊ: O André está ai?
EDIEL: Ainda não.
RENÊ: Qual que é seu nome?
EDIEL: Ediel.
RENÊ: Você no escritório trabalha, né?
EDIEL: Isso.
RENÊ: Você poderia deixar um recado pra ele, por favor? Ele ou Carlos. Diga que o Renê ligou.
EDIEL: Hã.
RENÊ: E, porque ele tem um TED pra, duas TEDs pra me fazer aí, com dois números de conta. Diga a ele que aquela de 72400 não pode mais ser feita nessa conta.
EDIEL: Ele tem seu telefone? O André.
RENÊ: Ele tem, mas não vai conseguir falá comigo, só um pouco mais tarde.
EDIEL: Tá, eu só vô avisa...
RENÊ: É bom avisa, porque senão se ele fize esse TED o dinheiro está perdido.
EDIEL: A de 72 não é pra faze nessa conta, é pra manda em outra conta, é isso?
RENÊ: É, a hora que ele tiver o dinheiro, ele fala comigo. Eu dou um jeito de falar com ele. Ele fala já se tá com o dinheiro ou o Carlos me avisa e aí eu passo a conta, porque é... Ele teve a conta, não fez o depósito. Então a outra conta ele pode fazer, o 19 mil e pouco.
EDIEL: Tá.
RENÊ: A de 72 ele cancela e me pede uma outra conta, ta bom?
EDIEL: Tá combinado, Renê. Vô avisa aqui." [*sic*]

"Alvo: Ediel Viana da Silva
Comentário: ANDRÉ X RENÊ – RENÊ COBRA DÍVIDA
Data/Hora de Fim: 11.09.2013 09:40:08
Data/Hora de Início: 11.09.2013 09:38:16
Telefone do Alvo: 55(61)30343990
Telefone do Interlocutor: 61-81706770
ANDRÉ: Alô.
RENÊ: Como está ANDRÉ? Tudo bem?
ANDRÉ: Tudo.
RENÊ: Então tá bom. Liguei um pouco mais cedo pra você e deixei recado, eles te deram.
ANDRÉ: Ah, é. EDIEL falou.
RENÊ: Ah tá...
ANDRÉ: Que aquela conta não é pra fazer, né?

RENÊ: Já era, porque aquilo era do cliente do cara e...

ANDRÉ: Aham.

RENÊ: ...Nós o prejudicamos bastante.

ANDRÉ: Ele fez direto.

RENÊ: Isso, porque ele não podia deixar o cara sem... Sem o... Sem esse valor.

ANDRÉ: Entendi.

RENÊ: Então ele já fez. Agora, eu vou ter que ver com você a hora exata. Porque aí eu peço... Porque o cara já está... Até esse cara, ou seja... Uma pessoa que eu faço negócios sempre.

ANDRÉ: Aquele 19 mantém.

RENÊ: Aquele 19 mantém.

ANDRÉ: Tá.

RENÊ: Até ele já ficou chateado. (incompreensível – O cara tem que ver?) até onde são prejudicial essas coisas né?

ANDRÉ: É.

RENÊ: O que você tá sentindo? Hoje resolve realmente isso?

ANDRÉ: O CARLOS tá chegando e eu quero que ele ligue pra você. Porque, aí, ele já passa tudo certinho.

RENÊ: Tá, mas você tá achando que não...

ANDRÉ: Não, eu não sei. Porque, como ele não está aqui, e ele chega só meio-dia, e ele ainda tá vendo com o banco toda a programação, aí é melhor a gente ver com ele direto, né?

RENÊ: É.

ANDRÉ: Porque aí eu não posso dizer o que vai ser, o que não vai ser. Porque, aí, eu posso falar alguma coisa errada também. Né?

RENÊ: É.

ANDRÉ: Mas ele meio-dia tá aqui.

RENÊ: Tudo bem. É porque a situação já está muito grave." [*sic*]

"Comentário: ANDRÉ X RENÊ – DEPÓSITO – IMPORTANTE – (RENÊ PEREIRA? SÃO PAULO) – falam em Salomão! LINHA TELEFÔNICA EM NOME DE CLEBER BRUNO DIAS DE SOUZA

Data/Hora de Fim: 12.09.2013 10:33:47

Data/Hora de Início: 12.09.2013 10:31:41

Telefone do Alvo: 55(61)30343990

Telefone do Interlocutor: 61-81706770

ANDRÉ: Alô.

RENÊ: Oi, é o André?

ANDRÉ: Isso.

RENÊ: Como está meu amigo, é o Renê, tudo bem?

ANDRÉ: Opa, tudo bem.

RENÊ: Ótimo; ele falou que deu certo já hoje, né?

ANDRÉ: Olha, já entrou, mas não foi efetivado ainda.

RENÊ: Me mandaram um recado que era pra eu pegar a conta pra você. É, eu não tenho essa conta ainda porque o cara ficou muito desconfiado e não (ininteligível) ainda.

ANDRÉ: Entendi.

RENÊ: Então ele pediu, falou: eu só vou passar na mesma hora que você me falar que já está com o dinheiro. Mas eu já pedi a conta porque o Salomão...

ANDRÉ: É, ainda não está cem por cento efetivada; tá na programação que vai dar certo hoje, mas ainda não.

RENÊ: Mas de qualquer forma o Carlos já garantiu que por outro lado ele tem.

ANDRÉ: Ah, tudo bem, então ótimo.

RENÊ: Parece se não dá ai, ele ia pegar até do (sobrinho?).

ANDRÉ: Ótimo, então é bom porque daí eu já fico mais tranquilo também.

RENÊ: Então isso, realmente, se passa hoje, meu amigo, o problema é muito grave.

ANDRÉ: Aham.

RENÊ: Então, logo que essa pessoa me retorne aí eu já passo pra você.

ANDRÉ: Tudo bem.

RENÊ: Ele não mandou ainda.

ANDRÉ: Ok.

RENÊ: Mas logo que ele me passe eu já passo isso pra você; e já bate um papo com o Carlos, ele já está aí ou não?

ANDRÉ: Não, ainda não.

RENÊ: Já pergunte pra ele logo isso então porque ele garantiu, porque quem me ligou não foi ele eu não liguei mais pra ele.

ANDRÉ: Aham.

RENÊ: Quem me ligou foi o Salomão.

ANDRÉ: Ah tá.

RENÊ: O coitado ficou penhorado lá até agora.

ANDRÉ: Eu sei.

RENÊ: Então ele me garantiu, tá ótimo, chegando hoje isso aí ainda salva a situação.

ANDRÉ: Tá beleza, se Salomão entrou no meio já melhorou.

RENÊ: É, assim foi que me falou ele tá bom.

ANDRÉ: Tá ótimo.

RENÊ: Então está bem.

ANDRÉ: Obrigado.

RENÊ: Logo que eu tenha aqui eu passo pra você." [*sic*]

"Comentário: RENÊ x ANDRÉ: Renê supostamente vai buscar dinheiro.

Data/Hora de Fim: 12.09.2013 12:09:24

Data/Hora de Início: 12.09.2013 12:08:11

Telefone do Alvo: 55(61)30343990

Telefone do Interlocutor: 61-81706770

RENÊ: Conseguiu falar com ele, ANDRÉ?

ANDRÉ: Consegui, rapidamente, ele falou que é isso mesmo, aquilo que você me passou.

RENÊ: Ah, tá. Então posso pegar com ele lá.

ANDRÉ: Que vai ser tudo daquela forma mesmo. Que eu não sabia, né? Não tava, nem o que que tinha acontecido. Mas ele falou que é isso mesmo.

RENÊ: Então tá. Aí ele falou pra você o horário que ele consegue pôr?

ANDRÉ: Não, aí não, só perguntei se você tinha me passado essa posição que tava tudo certo. Ele falou: 'Ah não, tá confirmado'.

RENÊ: Mas então você acha que eu pego a conta?

ANDRÉ: Eu acredito que sim. Pelo que ele falou, sim.

RENÊ: (Incompreensível) Eu vou pegá lá.

ANDRÉ: Tá.

RENÊ: O que eu falei pra você, tudo é (Incompreensível). O cara faz negócio com os clientes e po... e devolvo o dinheiro pra eles, né? (Incompreensível) valor.

ANDRÉ: Aham.

RENÊ: Agora cê fala pra ele que isso não pode ser na última hora porque ele vai precisar liberar esse dinheiro pra gente hoje mesmo, tá bom?

ANDRÉ: Entendi. Eu vou pedir pra ele me ligar e já passo pra ele também.

RENÊ: E aquela... Aquela... Aquela outra que é menor o valor tá liberado normal, tá? Quer dizer... dezenove e pouco tá liberado normal.

ANDRÉ: Ok.

RENÊ: Mas eu te passo certinho a outra.

ANDRÉ: A outra, né? Então tá joia.

RENÊ: Tá feito meu amigo, obrigado." [*sic*]

No curso de seu interrogatório, *André* sustentou desconhecer por completo que as transações em questão estivessem vinculadas a algum ilícito. Esclareceu que, desde sua admissão no posto, ocorrida em 2003, as dificuldades diárias de fechamento do caixa fazem com que *Carlos Habib Chater*, proprietário do estabelecimento e seu chefe, busque empréstimos com pessoas conhecidas para aquisição do combustível necessário para desempenho da atividade. Tais operações eram concretizadas informalmente, sem quaisquer contratos, e implicavam restituições aos credores ao término do dia. Segundo *André Catão*, sua rotina diária envolvia o recebimento de informações de *Carlos Habib* acerca de valores que haviam ingressado na conta corrente do posto, a utilização de tais recursos para aquisição do combustível e, ato contínuo, promoção da restituição dos valores emprestados mediante depósitos em contas bancárias indicadas por *Carlos Habib Chater*.

Especificamente em relação aos depósitos discutidos nos autos, *André* diz ter sido completamente surpreendido pela denúncia justamente em razão de os pagamentos em questão constituírem a rotina diária de seu trabalho junto ao posto de combustíveis. Esclareceu que o *Posto da Torre* é um dos maiores postos de combustíveis do país e que os valores corriqueiramente repassados a título de empréstimos para aquisição de combustíveis eram justamente aproximados àqueles *sub judice*. Em síntese, no entendimento de *André*, as operações investigadas não destoam daquilo que sua vivência diária no desempenho de sua atividade de gerente financeiro do *Posto da Torre* exigia.

Pois bem, as diversas testemunhas ouvidas ao longo da instrução

corroboraram a versão de que o *Posto da Torre* realmente apresentava dificuldades diárias de fechamento de caixa. *Anderson Carlos Lindenberg*, ex-funcionário da fornecedora de combustíveis Esso, esclareceu que, em muitas oportunidades, a empresa para a qual trabalhava deixou de fornecer combustível ao *Posto da Torre* em razão de inadimplência, assim como passou a negar qualquer espécie de crédito a tal estabelecimento comercial.

Testemunhas que trabalhavam no posto de combustíveis, na condição de frentistas, auxiliares administrativos, dentre outros cargos, foram uníssonas ao apontar *André Catão* como o responsável pela feitura de pagamentos ordenados por *Carlos Habib Chater* e pela aquisição de combustíveis. Cito, como exemplo, os depoimentos prestados por *Magna Geam Alves de Medeiros*, *Gerliane Gomes de Assis Oliveira* e *Rogério Pereirea Frony*, os quais, além de corroborarem as informações prestadas por *André Catão*, asseguraram que *Ediel*, gerente-geral, era hierarquicamente superior a *André* na estrutura organizacional do *Posto da Torre*.

O quadro ora delineado outorga alguma solidez à versão defensiva no sentido de que o apelante *André* não tinha qualquer conhecimento acerca do caráter ilícito dos depósitos equivalentes a US$ 88.000,00 (oitenta e oito mil dólares) em debate. Alega-se que o réu, assim como ocorria diariamente, foi informado por *Carlos Habib* de que tal valor havia sido tomado em empréstimo junto a *Sleiman Nassim El Kobrossy* (Salomão), bem como de que a restituição dos valores deveria ser realizada em favor de um "preposto" de Salomão, notadamente *Renê Luiz Pereira*. Munido dessas informações e dos números das contas em que deveria realizar os depósitos é que os diálogos anteriormente transcritos teriam se desenrolado.

Feitas tais considerações, torna-se possível avançar mais alguns passos na análise da autoria delitiva que é imputada ao apelante *André*. No bojo do primeiro diálogo anteriormente transcrito, verifica-se que *Renê* telefona ao Posto da Torre e entra em contato com o gerente-geral *Ediel*, o qual sequer conhecia *Renê*. Não obstante, *Renê* sabia que *Ediel* trabalhava no administrativo do *Posto da Torre* e solicita que o telefone seja repassado a *André*.

Nesse ponto, uma primeira observação relevante a ser feita diz res-

peito ao fato de que a situação amolda-se ao *modus operandi* da organização criminosa revelada no bojo da Operação Lava-Jato, pois, em muitas oportunidades, os "clientes" dos "doleiros" são por estes instruídos a entrar em contato com subalternos para retirada de valores e indicação de contas a serem beneficiadas por depósitos. Há indícios de que, por vezes, tal subalterno sequer tem conhecimento acerca do assunto a ser tratado, porquanto recebe ordens simples para realização de pagamentos como se estivesse diante de contas ordinárias da empresa a que está vinculado.

Um segundo aspecto que chama a atenção diz respeito ao fato de *Ediel* não conhecer *Renê Luiz Pereira*. Todas as testemunhas arroladas ao longo da instrução foram uníssonas ao sustentar que *Ediel* está em posição hierárquica muito superior àquela ostentada por *André Catão de Miranda*, a quem incumbia a simples realização de pagamentos bancários e aquisição de combustíveis. *Ediel*, inclusive, é proprietário de diversas empresas (lavanderias e lojas de alimentação) que atuam junto ao *Posto da Torre*. Igualmente, *Ediel* é proprietário da empresa *Ed Serviços Gerais*, a qual terceiriza toda a mão de obra em favor do posto de combustíveis de *Carlos Habib Chater*. A parceria entre *Carlos Habib* e *Ediel* é estreita e inequívoca, porém as interceptações demonstram que esse diretor-geral plenipotenciário dos negócios relacionados ao "doleiro" *Carlos Habib* sequer tinha conhecimento da transação operada com *Renê Luiz Pereira* e *Salomão*.

Em contrapartida, segundo a tese brandida pela acusação e acolhida até então no curso do presente julgamento, *André Catão de Miranda*, funcionário absolutamente subalterno na estrutura organizacional do posto de combustíveis, não só teria ciência da trama ilícita como teria aderido voluntariamente aos atos necessários para sua consumação. Parece-me que a lógica do que ordinariamente ocorre aponta em sentido contrário. Saliente-se, nesse sentido, que o próprio *Carlos Habib Chater*, no curso de seu interrogatório, afirmou que *André Catão* era um mero subordinado, sem qualquer poder de mando ou gerência, que tinha como única função realizar os pagamentos do posto e demais pagamentos que lhe fossem ordenados.

Circunstância relevante trazida a lume no bojo dos interrogatórios e que não foi abordada até o presente momento diz respeito ao fato de

André Catão de Miranda ter sido demitido do posto de combustíveis no mês de março de 2013. Em virtude da necessidade de redução de custos, *André* foi chamado por *Ediel* e informado de que seria desligado da empresa, porquanto seu salário de aproximadamente R$ 7.000,00 (sete mil reais) estaria sendo demasiadamente oneroso. Em virtude de já contar com 53 anos de idade e acreditar ser difícil sua reinserção no mercado de trabalho, *André* aceitou reduzir seus vencimentos ao patamar de R$ 5.000,00 (cinco mil reais) mediante rescisão de seu contrato de trabalho e assinatura de um novo pacto laboral com a *Ed Serviços Gerais*, empresa de *Ediel* que terceirizava mão de obra em favor do posto de combustíveis.

Refiro que tal fato é relevante sob uma perspectiva empírica indiciária que, como bem colocado pelo ilustre relator, ostenta elevado valor probatório, especialmente na seara penal. Causa estranheza que um funcionário de pequena estatura na hierarquia funcional do Posto da Torre, cujo contrato de trabalho chegou a ser rescindido para fins de implementação de uma redução salarial, tenha, menos de seis meses depois de tal episódio, passado a tomar parte em operações ilícitas de dólar-cabo empreendidas por seu chefe para fins de lavagem de dinheiro oriundo do tráfico internacional de entorpecentes. A súbita elevação de seu prestígio no âmbito de uma organização criminosa que havia acabado de lhe descartar configura indício que conspira contra a tese acusatória de que *André* tinha pleno domínio dos fatos que estavam se desenrolando.

A leitura atenta dos diálogos travados entre *André Catão de Miranda* e *Renê Luiz Pereira* não é capaz de desfazer a tese defensiva no sentido de que *André* acreditava estar realizando o pagamento de uma dívida contraída por *Carlos Habib* junto a *Salomão*. Mesmo na passagem em que *André* afirma que "ele fez direto", tal referência, segundo sustentou em seu interrogatório, significa que *Carlos* havia lhe informado que realizaria o pagamento diretamente a *Salomão/Renê*.

O fato de *Renê* ter mencionado algumas questões comprometedoras, como, por exemplo, "me mandaram um recado que era pra eu pegar a conta pra você" e "É, eu não tenho essa conta ainda porque o cara ficou muito desconfiado e não (ininteligível) ainda", não é suficiente para implicar condenação criminal em desfavor de *André Catão*. Em primeiro

lugar, todas as respostas do apelante são genéricas e telegráficas, seja em virtude de estratégia para evitar o conhecimento do delito, seja por ser verdadeira a tese defensiva de que *André* não conhecia a natureza das operações, e o fato é que não houve produção de prova em seu desfavor. Sua fala sempre esteve restrita a identificar a conta e o montante a ser depositado, o que, segundo a tese defensiva suficientemente corroborada pelos depoimentos das testemunhas, constituía justamente o mister de *André Catão de Miranda* no âmbito do Posto da Torre.

Ademais, as comprometedoras afirmações de *Renê* não significam, de per si, que seu interlocutor tivesse conhecimento do assunto que estava sendo tratado. Ao analisar as demais interceptações telefônicas e telemáticas constantes nos autos, verifica-se que *Renê Luiz Pereira* era sempre extremamente "eloquente" acerca de suas atividades ilícitas com qualquer pessoa com quem estivesse falando. O tráfico de entorpecentes de 698 kg de cocaína pôde ser a ele vinculado sem qualquer sombra de dúvida justamente em razão de suas constantes manifestações de que havia perdido tal carregamento. Tais manifestações, diga-se, muitas vezes sequer dirigiam-se aos agentes que estavam vinculados àquela operação, mas a outros fornecedores de entorpecentes que sequer tinham conhecimento acerca do fato. *Renê Luiz Pereira* também mantinha em seu celular fotos de caixas carregadas de dólares, notícias envolvendo tráfico de entorpecentes, assim como gravação de conversa travada com um traficante colombiano a quem pretendia aliar-se para ampliar operações.

Mais um ponto que gera dúvida acerca da autoria delitiva diz respeito ao fato de que *André Catão de Miranda* não se utilizava do serviço de mensagens BBM travado por meio de aparelhos telefônicos Blackberry. Todos os integrantes da organização criminosa, justamente em virtude da maior dificuldade de devassa pela polícia do sigilo das mensagens BBM, comunicavam-se quase que exclusivamente por esse método. Em contrapartida, *André Catão* não tinha tal espécie de aparelho celular e, menos ainda, *login* apto a enviar e receber mensagens BBM. Não condiz com a tese brandida pelo Ministério Público Federal, a qual atribui a *André* a condição de verdadeiro articulador consciente das operações de dólar-cabo engendradas por *Carlos Habib Chater*, o fato de o réu utilizar-se do terminal telefônico existente no próprio pos-

to de combustíveis e que era igualmente utilizado por todos os demais funcionários. Trata-se de amadorismo incongruente com a complexa rede organizada pelos criminosos.

Outro aspecto que chama a atenção ao estudar o caso diz respeito à capacidade econômica de *André Catão de Miranda*. A defesa indicou que tal agente possui apenas um imóvel financiado por instituição bancária pelo prazo de 30 anos. Em contrapartida, o Ministério Público Federal, a quem incumbe o ônus da prova, não trouxe elementos (quebra de sigilo financeiro, fiscal, prova testemunhal ou documental) demonstrando que o réu auferia recursos derivados de atividade ilícita. Também parece contrariar a lógica afirmar que *André Catão de Miranda* coordenava todo o núcleo de operações financeiras ilícitas de *Carlos Habib Chater* sem a obtenção de qualquer contrapartida específica para tanto. Novamente, a tese defensiva de que o réu estava apenas cumprindo costumeiras ordens de pagamento exaradas por *Carlos* ganha força.

Diante de tudo o que foi exposto, entendo que remanesce dúvida substancial acerca da configuração do elemento subjetivo do tipo por parte de *André Catão de Miranda*.

Para que fosse possível reputar o acusado como penalmente responsável pela lavagem de dinheiro decorrente dos depósitos que realizou, seria indispensável a convicção acima de qualquer dúvida razoável no sentido de que teria executado de modo consciente as ordens criminosas de *Carlos Habib Chater*; seria preciso afirmar a clara percepção do apelante de que estava a contribuir para o cometimento do crime de lavagem de capitais.

In casu, verificou-se que a feitura de pagamentos em nome do Posto da Torre consistia em sua atividade diuturna e que, portanto, não tinha razão para duvidar de que as ordens que cumpria extrapolavam os limites de sua costumeira atividade de gerente financeiro da empresa. A tese de defesa, assim, é verossímil e não foi desmentida por elementos concretos que apontem para o dolo da conduta.

Ademais, considerando que a conduta pura e simples de depositar valores pode ser lícita – quando para o cumprimento de obrigações contratuais, e não para ocultar ou dissimular natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal –, entendo que

incide na hipótese o art. 22 do Código Penal, segundo o qual o cumprimento de ordem não manifestamente ilegal do superior hierárquico implica punição apenas do autor da ordem.

Portanto, por não existir prova suficiente para a condenação, deve o réu *André* ser absolvido, com fulcro no artigo 386, VII, do CPP.

4. Pena do tráfico de entorpecentes

Cumpre salientar que ao réu *Renê Luiz Pereira* foi aplicada a pena-base de 07 anos de reclusão, tendo o magistrado *a quo* valorado negativamente a personalidade e a quantidade da droga. Conforme o disposto no artigo 42 da Lei 11.343/06, essas vetoriais são consideradas preponderantes sobre aquelas elencadas no artigo 59 do CP, razão pela qual deveriam ter sido aplicadas em um patamar mais elevado. Todavia, como o recurso de apelação do MPF não se insurge especificamente quanto a esta questão, tendo pleiteado o aumento da pena-base somente pela valoração negativa de culpabilidade, consequências do crime, motivos e circunstâncias, mantenho a pena aplicada na sentença, diante da proibição da *reformatio in pejus*.

5. Execução provisória das penas

Adiro integralmente às razões apresentadas pelo eminente relator no sentido de determinar a imediata execução da pena aplicada aos réus condenados.

O Supremo Tribunal Federal, nos últimos anos, promoveu uma guinada na sua jurisprudência, passando a se posicionar, por maioria de votos, pela inviabilidade da execução da pena enquanto não exauridas todas as instâncias da Justiça, inclusive as excepcionais. Esse entendimento sobreveio em 2010, por ocasião do julgamento do HC 84.078/MG, de relatoria do Min. Eros Grau. Até então, a execução provisória sempre fora admitida, conforme orientação reiterada tanto do Supremo Tribunal Federal (*v.g.* HC 85616, relator: Min. Ricardo Lewandowski, Primeira Turma, julgado em 24.10.2006, DJ 17.11.2006; HC 82490, relator: Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, julgado em 29.10.2002, DJ 29.11.2002) quanto do Superior Tribunal de Justiça (Súmula nº 267).

Ainda que a Constituição da República, em seu art. 5º, LVII, estabe-

leça que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória, trata-se de norma-princípio, sendo equivocado atribuir-lhe caráter absoluto, sob pena de se esvaziar o processo de interpretação e de construção das regras para cada situação concreta, deixando-se de considerar outros preceitos e valores igualmente relevantes.

Note-se que muitos são os casos em que se tem de levar em consideração a norma-princípio da presunção da inocência (enunciada em nosso texto constitucional como não culpabilidade, mas em um sentido convergente com a necessidade de promoção da dignidade da pessoa humana e de asseguramento do devido processo legal). O conteúdo normativo da presunção de inocência é amplo, colocando-se como norma de tratamento ao longo do processo, como norma que aponta o ônus da prova e que orienta a avaliação do conjunto probatório. Em cada situação, assume contornos próprios, todos voltados a assegurar um processo justo e equitativo, bem como a dar o devido valor à liberdade, só passível de restrição com fundadas e firmes razões, observada a proporcionalidade.

Os princípios do devido processo legal e da presunção da inocência não podem levar ao retardamento indefinido da resposta penal. Do contrário, de modo desproporcional, estar-se-ia construindo um sistema que, no afã de resguardar a liberdade dos condenados, comprometeria a paz social ao retirar da jurisdição penal sua eficácia.

Note-se que os indivíduos que compõem a sociedade têm direito a que sejam protegidos os valores que constituem bens jurídicos resguardados pela lei penal e a que não haja insuficiência na reação às suas violações. O Estado tem um dever de proteção que impõe a tutela aos bens juridicamente protegidos, dever esse a ser cumprido com observância da "proibição de proteção deficiente". Há de se encontrar a justa medida: a tutela estatal não pode "intervir excessivamente nos direitos fundamentais do indivíduo afetado", sob pena de violar a proibição de excesso revelada pela desproporcionalidade da restrição (*Übermassverbot*), mas também não pode ficar aquém do necessário à proteção dos bens juridicamente protegidos, sob pena de violar a proibição de insuficiência (*Untermassverbot*). Em vez do excesso ou da deficiência, a eficiência (FELDENS, Luciano. *Direitos fundamentais e Direito Pe-*

nal: a Constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 166-171).

Se é correto que se parta da presunção de inocência em face de qualquer investigação ou denúncia e que a plenitude dos efeitos condenatórios só advenham do trânsito em julgado da respectiva decisão, de outro lado, não é o caso de se retardar a execução da pena quando já vencidas as instâncias ordinárias, esgotando-se a análise da prova, já resguardado o direito à ampla defesa e acessado, por recurso, o direito à análise colegiada da decisão monocrática.

Lembre-se de que a gênese do princípio de que os réus se presumem inocentes durante o processo-crime radica no tratamento desumano dispensado aos indivíduos acusados de práticas delituosas ao longo da História. Estigmatizados desde o momento em que apontados como possíveis criminosos, a eles se impunha provar sua inocência, no bojo de um processo inquisitorial, despidos de quaisquer garantias. Daí por que surgiram garantias em prol do devido processo legal. No art. 9º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, restou estampado que todo acusado é considerado inocente até ser declarado culpado, o que restou reafirmado, mais recentemente, no preâmbulo da Constituição francesa da Quinta República, de 1958. No mesmo sentido, a Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, à qual o art. 55 da atual Constituição francesa atribui patamar supralegal, dispõe, em seu art. 6-2, que toda pessoa acusada de uma infração é presumida inocente até que sua culpabilidade esteja legalmente estabelecida. Por outro lado, é interessante observar que, embora o Code de Procédure Pénale não mencione o princípio – apenas determina, no tópico referente à administração da prova, que o juiz fundamente sua decisão em provas devidamente submetidas ao contraditório (art. 427, alínea 2) –, o Code Civil, sobre o qual se edifica a ordem privada francesa, textualmente prevê: "*Chacun a droit au respect de la présomption d'innocence*" (art. 9-1), isto é, todos têm direito à presunção de inocência. Também dispõe o Código de Napoleão que, quando um indivíduo é, antes de qualquer condenação, representado publicamente como culpado dos fatos sob investigação ou em instrução judicial, o juiz pode, sem prejuízo da reparação do dano sofrido, ordenar ações que impeçam a violação à presunção de inocência (art.

9-2), o que torna evidente a função desta como princípio informador do modo de tratamento dos acusados durante a instrução criminal. Por sua vez, a Constituição norte-americana traz o princípio implícito em suas quinta e sexta emendas, que garantem ao réu a não autoincriminação, a assistência por um advogado e o julgamento rápido e público, por um júri imparcial. A Lei Fundamental da Alemanha, embora não preveja dito princípio de presunção de inocência de forma explícita, assegura o devido processo legal (art. 103) e as garantias de proteção à liberdade dos indivíduos (art. 104). Na mesma linha, similarmente, a Constituição argentina também não menciona o princípio, atendo-se, em seus arts. 18 e 19, às garantias do devido processo legal. Já a Constituição espanhola expressamente dispõe em seu art. 24, item 2, que

"*[...] todos tienen derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia*",

fazendo íntima conexão, pois, entre a presunção de inocência e o direito ao contraditório e à ampla defesa e à disciplina jurídica da prova. Juan Montero Aroca, em sua obra *Derecho jurisdiccional I*: parte general. 15. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007. p. 375, destaca que

"*La presunción de inocencia, como derecho fundamental, exige la existencia objetiva de actividad probatória de cargo para que quede desvirtuada, mientras que la regla in dubio pro reo presupone esa actividad y atiende al problema subjetivo del juez en la valoración de la prueba, ordenándole que en caso de duda sobre la culpabilidad del acusado se incline por la absolución*."

O que temos em conta, atualmente, é um processo justo e equitativo, em que, partindo-se da acusação e atribuindo-se ao órgão acusatório o ônus probatório, tenha-se ensejado o exercício do contraditório e da ampla defesa. Um processo em que, realizada a instrução probatória, um magistrado independente e imparcial tenha se debruçado sobre o feito e proferido sentença, analisando detidamente a materialidade, a autoria, a culpabilidade e tudo o mais necessário não apenas a um juízo pela absolvição ou pela condenação, mas também à individualização da pena. Ademais, um processo em que esse juízo de cognição plena monocrático possa ter sido levado à consideração de um colegiado,

formado por magistrados igualmente independentes e imparciais que, reunidos em sessão, com a possibilidade de considerarem as razões da acusação e da defesa, inclusive mediante sustentação oral, se requerida, tenham verificado o respeito ao devido processo legal e a adequação da sentença ao direito, sua justiça e sua proporcionalidade. Um processo em que já tenham, portanto, sido realizados dois juízos plenos de cognição, por pelo menos quatro magistrados (1 + 3), via de regra, em duas instâncias. Um processo em que a análise probatória já tenha se esgotado e no qual, portanto, o eventual juízo condenatório seja seguro.

Não se pode perder de vista que a presunção de inocência, como presunção que é, pode ser infirmada. A formação ou confirmação de um juízo condenatório em segundo grau não é açodada nem temerária. Pelo contrário, exaure, de fato e de direito, a análise probatória e as instâncias ordinárias de jurisdição. Assim, respeitadas todas as garantias constitucionalmente asseguradas ao acusado e restando apenas a possibilidade de interposição de recursos excepcionais sem efeito suspensivo, entendo não restar óbice à execução imediata do acórdão. E isso, sem que se esteja visando à celeridade da resposta penal em detrimento dos direitos individuais historicamente conquistados e protegidos pela norma constitucional. Trata-se, ao revés, de exegese sistêmica que, no contexto do ordenamento jurídico brasileiro, busca conciliar a proteção das garantias do réu ao longo da persecução criminal com a proibição de insuficiência da ação estatal. Essa vedação, na esfera penal, justifica tanto as medidas cautelares adotadas pelo juiz do processo e que se mostrem, mediante juízo criterioso, necessárias à garantia da ordem pública, da ordem econômica, da instrução criminal e da aplicação da lei penal, como a atribuição de eficácia imediata aos acórdãos proferidos pelos tribunais recursais, em sede de cognição exauriente, de modo que haja uma efetiva resposta do Estado às condutas delitivas, sob pena de inocuidade da ordem jurídico-penal.

Ressalto que os recursos excepcionais não constituem propriamente um julgamento do caso concreto. Visam, isso sim, à preservação da higidez e da coerência do sistema, voltados que estão à uniformização da interpretação da lei federal e da Constituição.

Cabe ressaltar, ainda, que a viabilidade da execução imediata do julgado, uma vez esgotadas as vias ordinárias, é igualmente sustentada

pela existência de instrumentos jurídicos aptos a elidir, com eficácia, a eficácia de eventual acórdão advindo sem a devida observância do devido processo legal, ou em que se verifique excesso, abuso ou arbitrariedade, como o *habeas corpus* e a excepcional atribuição de efeito suspensivo aos recursos dirigidos ao STF e ao STJ.

Retoma-se, assim, a aplicação do enunciado da Súmula 267 do Superior Tribunal de Justiça: "A interposição de recurso, sem efeito suspensivo, contra decisão condenatória não obsta a expedição de mandado de prisão".

É adequada, portanto, no caso concreto, respeitado que foi o devido processo legal e tendo o juízo condenatório sido confirmado em segundo grau de jurisdição, a expedição de mandado de prisão e de carta guia para a execução provisória.

Dispositivo

Ante o exposto, divergindo parcialmente do encaminhamento proposto pelo relator, voto por dar provimento ao apelo de André Catão de Miranda*, forte no art. 386, VII, do CPP, para absolvê-lo da imputação que lhe é feita pelo Ministério Público Federal. Em relação aos demais pontos, acompanho integralmente o voto proferido pelo Des. João Pedro Gebran Neto, com os acréscimos de fundamento trazidos no curso do presente voto-revisão*.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus: Peço vênia para divergir, pontualmente, dos votos apresentados pelo relator e pelo revisor, em relação aos quais acompanho, o primeiro, com ressalva de fundamentação, quanto à condenação de *Renê Luiz Pereira* e *Carlos Habib Chater*, discordando, porém, da manutenção da dosimetria adotada em primeiro grau, e o segundo, quanto à absolvição de *André Catão de Miranda*.

Todavia, antes de adentrar o cerne da divergência, entendo ser pertinente externar meu entendimento a respeito de algumas questões debatidas nos autos, em especial quanto à higidez do compartilhamento das provas obtidas na Operação Monte Pollino e à falta de anterioridade dos atos de traficância, enquanto crime antecedente, à(s) conduta(s) que

configurou(aram) a lavagem de ativos, bem como ao fato de que esta se destinava ao branqueamento do dinheiro oriundo do tráfico.

1. Do compartilhamento de provas

Inicialmente, peço vênia para ressalvar meu entendimento no tocante à fundamentação que rejeitou o alegado compartilhamento indevido dos elementos probatórios coligidos no âmbito da citada Operação Monte Pollino, tese suscitada nas razões de apelação de *Renê*.

Quanto ao ponto, o relator cita julgado da Quarta Seção deste Regional (QO no IPL 0006804-15.2012.404.0000, 4ª Seção, rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, D.E. 27.11.2014), no bojo do qual restou assentado que o compartilhamento de prova constitui a regra e prescinde de identidade entre os acusados/investigados ou de conexão entre os delitos/fatos em apuração, em um e em outro processo/investigação, encontrando-se a admissibilidade da prova emprestada/compartilhada no âmbito de discricionariedade do juízo ao qual ela é destinada.

Evidentemente, concordo que, em obséquio à celeridade da tutela penal, é possível ao julgador valer-se de parte ou de toda a instrução probatória realizada em um processo para complementar a de outro, distinto ou cindido daquele primeiro, observado o contraditório.

É dizer, não vejo óbice à permuta de elementos intercambiáveis de um processo a outro, ou seja, daquilo que tenha serventia ao esclarecimento da verdade factual, à formação da convicção judicial e, sobretudo, à duração razoável do processo.

Nada obstante, sempre entendi que a admissibilidade do empréstimo da prova teria como pressuposto a demonstração, ainda que indiciária, ou mesmo remota, de um liame, quer em relação aos fatos apurados/suspeitados, quer entre os destinatários da imputação/investigação (nesse sentido, STJ, HC 63658, 5ª Turma, rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, DJU 27.08.2007).

Por isso, em outro julgamento realizado no âmbito da Quarta Seção deste Regional (IPL 0001483-62.2013.404.0000, rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha, D.E. 30.05.2014), ressalvei meu ponto de vista quanto à fundamentação então exposta por aquele relator, semelhante àquela subjacente ao precedente ora invocado neste feito, considerando que o Supremo Tribunal Federal, em outros julgados sobre a matéria,

veio, ao fim e ao cabo, a ampliar tal abrangência, entendendo que mesmo outros fatos/pessoas podem ser alcançados pelo compartilhamento (QO no IPL 2.424-4, Tribunal Pleno, rel. Ministro Cezar Peluso, DJU 24.08.2007).

No caso dos autos, porém, tenho que a discussão esvazia-se diante da constatação de que as provas oriundas de outro processo não serviram como único fundamento para a condenação.

Assim, e porque ausente a demonstração inequívoca do prejuízo, acompanho o relator quanto à ausência de nulidade no aproveitamento de provas oriundas da denominada Operação Monte Pollino, fazendo-o, todavia, com ressalva de fundamentação.

2. Dos crimes antecedentes aos atos de lavagem de dinheiro

A defesa constituída de *Renê* sustenta que a denúncia e a sentença trataram os fatos que ensejaram a condenação pelo delito de lavagem de ativos como tendo ocorrido entre agosto e setembro de 2013, embora os indícios do delito antecedente sejam posteriores a esse período, a saber, apreensões ocorridas em outubro e dezembro de 2013 (respectivamente, carga de 55 kg de cocaína apreendida no porto de Valência, Espanha, e apreensão de drogas em Araraquara/SP), além dos diálogos interceptados mantidos entre *Renê* e outras pessoas envolvidas no tráfico, ocorridos em novembro de 2013.

No ponto, não me escapa a existência de precedente deste Regional em que, por maioria, entendeu-se pela atipicidade da conduta imputada, relativa ao artigo 1º da Lei 9.613/98, diante da evidência de que a traficância, descrita como crime antecedente, teria ocorrido posteriormente aos atos de lavagem:

"PENAL. LAVAGEM DE DINHEIRO. ART. 1º DA LEI 9.613/98. NULIDADES PROCESSUAIS. INOCORRÊNCIA. CRIME ANTECEDENTE. DINHEIRO ILÍCITO. OCULTAÇÃO OU DISSIMULAÇÃO. AUSÊNCIA DE PROVAS. ABSOLVIÇÃO.

1 a 4. *Omissis*.

5. Para caracterização do delito de lavagem de dinheiro, é necessária a prévia ocorrência de crime do qual o numerário seja proveniente. Restando evidenciada nos autos a prática de tráfico de entorpecentes apenas a partir de setembro de 2004, as imputações de lavagem de dinheiro anteriores a essa data devem ser excluídas, por serem atípicas.

6. A conduta de pagar contas com dinheiro ilícito, mas de forma aberta, não camuflando ou transmudando a natureza do numerário, não se subsume a qualquer das figuras típicas do crime de lavagem de dinheiro, sendo, no máximo, pós-fato impunível e natural ao agir,

desde o início, planejado pelo agente.

7. É importante ressaltar que tanto a conduta descrita no *caput* do art. 1º da Lei nº 9.613/98 quanto a referida no § 1º exigem a finalidade de ocultar ou dissimular a origem ou a utilização de bens, direitos ou valores provenientes dos crimes antecedentes referidos naquele tipo penal. Inexistindo, no presente caderno processual, provas que permitam, de maneira clara e precisa, chegar a essa conclusão, impõe-se a prolação da absolvição dos acusados." (ACR 2005.72.00.000260-8, rel. Des. Federal Élcio Pinheiro de Castro, D.E. 21.08.2008)

Pois bem. A tese é refutada no voto do relator sob a fundamentação de que a ciência quanto à origem ilícita dos recursos que se buscou branquear está devidamente comprovada, especialmente pelas provas carreadas no evento 306 da ação penal originária, estando satisfeitos os pressupostos de tipicidade exigidos em precedente na matéria (HC 93.368), e de que a Lei 12.683/2012 excluiu o rol de crimes antecedentes.

De minha parte, estou convencido do acerto do encaminhamento proposto por Sua Excelência.

Isso porque, diferentemente do julgado deste Regional acima citado, em que os supostos atos de lavagem teriam ocorrido de um a dois anos anteriormente aos crimes antecedentes de tráfico indicados na denúncia, o exame da prova nestes autos revela que as operações relacionadas ao branqueamento do numerário ocorreram em datas muito próximas às apreensões de drogas ocorridas no último trimestre de 2013, de sorte que não é possível dissociá-las do contexto em que inseridas ditas apreensões de drogas.

Reporto-me, especificamente, (1) ao diálogo extraído do celular de *Renê* e mantido por meio de comunicação via Skype, em 02.11.2013, com o sujeito "colombiano", do qual se extrai que o acusado tinha amplo conhecimento a respeito tanto (1.a) das rotas de tráfico de drogas da América do Sul para a Europa, por via marítima, e para a África, por via aérea, com indicação da quantidade ideal de cocaína em cada viagem (quatrocentos quilogramas) e do valor pago por quilograma, referindo, inclusive, a ausência de interesse em permanecer negociando com seu fornecedor habitual, quanto (1.b) dos mecanismos para "aplicar" os ganhos auferidos com essa atividade ilícita, fazendo referência, inclusive, a um esquema de transferências internacionais que se amolda perfeitamente à sistemática do dólar-cabo, com menção expressa ao nome de Maria de Fátima Stocker como sendo pessoa de forte atuação

nesse cenário e com quem já teria efetuado operações de câmbio; e (2) às mensagens trocadas entre *Renê* e Salomão, em maio de 2013, em que é referida uma ordem de transferência internacional que não se concretizou. (Evento 306 da ação penal.)

Não bastassem tais elementos, os quais indicam que *Renê* tinha pleno domínio de todos os meandros do tráfico internacional de drogas em larga escala e dos meios para ocultar e/ou dissimular os lucros assim obtidos, há, também, mensagens trocadas entre *Renê* e um indivíduo não identificado, em 13.09.2013 – ou seja, pouco mais de um mês antes da apreensão do carregamento de cocaína em Valência/ESP e poucos dias após os atos de lavagem que são objeto desta denúncia, ocorridos no final de agosto e no início de setembro de 2013 –, em que é feita referência à quantidade de entorpecente que restou apreendida na Espanha, não sendo de todo desarrazoado associar tais operações ilícitas a essa apreensão, até mesmo porque deve ser considerado o tempo despendido na travessia atlântica.

Ademais, há fortes indícios de que o numerário objeto dessas transações, ou uma parte dele, seria destinado a "Caballero", indivíduo de nacionalidade boliviana com quem *Renê* trocou mensagens BBM (Blackberry Messenger) em 17.09.2013 e com quem, posteriormente, comentou a perda do carregamento de 700 kg (setecentos quilogramas) de cocaína em Araraquara, conforme analisado nos itens 132 e 197 da sentença.

Assim arranjados os fatos, entendo que há, ao menos, proximidade entre a traficância e os atos descritos como demonstrativos da ciência, de parte de *Renê* e *Carlos*, da origem criminosa dos valores originados dessa atividade, cuja ocultação e/ou dissimulação puseram em marcha, o que, como bem pontuado na sentença, não se configurou com o mero depósito dessas quantias em contas correntes de terceiros, mas com o emprego desse expediente corriqueiro ao dia a dia do seu negócio com o propósito de dar aparência de licitude a tais transações, é dizer, que faziam parte das atividades comerciais do Posto da Torre.

3. Da absolvição de André

No que diz respeito à imputação da prática do delito do artigo 1º, *caput*, da Lei 9.613/98, o revisor entende pela reforma da sentença,

uma vez que, diferentemente do relator, não vê prova suficiente que dê suporte à condenação do acusado.

Examinando o acervo probatório carreado nos autos da presente apelação criminal e sopesando os argumentos de ambas as visões acerca desse juízo de convencimento, tenho por bem prestigiar a solução que se apresenta mais favorável ao réu.

Com efeito, entendo restar configurada, no mínimo, dúvida razoável a respeito de sua participação dolosa nos ilícitos perpetrados no âmbito da Operação Lava-Jato, considerando, em breve síntese, que (1) a realização de depósitos em contas de terceiros consistia atividade rotineira em seu trabalho no setor financeiro do posto de combustíveis; (2) a prova oral colhida nos autos dá conta das dificuldades diárias de fechamento de caixa pelo estabelecimento, com notícia de inadimplência junto à fornecedora de combustíveis Esso; (3) a posição ocupada por *André*, na estrutura hierárquica da empresa, era inferior à do gerente-geral Ediel, o qual, em que pese manter relação muito próxima com *Chater*, não tinha conhecimento da transação operada com *Renê* e Salomão, sendo pouco provável que um subordinado (no caso, *André*) tivesse plena ciência e/ou aderido, de forma voluntária, à empreitada criminosa; bem assim (4) o fato de *André* ter aceitado a demissão, vindo a ser recontratado com redução de salário da ordem de quase trinta por cento, mediante vínculo desta feita mantido com empresa contratada para terceirizar mão de obra para o posto; (5) a ausência de provas a indicar que *André* compartilhava do método de comunicação reservada (mensagens por meio de aparelhos Blackberry) utilizado pelos integrantes da organização criminosa; e, alfim, (6) a inexistência de quaisquer elementos a indicar que *André* auferia recursos derivados de atividade ilícita.

Se, por um lado, tais aspectos, considerados isoladamente, não têm o condão de infirmar a solução condenatória, de outro, quando examinados em conjunto, fazem surgir um cenário de incerteza que conspira em favor do acusado, revelando-se ao menos plausível a tese de que, em se encontrando em posição de subordinação ao corréu *Chater*, não tinha *André* conhecimento do caráter ilícito das operações que realizava, ao que consta, em razão de sua atividade laborativa, já sob a roupagem de prestação de serviços.

Assim, muito embora seja certa a autoria da execução material dos

depósitos que deram origem a esta ação penal, comungo da visão inaugurada pelo revisor, concluindo que o órgão acusatório não se desincumbiu do ônus em comprovar suas alegações, extreme de dúvidas.

Nesse sentido, e a teor do artigo 156 do Código de Processo Penal, incumbe à acusação produzir prova robusta e apta a demonstrar, com certeza, a autoria da empreitada criminosa e o dolo do agente. Contra *André*, contudo, o órgão ministerial apresentou suposições, e essas, no entanto, e quando muito, podem causar apenas dúvida quanto à sua idoneidade, mas não possibilitar um juízo assertivo acerca de sua contribuição dolosa para o cometimento do delito.

Se, no momento do recebimento da denúncia, prevalece o interesse da sociedade para apuração da infração penal, ocasião em que se apresenta suficiente a prova da materialidade e indícios da autoria, diversa é a fase do julgamento, em que deve preponderar a certeza. Impera a aplicação do princípio *in dubio pro reo*.

Segundo o magistério de Eugênio Pacelli de Oliveira (*in Curso de Processo Penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007. p. 282-283), "o nosso processo penal, por qualquer ângulo que se lhe examine, deve estar atento à exigência constitucional da inocência do réu, como valor fundante do sistema de provas (...)".

Na toada do quanto exposto:

"A submissão de uma pessoa à jurisdição penal do Estado coloca em evidência a relação de polaridade conflitante que se estabelece entre a pretensão punitiva do poder público e o resguardo à intangibilidade do *jus libertatis* titularizado pelo réu. A persecução penal rege-se, enquanto atividade estatal juridicamente vinculada, por padrões normativos, que, consagrados pela Constituição e pelas leis, traduzem limitações significativas ao poder do Estado. Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido – e assim deve ser visto – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público. A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine judicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a

fórmula de salvaguarda da liberdade individual." (STF, HC 73338, 1ª Turma, rel. Ministro Celso de Mello, DJU 19.12.1996)

Dessarte, com a vênia do relator, acompanho a divergência inaugurada pelo Desembargador Federal Leandro Paulsen para o fim de absolver o réu *André Catão de Miranda* da imputação de prática do delito do artigo 1º, inciso I, da Lei 9.613/98, com supedâneo no artigo 386, inciso VII, do Código de Processo Penal.

4. Da dosimetria das penas

No que tange à dosimetria, é da doutrina e da jurisprudência que, por meio dessa operação, encartada em capítulo específico do ato sentencial, a autoridade judiciária, não só do primeiro, mas de todos os graus de jurisdição, uma vez convencida da solução condenatória, sopesará todas as circunstâncias do fato criminoso e do seu vínculo com a pessoa do agente, à vista do quanto coligido durante a instrução criminal e dos limites em que descrita a imputação, a fim de estabelecer um *quantum* necessário e suficiente para a reprovação e à prevenção do crime, em obséquio aos postulados da individualização da pena e da motivação das decisões.

Nesse sentido, calha pontuar que a instância recursal não está jungida ao objeto do recurso voluntário, pois, para além das questões de ordem pública, cognoscíveis de ofício e em relação às quais não há preclusão para o juiz, a incidência do princípio *tantum devolutum quantum appellatum*, no processo penal, apresenta dimensão mais ampla do que seu congênere cível, podendo o tribunal examinar as decisões que lhe são submetidas em todos os seus aspectos, inclusive naqueles que não tiverem sido hostilizados, desde que para beneficiar o réu, compreensão que se extrai da leitura conjugada dos artigos 617 e 648, c/c 654, § 2º, todos do Código de Processo Penal, reafirmada pela dicção da súmula 160 do Supremo Tribunal Federal.

Todavia, como a liberdade dos tribunais há de conviver com a de quem proferiu a decisão em reexame, o ponto de harmonização dessas diferentes, mas igualmente defensáveis, visões acerca de um mesmo agir humano e de sua respectiva incriminação e punição assenta-se no constructo hermenêutico que informa os ideais de proporcionalidade e razoabilidade.

Dito isso, entendo que, malgrado seja plena a discricionariedade conferida ao julgador para a fixação da reprimenda, em se tratando de tutela da liberdade, se estiver configurada, concretamente, a possibilidade de que aquela atinja um patamar mais comedido e equilibrado, porque simétrico, por ocasião da pena-base, à idêntica carga normativa das demais variáveis enunciadas pelo artigo 59 do Código Penal, ausente, por exemplo, a preponderância a que alude o artigo 42 da Lei de Drogas, ou outro motivo plausível, bem assim de percentuais de atenuantes e agravantes que invadam os destinados à terceira fase e de causas de diminuição e aumento distanciados das balizas legais e da jurisprudência iterativa a eles aplicáveis, a adoção, em quaisquer dessas etapas, de montantes mais expressivos deve ser objeto de justificação específica.

Nada obstante, consolidou-se o entendimento, no âmbito da Quarta Seção deste Regional, de que, de regra, a fixação das penas não está sujeita a critérios matemáticos rígidos, resultando que o critério do assim chamado "termo médio" para o arbitramento da pena-base cede lugar ao juízo de razoabilidade e de proporcionalidade com todas as circunstâncias, objetivas e subjetivas, que envolveram a prática criminosa. Confira-se:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES E DE NULIDADE. CONTRABANDO DE CIGARROS. DOSIMETRIA DA PENA. CRITÉRIO DO 'TERMO MÉDIO'. NÃO OBRIGATORIEDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE.

1. 'A dosimetria da pena é matéria sujeita a certa discricionariedade judicial. O Código Penal não estabelece rígidos esquemas matemáticos ou regras absolutamente objetivas para a fixação da pena' (STF, HC 107.409/PE, 1ª Turma do STF, rel. Min. Rosa Weber, un., j. 10.04.2012, DJe 09.05.2012).

2. Para o cálculo das vetoriais do artigo 59 do Código Penal, inexiste ilegalidade na aplicação do critério do termo médio, mas sua utilização não é obrigatória, sendo possível ao magistrado, nos limites de sua discricionariedade, estabelecer o peso de cada circunstância consoante as particularidades do caso concreto.

3. Estabelecida a pena privativa de liberdade, observa-se, com fulcro no artigo 61, *caput*, do Código de Processo Penal, que se consumou a prescrição da pretensão punitiva estatal, no período decorrido entre o recebimento da denúncia e a publicação da sentença.

4. Embargos infringentes e de nulidade improvidos. Declarada, de ofício, a extinção da punibilidade pela prescrição da pretensão punitiva estatal." (EINUL 0002598-77.2007.404.7001, rel. p/ acórdão Des. Federal João Pedro Gebran Neto, D.E. 04.12.2014)

"PENAL. EMBARGOS INFRINGENTES. DOSIMETRIA DA PENA. PENA-BASE. AUMENTO. PATAMAR. ADOÇÃO DO CRITÉRIO DO TERMO MÉDIO. NÃO OBRIGATORIEDADE.

1. Para o cálculo das vetoriais do artigo 59 do CP, não há a obrigatoriedade de prestigiar-se o critério do termo médio, devendo o peso de cada circunstância ser analisado consoante as particularidades do caso concreto.

2. Embora a elevação da sanção, tendo em conta a negativação de uma vetorial, tenha sido de quatro meses, sendo superior, portanto, ao patamar de 1/8 da diferença entre a pena mínima e o termo médio, tem-se que o referido aumento não é desarrazoado, tampouco desproporcional, considerando-se a elevada monta do crédito tributário, a justificar uma maior reprimenda.

3. Presente a devida motivação para reconhecer-se o desvalor da referida circunstância judicial e sendo a majoração empreendida ponderada e suficiente, tem-se que a pena fora escorreitamente arbitrada, não padecendo de ilegalidades a serem reconhecidas, não sendo o caso de sua revisão." (EINUL 5012539-84.2012.404.7002, rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz, j, em 09.10.2014)

Passo ao exame individualizado das reprimendas.

4.1. Renê Luiz Pereira

4.1.1. Tráfico internacional de drogas

A sentença fixou a pena-base 02 (dois) anos acima do mínimo legal, considerando, de um lado, a valoração da personalidade do agente, uma vez que há indicativos de que faz da traficância o seu meio de vida, e, de outro, a quantidade de droga apreendida (aproximadamente setecentos quilogramas de cocaína). Na segunda fase, não foram verificadas circunstâncias agravantes e/ou atenuantes e, na derradeira etapa, incidiu a causa de aumento de 1/6 (um sexto), prevista no artigo 40, inciso I, da Lei 11.343/2006, deixando-se de aplicar a minorante do artigo 33, § 4º, da Lei 11.343/2006, "pois as provas presentes no processo apontam dedicação profissional do condenado às atividades criminosas do tráfico e que é responsável por atos de tráfico de grande porte".

Contudo, entendo que não há se falar em valoração desfavorável da vetorial personalidade, uma vez que sua avaliação deve estar embasada em laudo pericial que ateste a despreocupação do acusado em relação à gravidade dos delitos praticados, conforme entendimento oriundo do Superior Tribunal de Justiça:

"PENAL. *HABEAS CORPUS*. HOMICÍDIO TRIPLAMENTE QUALIFICADO, ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR. DOSIMETRIA NA PRIMEIRA FASE. CULPABILIDADE, PERSONALIDADE, CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA EM RELAÇÃO ÀS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DA CULPABILIDADE E COMPORTAMENTO DA VÍTIMA. INEXISTÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DO GRAU DE CEN-

SURA DAS CONDUTAS E VÍTIMA QUE NÃO CONTRIBUIU PARA A PRÁTICA DOS CRIMES. CIRCUNSTÂNCIAS DO CRIME. PREMEDITAÇÃO. FUNDAMENTAÇÃO IDÔNEA. PERSONALIDADE ATESTADA EM LAUDO PERICIAL. POSSIBILIDADE DE CONSIDERAÇÃO NEGATIVA. CONCESSÃO PARCIAL. ESTUPRO E ATENTADO VIOLENTO AO PUDOR EM CONCURSO MATERIAL. SUPERVENIÊNCIA DA LEI Nº 12.015/2009. LEI PENAL MAIS BENÉFICA. RETROATIVIDADE. APLICABILIDADE PELO JUÍZO DA EXECUÇÃO PENAL (SÚMULA 611/STF). CONCESSÃO DE OFÍCIO.

1. Na primeira fase da dosimetria da pena, cabe ao julgador fundamentar concretamente a consideração de cada circunstância judicial prevista no art. 59 do Código Penal, de acordo com a discricionariedade vinculada conferida por lei.

2. Inexiste fundamentação em relação à circunstância judicial da culpabilidade quando o magistrado singular se limita a afirmar que o paciente atuou de forma deliberada e porquanto lhe era exigível conduta diversa.

3. Na análise da culpabilidade como medida de pena, deve ser levado em consideração o maior ou menor grau de reprovabilidade da conduta, o que não se satisfaz com a simples menção à exigibilidade de conduta diversa.

4. Esta Corte tem reiteradamente decidido que, quando o comportamento da vítima não contribui para o cometimento do crime, ou é considerado 'normal à espécie', não há falar em consideração desfavorável ao acusado.

5. É possível a consideração desfavorável da circunstância judicial da personalidade do agente, quando atestada em laudo pericial sua capacidade diminuída de sentir culpa em relação aos graves fatos delituosos por ele supostamente praticados.

6. A premeditação é elemento concreto apto a justificar a exasperação da pena-base a título de circunstâncias do crime. Precedentes.

7 e 8. *Omissis*." (HC 148.275, 6ª Turma, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, DJe 05.09.2012 – destaquei)

Perfilhando dessa mesma orientação, os seguintes julgados deste Regional: ACR 0006173-80.2004.404.7201, 8ª Turma, minha relatoria p/ acórdão, D.E. 11.03.2015; e ACR 5000552-06.2012.404.7017, 7ª Turma, rel. Juíza Federal Salise Monteiro Sanchotene, j. em 08.04.2014.

Ademais, idêntica fundamentação empregada para sua negativação restou reproduzida na derradeira etapa do cálculo, incorrendo a sentença de primeiro grau, no ponto, em *bis in idem* em desfavor do réu.

Nada obstante, mantenho a pena-base no patamar fixado na origem, considerando a natureza e a extraordinária quantidade de droga apreendida, à vista do artigo 42 da Lei 11.343/2006, em montante muito superior ao que se vê rotineiramente nos delitos da espécie, restando devidamente justificado o excepcional aumento de 02 (dois) anos sobre a pena basilar.

Assim, não divisando qualquer reparo nos parâmetros adotados nas fases subsequentes, acompanho o relator, com ressalva de fundamenta-

ção, para manter a pena privativa de liberdade em *08 (oito) anos e 02 (dois) meses de reclusão*.

Quanto à pena de multa, entendo que, na fixação de suas unidades, devem ser observadas todas as circunstâncias que influíram na dosagem da pena privativa de liberdade – judiciais, legais, majorantes e minorantes –, critério que restou consolidado pela Quarta Seção desta Corte (EINACR 2002.71.13.003146-0/RS, D.E. 05.06.2007), e, uma vez atendida a ideia de proporcionalidade, em um momento subsequente, o valor da penalidade pecuniária será informado/balizado pela capacidade econômica do réu.

Assim, acompanho a fixação da pena de multa em *800 (oitocentos) dias-multa*, uma vez que esse é o *quantum* que guarda relação de proporcionalidade com a sanção corporal aplicada.

4.1.2. Artigo 1º da Lei 9.613/98

A sentença reputou desfavoráveis as vetoriais personalidade, circunstâncias e consequências do crime, operando um aumento de 02 (dois) anos sobre a pena mínima. Ausentes circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem assim causas de aumento e/ou diminuição da pena, foi essa definitivamente fixada em 05 (cinco) anos de reclusão.

No que diz respeito à vetorial personalidade, valho-me, em parte, dos fundamentos já lançados no item 4.1.1, porquanto não considero o fato de haver indícios de que o réu se dedica de forma profissional a atividades criminosas como motivação idônea.

Acompanho o relator, porém, para manter a negativação das circunstâncias do crime, não em face do uso de mecanismos sub-reptícios para a ocultação do dinheiro, uma vez que inerente a utilização de meios ocultos no delito de branqueamento de capitais, mas considerando todo o caminho percorrido pelo numerário, proveniente da Europa e internalizado no país com destino à Bolívia.

Igualmente, preservo a valoração desfavorável das consequências do crime, uma vez que o delito visava ao pagamento de fornecedores de drogas naquele país, fomentando ainda mais o tráfico internacional de entorpecentes.

Assim, presentes apenas duas vetoriais negativas, e porque não visualizo, à diferença do delito de tráfico de drogas, circunstância excep-

cional a ponto de, mesmo afastada a personalidade negativa, manter a pena-base fixada em primeiro grau, arbitro a reprimenda, nesta fase do cálculo, em *04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*, patamar que torno definitivo, diante da inexistência de quaisquer fatores a influenciar o cálculo nas etapas seguintes.

Em relação à pena de multa, fixo-a em *76 (setenta e seis) dias-multa*, a fim de guardar proporcionalidade com a pena ora reduzida, conforme fundamentação já externada.

4.1.3. Evasão de divisas

Na primeira fase, a sentença reputou negativas as vetoriais personalidade e consequências do crime, essa última pelo fato de que as remessas objetivavam o pagamento de fornecedores de entorpecentes em país estrangeiro, fazendo incidir o aumento de 01 (um) ano sobre a pena mínima. Ausentes circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem assim causas de aumento e/ou diminuição, foi definitivamente fixada a pena privativa de liberdade em 03 (três) anos de reclusão.

Novamente, afasto a valoração da personalidade do acusado, fazendo alusão à motivação explicitada no item anterior. Outrossim, mantenho como negativas as consequências do crime, pelos mesmos fundamentos adotados em primeiro grau.

Nessa linha, presente apenas uma circunstância judicial negativa, e porque não visualizo, à diferença do delito de tráfico de drogas, circunstância excepcional a ponto de, mesmo afastada a negativação da personalidade, manter a pena-base fixada em primeiro grau, arbitro a reprimenda, nesta fase do cálculo, em *02 (dois) anos e 06 (seis) meses*, tornando-a definitiva, diante da ausência de circunstâncias legais e causas de aumento e diminuição da pena.

Em relação à pena de multa, fixo-a em *53 (cinquenta e três) dias -multa*, a fim de manter o já referido critério de proporcionalidade com a pena privativa de liberdade.

4.1.4. Concurso de crimes, regime inicial de cumprimento e substituição da pena

Mantido o concurso formal de crimes entre os delitos de lavagem de ativos e evasão de divisas, nos termos da sentença, com acréscimo de 1/6 (um sexto) sobre a pena mais grave, e o concurso material entre

esses e o tráfico internacional de drogas, a pena privativa de liberdade resta definitivamente fixada em *13 (treze) anos, 02 (dois) meses e 20 (vinte) dias de reclusão*, cujo regime inicial de cumprimento é o *fechado* (artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), vedada a substituição por penas restritivas de direitos, uma vez que não preenchidos os requisitos objetivos e subjetivos do artigo 44 do Estatuto Repressor.

No que diz respeito às penas de multa, devem ser elas aplicadas distinta e integralmente, nos termos do artigo 72 do Código Penal, e, quanto ao valor unitário do dia-multa, mantenho-o *em 05 (cinco) salários mínimos* em vigor à época do último fato delitivo.

4.2. Carlos Habib Chater

O referido réu foi condenado apenas pela lavagem de ativos.

A sentença de primeiro grau operou um aumento de 02 (dois) anos sobre a pena mínima, considerando negativas as vetoriais personalidade, circunstâncias do crime e consequências, pelos mesmos motivos empregados na dosimetria do corréu.

Quanto à primeira, destaco:

"As provas colacionadas neste mesmo feito indicam, porém, que faz da prática de operações financeiras ilegais o seu meio de vida, o que deve ser valorado negativamente a título de personalidade."

Pelos mesmos fundamentos por mim já externados no exame das penas de *Renê*, tenho que deve ser mantida a avaliação desfavorável apenas das duas últimas vetoriais, considerando que a avaliação da personalidade depende de laudo técnico, ausente nos autos; todavia, inexistente qualquer motivo plausível a justificar, da mesma forma, o aumento de um ano por circunstância judicial negativa, fixo a pena-base em 04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão.

Na segunda etapa do cálculo, não há circunstâncias atenuantes, tendo sido considerada, na sentença, mantida pelo relator, a agravante prevista no artigo 62, incisos II e III, do Código Penal, pelos seguintes fundamentos:

"Como Carlos Habib Chater determinou a André Catão de Miranda a prática do crime, valendo-se de sua condição de empregador, reconheço aplicável a circunstância agravante prevista nos incisos II e III do art. 62 do CP, motivo pelo qual elevo a pena para cinco anos e seis meses de reclusão."

Entendo, todavia, que a manutenção da referida agravante torna-se incompatível em face do juízo absolutório quanto a *André*, considerando que não restou devidamente comprovada a ocorrência de coação ou indução de parte de *Carlos*, mas tão somente a existência de uma subordinação própria à relação de emprego entre o primeiro e este último.

Nesses termos, mantenho a pena provisória no mesmo *quantum* apurado na fase anterior, tornando definitiva a pena privativa de liberdade em *04 (quatro) anos e 04 (quatro) meses de reclusão*, ausentes fatores hábeis a modificá-la na etapa final do cálculo, devendo ser cumprida em regime inicial *fechado* (artigo 33, §§ 2º e 3º, do Código Penal), nos termos da fundamentação exarada pelo relator, vedada a substituição por penas restritivas de direitos, uma vez que ausentes os pressupostos de natureza objetiva e subjetiva previstos no artigo 44 do Estatuto Repressor.

A pena de multa que mantém a relação de proporcionalidade com a sanção corporal é de *76 (setenta e seis) dias-multa*, à razão de *05 (cinco) salários mínimos* em vigor na data do último falto delitivo.

5. Da execução provisória das penas

Alfim, o relator, no que diz respeito às sanções corporais impostas a *Renê* e *Chater*, presos desde 17.03.2014, embora reconhecendo que se mantêm hígidos os fundamentos para a manutenção da prisão preventiva de ambos – visão da qual compartilho –, determina a expedição de carta guia para a execução da pena em regime fechado.

Ainda que o efetivo cumprimento da pena, em tal hipótese, tenha seu fundamento alterado, é dizer, não mais de natureza cautelar, mas sim em face da confirmação do juízo condenatório em segundo grau, creio que, ao fim e ao cabo, segue-se diante de uma execução, em essência, provisória, uma vez não implementado, por razões de ordem lógica (ausente a publicação do acórdão, sequer se tem por deflagrado o prazo para eventual recurso), o trânsito em julgado.

De qualquer forma, tenho que a questão referente à determinação de execução imediata da pena (privativa de liberdade), a partir do julgamento do Tribunal de Apelação, isto é, independentemente de haver, ou não, recurso dessa decisão, constitui matéria objeto de controvérsia recente na turma, tendo o signatário apresentado visão discordante do

encaminhamento ora proposto pelo relator e pelo revisor, por ocasião da sessão em que foi examinada a ACR 5008572-31.2012.4.04.7002, a cujos fundamentos me reporto, por brevidade.

Embora tenha restado vencido nessa oportunidade, tenho que seria o caso de prestigiar a posição minoritária, uma vez que se encontram pendentes de processamento os embargos infringentes e de nulidade interpostos em face do julgado, objetivando, no ponto, a prevalência dessa solução mais favorável.

Nada obstante, no caso dos presentes autos, considerando que o juízo de primeiro grau já tomou tal providência – expedição de guia de execução provisória –, diferentemente do que ocorrido no julgado paradigmático, em que os réus apelaram soltos da sentença condenatória e não se faziam presentes os pressupostos da custódia cautelar, entendo prejudicado tal debate.

6. Dispositivo

Ante o exposto, voto no sentido de *dar provimento* à apelação de *André Catão de Miranda*, a fim de absolvê-lo, forte no artigo 386, VII, do Código de Processo Penal, *negar provimento* à apelação do Ministério Público Federal, *dar parcial provimento* às apelações de *Renê Luiz Pereira* e *Carlos Habib Chater*, com ressalva de fundamentação, e *conceder, de ofício*, ordem de *habeas corpus* para afastar a aplicação da agravante do artigo 62, incisos II e III, do Código Penal em relação a *Carlos Habib Chater*.

APELAÇÃO CRIMINAL Nº 5055075-44.2011.404.7100/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Leandro Paulsen

Apelante: B.L.R.
Advogados: Dr. Alexandre Ayub Dargél
Dr. João Pedro Moscoso Petek
Apelante: D.P.P.
Advogados: Dr. Fabio Roberto D'Avila
Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira
Apelado: Ministério Público Federal

EMENTA

Direito Penal e Processual Penal. Crime de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98). Alegações de nulidade processual. Desnecessidade de laudo toxicológico para comprovar crime de tráfico antecedente. Indeferimento de provas. Análise discricionária do juiz. Inépcia da inicial acusatória envolvendo o crime antecedente. Irrelevância. Produção antecipada de provas. Oitiva de estrangeiros. Aplicabilidade da legislação brasileira. Local do crime (art. 6º do CP). Cooperação jurídica internacional. Brasil e Estados Unidos da América. Inaplicabilidade do princípio da especialidade. Decreto 3.810/01.

1. Para condenação pelo crime de lavagem de dinheiro, é possível a comprovação do delito antecedente por intermédio de provas testemunhais ou outro conjunto de elementos indiciários que afastem qualquer dúvida razoável acerca da consumação do crime, ainda que se trate de tráfico de entorpecentes. Inteligência da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a qual afirma que, muito embora o art. 158 do CPP estabeleça a indispensabilidade do exame de corpo de delito para as infrações penais que deixem vestígios, tal procedimento não é de ser reclamado como uma necessária condição para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, pois o próprio art. 167 do mesmo diploma normativo estabelece que, não sendo possível o referido exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a sua falta.

2. Ao juiz, que é o destinatário da prova, é facultado indeferir as provas que entender desnecessárias, bem como "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências

para dirimir dúvida sobre ponto relevante" (CPP, art. 156, II). Não comprovado o cerceamento indevido da ampla defesa, inexiste nulidade a ser pronunciada.

3. Consoante art. 2º, II, da Lei 9.613/98, o processamento pelo crime de lavagem de dinheiro independe até mesmo da existência de persecução criminal relativa ao delito antecedente. Eventual vício formal na peça acusatória relativa ao crime originário não tem o potencial de nulificar o feito em que se discute o crime secundário (lavagem).

4. O art. 156 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. É legítima a antecipação da oitiva de agentes policiais norte-americanos, com elevado grau de conhecimento acerca dos fatos, que estavam na iminência de retornar ao seu país de origem, especialmente quando a defesa participou e concordou com a colheita da prova.

5. Em relação ao crime de lavagem de capitais previsto no art. 1º da Lei 9.613/98 e praticado no exterior, aplica-se o art. 7º, I, *b*, e II, *a*, do Código Penal, de modo que, atendidas as condições estabelecidas pelo § 2º da mesma norma, incide na espécie a legislação penal brasileira. O fato de somente o crime antecedente ter sido cometido em território estrangeiro também não impede a aplicação da norma nacional.

6. Quando as ações voltadas à lavagem de capitais são realizadas em território nacional, ainda que seja promovida a abertura de empresas *offshore*, a legislação brasileira é plenamente aplicável, nos termos dos arts. 5º e 6º do Código Penal.

7. Ao contrário de outros tratados sobre assistência judiciária internacional, o Decreto 3.810/01, travado entre Brasil e Estados Unidos, prevê que as restrições ao uso da prova sejam expressamente solicitadas pelo Estado requerido. Ou seja, a regra é a ampla autorização para utilização da prova, sendo, assim, irrelevante se o pedido que originou a cooperação jurídica internacional não está vinculado aos fatos da atual apuração criminal. As restrições ao uso dos elementos de convicção é que devem ser expressamente formuladas.

8. Resta tipificado o crime de lavagem de capitais previsto no art. 1º da Lei 9.613/98 quando os recursos auferidos com prática ilícita antecedente são colocados, dissimulados e, por fim, integrados no merca-

do para que se desvinculem de sua origem. O criminoso produz uma interação entre a economia legal e a ilegal com o intuito de conferir honorabilidade ao seu patrimônio e afastar quaisquer desconfianças que recaiam sobre a fonte ilícita de seus recursos. Hipótese devidamente demonstrada nos autos.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento aos apelos defensivos, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 08 de abril de 2015.

Des. Federal *Leandro Paulsen*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Leandro Paulsen:

1. Denúncia

A presente ação penal trata de crimes de lavagem de dinheiro (Lei 9.613/98) e crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei 7.492/86) descortinados em duas investigações policiais distintas e dotadas de alta complexidade: Operação [*omissis*] e Operação [*omissis*].

Segundo o Ministério Público Federal, D.P.P, B.L.R., N.L.P.P., C.A.D.P. e R.P.P. lançaram mão de diversos expedientes destinados a conferir aparência de licitude a recursos auferidos com a prática de tráfico de entorpecentes, bem como evadiram divisas do território nacional para o exterior e lá mantiveram depósitos não declarados às autoridades federais competentes. Dessarte, os réus deveriam sofrer a incidência dos tipos penais previstos no art. 1º, I, § 1º, II, c/c § 4º, da Lei 9.613/98 e no art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86.

1.1. Origem dos recursos

Passo a delinear, do modo mais sintético possível, a situação fática subjacente às imputações feitas e que, consoante denúncia, deram origem aos recursos que culminaram nesta persecução criminal.

D.P.P. organizou esquema internacional de venda fraudulenta via Internet de medicamentos controlados, consumando, portanto, crimes de tráfico internacional de drogas e associação para tal delito (tipificados nos arts. 12, *caput*, e 14 da Lei 6.368/76 – para os fatos anteriores a 08.10.2006 – e nos arts. 33, *caput*, e 35, *caput*, c/c 40, I, da Lei 11.343/06 para o período remanescente). Tal sujeito foi processado e condenado em primeiro grau de jurisdição (ação penal nº [*omissis*]) à pena privativa de liberdade de 21 (vinte e um) anos, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão. De acordo com consulta realizada junto ao sistema informatizado deste Tribunal, o feito atualmente aguarda o julgamento de apelação, cuja relatoria cabe ao Des. Sebastião Ogê Muniz, integrante da 7ª Turma.

Pois bem, o método utilizado pelo agente foi a criação de *site* representativo de uma "farmácia virtual" cujos clientes, em sua grande maioria, residiam nos Estados Unidos da América. Por meio de sofisticado esquema de cooptação de médicos norte-americanos e aliciamento de farmácias regularmente instituídas naquele país, D.P. vendia medicamentos controlados para pacientes que jamais tinham consultado efetivamente qualquer profissional da saúde. Ao interessado na aquisição do medicamento bastava o preenchimento de uma espécie de "formulário" *online* para que o produto controlado fosse entregue via Fedex e UPS. Os médicos integrantes do esquema emitiam milhares de receitas "frias" (sem a realização de consultas) e as encaminhavam às farmácias envolvidas para que a venda se consumasse com aparência de legalidade.

O esquema teria perdurado entre janeiro de 2004 e início de 2008, momento do cumprimento da prisão preventiva de D., a qual foi ordenada nos autos da já mencionada ação criminal envolvendo a apuração dos crimes de tráfico de drogas. Os recursos auferidos com a prática criminosa tiveram como destino contas bancárias em diversas instituições financeiras situadas em diferentes países e contas de doleiros para concretização de operações de dólar-cabo e, ainda, foram utilizados em negócios de compra e venda de veículos de luxo. Em algumas dessas operações subsequentes voltadas a prestar ares de honorabilidade ao patrimônio de D. e atentar contra o Sistema Financeiro Nacional é que, de acordo com a inicial, houve direta e relevante atuação dos corréus

R. (irmão de D.), C. (pai de D.), N. (mãe de D.) e B. (parceiro de D. no esquema criminoso).

1.2. Especificação das condutas imputadas aos réus (lavagem de dinheiro, evasão de divisas e manutenção clandestina de depósitos no exterior)

Transcrevo as condutas que constituíram o objeto inicial da ação criminal ora em julgamento:

"II.A.1 – LAVAGEM DE DINHEIRO MEDIANTE RECEBIMENTOS E REMESSAS DE RECURSOS POR MEIO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO BRASIL. De setembro/2003 a março/2007, D., R., C. e N., por meio da instituição clandestina [*omissis*], investigada na Operação [*omissis*], movimentaram, em território nacional, recursos provenientes do tráfico internacional de drogas, mediante aplicação, na instituição paralela, de valores resgatados do exterior, a qual, em contrapartida, disponibilizava aos réus quantias em espécie para uso em solo nacional;

II.A.2 – EVASÃO DE DIVISAS POR MEIO DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA NO BRASIL. Entre 28.07.04 e 10.03.05, D. efetuou 29 operações de câmbio não autorizadas, no total de US$ 102.371,97, e promoveu a evasão dessas divisas para o exterior;

II.B.1 – LAVAGEM DE DINHEIRO MEDIANTE UTILIZAÇÃO DE CONTAS BANCÁRIAS NO PANAMÁ. De março/2005 a março/2009, D. e B. ocultaram a origem, a propriedade, a localização e a movimentação de ativos provenientes do tráfico internacional de drogas em contas tituladas pelas empresas *offshore* [*omissis*], [*omissis*] e [*omissis*], nas instituições [*omissis*] e [*omissis*] (incorporado pelo [*omissis*]), no Panamá. No pedido de Assistência Judiciária Internacional nº [*omissis*], consta que houve a retenção de $ 24.888,90 (balboas) na conta [*omissis*] da [*omissis*], pelo [*omissis*];

II.B.2 – LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DE CONTAS BANCÁRIAS NA SUÍÇA. De janeiro/2008 a maio/2011, D. ocultou a origem, a propriedade, a localização e a movimentação de ativos provenientes do tráfico internacional de drogas em contas tituladas pela empresa *offshore* [*omissis*], na instituição financeira [*omissis*] (atual [*omissis*]), na Suíça. No pedido de Assistência Judiciária Internacional nº [*omissis*], consta o bloqueio da conta nº [*omissis*] e das subcontas, com saldos de USD 1.273.302,20, EUR 9.996,54 e CHF 4.454,00;

II.B.3 – LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DE CONTAS BANCÁRIAS EM LIECHTENSTEIN. De maio/2007 a junho/2010, D. ocultou a origem, a propriedade, a localização e a movimentação de ativos provenientes do tráfico internacional de drogas em contas tituladas pelas empresas *offshore* [*omissis*] e [*omissis*], na instituição financeira [*omissis*], no [*omissis*]. No pedido de Assistência Judiciária Internacional nº [*omissis*], consta o bloqueio do saldo das contas nº [*omissis*] (USD 38.485,61); nº [*omissis*] (EUR 252,10); nº [*omissis*] (CHF 646,30; [*omissis*] USD 66.459,90); e nº [*omissis*] (CHF 1.011.372,00);

II.B.4 – LAVAGEM DE DINHEIRO POR MEIO DE CONTAS BANCÁRIAS NA ROMÊNIA. De março a agosto/2008, D. e B. ocultaram a origem, a propriedade, a localização e a movimentação de ativos provenientes do tráfico internacional de drogas em contas tituladas pela empresa *offshore* [*omissis*], na instituição financeira [*omissis*], na Romênia. As

informações foram obtidas no pedido de Assistência Judiciária Internacional nº [*omissis*];

II.C – LAVAGEM DE DINHEIRO MEDIANTE COMPRA E VENDA DE VEÍCULOS NO EXTERIOR. De abril a julho/2008, D. e B. ocultaram a propriedade e a localização de veículos adquiridos com recursos provenientes do tráfico internacional de drogas, por meio das empresas romenas de fachada [*omissis*] e [*omissis*], pelas quais adquiriram 5 veículos de luxo em leilões nos EUA para enviá-los à Europa.

III – MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS ÀS AUTORIDADES FEDERAIS COMPETENTES. Nos anos-base de 2007 a 2010, D. manteve no exterior os seguintes depósitos não declarados às autoridades federais competentes:

– 2007 – titular [*omissis*], conta [*omissis*], [*omissis*], em Liechtenstein, US$ 1.274.643,47;

– 2008 – titulares [*omissis*] e [*omissis*], conta [*omissis*], [*omissis*], e contas [*omissis*] e [*omissis*], [*omissis*], na Suíça e em Liechtenstein, US$ 817.814,27;

– 2009 – titulares [*omissis*] e [*omissis*], conta [*omissis*], [*omissis*] e contas [*omissis*] e [*omissis*], [*omissis*], na Suíça e em Liechtenstein, US$ 1.077.192,88; e

– 2010 – titulares [*omissis*] e [*omissis*], conta [*omissis*], [*omissis*], na Suíça, US$ 114.304,69."

1.3. Encerramento parcial da demanda

O crime descrito no item II.A.2. da inicial acusatória, evasão de divisas por intermédio da instituição financeira clandestina desbaratada no âmbito da Operação [*omissis*], notadamente a [*omissis*], sequer chegou a ter seu processamento concluído. Por intermédio da decisão proferida no bojo do evento 77 do processo originário, entendeu o juízo *a quo* que havia ausência de pressuposto processual para a persecução criminal de D.P.P.

Esclareço.

A prisão preventiva de D. veio a ser concretizada somente após o lançamento de "alerta" à Interpol por parte da Polícia Federal brasileira. O réu encontrava-se no Uruguai e foi encarcerado por ato praticado pelas autoridades daquele país. Posteriormente, o agente foi entregue à justiça criminal brasileira por intermédio de procedimento de extradição, na forma do Decreto 4.975/04 (acordo internacional de extradição entabulado entre os países do Mercosul).

O tratado internacional ora mencionado prevê a aplicação do princípio da especialidade, ou seja, os Estados signatários comprometem-se a não julgar o extraditado por crimes não contidos no pedido de extradição. A entrega de D.P.P. às autoridades brasileiras, todavia, foi realizada unicamente para processamento criminal pelos delitos de lavagem de ativos e tráfico de entorpecentes, razão pela qual o crime de evasão de

divisas cometido contra o Sistema Financeiro Nacional (art. 22, parágrafo único, da Lei 7.492/86) não poderia gerar sentença condenatória, sob pena de violação de compromisso internacional assumido pelo Brasil. A questão, inclusive, encontra-se preclusa.

O crime descrito no item III da inicial acusatória, ou seja, a manutenção clandestina de depósitos no exterior por D.P., também deixou de fazer parte integrante deste litígio, porém, desta feita, por pedido expressamente formulado pelo próprio Ministério Público Federal. Entendeu o órgão de acusação que a cisão do feito, dada a peculiaridade das provas necessárias para comprovação da materialidade deste delito, seria medida de economia processual adequada. O pleito foi deferido, e a questão também se encontra albergada pela preclusão.

Por fim, ainda quanto ao não processamento parcial da denúncia, é preciso referir que a inicial foi declarada inepta com relação aos réus R., C. e N. no que tange à lavagem de dinheiro por intermédio das contas mantidas perante a [*omissis*] sob as alcunhas de "R.", "P.", "P.-C." e "N.". Em suma, a imputação foi mantida unicamente em relação à suposta lavagem de ativos promovida por R., C., N. e D. por meio da conta de alcunha "D." existente perante a instituição financeira clandestina [*omissis*]. Tal *decisum* foi objeto de apelação interposta pelo MPF, porém o recurso acabou sendo desprovido por esta 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Como se vê, o objeto litigioso restou substancialmente reduzido, restando apenas as imputações contidas na inicial sob as rubricas II.B.1, II.B.2, II.B.3, II.B.4, II.C e, parcialmente, aquela descrita no item II.A.1. Foi sobre esta matéria que a instrução processual prosseguiu até ser ultimada e que a sentença penal de primeiro grau se debruçou.

2. Sentença de primeiro grau de jurisdição

Os réus N.L.P.P., C.A.D.P. e R.P.P. foram absolvidos, forte no art. 386, III e VII, do CPP, quanto à imputação relativa aos crimes previstos no art. 1º, I e § 1º, II, da Lei 9.613/98. De outro lado, B.L.R. foi absolvido da imputação relativa ao delito previsto no art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/98, forte no art. 386, III, do CPP.

O réu D.P.P. foi condenado pela prática do crime previsto no art. 1º, inciso I, c/c § 4º, da Lei 9.613/98 à pena privativa de liberdade de 07

(sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão; ao pagamento de 210 (duzentos e dez) dias-multa, correspondendo o valor do dia-multa a 05 (cinco) salários mínimos vigentes em maio de 2011, corrigidos monetariamente; e ao pagamento das custas processuais.

O réu B.L.R. foi condenado pela prática do mesmo crime previsto no art. 1º, inciso I, c/c § 4º, da Lei 9.613/98 à pena privativa de liberdade de 4 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão; ao pagamento de 104 (cento e quatro) dias-multa, correspondendo o valor do dia-multa a 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente em agosto de 2008, corrigidos monetariamente; e ao pagamento das custas processuais.

Os dois réus condenados, B. e D., interpuseram recursos de apelação diante da sentença condenatória de primeiro grau.

3. Razões de apelação de D.P.P. (evento 07)

O apelo interposto pelo réu conta com aproximadamente 270 páginas, razão pela qual condensarei ao máximo possível este relatório no que tange aos argumentos apresentados. As seguintes preliminares acerca do crime antecedente foram suscitadas:

(a) nulidade absoluta do feito em razão da ausência de laudo toxicológico (provisório e definitivo) apto a demonstrar a materialidade do crime antecedente de tráfico de entorpecentes;

(b) nulidade processual derivada do indeferimento de prova pericial voltada à apuração da origem dos *e-mails spam* que ofereciam ao público geral a venda de medicamentos sem prescrição;

(c) inépcia da inicial acusatória apresentada nos autos da ação criminal nº [*omissis*] em razão da existência de transcrições e menções a documentos em idioma estrangeiro, o que violaria o art. 156 do CPP;

(d) nulidade das provas relativas ao tráfico de entorpecentes, obtidas pela Polícia Federal brasileira junto às autoridades norte-americanas sem a devida observância do Decreto 3.810/2001;

(e) nulidade da ação penal nº [*omissis*] por força da indevida produção antecipada de provas, notadamente a oitiva de agentes americanos vinculados ao DEA antes mesmo da citação de D.P.;

(f) inépcia da inicial acusatória apresentada nos autos da ação criminal nº [*omissis*] em razão da inaplicabilidade da lei brasileira à conduta

de associação para o tráfico;

(g) inépcia da inicial acusatória apresentada nos autos da ação criminal nº [*omissis*] em razão da não comprovação da dupla incriminação relativa à venda de medicamentos sem a devida prescrição médica, bem como ausência de preenchimento dos requisitos do art. 7º, § 2º, para aplicação da legislação penal brasileira;

(h) inépcia da inicial acusatória apresentada nos autos da ação criminal nº [*omissis*] em razão da inexistência de fatos criminosos comprovadamente ocorridos após a vigência da Lei 11.343/06.

O capítulo seguinte da apelação volta-se contra as provas apresentadas acerca da materialidade e da autoria do crime antecedente imputado ao réu D.P.P., notadamente o tráfico de entorpecentes. Inicialmente, consigna que a conduta imputada pelo Ministério Público a D.P., notadamente o encaminhamento de mensagens publicitárias (*spam*) destinadas à venda de medicamentos controlados, não exige a existência de receita médica. Apenas a venda efetiva dos fármacos é que demanda tal documento emitido por profissional da saúde, fato que demonstraria a atipicidade da conduta. Também sustenta que os *e-mails* publicitários mencionados pelo Ministério Público Federal, supostamente encaminhados pelo recorrente, em nenhum momento asseveram ser dispensável a obtenção de receita médica para aquisição dos medicamentos ofertados.

Continua o recorrente alegando a inexistência de qualquer prova contundente de que os *sites* investigados pela polícia norte-americana dispensassem receita médica para venda dos fármacos, o que denotaria a atipicidade da conduta relativa ao crime antecedente à lavagem de dinheiro. Afirma que as mencionadas farmácias virtuais utilizavam receitas concedidas por um médico credenciado cuja única peculiaridade era a ausência de consulta presencial prévia. Não haveria como sustentar, consoante entendimento trazido na apelação, a configuração de qualquer ilícito que ensejasse a condenação do réu pelo crime de lavagem de capitais.

Também a identificação da origem dos *e-mails spam* que ofereciam medicamentos à venda seria inviável na hipótese dos autos. Sustenta a inidoneidade da principal prova utilizada pelo juízo de primeiro grau que condenou o réu pelo tráfico de entorpecentes, notadamente

um CD fornecido pela empresa [*omissis*] (contratada por D.P. para lhe dar acesso à Internet e manutenção dos demais serviços *online* por ele utilizados). A mídia eletrônica conteria a prova de que os *spams* para venda ilegal de fármacos tinham como origem um computador cujo IP (espécie de identidade eletrônica) pertenceria à empresa [*omissis*]. Não obstante, de acordo com o recorrente, a perícia da Polícia Federal foi incapaz de atestar a autenticidade daqueles dados.

Ainda sobre a comprovação do crime antecedente, a defesa tenta qualificar como nulas as provas oriundas da cooperação jurídica internacional, porquanto a aquisição de medicamentos por agentes do DEA configuraria "flagrante preparado". Menciona a ausência de demonstração pela acusação de que o sistema de venda de medicamentos descrito na inicial constitui fato ilícito à luz da legislação norte-americana. O recorrente alega que, por não ser médico ou farmacêutico, eventual responsabilização pela venda de medicamentos sem a devida prescrição não poderia ser a ele imputada.

Quanto ao delito antecedente de associação para o tráfico de entorpecentes, a defesa salienta a ausência de denúncia contra os integrantes americanos do suposto esquema, notadamente M.A. e A.V. Desse modo, seria inviável o acolhimento da tese de que o réu D. se associou aos demais sujeitos para promover o ilícito que lhe é imputado, tanto que o corréu B.R. restou absolvido pelo crime de tráfico de drogas. Não restaria consumada a figura do tipo penal, a qual exige, no mínimo, dois agentes para formação de uma associação criminal. Colaciona, ainda, diversos argumentos com o intuito de desqualificar a denúncia relativa ao crime de associação para o tráfico, ora em razão da não configuração de elementos objetivos da norma, ora pela ausência de provas.

Inicia-se, no documento RAZAPELA4 do evento 7, o terceiro capítulo do apelo defensivo. D.P. suscita preliminares processuais atinentes especificamente ao crime de lavagem de dinheiro que ora se analisa:

(a) nulidade da sentença em razão da utilização de elementos de prova, aqui não submetidos ao contraditório, oriundos da ação penal nº [*omissis*], notadamente aquela em que são processados os proprietários e operadores da instituição financeira clandestina [*omissis*];

(b) nulidade processual probatória derivada da violação ao princípio da especialidade aplicável ao instituto da cooperação jurídica interna-

cional;

(c) nulidade da perícia de informática realizada sobre *notebook* apreendido no âmbito da Operação [*omissis*], porquanto os dados da instituição financeira clandestina teriam sido diretamente acessados pelas autoridades policiais sem os procedimentos periciais prévios de segurança e autenticidade das informações. A defesa imputa, inclusive, crime de falsa perícia aos agentes envolvidos no caso concreto;

(d) nulidade da cooperação jurídica internacional travada com os Estados Unidos da América, em razão dos motivos falsos utilizados pela autoridade brasileira para obtenção do auxílio probatório;

(e) violação aos princípios da ampla defesa e do contraditório, em razão da negativa de acesso pela defesa aos termos do acordo de delação premiada entabulado entre F.G., A.R. e Ministério Público Federal.

A quarta e última etapa da apelação defensiva volta-se para as questões de mérito envolvendo o crime de lavagem de dinheiro imputado ao réu D.P. Inicialmente, traz considerações sobre a materialidade delitiva. Nesse ponto, os dados obtidos no *notebook* apreendido de A.T.S. (agente vinculado à [*omissis*]) não seriam confiáveis para fundamentar sentença criminal condenatória. Pontua que as planilhas utilizadas pelo Ministério Público Federal constituíam mero ambiente de teses e, portanto, as operações ali retratadas não aconteceram no mundo dos fatos. Questiona novamente a idoneidade dos dados e a existência de violação à prova durante sua custódia pela Polícia Federal. Por fim, a interpretação das planilhas P1 e P2 também é colocada em xeque pela defesa, a qual compreende que os códigos lá assinalados não induzem à conclusão de que realmente houve evasão de divisas no caso concreto.

O segundo aspecto deduzido pela defesa recai sobre o fato de que as provas coligidas somente poderiam ser consideradas suficientes em face de uma organização criminosa que vendesse entorpecentes do tipo "*crack*", "cocaína", "heroína", etc., porquanto no caso concreto se tratava de medicamentos lícitos. A única discussão envolvendo possível irregularidade das atividades negociais de D.P. recai sobre a necessidade ou ausência de necessidade de uma consulta médica presencial para emissão das receitas necessárias à compra e venda de fármacos controlados. Pontua que diversos dos medicamentos oferecidos à venda nos *sites* das "farmácias virtuais" sequer eram sujeitos a controle no Brasil

à época dos fatos.

Diante da origem lícita dos recursos, a defesa entende que a vinculação do dinheiro à empresa [*omissis*] constitui justamente o oposto da "lavagem" imputada pelo Ministério Público Federal. Recursos legítimos e aptos a serem gastos no sistema financeiro oficial estariam sendo "sujos" em razão de sua vinculação à instituição financeira clandestina, o que, logicamente, constitui fato atípico. Também salienta o fato de que as empresas [*omissis*] e [*omissis*] estavam em nome de D.P., o que denota a ausência de dolo no sentido de dissimular a origem e o destino dos valores decorrentes de suas atividades.

Os últimos argumentos trazidos pela defesa recaem sobre a dosimetria da pena realizada em desfavor de D.P. Entende o recorrente que a reprimenda deve ser reduzida no caso concreto, pois o juízo *a quo* não aplicou a denominada teoria do "termo médio" para valorar cada uma das circunstâncias judiciais necessárias à apuração da pena-base. Pontua que as circunstâncias e as consequências delitivas foram consideradas extraordinárias unicamente com base em elementos inerentes ao próprio tipo penal da lavagem de dinheiro, o que configuraria verdadeiro *bis in idem*. Impugna o *quantum* estabelecido para o aumento de pena em razão da continuidade delitiva e, por fim, o valor da pena pecuniária imposta.

4. Razões de apelação de B.L.R. (evento 10)

Valendo-se da prerrogativa insculpida no § 4º do art. 600 do Código de Processo Penal, a defesa de B.R. apresentou suas razões de apelação perante esta 8ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região. As seguintes preliminares foram suscitadas:

(a) incompetência jurisdicional do Poder Judiciário brasileiro, porquanto as condutas imputadas ao réu não lesaram quaisquer bens jurídicos tutelados em território nacional;

(b) nulidade decorrente de cerceamento de defesa, porquanto o juízo de origem indeferiu prova testemunhal essencial à defesa.

Quanto ao mérito, a defesa do recorrente sustenta a ausência de elemento subjetivo do tipo para configuração do crime e consequente responsabilização penal. Nessa toada, B. não teria conhecimento do possível envolvimento de D. com atividades ilícitas. O recorrente teria se

limitado a prestar serviços de informática ao corréu e, portanto, jamais teria aderido à conduta de "branquear" capitais.

Prossegue afirmando que B. foi residir no Panamá a pedido de seu chefe, D.P., para quem estava desenvolvendo um sistema informatizado de comparação de preços de veículos. A empresa aberta naquele país em nome do recorrente ([*omissis*]) teria como única finalidade a percepção da remuneração pelo desempenho de sua atividade profissional. Sinala, inclusive, que a estruturação de tal pessoa jurídica e os posteriores saques bancários foram feitos no próprio nome de B., o que demonstra a inexistência de qualquer medida com o intuito de "ocultar ou dissimular" os valores. A defesa traça resumo dos principais elementos de prova produzidos ao longo da instrução com o intento de demonstrar a não configuração da autoria delitiva de B.

Por fim, o recorrente pugna pela revisão da dosimetria da pena que lhe foi imposta pelo delito previsto no art. 1º da Lei 9.613/98 (lavagem de capitais). Quanto às circunstâncias delitivas, reputadas desfavoráveis pelo juízo de origem, salienta que os métodos utilizados pelo réu B. são inerentes ao crime de lavagem de dinheiro, razão pela qual não poderia sua pena-base ter sido exasperada. Do mesmo modo, o fato de apenas parte dos valores existentes no Panamá terem sido bloqueados não poderia servir de argumento para considerar negativas as consequências do crime. Pugna pela revisão do aumento decorrente da continuidade delitiva, bem como pela substituição da pena privativa de liberdade por penas restritivas de direitos.

5. Parecer da PRR (evento 15)

O órgão do Ministério Público Federal que atua perante esta instância de jurisdição opinou pelo desprovimento de ambos os recursos defensivos.

6. Petições

Em 19.12.2003, o Ministério Público Federal apresentou petição requerendo que a declaração de perdimento de bens faça menção expressa ao nome da empresa de titularidade de D.P. no principado de Liechtenstein para fins de repatriamento dos valores mediante cooperação jurídica internacional.

De outro lado, a defesa, em 11.07.2014, pugna pela restituição de todos os valores apreendidos e que pertencem aos corréus N., R. e C.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Leandro Paulsen:

1. Preliminar. Nulidade processual por ausência de laudo toxicológico

A defesa de D.P. sustenta a existência de nulidade no âmbito da ação penal nº [*omissis*], na qual está sendo apurada a responsabilidade do recorrente pelo tráfico de entorpecentes, porquanto não foi realizado laudo toxicológico para averiguar a materialidade no caso concreto. Menciona que a simples alusão aos documentos probatórios produzidos pelo DEA – *Drug Enforcement Administration* – no âmbito da investigação travada nos Estados Unidos da América é insuficiente para dar suporte à condenação criminal em território nacional. Dessarte, ante a não configuração do crime antecedente, deveria o réu ser absolvido das imputações relativas à lavagem de dinheiro.

A primeira consideração a ser feita reside no fato de que o presente processo criminal não versa sobre o tráfico ilícito de entorpecentes imputado a D.P. Eventual nulidade processual verificada nos autos tombados sob o nº [*omissis*] deve ser lá discutida e decidida pelo julgador natural. Como se sabe, há autonomia entre o processo em que o objeto é o crime antecedente e aquele em que o debate gira ao redor da lavagem dos recursos provenientes do ilícito. Nesse sentido, a redação da Lei 9.613/98, que vigia à época dos fatos, dispunha de forma clara:

> "Art. 2º O processo e o julgamento dos crimes previstos nesta lei:
> (...)
> II – independem do processo e do julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país;"

A condenação pelo crime de lavagem de capitais exige sólido substrato probatório de que os recursos inseridos de forma aparentemente lícita no mercado tenham derivado da prática de determinados crimes (atualmente, a legislação nacional permite a condenação pelo branqueamento de capitais independentemente da natureza do crime antecedente). Tal solidez probatória, todavia, não pressupõe padrões tão rígidos

como aqueles exigidos para prolação de sentença condenatória direta acerca do crime antecedente. O que se exige é a demonstração de que os recursos movimentados pelo agente ostentem, acima de qualquer dúvida razoável, procedência ilícita. Se a defesa não demonstra a origem dos recursos imputados ao réu, e, de outro lado, o Ministério Público logra êxito em comprovar de forma razoável a ausência de qualquer fonte legal para tais valores, a condenação pelo crime tipificado pela Lei 9.613/98 resta autorizada. Colho, sobre o tema, elucidativo trecho doutrinário retirado de artigo escrito pelo Juiz Federal Sérgio Fernando Moro:

"Afinal, qualquer crime pode ser provado exclusivamente por meio de prova indireta. Vale, no Direito brasileiro, o princípio do livre convencimento motivado do juiz, conforme o art. 157 do CPP, o que afasta qualquer sistema prévio de tarifação do valor probatório das provas. O conjunto probatório, quer formado por provas diretas ou indiretas, quer exclusivamente por uma delas, deve ser robusto o suficiente para alcançar o *standard* de prova própria do processo penal, de que a responsabilidade criminal do acusado deve ser provada, na feliz forma anglo-saxã, 'acima de qualquer dúvida razoável'.

Nessas condições, é certo que o termo 'indícios' foi empregado no referido dispositivo legal não no sentido técnico, ou seja, como equivalente a prova indireta (art. 239 do CPP), mas sim no sentido de uma carga probatória que não precisa ser categórica ou plena, à semelhança do emprego do mesmo termo em dispositivos como o art. 12 e o art. 212 do CPP.

Portanto, para o recebimento da denúncia, basta 'prova indiciária', ou seja, ainda não categórica, do crime antecedente e, a bem da verdade, do próprio crime de lavagem, como é a regra geral para o recebimento da denúncia em qualquer processo criminal. Já para a condenação, será necessária prova categórica do crime de lavagem, o que inclui prova convincente de que o objeto desse delito é produto de crime antecedente. Tal prova categórica pode, porém, ser constituída apenas de prova indireta." (MORO, Sérgio Fernando. O processo criminal no crime de lavagem. In: *Lavagem de dinheiro*: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 120-121)

Pois bem, entendo que a relevância do presente argumento preliminar somente poderia ser considerada na hipótese de a ausência de laudo toxicológico implicar impossibilidade absoluta de condenação do agente pelo crime de tráfico de drogas. Nessa circunstância extrema, mesmo que a matéria houvesse de ser solvida nos autos em que se discute o crime antecedente, o fato é que este Tribunal deveria obstaculizar por completo a possibilidade de condenação do agente pelo cometimento de lavagem de capitais sem que haja a configuração do delito antecedente.

Não obstante, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça re-

conhece a possibilidade da prolação de sentença condenatória pelo cometimento de tráfico de entorpecentes, ainda que não haja a apreensão da droga. É possível a comprovação do delito por intermédio de provas testemunhais ou outro conjunto de elementos indiciários que afastem qualquer dúvida razoável acerca da consumação do crime. Nesse sentido:

"*HABEAS CORPUS* IMPETRADO EM SUBSTITUIÇÃO AO RECURSO PREVISTO NO ORDENAMENTO JURÍDICO. 1. NÃO CABIMENTO. MODIFICAÇÃO DE ENTENDIMENTO JURISPRUDENCIAL. RESTRIÇÃO DO REMÉDIO CONSTITUCIONAL. EXAME EXCEPCIONAL QUE VISA PRIVILEGIAR A AMPLA DEFESA E O DEVIDO PROCESSO LEGAL. 2. AUTORIA E MATERIALIDADE DO CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. AUSÊNCIA DE EXAME DE CORPO DE DELITO. CONVERSAS TELEFÔNICAS SUFICIENTES A DEMONSTRAR A COMPRA E VENDA DE ENTORPECENTES. AUSÊNCIA DE CONSTRANGIMENTO ILEGAL EVIDENTE. 3. SUBSTÂNCIA PROSCRITA APREENDIDA EM PODER DE CORRÉU. DEMONSTRAÇÃO DO ENVOLVIMENTO DE TODOS NA ATIVIDADE DE MERCANCIA. TIPICIDADE DEVIDAMENTE COMPROVADA. 4. DOSIMETRIA. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS VALORADAS DE FORMA EQUIVOCADA. CONCEITO ANALÍTICO DE CRIME, ELEMENTO SUBJETIVO E ASPECTOS PRÓPRIOS DO TIPO PENAL. ILEGALIDADE FLAGRANTE. 5. *HABEAS CORPUS* NÃO CONHECIDO. ORDEM CONCEDIDA DE OFÍCIO APENAS PARA REDUZIR A REPRIMENDA. (...) 2. Muito embora o art. 158 do Código de Processo Penal estabeleça a indispensabilidade do exame de corpo de delito nos casos de infrações penais que deixem vestígios, tal exigência não é de ser reclamada como uma necessária condição para a condenação pelo crime de tráfico de drogas, pois o próprio art. 167 do Código de Processo Penal estabelece que, não sendo possível o referido exame, por haverem desaparecido os vestígios, a prova testemunhal poderá suprir a sua falta. Com efeito, conquanto não se tenha logrado êxito na apreensão de substâncias entorpecentes em poder do paciente, o sentenciante apresentou substancial conjunto probatório que consubstancia corpo de delito indireto suficiente a justificar a condenação do paciente pelo delito de tráfico de drogas, notadamente diante do teor das conversas telefônicas interceptadas, cujo conteúdo demonstra as atividades de compra e venda de drogas, o que vem corroborado com as demais provas constantes dos autos. (...)" (HC 287.703/ES, rel. Ministro Marco Aurélio Bellizze, Quinta Turma, julgado em 15.05.2014, DJe 23.05.2014)

No caso concreto, há uma profusão de provas indicativas de que D.P. efetivamente instituiu um complexo esquema criminoso voltado à venda de medicamentos desacompanhados da necessária prescrição profissional em território norte-americano a partir de *site* constituído no Brasil, o que tipifica o crime previsto na Lei 6.368/76 e, superveniente-mente, na Lei 11.343/06. Tanto assim o é, que já há sentença condenatória aplicando-lhe pena de reclusão de 21 (vinte e um) anos, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias.

Perceba-se que a ausência de laudo toxicológico no caso concreto deriva das próprias circunstâncias em que o crime era cometido. As vendas de medicamentos foram realizadas nos Estados Unidos da América, e, portanto, foram as próprias autoridades americanas que apreenderam drogas sem prescrição médica no curso de investigação policial. Inúmeros documentos relativos à operação do DEA denominada [*omissis*] foram encaminhados à Polícia Federal brasileira e encartados aos autos. Há prova testemunhal, inclusive prestada pelos agentes da polícia estadunidense, assim como pródigos documentos demonstrando que as empresas de fachada utilizadas para distribuição dos entorpecentes estavam diretamente vinculadas ao réu D.P., bem como que os recursos derivados do negócio ilícito eram revertidos em favor do réu.

Dessarte, para os fins da presente preliminar, mostra-se inexistente qualquer nulidade processual na ação envolvendo o crime antecedente que, de alguma forma, pudesse macular o processamento e o julgamento pelo crime de lavagem de dinheiro. Em casos *sui generis* como o presente, é legítima a condenação pelo tráfico sem a realização de laudo toxicológico, e, portanto, é plenamente possível a persecução criminal pela lavagem de capitais decorrente do ilícito.

2. Preliminar. Nulidade processual pelo indeferimento de perícia técnica de informática

Entende o recorrente que o indeferimento de prova pericial técnica sobre as mensagens eletrônicas denominadas *spam* configurou cerceamento de defesa e indevida inversão do ônus probatório. Pontua que tal análise técnica seria imprescindível para averiguação do efetivo remetente das ofertas de medicamentos.

Novamente entendo que não assiste razão ao recorrente.

Ao juiz, que é o destinatário da prova, é facultado indeferir as provas que entender desnecessárias, bem como "determinar, no curso da instrução, ou antes de proferir sentença, a realização de diligências para dirimir dúvida sobre ponto relevante" (CPP, art. 156, II). O deferimento de provas é matéria afeta, em regra, ao juízo de primeiro grau, salvo se configurado cerceamento de defesa, hipótese em que poderá ser alegada, em segundo grau, preliminar específica

a ser apreciada à luz do conjunto probatório e da sentença que foi proferida.

No caso dos autos, o indeferimento pericial questionado se deu nos autos da ação criminal nº [*omissis*], o que, por si só, já enfraquece substancialmente a pretensão preliminar.

Perceba-se que o objeto desta demanda é a lavagem de capitais imputada ao réu D.P., razão pela qual o centro da questão reside na demonstração da origem dos vultosos recursos que tramitaram em contas bancárias que, ao fim e ao cabo, pertenciam ao acusado. A defesa esforça-se no sentido de demonstrar vícios processuais que afastariam a legitimidade da condenação do agente pelo crime antecedente de tráfico de entorpecentes, todavia não há quaisquer indicativos de uma origem lícita dos recursos que trafegaram nas mãos do réu. Tal prova (da licitude dos rendimentos) tornaria inviável a condenação do réu, independentemente de qualquer questão procedimental relativa ao crime antecedente.

De qualquer sorte, como afirmei no tópico anterior, o delito de tráfico de drogas foi demonstrado pelo Ministério Público Federal por intermédio de grande número de evidências. Analisei atentamente os milhares de documentos juntados por ambas as partes no curso da instrução processual e concluo que a identificação da origem dos *spams* que ofereciam medicamentos é absolutamente irrelevante para solução do caso concreto.

A partir do momento em que resta configurado o fato de que D.P. era o proprietário das empresas *offshore* que percebiam os rendimentos oriundos da venda ilícita de medicamentos, torna-se irrelevante, para fins de sua própria responsabilização penal, determinar quem seria o responsável pelo *marketing* da organização criminosa. Ainda que não tenha sido D. o detentor do IP que remetia as mensagens eletrônicas, o fato é que há dezenas de documentos comprovando que ele era o principal beneficiário do crime.

Sem adentrar no cerne da questão envolvendo o "indeferimento da prova pericial", a qual é afeta à ação penal nº [*omissis*], o fato é que a tese não traz qualquer reflexo sobre a presente ação criminal, destinada ao desbaratamento de crime de lavagem de capitais.

3. Preliminar. Indeferimento de oitiva de testemunhas no exterior. Violação à ampla defesa

Reporto-me ao tópico anterior no que toca às prerrogativas dadas ao magistrado para condução da instrução processual.

Especificamente em relação à alegação de B.R. no sentido de que o indeferimento de expedição de cartas rogatórias pelo juízo *a quo* violou o seu livre exercício de ampla defesa e contraditório, entendo que o argumento não prospera.

O crime de lavagem de capitais é demonstrável, quase que exclusivamente, por intermédio de provas documentais. Ou bem a origem dos recursos que tramitaram em negócios do réu é lícita, ou bem inexiste como provar a fonte de onde derivam tais valores. A oitiva de testemunhas no exterior que atestariam o fato de que as empresas [*omissis*] e [*omissis*] estavam envolvidas com simples compra e venda de veículos mostra-se absolutamente desnecessária. Não há dúvida quanto a tal fato, o crime reside na utilização de recursos derivados da prática criminosa para concretização dessas operações lícitas. Em suma, a prova pretendida pela defesa em nada colaboraria com o desenlace da lide, razão pela qual não há nulidade a ser pronunciada.

4. Preliminar. Inépcia da denúncia

Não há como sequer conhecer da presente preliminar, porquanto a defesa busca classificar como inepta a denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal nos autos da ação criminal nº [*omissis*], matéria que, evidentemente, deve ser tratada no bojo da apelação lá interposta.

Consoante art. 2º, II, da Lei 9.613/98, dispositivo já transcrito no tópico 1 deste voto, o processamento pelo crime de lavagem de dinheiro independe até mesmo da existência de persecução criminal relativa ao delito antecedente. Dessarte, não há como afirmar que eventual vício formal na peça acusatória relativa ao crime originário tenha o potencial de nulificar o feito em que se discute o crime secundário (lavagem).

5. Preliminar. Nulidade dos documentos recebidos dos EUA

A questão foi muito bem solvida pelo juízo de primeiro grau e, portanto, não merece qualquer reparo. Transcrevo a decisão proferida no bojo do evento 77 do presente processo eletrônico:

"D.P.P. requereu o desentranhamento das provas recebidas das autoridades norte-americanas, por não terem passado pelas vias apropriadas.

Esta alegação já foi levantada e rechaçada na Ação Penal [*omissis*], GedPro [*omissis*]:

'D.P.P. requereu o desentranhamento das provas constantes do APENSO II, por terem sido fornecidas pelas autoridades americanas sem observância ao procedimento do Decreto 3.810/01 e por não estarem autenticadas.

As provas em questão foram fornecidas espontaneamente pela autoridade estrangeira. Portanto, não se enquadram no procedimento do Decreto 3.810/01, o qual trata da requisição de assistência entre os países.

As provas em questão enquadram-se na figura do fornecimento espontâneo de provas. Tal categoria tem força costumeira na assistência judiciária internacional e, no âmbito do tráfico de drogas, é prevista nos acordos internacionais pertinentes.

O artigo XII da Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas de 1936, em execução por força do Decreto 2.994/38, já previa o fornecimento espontâneo de informações. No mesmo sentido, na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em execução por força do Decreto 154/91, há, no artigo 9, a previsão de comunicação direta entre os órgãos e serviços de combate às drogas.

Os documentos recebidos por intermédio dos agentes diplomáticos independem de autenticação. No presente caso, trata-se de registros forenses, de verificação ao alcance da parte contra a qual foram produzidos. Assim, salvo contestação motivada quanto ao conteúdo, os documentos serão tidos por legítimos.'

Indefiro o requerimento de desentranhamento."

Ademais, além de inexistir qualquer vício na entrega de provas pelas autoridades dos EUA, sinale-se que a irresignação do autor volta-se contra a utilização de tal prova no âmbito do processo de tráfico de drogas, o que, repise-se novamente, não traz quaisquer efeitos diretos sobre a ação criminal ora em análise. Tal debate, para os fins da presente demanda, é inócuo, razão pela qual rechaço a preliminar.

6. Preliminar. Nulidade na produção antecipada de provas

Sustenta a defesa que a oitiva antecipada dos agentes norte-americanos B.B. e J.C. configura clara violação à ampla defesa e ao contraditório, porquanto, à época, o réu D. sequer havia sido citado. Impugna, ainda, as razões invocadas pelo juízo para produção antecipada da prova.

De melhor sorte não goza a preliminar.

Mais uma vez, a defesa tenta ver reconhecida nulidade processual relativa à ação penal nº [*omissis*] mediante recurso interposto na presente ação autônoma atinente ao crime parasitário de lavagem de dinheiro. Reitero novamente que vícios procedimentais naqueles autos não têm o condão de macular o procedimento criminal *sub judice*. De qualquer sorte, considerando que o testemunho dos agentes do DEA foi trasladado para estes autos, algumas considerações pontuais sobre o tema se fazem necessárias.

Primeiramente, esclareço que o réu D.P. não havia sido formalmente citado em razão de estar preso no Uruguai e aguardando a conclusão de seu procedimento de extradição. Todos os demais corréus já integravam a lide de forma plena. Não obstante, D. já estava sendo judicialmente representado por advogado por ele voluntariamente constituído.

O art. 156 do Código de Processo Penal faculta ao juiz a produção antecipada de provas consideradas urgentes e relevantes, observando a necessidade, a adequação e a proporcionalidade da medida. O juízo de origem, embasado em tal dispositivo, considerou que a oitiva imediata dos policiais norte-americanos que participaram das investigações no seio da Operação [*omissis*] seria de rigor, porquanto tais pessoas estavam em território nacional e em breve retornariam ao seu país de origem.

A medida, a meu ver, foi absolutamente adequada, pois os agentes do DEA tinham pleno conhecimento acerca da trama delitiva, das peculiaridades da investigação realizada no exterior e do *modus operandi* utilizado pelo réu D.P. Assim, a prova afigurava-se absolutamente necessária. Quanto ao requisito da urgência, a iminente saída das autoridades estrangeiras do território nacional reclamava, obviamente, celeridade em sua oitiva, sob pena de inviabilização da prova no futuro próximo. Note-se que não foi o simples fato de a testemunha ser estrangeira que ensejou sua oitiva antecipada, mas sim a urgência derivada de sua saída do país sem sequer previsão de eventual retorno.

Por fim, o encerramento definitivo de qualquer controvérsia sobre o tema reside no fato de que a defesa de D.P., ainda que à época fosse composta por causídico diverso, anuiu expressamente com a antecipação probatória. Além disso, a defesa de D. participou do interrogatório, dirigiu perguntas às testemunhas, assim como impugnou manifestações

do Ministério Público Federal. O contraditório e a ampla defesa foram consagrados em todos os seus aspectos.

Indefiro a preliminar.

7. Preliminar. Inépcia da denúncia. Inaplicabilidade da legislação brasileira e incompetência do Poder Judiciário nacional

A defesa traz considerações sobre a aplicabilidade, no caso concreto, do art. 36 da Convenção Única de Nova Iorque sobre Entorpecentes (Decreto nº 54.216/64). Sinala que o referido tratado prevê que cada país signatário é competente para julgar condutas envolvendo o tráfico de drogas que tenham ocorrido em seu território nacional. Nesse sentido, apenas o crime de *oferecer e expor à venda* poderia ser imputado a D.P. sob os ditames da lei nacional.

A preliminar não ostenta pertinência com o debate travado nos autos. Consoante já exaustivamente ressaltado, o crime em análise consiste na lavagem de recursos auferidos com o tráfico de entorpecentes. Dessarte, eventual inaplicabilidade da lei brasileira especificamente para o delito de "associação para o tráfico" (art. 35 da Lei 11.343/06) não teria qualquer repercussão sobre o caso concreto, seja pela subsistência da imputação de tráfico de entorpecentes, seja pela autonomia do crime de lavagem em relação ao procedimento voltado ao delito antecedente.

Refiro que, em relação ao crime tratado nos autos, notadamente aquele previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, aplica-se o art. 7º, I, *b*, e II, *a*, do Código Penal, de modo que, atendidas as condições estabelecidas pelo § 2º da mesma norma, é plenamente aplicável a legislação penal brasileira. O fato de o crime antecedente ter sido cometido em território estrangeiro não impede a aplicação de nossa legislação atinente à lavagem de capitais.

8. Preliminar. Inépcia da denúncia. Não comprovação da dupla incriminação e inobservância do art. 7º, § 2º, do CP

A essência da preliminar trazida pela defesa, ao que tudo indica, não diz respeito, novamente, à matéria tratada nos autos, e sua fundamentação foi retirada de *habeas corpus* que já tramitou perante este Tribunal. Transcrevo, por elucidativo, trecho em que resta evidenciado o equívoco:

"Hoje o dito Anexo II, Vol. 1 (que acompanha este *HC* como Doc. 11), encontra-se tombado sob o nº 2008.71.00.006384-0. Na sua capa consta 'Volume 01' e 'Segredo de Justiça', com a seguinte inscrição na contracapa: 'IPL Nº 1604/07 Anexo II – Volume 1'."

Em diversos outros trechos da prefacial há menções ao "presente HC", o que pode explicar a insistência na tese de que não foi comprovada a tipificação penal pela legislação norte-americana da venda de medicamentos controlados sem prescrição médica. Prossegue a defesa asseverando não estarem preenchidos os requisitos do art. 7º, § 2º, do Código Penal para persecução penal lastreada na extraterritorialidade da legislação brasileira.

Não prospera o argumento.

Consoante afirmei no tópico anterior, mesmo quando o delito é unicamente cometido no exterior, a Lei nº 9.613/98 permite a incidência da legislação brasileira quando observados os requisitos do art. 7º, § 2º, do Código Penal. Muito embora entenda que todos os requisitos em questão encontram-se preenchidos no caso concreto, o fato é que ao réu D. são imputadas diversas condutas que, para darem ares de honorabilidade ao seu patrimônio ilícito, foram realizadas em território nacional.

A despeito de ter constituído empresas *offshore*, D.P. organizou os sistemas de informática para venda de medicamentos por meio de servidores contratados no Brasil. Utilizou-se, de acordo com a denúncia, dos serviços ilícitos prestados pela instituição financeira clandestina [*omissis*], a qual tinha sua sede em Porto Alegre/RS. Lançou mão, ainda, de sistema eletrônico de comunicações também sediado na capital do Rio Grande do Sul para encaminhar *e-mails*, aliciar médicos e farmacêuticos e abrir contas em território estrangeiro. Dessarte, tendo em vista que as ações descritas na inicial para fins de lavagem de dinheiro tiveram início em território nacional, entendo que o local do crime atrai a incidência da legislação brasileira sem maiores percalços (arts. 5º e 6º do CP).

9. Preliminar. Inépcia da inicial. Vigência da Lei 11.343/06

A defesa sustenta a inépcia da inicial apresentada nos autos da ação nº [*omissis*], que, por conseguinte, ensejaria a necessária absolvição pelo crime de lavagem de capitais ora em análise. Afirma que todos os fatos imputados ao réu a título de venda de entorpecentes ocorreram an-

tes da vigência da Lei 11.343/06, entretanto, a autoridade uruguaia, ao extraditar D.P. ao Brasil, expressamente salientou que o processamento criminal do agente somente restava autorizado com base na indigitada norma.

Mais uma vez, a parte recorrente busca estabelecer um vínculo estreito entre a ação penal envolvendo o crime antecedente e a persecução criminal pela lavagem de capitais; porém, inexiste tal liame, especialmente no que tange à comunicação de vícios processuais. Ainda que se admitisse a absoluta inépcia da inicial acusatória voltada ao tráfico de entorpecentes, o que aqui se está fazendo a mero título argumentativo, o fato é que a condenação criminal pela lavagem (Lei 9.613/98) sequer depende da existência de tal processo criminal prévio.

Ante o exposto, rechaço a preliminar.

10. Preliminar. Nulidade da sentença

D.P. sustentou a nulidade da sentença proferida em primeiro grau de jurisdição. Fundamentou sua pretensão no fato de, supostamente, terem sido utilizados elementos de prova não constantes nos autos, o que violaria os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Não prospera o argumento.

Os milhares de documentos anexados à denúncia, dentre outras diversas questões, apresentam cópia do inquérito policial instaurado para averiguar a conduta de D.P. junto à [*omissis*]. Trata-se de procedimento investigatório derivado da denominada Operação [*omissis*] que conta com todos os elementos probatórios normalmente existentes nos autos de ações análogas deflagradas em razão da evasão de divisas perpetrada por meio daquela instituição financeira clandestina.

Cotejei atentamente as conclusões obtidas pelo julgador de primeiro grau com as provas produzidas ao longo da instrução e, a meu ver, não há nenhuma afirmação desvinculada do material colhido no curso do processo. A sistemática de funcionamento das planilhas P1 e P2 foi descrita com clareza pelos informantes do juízo, há laudos periciais, escutas telefônicas, extratos bancários e, principalmente, análise do material de informática apreendido junto à [*omissis*]. O funcionamento da instituição financeira clandestina foi descrito de forma adequada pelo juízo de origem com o intuito de desvelar o *modus operandi* pelo qual

D.P. lavava parte dos recursos amealhados com o suposto tráfico de medicamentos.

Frente a esse quadro, rechaço a preliminar deduzida pela defesa no sentido de que houve qualquer espécie de violação ao princípio da correlação ou impossibilidade de exercício pleno do contraditório e da ampla defesa. As provas são conhecidas de ambas as partes, a dialética processual foi respeitada e a irresignação do réu volta-se contra o convencimento do julgador, o que, evidentemente, é matéria que não configura qualquer nulidade a ser pronunciada por esta 8ª Turma.

Rechaço a preliminar.

11. Preliminar. Cooperação jurídica internacional e princípio da especialidade

Em centenas de processos decorrentes da Operação [*omissis*], as defesas impugnam as provas obtidas por meio de cooperação jurídica internacional por compreenderem que houve violação ao princípio da especialidade. Em suma, pontuam que tais provas derivam de operação policial norte-americana denominada [*omissis*], na qual D.P. era um dos investigados, e foram indevidamente utilizadas para apurar a responsabilidade penal dos demais "clientes" da instituição financeira clandestina denominada "[*omissis*]" sem a existência de autorização expressa nesse sentido. Curiosamente, no caso em análise temos justamente a situação inversa, porquanto a defesa de D.P. assevera que os documentos oriundos da polícia norte-americana não foram solicitados pelas autoridades brasileiras em observância ao princípio da especialidade e às demais determinações do acordo internacional celebrado entre os Estados.

Entendo que a prefacial não goza de melhor sorte.

O Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América, celebrado em Brasília, em 14.10.1997, está em execução no Brasil por força do Decreto 3.810/01.

As restrições ao uso das informações ou provas no âmbito desse acordo internacional são tratadas no artigo VII, cujo item 1 dispõe:

"Artigo VII

Restrições ao uso

1. A autoridade central do Estado requerido pode solicitar que o Estado requerente

deixe de usar qualquer informação ou prova obtida por força deste acordo em investigação, inquérito, ação penal ou procedimentos outros que não aqueles descritos na solicitação, sem o prévio consentimento da autoridade central do Estado requerido. Nesses casos, o Estado requerente deverá respeitar as condições estabelecidas."

Note-se que, ao contrário de outros tratados sobre assistência judiciária internacional, esse prevê que as restrições ao uso da prova sejam solicitadas pelo Estado requerido. Ou seja, a regra é a ampla autorização para utilização da prova, sendo, assim, irrelevante se o pedido que originou a cooperação jurídica internacional não está vinculado aos fatos da atual apuração criminal. As restrições ao uso dos elementos de convicção é que devem ser expressamente formuladas.

Ademais, o presente caso ostenta peculiaridade ainda maior, porquanto, além de a operação estadunidense [*omissis*] ter sido deflagrada também em face do próprio acusado D.P., o fato é que, consoante bem dito pelo juízo de origem, "as provas em questão foram fornecidas espontaneamente pela autoridade estrangeira". Assim, sequer estão inseridas no procedimento do Decreto 3.810/01, o qual trata da requisição de assistência entre os países, pois se enquadram na figura do fornecimento espontâneo de provas. Tal categoria tem força costumeira na assistência judiciária internacional e, no âmbito do tráfico de drogas, é prevista nos acordos internacionais pertinentes. Transcrevo asserto da decisão de primeiro grau:

"O artigo XII da Convenção para a Repressão do Tráfico Ilícito das Drogas Nocivas de 1936, em execução por força do Decreto 2.994/38, já previa o fornecimento espontâneo de informações. No mesmo sentido, na Convenção Contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, em execução por força do Decreto 154/91, há, no artigo 9, a previsão de comunicação direta entre os órgãos e serviços de combate às drogas.

Os documentos recebidos por intermédio dos agentes diplomáticos independem de autenticação. No presente caso, trata-se de registros forenses, de verificação ao alcance da parte contra a qual foram produzidos. Assim, salvo contestação motivada quanto ao conteúdo, os documentos serão tidos por legítimos."

Nesse contexto, a alegação da defesa no sentido de que as provas são ilícitas, pois originariamente obtidas para enfrentamento de caso concreto diverso, não se sustenta. Além de o tratado internacional estabelecido entre os Estados permitir ampla utilização do material probatório compartilhado, tornando irrelevante o conteúdo do pedido que originou sua obtenção, o fato é que estamos diante de provas espontaneamente

entregues pelas autoridades norte-americanas.

Afasto a preliminar.

12. Preliminar. Nulidade da perícia de informática e seu questionamento perante o STJ

A questão envolvendo a ilicitude da prova relativa às planilhas contábeis oriundas da apreensão de *notebook* de propriedade de um dos participantes da organização criminosa ([*omissis*]) investigada na Operação [*omissis*] foi assim examinada pelo magistrado sentenciante nos autos da ação intentada contra seus administradores:

"(...)

O acesso direto ao conteúdo de uma mídia computacional não é a melhor forma de realizar tal acesso. Como esclarecido pela perícia no Laudo 1728/09 (Anexo 63, v. 7, fl. 1238):

'Apesar de ser possível o acesso direto à mídia apreendida, isso poderia levar à alteração de seu estado original, com a criação de alguns arquivos e/ou modificação de outros. Dessa forma, é recomendável utilizar uma cópia idêntica da mídia, feita por meio de seu espelhamento.'

O espelhamento nada mais é que a extração de uma cópia fiel da mídia.

Além disso, a perícia policial federal adota o procedimento de verificação da integridade da mídia por meio do algoritmo SHA-512 (*Secure Hash Algorithm – 512 bits*), descrito nos laudos periciais que analisam e extraem arquivos dela.

O algoritmo SHA-512, denominado *hash* (ou resumo), consiste em uma linha de 512 caracteres, calculados a partir da informação de entrada – mídia ou arquivos. Tem a propriedade de ser alterado em caso de qualquer alteração do arquivo ao qual é correspondente.

Ou seja, é possível verificar se a mídia ou o arquivo foi alterado entre o espelhamento e a nova análise – ou, mais propriamente, entre a última alteração anterior ao espelhamento e a nova análise.

Por fim, a perícia costuma apresentar arquivos de interesse da investigação/ação penal em mídia – CD/DVD – que acompanha o laudo pericial respectivo.

O disco rígido marca FUJITSU, modelo MHV2040AH, nº de série NT26T572GRAN, estava instalado em um *notebook*, marca DELL, modelo PP10S, apreendido na residência do réu A.T.S. (auto de apreensão, Anexo 16, fl. 1, item 2).

Os elementos até o momento coligidos permitem concluir que o disco rígido em questão foi acessado diretamente, antes da realização de espelhamento.

A apreensão ocorreu em 30.03.07.

O equipamento em questão esteve sob a guarda da autoridade policial, tendo sido encaminhado ao Setor de Perícias apenas em 16.04.04, conforme Anexo 63, v. 1, fl. 5, sexta linha da tabela.

Em 04.04.07, há depoimento prestado pelos réus A.R.S.S. e A.T. descrevendo a operação do banco de dados constante da memória do computador (Apenso 07/133916, Anexo 1, fls. 1 e ss.).

A primeira perícia realizada com base no equipamento em questão é o Laudo 823/07,

Anexo 63, v. 1, fls. 208-12, datado de 19.04.07.

Ou seja, no período entre a apreensão e o espelhamento, a mídia foi diretamente acessada.

A Informação Técnica 230/2010 (fls. 5136-7) esclarece que, por ocasião da elaboração da primeira perícia (Laudo 823/07), foi extraído o código *hash* da própria mídia. Tal código constou do DVD que acompanhou o laudo pericial. Posteriormente, foram elaboradas novas análises periciais da mesma mídia (Laudos 1728/09, 3028/10 e 54/10). Entretanto, o código *hash* calculado mudou.

Ou seja, houve alteração de arquivos na mídia apreendida. Essa alteração ocorreu após a apreensão, enquanto a mídia estava na guarda policial, pericial e judicial. Não há indicativo de qualquer concurso das defesas para tanto.

Além disso, o Laudo 823/07 não incorporou os arquivos que guardariam o banco de dados da instituição financeira não autorizada. Esses arquivos, conforme descreve o Laudo 38/2010 (Anexo 63, v. 7, fls. 1172-89), são os seguintes: aplic.gdb, joao.gdb, tsc.gdb. Além desses, os arquivos aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe constituir-se-iam nos programas que possibilitariam o acesso e a edição das referidas bases de dados.

Os arquivos tsc.gdb e joao.gdb foram incorporados aos autos pelo Laudo 1197/07, de 31.05.07 (Anexo 63, v. 7, fls. 1247-1255), ambos com data de alteração 30.03.07, 11h08, ou seja, a data de alteração é posterior à apreensão.

Os arquivos aplic.gdb, aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe, os quais também embasam a acusação, salvo engano, não foram incorporados até o presente momento.

Todo esse contexto deixa claro que houve falhas na preservação do material apreendido. Aparentemente, os próprios arquivos que contêm os bancos de dados foram alterados, visto que são datados das 11h08 do dia da apreensão, a qual teria ocorrido ao raiar do dia.

Entretanto, essas falhas não são suficientes para determinar a exclusão da prova – a própria mídia apreendida e os laudos com base nela elaborados.

As falhas apontadas não levam à ilicitude da prova, muito embora talvez ameacem sua idoneidade.

É possível que não tenha havido alterações substanciais dos dados que embasam a acusação. Isso deverá ser verificado mediante outros elementos que se agreguem aos dados brutos.

O espelhamento e o cálculo do algoritmo SHA-512 são providências de perpetuação da prova, destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova. Não há determinação legal de que as mídias de informática não sejam acessadas diretamente. Ou seja, não houve violação a qualquer norma cogente.

Além disso, a apreensão foi acompanhada da prisão dos investigados, estando a autoridade policial premida pelo tempo curto para realizar as inquirições e compreender a dinâmica das informações apreendidas. Não há elementos suficientes para afirmar a montagem de dados. Tampouco o acesso posterior ao primeiro espelhamento pode ser presumido deliberado ou prejudicial.

Quanto à incorporação dos arquivos, as partes tiveram acesso ao espelhamento da mídia apreendida, pelo que têm contato com os arquivos faltantes. Muito embora sua incorporação na fase atual fosse fácil, não vislumbro necessidade de determinar, de ofício, tal medida.

As ponderações das partes quanto à idoneidade da prova serão consideradas na avaliação da prova.

No entanto, não foi considerado que o caso era de exclusão da prova, mas de sua análise, em conjunto com outros elementos, para confirmação ou não de seu poder probante.

E os elementos coligidos demonstram que a mídia continha a contabilidade da instituição financeira, sendo confiáveis as informações nela armazenadas.

A partir das informações constantes da memória do computador, foram elaborados os laudos Setec/SR/RS 1.082/07 (que concluiu pela existência, na memória deste, de contabilidade da instituição financeira, fls. 97-109 do Anexo 63-1, AP [*omissis*]) e 1.197/07 (que individualizou as movimentações de cada conta por 'código do cliente', fls. 22-30 dos autos [*omissis*]). O detalhamento das operações atribuídas aos clientes foi sintetizado nas planilhas anexas ao Laudo 1.197/07 (em mídia, fl. 31 dos autos [*omissis*]).

A.T. foi responsável pelo aperfeiçoamento e pela manutenção do sistema eletrônico de controle das operações da instituição financeira. O banco de dados que correspondia à contabilidade da instituição financeira era inicialmente mantido em uma mídia móvel – um *drive* externo com alta capacidade de armazenamento. Posteriormente, foi transferido para um servidor localizado no Uruguai, sendo acessado pelos computadores da [*omissis*] pela rede mundial de computadores.

Para bem prestar seus serviços de suporte em informática, A. mantinha, em seu computador pessoal, cópia do banco de dados que correspondia à contabilidade da instituição. Com base nessa cópia, poderia editar o banco de dados, visualizar como os operadores da [*omissis*] o acessavam e promover eventuais alterações no programa de acesso que fossem solicitadas.

Parece claro que o objetivo da cópia não era editar o próprio banco de dados, mas permitir a manutenção do programa de acesso. Ou seja, não se tratava de dados inventados ou alterados para testes, mas de dados copiados do banco de dados original, sendo editado o programa de acesso.

Para que fique marcada a diferença entre o programa de acesso e o banco de dados, pode-se traçar paralelo com programas e arquivos conhecidos de computador. Um editor de texto – o Microsoft Word, por exemplo – permite a criação, a leitura e a modificação de arquivos de texto – no caso do Microsoft Word, em formato .doc ou .docx.

No caso, os programas de acesso correspondiam aos arquivos executáveis aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe, e os bancos de dados, aos arquivos aplic.gdb, joao.gdb, tsc.gdb.

Como o objetivo da cópia era permitir a edição do programa de acesso, não do banco de dados, o fato de ser uma simples cópia não afasta a confiabilidade das informações recolhidas.

A cópia disponível no computador de A., entretanto, era antiga, e abrangia apenas o período que ia até meados de 2006, muito embora a apreensão tenha ocorrido somente em 2007.

A defasagem tampouco afasta a confiabilidade das informações, visto que, conforme esclarecido pelo próprio A., ao final de cada dia, o programa tornava definitivas as operações lançadas, não sendo possível excluí-las. Eventuais incorreções eram compensadas por lançamentos opostos – estornos –, assim como uma contabilidade de banco."

A tese voltada à supressão da prova nos autos em que são processados os líderes da "[*omissis*]" também foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça (*HC* nº [*omissis*]) em 13.09.2013, em julgamento que estampa a seguinte ementa:

"ILEGITIMIDADE DA PROVA NA ESPÉCIE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. DESNECESSIDADE. *HABEAS CORPUS*

SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1 – A complementação de diligência, feita pela Polícia Federal, após a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, mediante autorização do juízo processante, não é causa de ilicitude da prova, pois foi produzida sob o crivo do contraditório e sua gênese em momento algum foi questionada pela defesa. Nulidade inexistente que elide a necessidade de sua retirada dos autos, pois ainda poderá ou não ser objeto de apreciação pelo juiz, quando formar sua convicção para proferir sentença.

2 – Distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade de prova.

3 – Inexistência de flagrante ilegalidade, na espécie, apta a fazer relevar a impropriedade da via, apresentada como substitutiva de recurso ordinário.

4 – *Habeas corpus* não conhecido." (*HC* [*omissis*]/RS, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.08.2013, DJe 13.09.2013)

Ressalto que a data da última modificação dos arquivos virtuais da instituição financeira clandestina, consoante informou o Laudo 1197/07, foi 30.03.07, 11h08. Considerando que o início da ação da autoridade policial se deu no raiar do dia, houve acesso direto à mídia antes da realização do espelhamento técnico.

Partilho do entendimento de que o exíguo tempo para modificações substanciais na prova coligida dá indícios, de per si, de que nenhuma alteração substancial foi realizada pela autoridade. Ademais, estamos tratando de agentes públicos cuja conduta, salvo prova em contrário, é presumivelmente escorreita e congruente com os ditames da lei. Sabe-se, ainda, que o simples acesso de um arquivo computacional implica alteração de sua "data de modificação", ainda que inexista uma modificação concreta no conteúdo da mídia. Ao que tudo indica, tratou-se de simples acesso direto ao conteúdo do *notebook* sem qualquer violação dos dados nele constantes. Os próprios depoimentos amealhados no curso da ação apontam nesse sentido.

Saliente-se, outrossim, que as investigações da Operação [*omissis*] não gravitam unicamente em torno das planilhas em comento. Há escutas telefônicas, inúmeros depoimentos, quebras de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático e, inclusive, confissão de alguns agentes envolvidos na trama delitiva. As planilhas profligadas são corroboradas pelas demais provas no que tange à fidedignidade de seu conteúdo original. A própria "agenda eletrônica" de F.G., um dos operadores da [*omissis*], traz dados relativos às contas existentes na instituição clandestina.

Também é relevante ponderar que os dados contidos nas planilhas P1, P2 e TSC eram consolidados ao término de cada dia, sendo, por conseguinte, inviável sua exclusão superveniente. As cópias obtidas pela Polícia Federal no computador pessoal de A.T., quando devidamente corroboradas por outros elementos, constituem elemento de prova absolutamente idôneo para fundar decreto condenatório.

Do mesmo modo, o "espelhamento" dos dados contidos na mídia computacional deriva de diligência ordinariamente realizada pela Polícia Federal justamente no interesse do réu, mas não configura obrigação legal. Não há ilegalidade a ser pronunciada, mas apenas a necessidade de que tal prova seja corroborada mediante outros elementos indiciários e/ou probatórios.

Por fim, deve ser esclarecido que o caso concreto versa sobre possível lavagem de capitais realizada pelos réus, sendo que a utilização da instituição financeira clandestina [*omissis*], de acordo com a própria denúncia, constituiu apenas uma parcela do esquema engendrado. Há diversos documentos destinados à análise de outras condutas imputadas aos acusados e, por conseguinte, a prova em debate, além de ser legítima, é secundária. Eventual inidoneidade das planilhas P1 e P2 trazidas pelo Ministério Público Federal será avaliada em cotejo com as demais provas quando da apreciação do mérito da questão.

Nesses termos, rechaço a prefacial.

13. Preliminar. Nulidade da cooperação jurídica internacional. Pressupostos de fato

Novamente, a defesa de D.P. se insurge com as provas amealhadas por intermédio de cooperação jurídica internacional. Nesse sentido, afirma que alguns dos ofícios encaminhados pelo DRCI (autoridade central brasileira) aos Estados Unidos da América induziram o governo estrangeiro a acreditar que a Operação [*omissis*] versava acerca de terrorismo e tráfico ilícito de entorpecentes desenvolvido por cartel mexicano. A falsidade das informações teria sido o propulsor da cooperação jurídica internacional e, portanto, haveria manifesta nulidade a ser reconhecida sobre o procedimento.

A presente preliminar está desligada do contexto geral da presente ação criminal e, portanto, não deve ser provida.

Primeiramente, reitero que esta ação criminal versa unicamente sobre a lavagem de ativos supostamente realizada pelos réus em favor de D.P. Há elementos de prova trazidos da Operação [*omissis*], assim como há elementos decorrentes da denominada Operação [*omissis*], os quais, juntos, no entendimento do Ministério Público Federal, ensejam aplicação das sanções previstas na Lei 9.613/98 aos réus.

Para evitar tautologia sobre o tema, reporto-me às razões já apresentadas no item 10 deste voto. O debate envolvendo a cooperação jurídica internacional foi devidamente abordado, e o fato de que houve entrega voluntária de provas por parte das autoridades norte-americanas, esclarecido. Não há qualquer vinculação entre a suposta premissa fática falsa adotada pela autoridade norte-americana e os elementos de prova que instruíram o presente feito. O réu D.P. foi pessoalmente investigado no âmbito da Operação [*omissis*] e, conforme já dito, sequer há princípio da especialidade a ser observado entre Brasil e Estados Unidos.

Afasto a preliminar.

14. Preliminar. Delação premiada, publicidade e ampla defesa

O sigilo do acordo de delação premiada é da natureza do instituto, consoante já decidiu o Supremo Tribunal Federal:

"PENAL. PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. ACORDO DE COOPERAÇÃO. DELAÇÃO PREMIADA. DIREITO DE SABER QUAIS AS AUTORIDADES QUE PARTICIPARAM DO ATO. ADMISSIBILIDADE. PARCIALIDADE DOS MEMBROS DO MINISTÉRIO PÚBLICO. SUSPEITAS FUNDADAS. ORDEM DEFERIDA NA PARTE CONHECIDA.

I – *HC* parcialmente conhecido por ventilar matéria não discutida no tribunal *ad quem*, sob pena de supressão de instância.

II – Sigilo do acordo de delação que, por definição legal, não pode ser quebrado.

III – Sendo fundadas as suspeitas de impedimento das autoridades que propuseram ou homologaram o acordo, é razoável a expedição de certidão dando fé de seus nomes.

IV – *Writ* concedido em parte para esse efeito." (*HC* nº 90.688, rel. Min. Ricardo Lewandowski, 1ª Turma, DJE 25.04.2008)

Não há nos autos qualquer notícia atinente à suspeição dos membros do Ministério Público Federal que empreenderam o acordo de delação premiada com alguns dos integrantes da [*omissis*], assim como a defesa não escreveu qualquer linha nesse sentido. Dessarte, a manutenção do

sigilo do acordo entabulado com F.G. e A.S. deve ser resguardada, independentemente da (in)existência de ameaça concreta e contemporânea à incolumidade física destes.

De outro lado, o Supremo Tribunal Federal, ao solver questão de ordem no âmbito da Ação Penal 470, foi categórico ao firmar entendimento no sentido de que os denunciados pelos mesmos fatos em ações diversas podem ser ouvidos na condição de informantes do juízo. Nenhuma nulidade existe no bojo da presente demanda sob tal perspectiva.

Em relação ao argumento de modificação legislativa superveniente que albergaria a pretensão deduzida nesta preliminar, sinalo que a Lei 12.850/13 tipificou penalmente a constituição de "organização criminosa", assim como regulou o instituto da delação premiada no âmbito dessa espécie delitiva. Assim estabeleceu:

"Art. 7° O pedido de homologação do acordo será sigilosamente distribuído, contendo apenas informações que não possam identificar o colaborador e o seu objeto.

§ 1º As informações pormenorizadas da colaboração serão dirigidas diretamente ao juiz a que recair a distribuição, que decidirá no prazo de 48 (quarenta e oito) horas.

§ 2º O acesso aos autos será restrito ao juiz, ao Ministério Público e ao delegado de polícia, como forma de garantir o êxito das investigações, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento.

§ 3º O acordo de colaboração premiada deixa de ser sigiloso assim que recebida a denúncia, observado o disposto no art. 5º."

Entendo que o argumento não prospera.

Em primeiro lugar, verifica-se que a edição do dispositivo em comento ocorreu somente após a integral instrução da demanda e a prolação de sentença condenatória. Foram observadas as normas que regiam a espécie, à época, sem qualquer mácula. A instrução, portanto, operou-se conforme o devido processo legal, produzindo efeitos aptos a subsidiar o juízo quanto ao mérito da demanda.

De outro lado, considerado o caráter material da norma que assegura ao delator o sigilo, igualmente não se pode aplicar a lei nova ao caso, reservada que está às delações supervenientes.

Não prospera, portanto, a prefacial.

15. Mérito. Lavagem de dinheiro e seus pressupostos

O crime conhecido como "lavagem de dinheiro" encontra sua tipificação na Lei 9.613/98, que, à época dos fatos, contava com a seguinte redação:

"Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:

(...)

VI – contra o sistema financeiro nacional;

(...)

Pena: reclusão de três a dez anos e multa.

§ 1º Incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo:

I – os converte em ativos lícitos;

II – os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere;

III – importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I – utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo;

II – participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta lei.

§ 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal.

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

§ 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime."

Em síntese, os recursos auferidos com prática ilícita são colocados, dissimulados e, por fim, integrados no mercado para que se desvinculem de sua origem. O criminoso produz uma interação entre a economia legal e a ilegal com o intuito de conferir honorabilidade ao seu patrimônio e afastar quaisquer desconfianças que recaiam sobre a fonte ilícita de seus recursos.

Perceba-se que nota essencial para configuração do delito reside na existência de um crime, antecedente, a cujo produto o agente pretende dar aparência de licitude. A lavagem, por conseguinte, configura crime derivado, acessório, porquanto pressupõe a ocorrência de infração pe-

nal anterior. Gize-se que não é necessária a existência de condenação já proferida acerca da prática desse delito antecedente, mas que haja indícios de sua ocorrência e, assim, que as condutas supervenientes praticadas pelo agente tenham o objetivo de afastar os recursos auferidos de sua origem ilegal.

16. Crime antecedente. Tráfico de entorpecentes

A profusão de provas colhidas na fase investigatória teve o objetivo de demonstrar que os recursos que tramitaram pelas variadas formas negociais descritas na inicial acusatória eram originários do tráfico de drogas promovido pelo réu D.P.P. O esquema criminoso envolvia a venda de medicamentos controlados, por meio de *sites* de Internet, sem a necessidade de obtenção de prescrição médica antecedida de consulta presencial junto a profissional da saúde. Os fármacos tinham como origem e destino o território dos Estados Unidos da América, embora D. coordenasse a organização criminosa a partir do Brasil e do Uruguai.

Muito embora D.P. já tenha sido condenado por tal crime em primeiro grau de jurisdição (ação penal nº [*omissis*] – arts. 12 e 14, c/c 18, I, da Lei 6.368/76 e arts. 33 e 35, c/c art. 40, I, da Lei 11.343/06), a presunção de inocência sobre o acusado ainda não resta categoricamente afastada, pois não ocorreu o trânsito em julgado daquele provimento jurisdicional. Faz-se imperiosa uma análise criteriosa de todas as provas que aportaram aos autos para que se conclua se o crime antecedente efetivamente ocorreu no mundo dos fatos e pode ser imputado ao recorrente.

Pois bem, em um primeiro momento, as autoridades norte-americanas deflagraram investigação policial em razão da existência de indícios de venda de medicamentos controlados pela Internet, sem a existência de prescrição médica válida, em seu território nacional. Após uma série de diligências, descobriu-se que diversas farmácias estavam operando o sistema clandestino em questão, *v.g.*, [*omissis*] (localizada em Massachusetts), [*omissis*] (localizada na Flórida), [*omissis*] (localizada na Flórida) e, especialmente, a [*omissis*] (localizada no estado da Carolina do Norte). Os clientes dessas empresas acessavam seus respectivos *sites* e, bastando o preenchimento de questionário *online*, obtinham os medicamentos controlados desejados. Com o intuito de dar aparência de legitimidade ao negócio, tais farmácias estavam vinculadas aos mé-

dicos A.V. e M.A., os quais expediam milhares de prescrições médicas ao dia para pacientes em todo o território americano sem qualquer espécie de consulta médica efetiva.

A partir dessa breve compreensão do funcionamento do núcleo norte-americano da organização criminosa, torna-se possível ingressarmos na análise das imputações feitas a D.P., sujeito que, ao fim e ao cabo, teria se revelado como um dos grandes mentores do crime de tráfico de medicamentos nos EUA.

No evento 1 (documento INQ 31, fl. 17), há um ofício encaminhado pela DEA – *Drug Enforcement Administration* – relatando algumas das descobertas que trouxeram o nome de D.P. ao centro das investigações que, dentre outros resultados, culminaram nesta ação pelo delito de lavagem de dinheiro. Documentos demonstravam que a farmácia [*omissis*], que inclusive foi alvo de procedimento de busca e apreensão, tinha suas operações de venda ilícita de medicamentos intermediada por uma empresa situada no Panamá cujo nome era [*omissis*]. O proprietário de tal empresa seria o cidadão brasileiro D.P.

Esclareça-se que a condição de proprietário da empresa [*omissis*] não é objeto de maiores impugnações pela defesa de D.P., porquanto a prova documental produzida nesse sentido é pródiga. Os documentos encartados no evento 01 – DOC INQ14 – do processo eletrônico comprovam que o réu adquiriu a empresa [*omissis*], constituída em 29.10.2004, situada na Ilha de Nevis & Saint Kitts no Caribe (fls. 119-128, Volume III do Anexo II). Logo em seguida (fls. 144, 182-183, 185, Volume III do Anexo II), a empresa [*omissis*], já conduzida por D.P.P., incorporou a integralidade da empresa panamenha [*omissis*].

Os agentes do DEA criaram perfis falsos na Internet para tentar adquirir medicamentos das farmácias irregulares em questão, de modo a confirmar a veracidade das denúncias, oportunidade em que lograram êxito na compra de remédios controlados sem a realização de qualquer consulta médica. Em razão do flagrante delito, foram realizados diversos procedimentos de busca e apreensão, dentre os quais se situa a já referida intervenção junto à [*omissis*].

No documento INQ50 (evento 01), fls. 71 e seguintes, há laudo policial lastreado nos documentos apreendidos pelas autoridades americanas na sede da farmácia [*omissis*]. No estabelecimento comercial foram

encontrados alguns documentos relevantes para o desenlace da presente lide: (a) correspondência da empresa [*omissis*] endereçada à [*omissis*] e nominada a D.P.P.; (b) cópia de contrato de prestação de serviços celebrado com a [*omissis*], assinado pelo próprio punho de D.P.P.; (c) diversos documentos e papéis com referências ao nome da empresa [*omissis*]; e (d) anotações em que constavam o nome e o telefone do réu D.P.P.

O contrato apreendido revela que a [*omissis*], empresa voltada a operacionalizar o pagamento por meio de cartões de crédito em transações eletrônicas via Internet, obrigou-se a prestar tais serviços em favor da empresa [*omissis*]. Os pagamentos realizados pelos clientes junto às farmácias virtuais eram operacionalizados pela [*omissis*], que, por sua vez, remetia o dinheiro para as contas da [*omissis*], recebendo em troca uma comissão pelo serviço. Os extratos bancários de ambas as empresas revelam que parcela destes recursos desses era redirecionada ao pagamento das farmácias e dos médicos que prescreviam os fármacos sem qualquer consulta presencial.

A investigação policial revelou que a compra *online* dos medicamentos controlados era eletronicamente confirmada por meio de um *e-mail* enviado em nome da empresa [*omissis*] (de propriedade de [*omissis*]). Do mesmo modo, as farmácias virtuais ofereciam um serviço telefônico de atendimento em um número "0800", cuja linha foi contratada mediante pagamento realizado com o cartão de crédito [*omissis*] nº [*omissis*] pertencente a N.L.P.P. (mãe de D.P.P.). Posteriormente, os débitos decorrentes dos custos de manutenção dessa linha telefônica passaram a ser realizados em detrimento do cartão de crédito nº [*omissis*] em nome do próprio [*omissis*].

Outra prova extremamente contundente está no evento 01, documento INQ34, fl. 09. Trata-se de informação obtida pelo DEA de que a conta nº [*omissis*] aberta junto à Fedex (empresa de entregas utilizada para distribuição dos medicamentos aos clientes) apresentava como usuários remetentes um número limitado de pessoas, dentre os quais estava D.P. A relevância dessa informação reside no fato de que as remessas de medicamentos adquiridos por meio das farmácias virtuais tinha como origem justamente a mencionada conta Fedex. Comprovou-se a realização de entregas de fármacos para todos os estados da federação

norte-americana, salvo o estado de Nevada.

O aprofundamento da operação policial norte-americana, cujos resultados foram trazidos aos autos, culminou na interceptação de conversas eletrônicas travadas entre D.P. e S.L. pela via do *software* Skype. A conta utilizada por D. tinha a identificação de [*omissis*], notadamente o nome da empresa de sua titularidade sediada no Panamá. Li atentamente as transcrições dos diálogos (devidamente traduzidas) encartadas aos autos (evento 01, INQ 50, fl. 84), e é perceptível a preocupação dos interlocutores na tentativa de contratar empresas especializadas na embalagem e na elaboração de rótulos para os medicamentos. A consciência da ilicitude da conduta, inclusive por D.P., torna-se evidente ao afirmarem que a DEA estava "apertando o cerco", mas que, até o término da estação, acreditavam que a fiscalização restaria amenizada. A função de S., residente em território norte-americano, era realizar a interlocução com tais empresas responsáveis por parte da logística do esquema criminoso. D.P. nitidamente era o responsável pela operação e dava as ordens que seriam executadas pelos demais integrantes do esquema.

Na fl. 80 do mesmo documento, há *e-mails* interceptados que estavam sendo trocados por D.J., administrador da farmácia [*omissis*], e o representante da [*omissis*], D.P. (o qual vinha utilizando a alcunha de J.M.). As conversas revelam a tentativa de melhoria na sistemática de impressão de rótulos dos medicamentos, porquanto a pretensão da organização criminosa era possibilitar sua produção também ao longo do turno da noite.

Na fl. 162 há *e-mail* trocado entre D.P.P. e o médico A.V., signatário das milhares de prescrições "frias" expedidas para dar ares de licitude ao tráfico de entorpecentes engendrado. A conversa revela o ajuste de valores a serem percebidos pelo profissional da área da saúde, bem como a sistemática utilizada para agilizar o processamento de fornecimento *online* das receitas médicas.

Outro elemento relevante encartado aos autos diz respeito a um *e-mail* trocado entre J.J., advogado e então sócio da [*omissis*] e da instituição financeira clandestina [*omissis*], e A.M.K., advogado norte-americano responsável pela constituição de empresas *offshore*. Como se verá nos tópicos subsequentes, D.P. ostentava estreita relação com a instituição financeira clandestina [*omissis*], o que explica a origem de

seu relacionamento com J.J. Transcrevo, por elucidativo, o conteúdo da correspondência eletrônica (INQ19, evento 1, fl. 9):

"Dr. K.

Temos uma estrutura nova para montar.

A história é mais ou menos a seguinte.

Nosso cliente é um brasileiro que desenvolveu um sistema de controle onde alguém que está doente (sentindo algo) entra em um *site* e passa os sintomas.

Automaticamente as informações são enviadas para um médico cadastrado. Esse médico, entendendo que o caso possa ser resolvido sem consulta presencial, prescreve uma receita, com assinatura escaneada, que vai diretamente para uma farmácia também previamente cadastrada. Essa farmácia remete, via *courrier*, o remédio indicado, retendo a *prescription*.

Uma vez enviado o remédio, a cobrança é feita por uma empresa do Canadá ([*omissis*]), que tem o convênio com a [*omissis*] e manda os recursos para uma empresa incorporada em Nevis Island.

Essa empresa faz a divisão: paga a farmácia, paga o médico e divide o saldo entre um sócio americano, o nosso cliente, mandando a sua parte para outra empresa de Nevis Isl. que detém os recursos pessoais. Não sei se consegui explicar, pois é um pouco confuso mesmo.

Eu indiquei ao nosso cliente:

1) Trocar a empresa de Nevis Isl. que recebe os recursos por uma jurisdição mais séria ([*omissis*]);

2) Trocar a outra empresa de Nevis (que detém os recursos pessoais) por uma empresa em jurisdição melhor (PANAMÁ);

3) Construir uma empresa em DE para os valores a serem mandado para o Brasil. Essa empresa pertenceria a um *TRUST*.

Então teríamos que incorporar:

1) uma empresa em CAYMAN;

2) uma empresa no Panamá;

3) uma empresa em DE;

4) Fazer um *TRUST* no Panamá.

Para essa estruturação, eu acho que poderíamos propor ao cliente os seguintes custos. CAYMAN 2,75K; Panamá... 2,75K, DE..... 2,75K; Fazer um *TRUST*..... 3,0K; e atuar como *protector*..... 2,5K."

O *e-mail* é extremamente elucidativo na demonstração do funcionamento do esquema criminoso. A própria resposta do advogado norte-americano coloca em xeque a licitude da pretensão do "cliente brasileiro", porém dá regular seguimento à empreitada.

Extremamente relevante para identificação da tipicidade delitiva, além das compras dissimuladas realizadas pelos agentes do DEA, foi a apreensão de medicamentos na farmácia [*omissis*], dentre os quais diversos são controlados, seja no Brasil, seja nos Estados Unidos da América, *v.g.*, Ambien, Phentermine, Valium, Xanax, Butalbital, Tra-

madol, Ultracet, Ultram e Zoloft (zolpidem, lorazepam, clonazepam, sibutramina, diazepam e alprazolam). Identificou-se que, a cada 15 dias, um médico integrante da organização chegava a expedir 5.438 receitas médicas, ou seja, o equivalente a quase 16 "consultas" por hora, 24 horas por dia, 7 dias por semana. A fraude e a ilicitude do procedimento restam cristalinas.

No evento 148 do processo eletrônico, foi trasladada cópia do depoimento dos agentes do DEA, ouvidos nos autos do processo nº [*omissis*], movido contra D.P. em razão do tráfico de entorpecentes. Todas as provas mencionadas nos parágrafos pretéritos foram corroboradas pelas informações prestadas pelos policiais federais estrangeiros, os quais, inclusive, confirmaram que o *modus operandi* da organização criminosa ocorreu nos moldes anteriormente colocados por este voto.

A comprovação final dos crimes de tráfico de drogas praticados por D.P. se deu por meio das investigações realizadas pela Polícia Federal brasileira. O mencionado sujeito já era alvo de inquérito policial decorrente da denominada Operação [*omissis*]. As autoridades nacionais estavam apurando o possível cometimento de crime contra o Sistema Financeiro Nacional por D.P.P., o qual estaria remetendo ilicitamente valores ao exterior por meio de instituição financeira clandestina ([*omissis*]) pela sistemática denominada "dólar-cabo" (art. 22, parágrafo único, Lei 7.492/86). A possível relação do réu com tal instituição financeira e a consequente imputação de lavagem de dinheiro serão apreciadas no momento oportuno, porquanto neste tópico colacionarei os elementos relacionados ao crime antecedente de tráfico de entorpecentes.

O irmão de D.P., R.P.P., foi ouvido pela Polícia Federal e afirmou que "recebia algum dinheiro de D. quando realizava atividades por ele solicitadas, especialmente a obtenção de antecedentes criminais, a remessa de documentos pelo correio, o encaminhamento de documentos em língua estrangeira para tradutores juramentados e a busca de assinatura de cartas de recomendação". Sempre que indagado sobre as atividades de D., R. era evasivo, e chegou a responder ao delegado da Polícia Federal: "não pergunta coisas do D.". Chegou a relatar ter se desentendido com seu irmão, porquanto este não admitia que lhe fizessem perguntas sobre suas atividades.

C.A.V.C., advogado e pai de uma moça que se relacionou com D.P., afirmou que ele já havia comentado a ideia de "montar um *site* de medicamentos". Afirmou ter achado estranho quando D. compareceu em sua residência em um veículo importado, assim como relatou ter assinado cartas de recomendação em inglês em favor do réu. Questionado sobre o destino de tais cartas, asseverou ter ciência de que bancos estrangeiros as exigem para abertura de contas, porém não soube precisar categoricamente as razões pelas quais D. solicitou sua assinatura em tais papéis.

D.J.C., amigo de D. e R., afirmou ter recebido pagamentos para levá-los em algumas oportunidades ao Uruguai de carro. Relatou que os irmãos afirmavam ser necessário realizar a viagem por via terrestre para "não deixar rastros" e que, embora sempre tenha suspeitado que se tratava de "picaretagem", nunca deixou de auxiliar seus amigos no transporte. Contou, ainda, que os irmãos eram chamados ao telefone pelas alcunhas de "burro branco" e "pato preto", tudo com o objetivo de dificultar sua eventual identificação em caso de interceptação telefônica.

L.M.P., amigo de infância de D. e, simultaneamente, seu *personal trainer*, relatou ter sido convidado pelo réu a morar no Uruguai percebendo um salário fixo por mês para prestação de serviços na área da educação física. Além disso, D. iria lhe subsidiar todos os gastos com moradia e alimentação, desde que se comprometesse a não contar a ninguém que estavam morando no exterior. Da mesma forma, de acordo com seu depoimento, D. o instruiu a destruir o computador que utilizavam na casa localizada em território uruguaio caso "desse algum problema com a polícia". Afirmou que D. passava, em média, aproximadamente 15 horas por dia trancado em um cômodo do imóvel trabalhando em seu computador e falando em inglês ao telefone. Ponderou que o padrão de vida ostentado pelo réu era elevadíssimo, mas desconhecia a fonte de seus rendimentos, apenas sabia que envolvia trabalhos com a Internet.

O.M.M.P., advogada e amiga da mãe de D. e R., relatou, na esfera policial e em juízo, ter assinado cartas de recomendação em favor de D.P. Alegou desconhecer a razão efetiva pela qual lhe foi solicitado tal documento e que, à época dos fatos, a justificativa dada pelos P. foi a necessidade para obtenção de matrícula de estudos no exterior.

No bojo do documento INQ 33 do Evento 01, fl. 83, há um *e-mail*,

encaminhado em 21 de setembro de 2006, por [*omissis*] (empresa de D.) para o *e-mail* [*omissis*]. No *e-mail*, o remetente solicita ao destinatário que obtenha cartas de referência em seu nome assinadas por O. e C. (apelido de C.A.V.). Há instruções expressas para impedir que O. leia com atenção o papel, porquanto o utilizará para a abertura de uma conta no [*omissis*]. Nesse ponto, mostra-se relevante salientar que a empresa [*omissis*], de propriedade de D. e sediada no Panamá, abriu contas no [*omissis*]. Resta nítido que o *e-mail* foi encaminhado por D. ao seu irmão R., o qual confirmou perante as autoridades policiais o fato de ter colhido as assinaturas em questão em "cartas de referência".

Há, ainda, uma série de documentos apreendidos na residência dos réus demonstrando o inequívoco vínculo de D. com as empresas internacionais envolvidas com o fornecimento de medicamentos controlados sem prescrição médica: (a) contas telefônicas de D. e R. com inúmeras ligações realizadas para São Paulo, Uruguai, Luxemburgo, Espanha, Portugal e Estados Unidos da América. Indagado sobre tais telefonemas, R. disse que não sabia quem os tinha realizado, pois costuma deixar seu celular em casa em diversas oportunidades (Evento 01, INQ 33); (b) envelope cujo remetente era o [*omissis*] e cujo destinatário era D.P.P. (Evento 01, INQ33, fl. 173); (c) contrato firmado entre a [*omissis*] e a [*omissis*] (Evento 01, INQ34, fl. 31), assinado pelo próprio réu D.P., cujo endereço indicado era [*omissis*] (Evento 01, INQ34, fl. 31); (d) contrato social da [*omissis*], demonstrando que a empresa pertencia a D.P.P. (Evento 01, INQ34, fl. 90); (e) envelopes encaminhados pelo consulado de Malta a D.P. contendo tradução oficial de sua certidão de nascimento (Evento 01, INQ43, fl. 12); e (f) *notebook* contendo planilha com nomes de medicamentos e quantidades solicitadas.

A defesa, quanto ao crime antecedente, empreendeu grandes esforços com o intuito de demonstrar a imprestabilidade da prova produzida no sentido de que o réu D.P.P. encaminhava *e-mails spams* a partir do território brasileiro oferecendo medicamentos controlados à venda. Tal conclusão teria sido obtida por meio de CD fornecido pela empresa [*omissis*] (contratada por D.P. para lhe dar acesso à Internet e manutenção dos demais serviços *online* por ele utilizados). A mídia eletrônica revela que os *spams* para venda ilegal de fármacos tinham como origem um computador cujo IP (espécie de identidade eletrônica) pertenceria

à empresa [*omissis*]. A referida pessoa jurídica tem D.P.P. como principal sócio e administrador, assim como é sediada em Porto Alegre. Não obstante, de acordo com o recorrente, a perícia da Polícia Federal foi incapaz de atestar a autenticidade daqueles dados.

Primeiramente, a defesa busca invalidar as conclusões obtidas em tal DVD unicamente com base no fato de o perito da polícia ter asseverado que, com os dados que lhe haviam sido fornecidos, ele não poderia atestar a origem dos *e-mails*. Tal conclusão é lógica e derivada do próprio fato de que tal CD foi fornecido pelo próprio servidor de informática contratado por D.P. A responsabilidade por aquelas informações é da empresa [*omissis*], a qual empreendeu diligências em seus cadastros com o intuito de identificar a origem das mensagens eletrônicas em massa remetidas.

De qualquer sorte, o debate em questão mostra-se completamente estéril. A vinculação do réu ao crime de tráfico de entorpecentes está demonstrada por tantas provas que a tarefa de sintetizar o substrato que serviu de convencimento judicial torna-se árdua. Ao longo dos parágrafos anteriores, tentei demonstrar que as centenas de documentos amealhados demonstram de forma incontestável o fato de que o grande beneficiário do esquema criminoso era D.P.P., o qual percebia os recursos ilícitos por meio de contas abertas em nome de empresas estrangeiras situadas em paraísos fiscais.

Eventual comprovação de que os *spams* não foram ordenados por D. em nada alteraria o fato de que foi tal agente quem criou toda a organização voltada ao crime, operacionalizou a venda clandestina de medicamentos e, principalmente, auferiu grande parte dos lucros decorrentes da atividade. Perceba-se, ainda, que sua conduta teve como evidente base a cidade de Porto Alegre. A apreensão de documentos na residência dos P., o aluguel de escritório para manutenção dos servidores de informática e as próprias informações fornecidas pelas autoridades norte-americanas tornam inequívoco o fato de que a ação voltada ao cometimento do delito partiu do território nacional e, assim, forte no art. 6º do Código Penal (teoria da ubiquidade), submete o réu à jurisdição penal brasileira.

Aqui, busquei colacionar alguns dos principais elementos de prova que aportaram aos autos demonstrando que D.P.P. efetivamente foi o

responsável pelo crime de tráfico de drogas apurado nos autos da ação criminal nº [*omissis*]. Sinale-se que, naquela ação, o réu já foi condenado em primeiro grau de jurisdição, inclusive com base em inúmeras outras provas aqui não tratadas, que lhe geraram a imposição de uma sanção penal na ordem de 21 (vinte e um) anos, 04 (quatro) meses e 20 (vinte) dias de reclusão, com base nas Leis 6.368/76 e 11.343/06.

Perceba-se que o crime de tráfico de entorpecentes ostenta diversos núcleos, e o cometimento de qualquer um dos verbos previstos no art. 33 da Lei 11.343/06 consuma o tipo penal:

"Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar:"

Entendo que D.P. consumou o delito de tráfico de entorpecentes realizando diversas das condutas ali prescritas, pois expôs à venda, ofereceu, vendeu, teve em depósito, transportou e prescreveu drogas em desacordo com determinação legal ou regulamentar. Não há como sustentar a tese defensiva de que apenas os médicos envolvidos teriam cometido o delito, pois, nos termos do art. 29 do Código Penal, todo aquele que, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas.

Também é preciso pontuar que a aquisição dissimulada dos medicamentos pelas autoridades americanas não constitui nulidade probatória, seja à luz do ordenamento jurídico estrangeiro, seja à luz do ordenamento nacional. O crime já estava consumado tão somente com a exposição da venda dos remédios, e, ainda que assim não o fosse, a operação policial montada não impediu por absoluto a configuração do delito de modo a qualificar o denominado "flagrante preparado". Os policiais solicitaram a medicação, pagaram pelo serviço ilícito e receberam o produto do crime sem concretizar qualquer embaraço aos delinquentes. O crime foi consumado, e, portanto, o próprio fundamento do flagrante preparado, que é a absoluta impossibilidade de concretização do crime em razão da atuação das autoridades, resta afastado.

É interessante ressaltar, ainda, que as autoridades norte-americanas comunicaram que todos os integrantes do esquema criminoso, ao serem processados perante a justiça daquele país, confessaram o crime em

análise nos moldes relatados nesta denúncia.

Por todo o exposto, entendo que o crime antecedente de tráfico de entorpecentes praticado por D.P. resta devidamente comprovado para os fins da análise da denúncia por "lavagem de capitais" nos moldes da Lei 9.613/98.

*17. Fato II.A.1 – Lavagem de dinheiro por meio da instituição financeira clandestina [*omissis*] (janeiro de 2004 a março de 2007)*

No presente tópico, após a extinção parcial da demanda, remanesce a imputação do crime de lavagem de dinheiro feita a D.P.P., R.P.P., N.L.P.P. e C.A.D.P. De acordo com a narrativa constante na inicial, os réus, valendo-se da instituição financeira clandestina [*omissis*], realizavam operações de "dólar-cabo" por meio de conta cuja alcunha seria "D.". A finalidade de tal conduta seria o encaminhamento de recursos do e para o exterior, à margem do Sistema Financeiro oficial, de modo a outorgar aparência de licitude aos recursos auferidos com a prática de tráfico de entorpecentes.

*17.1. Das circunstâncias envolvendo a Operação [*omissis*]*

No bojo da ação penal nº [*omissis*], instaurada por obra do inquérito policial nº [*omissis*], diversos agentes são processados pela realização de operações de câmbio não autorizadas no âmbito de instituição financeira clandestina. Ao que interessa ao presente feito, verifica-se que os mais de 20 integrantes do esquema criminoso valiam-se de empresa de fachada denominada [*omissis*], cujo contrato social especificava como objeto a operação de turismo.

Forte no *Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais*, as operadoras de turismo somente se habilitam a realizar o câmbio manual: compra e venda de moeda estrangeira em espécie, cheques e cheques de viagem relativos a viagens internacionais (RMCCI, Título 1: Mercado de Câmbio, Capítulo 2: Agentes do Mercado, item 3, d). Não obstante, as provas amealhadas até o presente momento dão conta de que a pessoa jurídica em questão praticava diversas outras operações que se encontram no âmbito de exclusividade das instituições financeiras, *v.g.*, câmbio sacado mediante remessa internacional (dólar-cabo), tomada e oferecimento de empréstimos a juros e verdadeiras aplicações

financeiras remuneradas.

Note-se que a organização criminosa não limitava sua atuação à circunscrição do município de Porto Alegre, pois contava com verdadeiras "filiais" comerciais em Novo Hamburgo e Caxias do Sul, as quais eram capitaneadas por alguns "operadores de mesa" contratados para tal finalidade ilícita. Consoante bem referiu o julgador *a quo*, a filial de Novo Hamburgo era responsável pelo relacionamento com clientes do Vale dos Sinos, do Paranhana e região, e operava sob a pessoa [*omissis*]. Muitos integrantes do empresariado local utilizavam os "serviços" da [*omissis*] com o intuito de remeter divisas ao exterior, bem como internalizá-las em território nacional sem o conhecimento das autoridades competentes.

Os serviços "paralelos" de câmbio ofertados pela empresa, aptos a promover a evasão de divisas sem o conhecimento do Bacen, estão costumeiramente vinculados à prática de lavagem de dinheiro. Infratores se valem dessa estrutura clandestina com o intuito de afastar os recursos auferidos com práticas ilícitas da origem e, por conseguinte, dar ares de honorabilidade ao seu patrimônio.

O *modus operandi* da quadrilha era bastante sofisticado e valia-se de estratégias destinadas a dificultar a percepção de suas atividades pelas autoridades competentes. De acordo com os elementos que aportaram a estes autos, extraídos da ação penal nº [*omissis*] e do IPL [*omissis*], a [*omissis*] evitava ao máximo a utilização de depósitos em contas correntes, razão pela qual se valia eminentemente de depósitos em dinheiro em espécie e endosso de cheques. Note-se, ainda, que os criminosos contavam com verdadeiro núcleo operacional destinado a buscar e levar valores em locais indicados pelos clientes, tudo com o intuito de dar maior comodidade aos usuários dos serviços e afastar quaisquer possíveis rastros que permitissem sua investigação. Percebe-se, ainda, que a [*omissis*] trabalhava, via de regra, com um sistema de "indicações" para ampliação de sua clientela, ou seja, somente aqueles interessados que contassem com referências oriundas de clientes "antigos" é que teriam suas demandas atendidas pela instituição financeira clandestina.

Para a realização de suas operações no exterior, a instituição financeira criou "sociedades de investimento" denominadas [*omissis*], [*omissis*] e [*omissis*], as quais eram as detentoras de contas correntes

junto a instituições financeiras estrangeiras, especialmente uruguaias e norte-americanas. Em nome da empresa [*omissis*], inclusive, a [*omissis*] abriu escritório em Montevidéu com o fito de facilitar as operações de dólar-cabo empreendidas junto a sua clientela, bem como lá sediou seus servidores de informática, de modo a dificultar ainda mais a apuração dos ilícitos por ela empreendidos.

O desbaratamento do sofisticado esquema montado para a prática sistemática de crimes contra o sistema financeiro se deu no âmbito da ação penal nº [*omissis*], cujos elementos probatórios acabaram sendo parcialmente trazidos para o bojo da presente demanda.

A peça-chave da investigação criminal originária restou constituída por meio da apreensão de *notebook* da propriedade de A.T.S. O referido sujeito foi contratado pela empresa [*omissis*] para fins de criação de programa informatizado destinado a facilitar o controle das operações concretizadas pela instituição financeira clandestina. O próprio A.T.S. ficou incumbido de prestar suporte periódico à organização criminosa de modo a manter em pleno funcionamento o *software*, assim como levar a efeito as correspondentes melhorias necessárias.

Para desempenhar tal mister, A. mantinha *backup* atualizado das informações contidas nos servidores da [*omissis*], o qual estava devidamente gravado no disco rígido marca Fujitsu, modelo MHV2040AH, nº de série NT26T572GRAN, que compunha o *notebook* apreendido no curso das investigações. Em síntese, o sistema desenvolvido para a instituição financeira clandestina era composto por três planilhas distintas, nomeadamente P1, P2 e TSC.

De forma absolutamente sucinta, pode-se resumir a função dessas planilhas como sendo um controle de lançamento dos créditos e débitos feitos por cada um dos clientes da organização criminosa. As planilhas em questão faziam conversões automáticas de reais para moeda estrangeira (e vice-versa), assim como identificavam eventuais lançamentos equivocados que ensejavam estornos. Atribuía-se um nome fictício para as "contas" de cada um dos clientes, e lá eram lançados os créditos feitos pelos usuários do sistema para remessa do ou para o exterior pelo sistema "dólar-cabo".

O magistrado *a quo* forneceu detalhada descrição acerca do funcionamento das planilhas de controle da [*omissis*], lastreado nas infor-

mações fornecidas pela perícia realizada pelo setor especializado da Polícia Federal, no bojo da sentença exarada. Tenho que, para fins de resolução da presente apelação, descabe reiteração de tais minudências, razão pela qual me limito a reportar o leitor ao trecho do provimento jurisdicional ora mencionado.

Estabelecidas as circunstâncias envolvendo a instituição financeira clandestina [*omissis*], torna-se viável analisar de forma mais acurada o envolvimento dos réus do presente feito com a trama delitiva desbaratada no bojo da Operação [*omissis*]. Entretanto, antes, faz-se imperioso avaliar a suposta "inidoneidade" da perícia de informática realizada pela Polícia Federal.

17.2. Perícia de informática. Suposta nulidade e seu questionamento perante o STJ

A questão envolvendo a ilicitude da prova relativa às planilhas contábeis oriundas da apreensão de *notebook* de propriedade de um dos participantes da organização criminosa investigada na Operação [*omissis*] foi assim examinada pelo magistrado sentenciante nos autos da ação intentada contra seus administradores:

"(...)

O acesso direto ao conteúdo de uma mídia computacional não é a melhor forma de realizar tal acesso. Como esclarecido pela perícia no Laudo 1728/09 (Anexo 63, v. 7, fl. 1238):

'Apesar de ser possível o acesso direto à mídia apreendida, isso poderia levar à alteração de seu estado original, com a criação de alguns arquivos e/ou modificação de outros. Dessa forma, é recomendável utilizar uma cópia idêntica da mídia, feita por meio de seu espelhamento.'

O espelhamento nada mais é que a extração de uma cópia fiel da mídia.

Além disso, a perícia policial federal adota o procedimento de verificação da integridade da mídia por meio do algoritmo SHA-512 (*Secure Hash Algorithm – 512 bits*), descrito nos laudos periciais que analisam e extraem arquivos dela.

O algoritmo SHA-512, denominado *hash* (ou resumo), consiste em uma linha de 512 caracteres, calculados a partir da informação de entrada – mídia ou arquivos. Tem a propriedade de ser alterado em caso de qualquer alteração do arquivo ao qual é correspondente.

Ou seja, é possível verificar se a mídia ou o arquivo foi alterado entre o espelhamento e a nova análise – ou, mais propriamente, entre a última alteração anterior ao espelhamento e a nova análise.

Por fim, a perícia costuma apresentar arquivos de interesse da investigação/ação penal em mídia – CD/DVD – que acompanha o laudo pericial respectivo.

O disco rígido marca FUJITSU, modelo MHV2040AH, nº de série NT26T572GRAN, estava instalado em um *notebook*, marca DELL, modelo PP10S, apreendido na residência

do réu A.T.S. (auto de apreensão, Anexo 16, fl. 1, item 2).

Os elementos até o momento coligidos permitem concluir que o disco rígido em questão foi acessado diretamente, antes da realização de espelhamento.

A apreensão ocorreu em 30.03.07.

O equipamento em questão esteve sob a guarda da autoridade policial, tendo sido encaminhado ao Setor de Perícias apenas em 16.04.04, conforme Anexo 63, v. 1, fl. 5, sexta linha da tabela.

Em 04.04.07, há depoimento prestado pelos réus A.R.S.S. e A.T., descrevendo a operação do banco de dados constante da memória do computador (Apenso 07/133916, Anexo 1, fls. 1 e ss.).

A primeira perícia realizada com base no equipamento em questão é o Laudo 823/07, Anexo 63, v. 1, fls. 208-12, datado de 19.04.07.

Ou seja, no período entre a apreensão e o espelhamento, a mídia foi diretamente acessada.

A Informação Técnica 230/2010 (fls. 5136-7) esclarece que, por ocasião da elaboração da primeira perícia (Laudo 823/07), foi extraído o código *hash* da própria mídia. Tal código constou do DVD que acompanhou o laudo pericial. Posteriormente, foram elaboradas novas análises periciais da mesma mídia (Laudos 1728/09, 3028/10 e 54/10). Entretanto, o código *hash* calculado mudou.

Ou seja, houve alteração de arquivos na mídia apreendida. Essa alteração ocorreu após a apreensão, enquanto a mídia estava na guarda policial, pericial e judicial. Não há indicativo de qualquer concurso das defesas para tanto.

Além disso, o Laudo 823/07 não incorporou os arquivos que guardariam o banco de dados da instituição financeira não autorizada. Esses arquivos, conforme descreve o Laudo 38/2010 (Anexo 63, v. 7, fls. 1172-89), são os seguintes: aplic.gdb, joao.gdb, tsc.gdb. Além desses, os arquivos aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe constituir-se-iam nos programas que possibilitariam o acesso e a edição das referidas bases de dados.

Os arquivos tsc.gdb e joao.gdb foram incorporados aos autos pelo Laudo 1197/07, de 31.05.07 (Anexo 63, v. 7, fls. 1247-1255), ambos com data de alteração 30.03.07, 11h08, ou seja, a data de alteração é posterior à apreensão.

Os arquivos aplic.gdb, aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe, os quais também embasam a acusação, salvo engano, não foram incorporados até o presente momento.

Todo esse contexto deixa claro que houve falhas na preservação do material apreendido. Aparentemente, os próprios arquivos que contêm os bancos de dados foram alterados, visto que são datados das 11h08 do dia apreensão, a qual teria ocorrido ao raiar do dia.

Entretanto, essas falhas não são suficientes para determinar a exclusão da prova – a própria mídia apreendida e os laudos com base nela elaborados.

As falhas apontadas não levam à ilicitude da prova, muito embora talvez ameacem sua idoneidade.

É possível que não tenha havido alterações substanciais dos dados que embasam a acusação. Isso deverá ser verificado mediante outros elementos que se agreguem aos dados brutos.

O espelhamento e o cálculo do algoritmo SHA-512 são providências de perpetuação da prova, destinadas a atestar, com a maior confiabilidade possível, a idoneidade da prova. Não há determinação legal de que as mídias de informática não sejam acessadas diretamente. Ou seja, não houve violação a qualquer norma cogente.

Além disso, a apreensão foi acompanhada da prisão dos investigados, estando a au-

toridade policial premida pelo tempo curto para realizar as inquirições e compreender a dinâmica das informações apreendidas. Não há elementos suficientes para afirmar a montagem de dados. Tampouco o acesso posterior ao primeiro espelhamento pode ser presumido deliberado ou prejudicial.

Quanto à incorporação dos arquivos, as partes tiveram acesso ao espelhamento da mídia apreendida, pelo que têm contato com os arquivos faltantes. Muito embora sua incorporação na fase atual fosse fácil, não vislumbro necessidade de determinar, de ofício, tal medida.

As ponderações das partes quanto à idoneidade da prova serão consideradas na avaliação da prova.

No entanto, não foi considerado que o caso era de exclusão da prova, mas de sua análise, em conjunto com outros elementos, para confirmação ou não de seu poder probante.

E os elementos coligidos demonstram que a mídia continha a contabilidade da instituição financeira, sendo confiáveis as informações nela armazenadas.

A partir das informações constantes da memória do computador, foram elaborados os laudos Setec/SR/RS 1.082/07 (que concluiu pela existência, na memória deste, de contabilidade da instituição financeira, fls. 97-109 do Anexo 63 – 1, AP [*omissis*]) e 1.197/07 (que individualizou as movimentações de cada conta por 'código do cliente', fls. 22-30 dos autos [*omissis*]). O detalhamento das operações atribuídas aos clientes foi sintetizado nas planilhas anexas ao Laudo 1.197/07 (em mídia, fl. 31 dos autos [*omissis*]).

A.T. foi responsável pelo aperfeiçoamento e pela manutenção do sistema eletrônico de controle das operações da instituição financeira. O banco de dados que correspondia à contabilidade da instituição financeira era inicialmente mantido em uma mídia móvel – um *drive* externo com alta capacidade de armazenamento. Posteriormente, foi transferido para um servidor localizado no Uruguai, sendo acessado pelos computadores da [*omissis*] pela rede mundial de computadores.

Para bem prestar seus serviços de suporte em informática, A. mantinha, em seu computador pessoal, cópia do banco de dados que correspondia à contabilidade da instituição. Com base nessa cópia, poderia editar o banco de dados, visualizar como os operadores da [*omissis*] o acessavam e promover eventuais alterações no programa de acesso que fossem solicitadas.

Parece claro que o objetivo da cópia não era editar o próprio banco de dados, mas permitir a manutenção do programa de acesso. Ou seja, não se tratava de dados inventados ou alterados para testes, mas de dados copiados do banco de dados original, sendo editado o programa de acesso.

Para que fique marcada a diferença entre o programa de acesso e o banco de dados, pode-se traçar paralelo com programas e arquivos conhecidos de computador. Um editor de texto – o Microsoft Word, por exemplo – permite a criação, a leitura e a modificação de arquivos de texto – no caso do Microsoft Word, em formato .doc ou .docx.

No caso, os programas de acesso correspondiam aos arquivos executáveis aplic.exe, P1.exe, P2.exe e tsc.exe, e os bancos de dados, aos arquivos aplic.gdb, joao.gdb, tsc.gdb.

Como o objetivo da cópia era permitir a edição do programa de acesso, não do banco de dados, o fato de ser uma simples cópia não afasta a confiabilidade das informações recolhidas.

A cópia disponível no computador de A., entretanto, era antiga, e abrangia apenas o período que ia até meados de 2006, muito embora a apreensão tenha ocorrido somente em 2007.

A defasagem tampouco afasta a confiabilidade das informações, visto que, conforme

esclarecido pelo próprio A., ao final de cada dia, o programa tornava definitivas as operações lançadas, não sendo possível excluí-las. Eventuais incorreções eram compensadas por lançamentos opostos – estornos –, assim como uma contabilidade de banco."

A tese voltada à supressão da prova nos autos em que são processados os líderes da [*omissis*] também foi rechaçada pelo Superior Tribunal de Justiça (*HC* nº [*omissis*]) em 13.09.2013, em julgamento que estampa a seguinte ementa:

"ILEGITIMIDADE DA PROVA NA ESPÉCIE. NULIDADE. NÃO OCORRÊNCIA. DESENTRANHAMENTO DOS AUTOS. DESNECESSIDADE. *HABEAS CORPUS* SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. AUSÊNCIA DE FLAGRANTE ILEGALIDADE. NÃO CONHECIMENTO.

1 – A complementação de diligência, feita pela Polícia Federal, após a fase do art. 402 do Código de Processo Penal, mediante autorização do juízo processante, não é causa de ilicitude da prova, pois foi produzida sob o crivo do contraditório e sua gênese em momento algum foi questionada pela defesa. Nulidade inexistente que elide a necessidade de sua retirada dos autos, pois ainda poderá ou não ser objeto de apreciação pelo juiz, quando formar sua convicção para proferir sentença.

2 – Distinção doutrinária entre ilicitude e ilegitimidade de prova.

3 – Inexistência de flagrante ilegalidade, na espécie, apta a fazer relevar a impropriedade da via, apresentada como substitutiva de recurso ordinário.

4 – *Habeas corpus* não conhecido." (*HC* [*omissis*]/RS, rel. Ministro Sebastião Reis Júnior, rel. p/ acórdão Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, julgado em 20.08.2013, DJe 13.09.2013)

Ressalto que a data da última modificação dos arquivos virtuais da instituição financeira clandestina, consoante informou o Laudo 1197/07, foi 30.03.07, 11h08. Considerando que o início da ação da autoridade policial se deu no raiar do dia, houve acesso direto à mídia antes da realização do espelhamento técnico.

Partilho do entendimento de que o exíguo tempo para modificações substanciais na prova coligida dá indícios, de per si, de que nenhuma alteração substancial foi realizada pela autoridade. Ademais, estamos tratando de agentes públicos cuja conduta, salvo prova em contrário, é presumivelmente escorreita e congruente com os ditames da lei. Sabe-se, ainda, que o simples acesso de um arquivo computacional implica alteração de sua "data de modificação", ainda que inexista uma modificação concreta no conteúdo da mídia. Ao que tudo indica, tratou-se de simples acesso direto ao conteúdo do *notebook* sem qualquer violação dos dados nele constantes. O próprio depoimento do delegado respon-

sável pela investigação aponta nesse sentido.

Saliente-se, outrossim, que as investigações da Operação [*omissis*], especialmente a apuração feita no caso concreto, não gravitam unicamente em torno das planilhas em comento. Há escutas telefônicas, inúmeros depoimentos, quebras de sigilo bancário, quebra de sigilo telemático e, inclusive, confissão de alguns agentes envolvidos na trama delitiva. As planilhas profligadas são corroboradas pelas demais provas no que tange à fidedignidade de seu conteúdo original. A própria "agenda eletrônica" de F.G., um dos operadores da [*omissis*], traz dados relativos às contas existentes na instituição clandestina.

Também é relevante ponderar que os dados contidos nas planilhas P1, P2 e TSC eram consolidados ao término de cada dia, sendo, por conseguinte, inviável sua exclusão superveniente. As cópias obtidas pela Polícia Federal no computador pessoal de A.T., quando devidamente corroboradas por outros elementos, constituem elemento de prova absolutamente idôneo para fundar decreto condenatório.

Do mesmo modo, o "espelhamento" dos dados contidos na mídia computacional deriva de diligência ordinariamente realizada pela Polícia Federal justamente no interesse do réu, mas não configura obrigação legal. Não há ilegalidade a ser pronunciada, mas apenas a necessidade de que tal prova seja corroborada mediante outros elementos indiciários e/ou probatórios.

Nesses termos, rechaço a tese.

*17.3. Da relação do réu D.P. com a [*omissis*]*

A denúncia apresentada pelo Ministério Público Federal vincula os réus D.P.P., N.L.P.P., C.A.D.P. e R.P.P. como "clientes" da [*omissis*] que lavavam dinheiro derivado do tráfico ilícito de entorpecentes. Para a consecução de seu objetivo, os réus teriam mantido subcontas perante a empresa clandestina sob a rubrica: D.

Transcrevo, por elucidativas, as razões apresentadas pelo juízo *a quo* sobre o tema:

"As operações descritas na denúncia teriam sido determinadas usando a conta 'D.'. Resta determinar quem seria o responsável por tal conta.

No depoimento de A.R.S.S., prestado nos autos do PCD [*omissis*] em 16.05.07, consta: 'D. é D.P.P.; que D. tinha atualmente duas contas de aplicações no sistema que totalizavam mais de US$ 4.000.000,00; que D. fazia muitas operações de dólar-cabo, em grandes valores, e que

não sabe a origem do dinheiro movimentado por D.P.; QUE D. fazia depósitos no exterior e que, quando tinha valores disponíveis, ligava e perguntava onde queriam que ele depositasse o dinheiro; QUE D. é irmão de R. e filho de C.P.; QUE D. mora na Rua [*omissis*]; que eram feitas entregas de dinheiro para D. naquele endereço; que R.P. também tinha aplicações com o grupo; QUE, quando a DECLARANTE esteve em MONTEVIDÉU/ROU, juntamente com J.Q., C. e F., encontraram-se com D., juntamente com L.; QUE D. tinha uma conta no exterior com o nome de [*omissis*] ou [*omissis*]' fl. 57 (e. 1, OUT79).

No depoimento de F.G. prestado nos autos do PCD [*omissis*] em 20.06.07, consta: 'D. é uma conta de D.P.P., que D. possuía um *site* na Internet para trabalhar com consultas nos ESTADOS UNIDOS, que era aplicador no grupo, que atualmente estava com aproximadamente R$ 4.000.000,00, que é o maior cliente mantido pelo grupo atualmente, que seu contato com o grupo era principalmente com J.Q. e com A.F.; que o dinheiro que entrou em sua conta foi do exterior; que D. juntou esse montante em aproximadamente 2 anos' – fls. 86-7 (e. 1, OUT79).

Na lista de dados da agenda eletrônica de F.G., consta: 'D.P., [*omissis*], [*omissis*] FAX [*omissis*], [*omissis*], conforme certidão da fl. 20 (e. 1, INQ2).

Em depoimento prestado neste juízo, A.R.S.S. confirmou que a conta 'D.' pertence a D.P. Disse que D. começou a operar com a [*omissis*] no final de 2005, e que continuou operando até a deflagração da Operação [*omissis*], em março de 2007. Disse que, em 2007, D. detinha um volume bem expressivo, estando entre os cinco clientes mais importantes. Disse que C. e N., pais de D., já eram aplicadores da [*omissis*] quando D. começou a operar, e que recebeu a informação de J.Q. de que D. prestava serviços de consultas médicas pela Internet. Disse que C., N. e R., irmão de D., também tinham contas, e que às vezes passavam numerário de uma conta para outra, principalmente de D. para R. Não recorda de ter havido transferência de contas de familiares em favor da conta de D. Disse que D. recebia e remetia valores para o exterior, e que às vezes pedia para resgatar valores e entregar. Que D. também pedia a R. que buscasse o numerário. Afirmou que N., C. e R. não tinham autonomia para movimentar a conta de D., somente ele movimentava (e. 224, TERMOTRANSCDEP1).

Em juízo, F.G. disse achar que D. começou a operar com a [*omissis*] em 2004, e continuou operando até a deflagração da Operação [*omissis*], em 2007. Disse que, em 2007, D. movimentava um valor considerável na [*omissis*], que girava em torno de 1 milhão e meio a 2 milhões de dólares. Disse que as operações de D. teriam iniciado com uma partilha efetuada por C. e N. em favor dos filhos, com um capital baixo. Disse que D. começou a gastar os valores, o que deixou C. preocupado. Disse que D. era fechado e não dava informações para a família sobre o destino do dinheiro. Disse que recebeu a informação de J.Q. de que D. estava montando um *site* nos EUA, de consultas médicas. Disse achar que D. sacou os valores resultantes da partilha para montar o *site*. Disse que, em 2006, os valores movimentados por D. começaram a aumentar, e que o aumento foi bem rápido. Disse que a operação normal de D. era de recebimentos do exterior, tendo havido algumas remessas no início. Disse que as operações de D. eram dele mesmo, e que D. costumava pedir que fossem entregues valores a R. Disse que A.F. pedia que não mexessem no dinheiro do D., mas ao mesmo tempo solicitava que fossem pagos outros clientes, porque estava com problemas financeiros (e. 224, TERMOTRANSCDEP1).

O réu D. silenciou em juízo (e. 333, ATA1).

Nos autos da Ação Penal [*omissis*], D. disse ter morado no exterior a partir de 2004

(Panamá, Uruguai e Romênia), negando ter enviado dólares ao Brasil (e. 331, OUT2, documento juntado pela defesa).

Porém, os depoimentos de ambos os informantes atribuem a titularidade da conta 'D.' ao réu, afirmando que o réu era titular de aplicações e efetuava remessas e recebimentos de valores do exterior. A.R.S.S. referiu, inclusive, em seu depoimento prestado perante a autoridade policial ainda em 2007, que D. tinha uma conta no exterior com o nome de [*omissis*] ou [*omissis*]. A titularidade da empresa [*omissis*], sediada no Panamá, foi confirmada por D. em seu interrogatório nos autos da Ação Penal [*omissis*] (e. 331, OUT2).

Ademais, o endereço constante na agenda eletrônica de F.G. é o mesmo da residência da família P.P., em Porto Alegre, tendo sido fornecido pelo réu, em juízo (e. 333, ATA1).

Assim, o conjunto probatório dos autos comprova que o réu D. era o titular da conta D., bem como era o responsável pelas operações descritas na denúncia."

Analisei atentamente não apenas as razões de decidir da sentença de primeiro grau, mas todos os documentos encartados aos autos, todas as provas testemunhais e todas as manifestações das partes. Entendo que a decisão de primeiro grau é adequada, porquanto as provas de autoria e materialidade relativas ao réu D. são sólidas e indicam a configuração do crime descrito na inicial acusatória.

Os informantes F.G. e A.R. sempre indicaram o acusado, inclusive declinando seu nome completo, como sendo o proprietário das contas *sub judice*. A agenda eletrônica de F., apreendida no curso das investigações, também indica telefones e endereço residencial do acusado D.

De outro lado, as planilhas P1 e P2, além de registrarem as operações determinadas por cada cliente, traziam apontamentos relativos às especificidades de cada uma das remessas. *In casu*, há diversas referências ao nome do réu D.P., aos de seus familiares e ao seu endereço residencial. Também existem menções a "[*omissis*]", empresa pertencente ao réu.

Outro elemento que vincula o agente à empreitada criminosa está nas escutas telefônicas juntadas no evento 02 do presente processo eletrônico. Verifica-se que D.P. pessoalmente contatou A.G. (proprietário da [*omissis*]) para falar acerca dos vultosos recursos que mantinha na instituição financeira clandestina e sobre operações de câmbio à margem do sistema oficial. Também há escutas telefônicas reveladoras de diálogos travados entre os familiares de D. e os integrantes da [*omissis*]. Em diversas oportunidades, há menções às operações realizadas por D. na instituição financeira clandestina.

Também foi encartada aos autos reprodução dos diálogos estabeleci-

dos por intermédio de MSN (Messenger) entre A.R.S.S. e D.P.P. A leitura das transcrições, as quais também constam na sentença de primeiro grau, afasta qualquer dúvida sobre a natureza ilícita e clandestina das operações de dólar-cabo estabelecidas pelo réu e pela [*omissis*].

Quanto à materialidade, a autoridade policial elaborou laudos periciais cotejando as informações contidas nas planilhas da instituição financeira clandestina com os extratos bancários das contas [*omissis*] e [*omissis*] por ela mantidas no exterior. Número proporcionalmente razoável de operações foi identificado em ambas as fontes, o que denota sua concretização efetiva no mundo dos fatos. Foi possível identificar, inclusive, valores saindo das contas das empresas [*omissis*] e [*omissis*], de propriedade do réu D.P., em favor das contas mantidas pela [*omissis*] no exterior, notadamente [*omissis*] e [*omissis*].

Ademais, diferentemente do que pretende fazer crer a defesa, é inviável exigir que a acusação demonstre, pela via de extratos bancários, cada uma das operações retratadas nas planilhas P1 e P2, porquanto são da natureza das operações de dólar-cabo sua clandestinidade e a utilização de diversos meios fraudulentos que obstaculizam sua apuração cabal pela via documental. A própria [*omissis*] utilizava-se de diversas outras contas internacionais, sediadas nos mais diversos países, cujos extratos jamais foram obtidos. O cotejo do extrato das contas [*omissis*] e [*omissis*] permite demonstrar, acima de dúvida razoável, que prosperam os indícios de que as planilhas P1 e P2 retratam de forma fidedigna as operações realizadas por cada um dos clientes. A prova pode e deve ser acolhida para fins de condenação criminal.

Ante o exposto, tenho que a prova de que as remessas e internalizações clandestinas efetivamente ocorreram em favor de D.P. é robusta e foi devidamente analisada pelo juízo *a quo*.

*17.4. Da relação de N.L.P.P., C.A.D.P. e R.P.P. com a [*omissis*]*

Consoante relatório, a inicial acusatória não teve seguimento em relação às movimentações financeiras imputadas aos réus por meio das contas mantidas junto à [*omissis*] sob as alcunhas "R.", "P.", "P.-C." e "N.", subsistindo, portanto, apenas no que toca à conta "D.". O juízo de primeiro grau absolveu os réus R., C. e N. de tal imputação em razão da ausência de elementos de convicção aptos a demonstrar que as movi-

mentações financeiras em questão lhes diziam respeito. Considerando a inexistência de recurso do Ministério Público Federal quanto ao ponto, nada há a ser debatido sobre o tema.

Avanço, por conseguinte, para a interpretação jurídico-penal dos fatos em questão praticados pelo réu D.P.P.

17.5. Da configuração da lavagem

No tópico de número 15 do presente voto, trouxe algumas considerações preliminares acerca do crime de lavagem de dinheiro previsto no art. 1º da Lei 9.613/98. Para evitar tautologia, reporto o leitor àquela passagem sobre o tema.

Especificamente em relação à valoração jurídica dos fatos devidamente comprovados nestes autos e ora em análise, entendo que a sentença de primeiro grau deve ser integralmente prestigiada no que toca à condenação de D.P. pelo branqueamento de capitais por meio da [*omissis*]. O crime, consoante ditame legal, ocorre quando o agente oculta ou dissimula a natureza, a origem, a localização, a disposição, a movimentação ou a propriedade de bens, direitos ou valores, provenientes, direta ou indiretamente, de crime.

Os vultosos recursos movimentados por D.P. na instituição financeira clandestina não encontram qualquer origem lícita em território brasileiro. Verifica-se que o Laudo 399/2010 Setec/SR/DPF/RS analisou pormenorizadamente as movimentações financeiras declaradas pelo réu ao longo de todos os exercícios financeiros mencionados na sentença. Ademais, a variação patrimonial de D. foi identificada com base em declarações de rendimentos, recolhimentos a título de CPMF, saldos em contas bancárias nacionais, declarações de imóveis e créditos, bem como extratos de fundos de investimentos em nome do réu. As autoridades concluíram que a variação patrimonial oficial do investigado foi de R$ 18.980,00 em 2002; R$ 0,00 em 2003; (-) R$ 213,49 em 2004; R$ 25.613,89 em 2005; R$ 65.899,18 em 2006; (-) R$ 61.779,69 em 2007; e (-) R$ 53.482,61 em 2008.

Fica evidenciada a absoluta inexistência de justificação plausível para o trânsito de milhões de reais em nome de D.P. na instituição financeira clandestina. Dessarte, considerando que resta comprovado acima de qualquer dúvida razoável o envolvimento do recorrente com o crime

de tráfico de drogas, é nítida a conclusão de que as operações de dólar-cabo engendradas na [*omissis*] tinham o fim de ocultar a localização, a origem, a movimentação e a disposição dos recursos auferidos de forma criminosa, configurando, assim, o tipo penal do art. 1º, inciso I, c/c § 4º, da Lei 9.613/98 nos termos em que vigente à época dos fatos.

18. Fato II.B.1 – Lavagem de dinheiro mediante utilização de contas bancárias no Panamá (março de 2005 a março de 2009)

O juízo de origem analisou de forma muito precisa o esquema montado pelos réus B.R. e D.P.P. para lavagem do dinheiro oriundo do tráfico de entorpecentes por meio de contas bancárias localizadas no Panamá. Acolhi integralmente a fundamentação apresentada na sentença e que ora é transcrita:

"No período de março de 2005 a março de 2009, conforme a denúncia, D.P.P. e B.L.R. ocultaram a origem, a propriedade, a localização e a movimentação de ativos oriundos da prática do crime de tráfico internacional de drogas por meio da movimentação e da manutenção de valores em contas tituladas por empresas *offshore* em instituições financeiras do Panamá.

Narra a denúncia que D. criou e manteve duas empresas *offshore*, a [*omissis*] e a [*omissis*], em nome das quais abriu contas bancárias por meio das quais mantinha e movimentava valores oriundos do tráfico de drogas.

Ainda segundo a denúncia, B. criou e manteve uma empresa *offshore*, a [*omissis*], em nome da qual abriu contas bancárias por meio das quais mantinha e movimentava valores oriundos do tráfico de drogas, a qual era administrada em benefício de ambos os denunciados.

A [*omissis*], sediada na Cidade do Panamá, República do Panamá, foi constituída em 17.11.2004 (e. 1, OUT73, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 429-36). Figuraram como diretores e gerentes da empresa J.M., F.E. e R.B., tendo sido formalizado o registro por intermédio da sociedade de advogados [*omissis*], e apontado, como endereço da sede, o mesmo dessa sociedade de advogados. J.M., relacionado como diretor e gerente, era empregado da sociedade de advogados [*omissis*] e passou a utilizar o nome J.M. como codinome, conforme demonstrado nos autos da Ação Penal nº [*omissis*].

Em 21.01.2005, foram emitidas ações da [*omissis*] em favor da [*omissis*], que passou a ser a única acionista daquela (e. 1, OUT73, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 434-6).

A [*omissis*], por sua vez, foi constituída em 29.10.2004 e sediada em Charlestown, na Ilha de Nevis & Saint Kitts (e. 1, OUT73, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 382-9). O capital social da empresa foi integralizado em sua totalidade por D.P.P. na mesma data.

Como restou demonstrado nos autos da Ação Penal nº [*omissis*], em 14.04.2005 foi celebrado contrato entre a [*omissis*] e a [*omissis*] (e. 1, OUT72 e 73, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls 103-13 e fls. 364-76) destinado à operacionalização do recebimento

dos pagamentos decorrentes da comercialização dos medicamentos pela Internet, mediante cartão de crédito. D. indicou a conta bancária nº [*omissis*], do Banco [*omissis*], na República do Panamá, para o débito das despesas devidas à [*omissis*].

A conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] (e. 1, OUT57, fls. 72-5) no Banco [*omissis*], recebia os repasses financeiros realizados pela [*omissis*] decorrentes do processamento dos valores oriundos da aquisição dos medicamentos pelos clientes. Apenas durante os meses de agosto e setembro de 2005, esses repasses alcançaram o montante de US$ 2.062.431,20 (e. 1, OUT72, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 46-66 e 68-9 e fl. 33). Após, esses valores eram transferidos para a conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*], no mesmo banco (e. 1, OUT72, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 40, 46-66 e 68-9), e para a conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no Banco [*omissis*] (e. 1, OUT72, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 41-5 e 46-66 e 68-9).

A [*omissis*] também repassou valores para conta mantida pela [*omissis*] no [*omissis*], em Nevis & Saint Kitts, principalmente a partir de outubro de 2005, no montante total de US$ 3.084.823,40 (e. 1, OUT72, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 67 e 70-2 e fl. 33). Após, esses valores eram transferidos para a conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*], no Banco [*omissis*] (e. 1, OUT72, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 40, 46-66 e 68-9), e para a conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no Banco [*omissis*] (e. 1, OUT72, Representação Criminal nº [*omissis*], Anexo 2, fls. 41-5 e 46-66 e 68-9).

Não há qualquer dúvida, portanto, acerca da origem ilícita dos valores que transitaram pela conta mantida pela [*omissis*] no [*omissis*], na Ilha de Nevis & Saint Kitts, e pelas contas mantidas pela [*omissis*] e pela [*omissis*] no Banco [*omissis*] (atual [*omissis*]) e ao Banco [*omissis*], na República do Panamá.

Conforme documentos alcançados mediante cooperação jurídica internacional com a República do Panamá (Procedimento nº [*omissis*], e. 1, OUT56 e 57), foi possível verificar os seguintes movimentos nas contas mencionadas:

a) Conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no Banco [*omissis*] (atual [*omissis*]) (e. 1, OUT57, fls. 72-5):

Data (mês/ano)
Entrada Total (US$)
Saída Total (US$)
Saldo Final (US$)

Agosto/05
943.739,21
938.744,21
4.995,00

Setembro/05
1.118.691,99
1.122.691,99
995,00

Outubro/05
3.913,10
45,00
4.853,10

Novembro/05
94.427,71
96.167,00
1.123,81

Dezembro/05
25,00
1.148,81
0,00

Total no Período
2.160.797,01
2.160.797,01

Os créditos decorreram de transferências internacionais recebidas da [*omissis*]. Os débitos, em sua maioria, corresponderam a transferências para a conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*], no mesmo banco. Em novembro e dezembro de 2005, ocorreram duas compras de transferências que tiveram por destino outra conta mantida pela [*omissis*] (nº [*omissis*]), antes do encerramento.

b) Conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no Banco [*omissis*] (atual [*omissis*]) (e. 1, OUT57, fls. 76-90):

Data (mês/ano)
Entrada Total (US$)
Saída Total (US$)
Saldo Final (US$)

Março/05
13.948,59
11.426,22
2.522,37

Abril/05
11.811,00
7.927,50
8.430,87

Maio/05
89.088,40
53.161,29
42.332,98

Junho/05
271.820,36
303.117,06
11.036,28

Julho/05
868.747,73
832.803,21
46.980,90

Agosto/05
1.313.687,83
1.236.398,19
124.270,44

Setembro/05
1.422.687,81
1.524.970,15
21.988,10

Outubro/05
0,00
21.988,10
0,00

Total no Período
3.985.139,89
3.991.631,72

A partir de junho de 2005, a conta passou a receber créditos decorrentes de transferências internacionais provenientes da [*omissis*], bem como de transferências da conta nº [*omissis*], também mantida pela [*omissis*] junto ao Banco [*omissis*]. Os débitos, além de pagamentos efetuados a [*omissis*] (farmácia), A.V. (médico), Fedex, [*omissis*] (farmácia), [*omissis*], dentre outros, beneficiaram a própria [*omissis*] (conta nº [*omissis*], mantida junto ao Banco [*omissis*]), e também a [*omissis*].

c) Conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no [*omissis*] (e. 1, OUT72, fls. 41-5)*:*

Data (mês/ano)
Entrada Total (US$)
Saída Total (US$)
Saldo Final (US$)

Agosto/05
155.881,32
30.118,19
220.517,80

Setembro/05
271.558,86
98.054,86
394.021,80

Outubro/05
1.838.960,87
2.025.906,79
207.075,88

Total no Período
2.266.401,05
2.154.079,84

Conforme extrato disponível nos autos, que abrange o período de agosto a outubro de 2005, a conta recebeu créditos provenientes da [*omissis*] e, a partir de outubro de 2005, da

[*omissis*]. Dentre os débitos, além de pagamentos efetuados a [*omissis*] (farmácia), A.V. (médico), Federal Express, [*omissis*] (farmácia), dentre outros, verifica-se a existência de duas transferências, em agosto e setembro de 2005, em favor da [*omissis*], empresa que, como visto acima, possuía contas que eram movimentadas pela [*omissis*].

Em outubro de 2005, a conta possuía saldo de US$ 288.283,01.

Além das contas acima citadas, que eram movimentadas por D. em nome das empresas [*omissis*] e [*omissis*], apurou-se a existência de uma outra conta, em nome da empresa [*omissis*], também mantida na República do Panamá.

d) Conta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no [*omissis*] (e. 1, OUT57, fls. 36-7):

Data (mês/ano)
Entrada Total (US$)
Saída Total (US$)
Saldo Final (US$)

Dezembro/07
24.021,00
12.480,00
11.541,88

Jan a Mar/08
40.092,19
14.679,00
35.840,07

Abr a Jun/08
50.292,61
62.153,59
23.871,32

Jul a Set/08
235,16
10,00
24.204,25

Out a Dez/08
470,32
10,00
24.100,17

Jan a Mar/09
200,75
60,00
24.355,00

Total
114.842,59
90.487,59
24.355,00

O extrato encaminhado pelo [*omissis*] não identifica a origem dos sete depósitos que abasteceram a conta. Além dos depósitos, a conta foi beneficiária de transferência inter-

nacional ocorrida em 25.02.08, no montante de US$ 36.475,57, proveniente de Curaçao (e. 1, OUT57, fls 56-7). Documentos encaminhados referentes a débitos por transferências demonstram a realização de diversas operações internacionais que tiveram por destino países como Holanda, EUA e Canadá e parecem ter tido a finalidade de realizar pagamentos (e. 1, OUT57, fls. 58-71).

A [*omissis*] foi constituída em 12.03.07 por Y.T. e Y.A. Y.T. constou como presidente da sociedade; H.R.L., como tesoureiro; e Y.A., como secretária (e. 1, OUT57, fls. 42-9).

Em 27.08.07, B. foi autorizado a movimentar contas mantidas pela empresa [*omissis*] perante o [*omissis*], bem como a abrir uma conta em nome da sociedade no mesmo banco (e. 1, OUT57, fls. 38-9).

Em 27.08.07, Y.T. e Y.A. declararam que B. era o acionista e/ou beneficiário real das ações da sociedade [*omissis*] e de suas contas de depósitos (e. 1, OUT57, fl. 34).

B. aparece como proprietário ('*dueño*') da empresa [*omissis*], empresa domiciliada na República do Panamá, nos documentos encaminhados pelo [*omissis*] (e. 1, OUT57, fl. 20), bem como a pessoa autorizada a movimentar a conta titularizada por essa pessoa jurídica (e. 1, OUT57, fls. 20-50). Por ocasião da abertura da conta, em 05.12.07, B. declarou receita anual de US$ 100.000,00, proveniente de poupança no Brasil e serviços (e. 1, OUT57, fl. 25).

B. declarou à Receita Federal, nos anos-calendário 2006 e 2007, rendimentos anuais da ordem de R$ 15.500,00 e R$ 24.593,05, respectivamente (INQ3, fls. 178-93).

Em juízo, B. disse ter constituído a empresa [*omissis*], afirmando que, por meio da empresa, recebia os valores pelos serviços prestados a D., no período em que residiu com ele no Panamá. Esclareceu que não chegou a receber depósitos de valores nessa conta, apenas efetuou em torno de quatro saques. Disse que D. lhe comunicava que havia um depósito na conta, ocasião em que efetuava o saque (e. 334, VIDEO1 e 2).

Do interrogatório de B. em juízo conclui-se que, embora B. constasse como proprietário da [*omissis*], bem como a pessoa autorizada a movimentar a conta mantida por essa empresa no [*omissis*], os valores que transitavam pela conta bancária não pertenciam a B.

E dos documentos encaminhados pelo [*omissis*] extrai-se que a conta não se destinava a movimentar rendimentos auferidos por B.

Em seu interrogatório nos autos da Ação Penal nº [*omissis*] (e. 331, OUT2), D. afirmou que, após vender o *know-how* associado às empresas [*omissis*] e [*omissis*], ficou um tempo parado até surgir o negócio da compra e venda de carros usados nos Estados Unidos e na Europa. Disse ainda que B. começou a trabalhar com ele no final de 2007, no desenvolvimento de um sistema de procura de carros e valores em leilões nos Estados Unidos e cálculo do lucro que seria obtido ao final com a venda dos automóveis ao cliente final, na Romênia. Afirmou que pagava a B. um valor mensal de US$ 2 a 3 mil para que ficasse à disposição, não lembrando a forma como era efetuado o pagamento.

Ainda conforme interrogatório de B. nos autos da Ação Penal nº [*omissis*] (e. 339, OUT3), as primeiras compras de automóveis foram efetuadas em 2008. B. afirmou ainda que não houve ingresso de dinheiro, apenas investimento.

Informação prestada pelas autoridades americanas (DEARIS: 601-11.03 DEA 09-47) (e. 1, INQ51, fls. 4-5) confirma a realização de compras de cinco automóveis de luxo em leilões nos Estados Unidos, os quais foram enviados para a Europa. Informa ainda que quatro veículos encontram-se no armazém da transportadora [*omissis*], em Roterdã, Holanda, por falta de pagamento do frete. Apenas um automóvel teria sido vendido na Holanda, para a empresa [*omissis*].

Das declarações prestadas por B. e D., conjugadas ao extrato encaminhado pelo [*omissis*], é possível concluir-se que os valores que ingressaram na conta mantida pela [*omissis*] constituíram-se em proventos das atividades ilícitas desenvolvidas por D. até pelo menos março de 2007."

A autoria do crime de lavagem de dinheiro atribuída ao réu D.P.P. é inequívoca. Percebe-se que o dinheiro auferido com o tráfico ilícito de medicamentos controlados lhe era diretamente repassado pela empresa [*omissis*] para contas titularizadas por suas empresas [*omissis*] e [*omissis*]. Li os extratos bancários encartados aos autos pelo Ministério Público Federal, e realmente chamam a atenção as constantes movimentações financeiras travadas entre as contas nºs [*omissis*] e [*omissis*], mantidas junto ao Banco [*omissis*] do Panamá, a conta nº [*omissis*], mantida junto ao Banco [*omissis*], no Panamá, e uma quarta conta no [*omissis*], na ilha de Saint Kittis.

São bastante evidentes os movimentos de dissimulação dos recursos operados por D.P. mediante multiplicação de operações por meio de empresas e contas distintas. O método é bastante conhecido e constitui o cerne do branqueamento de capitais. É nessa etapa que o agente criminoso busca dificultar o rastreamento dos recursos traçando uma confusa trilha de transferências e movimentações financeiras.

Quanto a B.L.R., o juízo de origem identificou corretamente o fato de que tal sujeito figurava no contrato social da empresa [*omissis*] e ostentava autorização para levar a efeito movimentações financeiras junto a conta bancária mantida por tal pessoa jurídica no [*omissis*]. Consoante já esclarecido no trecho da sentença anteriormente transcrito, bem como pelos documentos que instruíram a lide, a conta corrente em questão recebeu diversos depósitos oriundos das empresas *offshore* constituídas por D.P.P.

No curso de seu interrogatório, o réu B.L. (evento 334) afirmou ter constituído tal pessoa jurídica na época em que residiu com D.P. no Panamá. A conta seria utilizada tão somente para percepção de seu salário, o qual era pago em função do desenvolvimento de um sistema de informática voltado à comparação de preços de veículos automotores.

Inicialmente, o próprio extrato da conta bancária da empresa [*omissis*] torna pouco sustentável a versão apresentada pelo réu. Eram realizados diversos saques em curto intervalo de tempo. No mesmo dia,

notadamente em 25.06.2008, chegaram a ser retirados US$ 14.300,00 a um só tempo da referida conta. O valor não é condizente com o salário mensal supostamente percebido por B. (aproximadamente US$ 2.000,00) e não foi justificado de qualquer forma pela defesa. Também é interessante notar que os saques foram realizados já no ano de 2008, momento em que, segundo o próprio réu B., ele já havia retornado ao Brasil e, portanto, não mais residia no Panamá com D.P.P.

Há diversos elementos nos autos, não mencionados pelo juízo de primeiro grau nesse ponto, que vinculam de forma estreita os réus D.P.P. e B.L.R. Passo a elencar algumas dessas provas:

(a) Em 06.06.2008, foi interceptada uma conversa telefônica travada entre B. e uma amiga. Eles indagam como a informação de que B. e D. mantinham negócio envolvendo veículos automotores havia vazado a terceiros, já que se tratava de questão sigilosa (Evento 01, INQ5).

(b) Ofício encaminhado pela embaixada americana e redigido pelo DEA – *Drug Enforcement Administration* – relatando que B.R. e D.P.P. haviam criado duas empresas de fachada para o fim de negociar veículos, notadamente a empresa [*omissis*] (Romênia) e a [*omissis*]. Também restou comprovado o fato de que tais empresas atuaram junto a duas empresas americanas, especificamente [*omissis*] e [*omissis*], para adquirir veículos e encaminhá-los ao continente europeu.

(c) B.R. admitiu ter prestado serviços de criptografia ao corréu [*omissis*], o qual os utilizou para proteger dados de computadores que, embora apreendidos, acabaram sequer sendo acessados pela Polícia Federal em razão da segurança do sistema.

(d) Mediante procedimento de busca e apreensão, a Polícia Federal localizou na casa de B.R. diversos documentos em nome de D.P., inclusive certidões de antecedentes utilizadas para abertura de contas em instituições financeiras internacionais. Ainda na casa de B., foram encontradas instruções para constituição de *Trusts*, anotações com endereços em Malta, diversos documentos em nome da empresa [*omissis*], certificados de revendas de veículo no exterior e um veículo coupe luxo Dodge.

(e) No documento contido no Evento 01, INQ50, fl. 63, há análise do extrato do cartão de crédito de B.R., a qual revela que o agente esteve no Uruguai na mesma época em que D.P.P. esteve lá. Os dados também

revelam a realização de pagamentos em favor da empresa [*omissis*], situada em Jacksonville, nos Estados Unidos da América. Tal empresa é especializada em embalagens e formas para conservação em condição de isolamento contra calor, frio e umidade, as quais são corriqueiramente utilizadas para acondicionamento de fármacos.

(f) As investigações policiais brasileiras lograram êxito em apreender com B.L.R. um *pen drive* contendo planilhas de Excel utilizadas como controle para venda de medicamentos pelo grupo [*omissis*]. Quando da realização de busca e apreensão pelas autoridades estrangeiras na farmácia norte-americana [*omissis*], foram localizados documentos com expressa referência ao grupo [*omissis*].

Este julgador assistiu atentamente ao interrogatório de B.L.R., o qual asseverou que D.P.P. era um sujeito "obscuro". Muito embora o interrogado tenha fornecido respostas evasivas sobre a origem dos recursos de D., *v.g.*, que o dinheiro "vinha dele mesmo" e de "negócios anteriores a eles terem se conhecido", o fato é que não há como admitir o desconhecimento do agente sobre o caráter ilícito das divisas.

B. e D. moraram juntos no Panamá por um período considerável de tempo. Os acusados se encontraram na Romênia e também no Uruguai. De acordo com o próprio B., eles "faziam festas juntos", tratavam de assuntos "sobre gurias" e ostentavam relação de profunda amizade. Seriam, no entendimento do próprio interrogado, quase como "irmãos".

Todas as provas documentais produzidas, aliadas à proximidade estabelecida entre os réus, denotam que, ao abrir empresas em seu nome e aceitar o repasse de recursos, B.L.R. estava diretamente auxiliando o corréu D.P.P. no cometimento do crime de lavagem de capitais previsto no art. 1º, I, da Lei 9.613/98. Por todas as razões ora apresentadas, a sentença de primeiro grau deve ser mantida integralmente no que toca à condenação do recorrente B.

19. Fato II.B.2 – Lavagem de dinheiro por meio de contas bancárias na Suíça (janeiro de 2008 a maio de 2011)

Inicialmente, esclareço que a lavagem de dinheiro por intermédio de conta bancária na Suíça é imputada unicamente ao réu D.P.P.

Debrucei-me sobre todas as provas amealhadas no curso da instrução processual e concluo que inexiste qualquer reparo a ser feito na

sentença de primeiro grau de jurisdição, que assim consignou:

"De acordo com a denúncia, no período de janeiro de 2008 a pelo menos maio de 2011, D.P.P. ocultou a origem, a propriedade, a localização e a movimentação de ativos oriundos da prática do crime de tráfico internacional de drogas por meio da movimentação e da manutenção de valores em contas tituladas por empresa *offshore*, junto à instituição financeira [*omissis*] (atual [*omissis*]), na Suíça.

Em 11.08.09, o Federal Office of Justice da Confederação Helvética encaminhou às autoridades brasileiras informação espontânea sobre suspeita de lavagem de dinheiro por parte de D.P.P. O Ministério Público I do Cantão de Zurique havia recebido do [*omissis*] notificação de suspeita da prática de lavagem de dinheiro por D., o qual constava como *beneficial owner* da conta nº [*omissis*], registrada em nome da empresa [*omissis*], mantida naquela instituição. Ainda conforme a informação, no primeiro semestre de 2008 foram creditadas duas transferências vindas de uma outra conta pertencente a D. na Suíça, no valor total de cerca de CHF 1.374.000,00. A seguir, praticamente não houve mais movimentações na conta, exceto negócios de aplicações. A informação dá conta ainda de que, com base em tal notificação, o Ministério Público I do Cantão de Zurique abriu investigação criminal contra D. (e. 1, OUT62, fls. 11-4).

Encaminhado pedido de cooperação jurídica internacional ao governo da Suíça (Procedimento nº [*omissis*]), foi recebida a documentação bancária solicitada, tendo sido informado que o [*omissis*] foi incorporado pelo [*omissis*] em outubro de 2010 e que a conta objeto da solicitação teve seu número identificador alterado para [*omissis*], passando a ter diversas subcontas, uma para cada divisa: subconta nº [*omissis*], em franco suíço (CHF); subconta nº [*omissis*], em euro (EUR); e subcontas nºs [*omissis*] e [*omissis*], em dólar estadunidense (USD) (e. 1, OUT63, fl. 2).

Conforme documentos de abertura da conta nº [*omissis*] (atual [*omissis*]), preenchidos em 07.11.07, a conta foi aberta em nome da empresa [*omissis*], constituída em outubro de 2007, domiciliada nas Ilhas Virgens Britânicas (e. 1, OUT63, fl. 74), tendo sido autorizados a assinar pela empresa, de forma conjunta, D.P.P. e D.B., este de nacionalidade suíça (e. 1, OUT63, fl. 10). D.B. consta ainda como representante da empresa [*omissis*], sediada em São Vicente e Granadinas, para a qual foram outorgados poderes de administração da [*omissis*] (e. 1, OUT63, fls. 61, 65 e 67). A nacionalidade do proprietário da empresa foi informada como sendo brasileira (e. 1, OUT63, fl. 16). D.P.P. constou ainda como o proprietário dos bens (*'beneficial owner'*), com domicílio em Porto Alegre/RS (e. 1, OUT63, fl. 20).

Conforme extratos alcançados mediante cooperação jurídica internacional com o governo suíço (Procedimento nº [*omissis*], e. 1, OUT63), foi possível verificar os seguintes movimentos nas contas mencionadas:

a) Subconta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no [*omissis*] (atual [*omissis*]) (e. 1, OUT63, fls. 7301-39):

Data (mês/ano)
Entrada Total (CHF)
Saída Total (CHF)
Saldo Final (CHF)

Janeiro/08
1.200.000,00

1.131.520,45
68.479,55
(...)
Mov. Total 2008
2.460.554,75
2.460.554,75
0,00
(...)
Mov. Total 2009
2.073,50
0,00
2.073,50
(...)
Mov. Total 2010
1.072,50
0,00
3.146,00
(...)
Mov. Total 2011
1.308,00
0,00
4.454,00

O extrato encaminhado pelo [*omissis*] ([*omissis*]) identifica um depósito no valor de CHF 1.200.000,00, ocorrido em 24.01.08, bem como outro depósito, no valor de CHF 174.138,80, ocorrido em 22.05.08 (e. 1, OUT63, fls. 7302 e 7306)

b) Subconta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no [*omissis*] (atual [*omissis*]) (e. 1, OUT63, fls. 7401-36):

Data (mês/ano)
Entrada Total (EUR)
Saída Total (EUR)
Saldo Final (EUR)
Fevereiro/08
49.000,00
83.394,94
-34.394,94
(...)
Mov. Total 2008
340.044,72
338.593,33
1.451,39
(...)
Mov. Total 2009
6.636,19

3.057,83
5.029,75
(...)
Mov. Total 2010
4.110,68
137,83
9.002,60
(...)
Mov. Total 2011
993,94
0,00
9.996,54

O extrato encaminhado pelo [*omissis*] (atual [*omissis*]) identifica créditos advindos de troca de moeda (EUR 49.000,00, em 14.02.08; EUR 35.000,00, em 31.03.08; EUR 103.551,37, em 15.04.08; EUR 1.527,22, em 28.04.08; e EUR 18.740,17, em 26.05.08). Há ainda a venda de título em 16.05.08, no valor de EUR 100.000,00, e recebimento de dividendos (e. 1, OUT63, fls. 7402-36).

c) Subconta nº [*omissis*], mantida pela [*omissis*] no [*omissis*] (atual [*omissis*]) (e. 1, OUT63, fls. 7501-41):

Data (mês/ano)
Entrada Total (USD)
Saída Total (USD)
Saldo Final (USD)
(...)
Mov. Total 2008
2.290.108,95
2.287.865,58
426,78
(...)
Mov. Total 2009
89.331,87
5.126,60
84.632,05
(...)
Mov. Total 2010
15.857,84
1.614,90
98.874,99
(...)
Mov. Total 2011
739.541,86
0,00
838.416,85

O extrato encaminhado pelo [*omissis*] (atual [*omissis*]) identifica créditos advindos de troca de moeda (*'Spot Exchange'*) (USD 20.000,00, em 27.02.08; USD 135.000,00, em 05.03.08; USD 1.100,00, em 26.03.08; USD 46.407,30, em 28.04.08; USD 584.937,11, em 02.05.08; USD 1.857,56, em 19.05.08; USD 155.763,70, em 19.05.08; USD 85.076,21, em 30.05.08; USD 45.572,37, em 24.06.08; USD 2.000,00, em 26.06.08; USD 764,86, em 13.11.08; e USD 3.500,00, em 22.04.08). Há ainda a venda de títulos (USD 43.757,78, em 26.03.08; USD 21.384,87, em 22.04.08; USD 49.665,39, em 02.05.08; e USD 57.393,78, em 02.05.08) e recebimento de dividendos (e. 1, OUT63, fls. 7502-41).

Em seu interrogatório nos autos da Ação Penal nº [*omissis*] (e. 331, OUT2), D. afirmou que, após vender o *know-how* associado às empresas [*omissis*] e [*omissis*], ficou um tempo parado até surgir o negócio da compra e venda de carros usados nos Estados Unidos e na Europa.

Ainda conforme interrogatório de B. nos autos da Ação Penal nº [*omissis*] (e. 339, OUT3), as primeiras compras de automóveis foram efetuadas em 2008. B. afirmou ainda que não houve ingresso de dinheiro, apenas investimento.

Informação prestada pelas autoridades americanas (DEARIS: 601-11.03 DEA 09-47) (e. 1, INQ51, fls. 4-5) confirma a realização de compras de cinco automóveis de luxo em leilões nos Estados Unidos no início de 2008, os quais foram enviados para a Europa. Informa ainda que quatro veículos encontram-se no armazém da transportadora [*omissis*], em Roterdã, Holanda, por falta de pagamento do frete. Apenas um automóvel teria sido vendido na Holanda, para a empresa [*omissis*].

Das declarações prestadas por B. e D., conjugadas aos extratos encaminhados pelo [*omissis*] (atual [*omissis*]), é possível concluir-se que os valores que ingressaram nas contas mantidas pela [*omissis*] constituíram-se em proventos das atividades ilícitas desenvolvidas por D. até pelo menos março de 2007.

Acrescento que D. declarou à Receita Federal do Brasil ter recebido o montante total de R$ 138.506,86 em rendimentos nos anos de 2002 a 2008, 78% originados de lucros e dividendos da empresa [*omissis*], e 22%, de pessoas físicas (e. 1, INQ3, Laudo 399/2010 – Setec/SR/DPF/RS, fls. 157-77).

Ou seja, não há origem lícita comprovada para os valores que transitaram pelas contas da Suíça, ou para a aquisição dos títulos cujos negócios ou dividendos foram creditados no período.

E, como exposto acima, em março de 2007 ocorreu diligência de busca e apreensão na [*omissis*], realizada pelas autoridades americanas, ocasião em que foram colhidos elementos que vinculavam as atividades da [*omissis*] às empresas [*omissis*] e [*omissis*].

Tal ocorrência parece ter contribuído para que D. passasse a transferir os valores auferidos com as atividades ilícitas vinculadas à venda de medicamentos controlados pela Internet para contas que não possuíssem qualquer vinculação com as empresas [*omissis*] e [*omissis*] ou com seu nome."

Mantenho integralmente as razões de decidir utilizadas pelo juízo *a quo* e reconheço que a autoria e a materialidade pelo delito de lavagem de dinheiro por intermédio de contas abertas na Suíça efetivamente pertence ao réu D.P.P.

20. Fato II.B.3 – Lavagem de dinheiro por meio de contas bancárias em Liechtenstein

A lavagem de dinheiro por meio de contas bancárias em Liechtenstein é igualmente imputada pelo Ministério Público Federal unicamente ao réu D.P.P. Novamente, a profusão de provas afasta qualquer sombra de dúvida acerca da configuração do delito.

Em 25.05.09, a Interpol Valduz/Liechtenstein encaminhou às autoridades brasileiras comunicação sobre a existência de processo penal em andamento na Princely Court of Justice, sob o nº [*omissis*], contra D.P.P. por lavagem de dinheiro, informando ainda que o réu é ou foi acionista das empresas [*omissis*] e [*omissis*], sediadas nas Ilhas Virgens Britânicas, titulares de contas bancárias no [*omissis*] (e. 1, OUT58, fls. 8-9).

Os documentos encartados no evento 314 demonstram que a abertura da conta corrente na instituição financeira de Liechtenstein foi promovida pela empresa [*omissis*], a qual tinha D.P.P. como titular dos bens de valor e pessoa comercialmente responsável. O objeto social da empresa, como bem salientou o juízo *a quo*, era o "investimento de patrimônio" decorrente da atuação do titular comercial como prestador de serviços de informática na área de *webhosting*, tecnologia e assessoria para lojas *online*.

Da mesma forma, a empresa [*omissis*] providenciou a abertura de contas na mesma instituição financeira em 02.11.2007. Novamente, D.P.P. figura como titular dos bens de valor e pessoa comercialmente responsável por tal pessoa jurídica nos contratos celebrados com o banco de Liechtenstein.

Analisei atentamente os extratos bancários obtidos por meio de cooperação jurídica internacional e verifico que aproximadamente CHF 1.260.245,66 transitaram pelas contas correntes que, em última análise, pertenciam ao réu D.P.P. O elevado montante em questão, absolutamente incongruente quando cotejado com o patrimônio declarado pelo réu às autoridades nacionais, aliado à comprovação de que o réu cometeu o crime antecedente de tráfico de entorpecentes, torna clara a configuração do crime tipificado no art. 1º, I, da Lei 9.613/98.

Ante o exposto, mantenho a condenação de D.P.P. pelo delito de la-

vagem de capitais por meio de contas bancárias abertas nas instituições financeiras situadas no principado de Liechtenstein.

21. Fatos II.B.4 e II.C – Lavagem de dinheiro por meio de contas bancárias na Romênia e compra e venda de veículos no exterior

De acordo com a denúncia, os réus D.P.P. e B.L.R. criaram empresas na Romênia, por meio das quais promoveram a abertura de contas em instituições financeiras oficiais daquele país, bem como engendraram esquema de compra e venda de veículos de luxo com o dinheiro adquirido com o tráfico de medicamentos controlados.

Mais uma vez, as provas de autoria e materialidade são contundentes e foram analisadas com precisão na sentença impugnada pelos acusados. Transcrevo os principais trechos da fundamentação empreendida pelo juízo *a quo*, a qual ora é adotada como razão de decidir no presente voto.

"(...)

Em busca e apreensão levada a efeito na residência de B.L.R., em Porto Alegre/RS, foram apreendidos documentos que indicavam a manutenção de contas bancárias em nome da empresa [*omissis*] nas instituições financeiras romenas [*omissis*] e [*omissis*] (e. 1, INQ50, fls. 30-41, e OUT64, fls. 6-22).

Encaminhado pedido de cooperação jurídica internacional ao governo da Romênia (Procedimento nº [*omissis*]), foi recebida a documentação solicitada (e. 1, OUT64 e 66, e e. 33, OUT2).

Conforme documentos fornecidos pelo [*omissis*], a [*omissis*], sediada em Bucareste, na Romênia, possui as contas nºs [*omissis*] (RON), [*omissis*] (EURO) e [*omissis*] (DÓLAR), abertas em 11.03.08 (e. 1, OUT66).

D.P.P. consta nos documentos de abertura das contas como representante legal da empresa [*omissis*] e pessoa autorizada. D. declarou ser residente no Uruguai (e. 1, OUT66).

Certidão do Registro do Comércio da Romênia dá conta de que a empresa [*omissis*] foi constituída em 22.02.08, tendo como sócio único B.L.R., e como pessoa autorizada D.P.P. (e. 1, OUT66). Foi ainda outorgada procuração por parte de B., em favor de D., habilitando-o a abrir e movimentar contas perante o Banco [*omissis*] e o [*omissis*] (e. 1, OUT66).

Contrato social da [*omissis*] descreve como áreas de atividade da empresa consultoria em gestão, comércio de automóveis e veículos leves, comércio atacado de peças e acessórios para veículos, comércio de motocicletas, peças e acessórios, dentre outras (e. 1, OUT66).

Em 18.03.08, a conta da [*omissis*] recebeu EUR 95.000,00, provenientes do [*omissis*]. Em 28.05.08, a conta da [*omissis*] recebeu EUR 180.000,00, provenientes do [*omissis*]. E em 30.05.08, a conta da [*omissis*] recebeu EUR 15.973,75, provenientes do [*omissis*]. Em todas as transferências, constou como cliente requerente [*omissis*] (e. 1, OUT66).

Em 03.04.08 foi debitado da conta da [*omissis*] o valor de EUR 94.000,00, transferido em favor da [*omissis*]. Em 03.06.08 foi debitado da conta o valor de EUR 196.900,00, transferido

em favor da [*omissis*]. Ambas as operações foram assinadas por [*omissis*] (e. 1, OUT66).

Extrato da conta em EUROS apresenta a seguinte movimentação, ocorrida no período de março a agosto de 2008 (e. 1, OUT66):

Mês
Data
Débito
Crédito
Saldo
(...)
Total
290.900,00
290.994,99

Documentos encaminhados pelo [*omissis*] dão conta de que a [*omissis*] é cliente desde 14.03.08, quando solicitou a abertura das contas nºs [*omissis*] (ROU), [*omissis*] (EUR) e [*omissis*] (USD). Não foram realizadas operações por meio dessas contas bancárias (e. 1, OUT66).

Novamente, constou como representante da [*omissis*] e pessoa habilitada D.P.P., o qual declarou ser residente no Uruguai (e. 1, OUT66).

Conforme informação prestada pelas autoridades americanas (DEARIS: 601-11.03 DEA 09-47) (e. 1, INQ51, fls. 4-5), por meio das empresas [*omissis*] e [*omissis*], ambas sediadas na Romênia, foram comprados cinco carros de luxo em leilões nos Estados Unidos, que foram enviados para a Europa. D. contratou a empresa [*omissis*], da Califórnia, para adquirir quatro carros de luxo em leilões nos EUA. A primeira transação iniciou em 14.04.08, quando a [*omissis*] enviou USD 45.075,00 do [*omissis*] para o [*omissis*], nos EUA. O veículo adquirido pela [*omissis*] foi enviado para Roterdã, na Holanda. Mais outros três veículos foram adquiridos, tendo sido enviados a Roterdã, na Holanda. Os quatro veículos encontram-se no armazém da transportadora [*omissis*], em Roterdã, Holanda, por falta de pagamento do frete. Um outro automóvel teria sido adquirido por D. e vendido na Holanda, para a empresa [*omissis*].

Em seu interrogatório nos autos da Ação Penal nº [*omissis*] (e. 331, OUT2), D. afirmou que, após vender o *know-how* associado às empresas [*omissis*] e [*omissis*], ficou um tempo parado até surgir o negócio da compra e venda de carros usados nos Estados Unidos e na Europa. Disse ainda que B. começou a trabalhar com ele no final de 2007, no desenvolvimento de um sistema de procura de carros e valores em leilões nos Estados Unidos e cálculo do lucro que seria obtido ao final com a venda dos automóveis ao cliente final, na Romênia.

Ainda, conforme interrogatório de B. nos autos da Ação Penal nº [*omissis*] (e. 339, OUT3), as primeiras compras de automóveis foram efetuadas em 2008. B. afirmou ainda que não houve ingresso de dinheiro, apenas investimento.

Das declarações prestadas por B. e D., conjugadas ao extrato encaminhado pelo [*omissis*], é possível concluir-se que os valores que ingressaram na conta mantida pela [*omissis*] constituíram-se em proventos das atividades ilícitas desenvolvidas por D. até pelo menos março de 2007.

Acrescento que D. declarou à Receita Federal do Brasil ter recebido o montante total de R$ 138.506,86 em rendimentos nos anos de 2002 a 2008, 78% originados de lucros e

dividendos da empresa [*omissis*], e 22%, de pessoas físicas (e. 1, INQ3, Laudo 399/2010 – Setec/SR/DPF/RS, fls. 157-77).

B., por sua vez, declarou à Receita Federal, nos anos-calendário 2006 e 2007, rendimentos anuais da ordem de R$ 15.500,00 e R$ 24.593,05, respectivamente (INQ3, fls. 178-93).

Ou seja, não há origem lícita comprovada para os valores que transitaram pelas contas da Romênia.

2.2.3.4.1 Autoria

2.2.3.4.1.1 D.P.P.

Em relação às contas mantidas pela empresa [*omissis*] no [*omissis*], verificou-se que, muito embora D. não constasse como sócio, possuía poderes, outorgados por B., para a abertura e a movimentação de contas em nome da pessoa jurídica, tendo sido ele, de fato, quem autorizou as transferências que favoreceram a [*omissis*].

B. afirmou em juízo que assinou alguns documentos a pedido de D., tendo sido aberta a empresa [*omissis*]. Disse que D. lhe pediu ajuda para abrir a empresa porque não poderia ter mais de uma pessoa jurídica em seu nome. Disse que D. era quem administrava a empresa, e que, para tanto, outorgou a ele uma procuração (e. 334, VIDEO1 e 2).

Como já dito antes, em março de 2007 ocorreu diligência de busca e apreensão na [*omissis*], realizada pelas autoridades americanas, ocasião em que foram colhidos elementos que vinculavam as atividades da [*omissis*] às empresas [*omissis*] e [*omissis*].

Tal ocorrência com certeza contribuiu para que D. passasse a transferir os valores auferidos com as atividades ilícitas vinculadas à venda de medicamentos controlados pela Internet para contas que não possuíssem qualquer vinculação com as empresas [*omissis*] e [*omissis*] ou com seu nome, o que permitiu ainda que passasse a empregar tais valores em atividades lícitas, como a compra e venda de automóveis de luxo usados, completando o ciclo da lavagem de capitais.

2.2.3.4.1.2 B.L.R.

B. afirmou em juízo que assinou alguns documentos a pedido de D., tendo sido aberta a empresa [*omissis*]. Disse que D. lhe pediu ajuda para abrir a empresa porque não poderia ter mais de uma pessoa jurídica em seu nome. Disse que D. era quem administrava a empresa, e que, para tanto, outorgou a ele uma procuração. Acrescentou que, para a abertura da empresa e a outorga da procuração, D. lhe indicou um escritório de advogados, onde deveria falar com pessoa de nome M. Disse que assinou documentos e foi com M. até o tabelião para a autenticação. Afirmou que somente tomou conhecimento da existência das contas bancárias em nome da [*omissis*] por meio da ação penal (e. 334, VIDEO1 e 2).

A versão de B. acerca da abertura da empresa é corroborada por documentos existentes nos autos. Dentre os documentos encaminhados pelo [*omissis*], consta 'Decisão do Associado Único da [*omissis*]', datada de 19.02.08, mesma data da constituição da sociedade, outorgando poderes a um conjunto de pessoas, dentre elas M.B., para elaborar o ato constitutivo da sociedade, elaborar e assinar, em nome da sociedade, qualquer decisão do associado único necessária para o registro, representar a sociedade perante tribunais e órgãos governamentais para registrar a sociedade, etc. (e. 1, OUT66).

A afirmação de B. de que não tinha conhecimento da existência das contas bancárias, contudo, não procede, pois em busca e apreensão levada a efeito na residência do réu, em Porto Alegre/RS, foram apreendidos documentos que indicavam a manutenção de contas em

nome da empresa [*omissis*] junto às instituições financeiras romenas [*omissis*] e [*omissis*] (e. 1, INQ50, fls. 30-41, e OUT64, fls. 6-22).

Trata-se de contrato em que B. pretende habilitar-se como representante autorizado da empresa [*omissis*], em nome [*omissis*]. B. informa que é o proprietário da empresa, tendo 100% do capital, apresentando como referências bancárias os seguintes bancos:

– [*omissis*], com endereço na Str. [*omissis*] n° [*omissis*], *sector* [*omissis*], em Bucareste, com telefone [*omissis*]. Como nome de contato, informa M.T. O nº da conta é [*omissis*], aberta em janeiro de 2008;

– [*omissis*], localizado na [*omissis*] Street, em Bucareste. Informa como contato a pessoa de C.D. e o telefone [*omissis*].

B., como visto, permitiu que D. mantivesse uma empresa e contas bancárias na Romênia em seu nome.

Ainda que tal empresa se destinasse à atividade de compra e venda de automóveis de luxo nos Estados Unidos e posterior venda na Romênia e que, para auxiliar em tal atividade, houvesse sido contratado por D., a justificativa apresentada para o fato de ter emprestado seu nome não é plausível.

Acrescento que há elementos que apontam para o conhecimento de B. sobre as atividades ilícitas desenvolvidas anteriormente por D., o que estaria a demonstrar que B. não seria um mero prestador de serviços, mas uma pessoa que teria auxiliado diretamente D. na operacionalização do esquema de lavagem de dinheiro: tanto no *pen drive* quanto no celular que estavam na posse de B. por ocasião da diligência de busca e apreensão realizada pela Polícia Federal havia arquivos e informações que remetiam para a prática pretérita da atividade de comercialização de medicamentos de uso controlado pela Internet.

O fato revela ainda a proximidade existente entre B. e D., uma vez que D., embora demonstrasse extrema cautela em deixar rastros sobre suas atividades e seu paradeiro, teria confiado a B. a tarefa de desenvolver um sistema de organização de arquivos de *e-mail*, disponibilizando arquivos que continham elementos reveladores de suas atividades ilícitas.

2.2.4 Lavagem de dinheiro mediante compra e venda de veículos no exterior

Por fim, conforme a denúncia, pelo menos entre abril e julho de 2008, D.P.P. e B.L.R. ocultaram a propriedade e a localização de veículos adquiridos com recursos oriundos da prática do crime de tráfico internacional de drogas, bem como movimentaram e transferiram tais recursos por meio de empresas romenas de fachada, a [*omissis*] e a [*omissis*].

Como visto acima, informação prestada pelas autoridades americanas (DEARIS: 601-11.03 DEA 09-47) (e. 1, INQ51, fls. 4-5) relata que, por meio das empresas [*omissis*] e [*omissis*], ambas sediadas na Romênia, foram comprados cinco carros de luxo em leilões nos Estados Unidos, que foram enviados para a Europa (e. 1, INQ51, fls. 4-5).

D. contratou a empresa [*omissis*], da Califórnia, para adquirir quatro carros de luxo em leilões nos EUA. A [*omissis*], por sua vez, utilizou as empresas [*omissis*] ([*omissis*]) e [*omissis*] para pesquisar e encontrar os automóveis. Os veículos foram enviados dos EUA para Roterdã, Holanda, pela empresa [*omissis*], para entrega à [*omissis*] (e. 1, INQ51, fls. 4-5).

A primeira transação iniciou em 14.04.08, quando a [*omissis*] enviou USD 45.075,00 do [*omissis*] para o [*omissis*], nos EUA. O veículo adquirido pela [*omissis*], um Hummer 2007/chassi [*omissis*], modelo H2, amarelo, pelo valor de USD 38.000,00, foi enviado para Roterdã, na Holanda (e. 1, INQ51, fls. 4-5).

Mais outros três veículos foram adquiridos pela [*omissis*] em 2008: um Nissan 350Z

2008/chassi [*omissis*]; um Maserati Quattroporte 2007/chassi [*omissis*]; e um Mercedes Benz GL320 2007/chassi [*omissis*], pelos valores de USD 28.000,00, USD 82.000,00 e USD 48.000,00, respectivamente, tendo sido enviados a Roterdã, na Holanda (e. 1, INQ51, fls. 4-5).

Os quatro veículos adquiridos por intermédio da [*omissis*] encontram-se no armazém da transportadora [*omissis*], em Roterdã, Holanda, por falta de pagamento do frete. Um outro automóvel teria sido adquirido por D. e vendido na Holanda, para a empresa [*omissis*], não havendo, contudo, informações mais precisas sobre o negócio (e. 1, INQ51, fls. 4-5).

As transações com automóveis de luxo relatadas pelos agentes americanos foram confirmadas em juízo pelos próprios réus.

Interrogado neste feito, B. disse recordar que foram comprados três carros, um Aston, um Jeep Hummer e uma Mercedes, que custaram aproximadamente USD 350.000,00 a USD 400.000,00. Disse que pelo menos um dos veículos foi comprado em leilão nos EUA, acreditando que seriam vendidos na Romênia. Acha que os automóveis não chegaram ao seu destino final. Afirmou ainda não saber informar se a [*omissis*] comprava os veículos, pois quem administrava era D. Disse achar que a [*omissis*] era a empresa que iria vender os carros na Romênia (e. 334, VIDEO1 e 2).

Nos autos da Ação Penal nº [*omissis*], B. foi mais enfático ao falar sobre o negócio de compra e venda de carros nos Estados Unidos e na Europa. Disse que a [*omissis*] era a empresa que efetuava a compra dos veículos, e que as primeiras aquisições iniciaram em 2008. Disse que o objetivo era ter um *showroom* na Europa. Relatou que compraram cinco carros, e que dois chegaram a atravessar o oceano, mas que não chegaram a sair do porto de Roterdã, Holanda. Disse que a [*omissis*] era a empresa que fazia o desembaraço dos bens no porto de Roterdã, Holanda. Afirmou que o primeiro veículo foi pela empresa [*omissis*], que estava registrada em nome de D. e sediada no mesmo local da [*omissis*], no próprio escritório de advocacia. Acrescentou que compravam os veículos da [*omissis*], a qual entrava em contato com a [*omissis*], que fazia o embarque com destino à [*omissis*], que recebia os carros. Disse que a [*omissis*] lhe mandava o certificado de propriedade do veículo em nome da [*omissis*], e que repassava o documento a D. Afirmou que D. não queria ser o contato com a [*omissis*], porque odiava os EUA (e. 339, OUT3).

Nos autos da Ação Penal nº [*omissis*], D. disse que iniciou a atividade de compra e venda de automóveis de luxo no final de 2007, início de 2008. Disse que os carros eram comprados nos Estados Unidos e seriam vendidos na Romênia, onde já havia feito um acordo com um hotel onde seriam expostos os veículos (e. 331, OUT2).

Como visto antes, certidão do Registro do Comércio da Romênia dá conta de que a empresa [*omissis*] foi constituída em 22.02.08, tendo como sócio único B.L.R. e como pessoa autorizada D.P.P. (e. 1, OUT66). Foi ainda outorgada procuração por parte de B., em favor de D., habilitando-o a abrir e movimentar contas perante o [*omissis*] e o [*omissis*] (e. 1, OUT66).

Contrato social da [*omissis*] descreve como áreas de atividade da empresa consultoria em gestão, comércio de automóveis e veículos leves, comércio atacado de peças e acessórios para veículos, comércio de motocicletas, peças e acessórios, dentre outras (e. 1, OUT66).

Da conta da [*omissis*], no [*omissis*], foram debitados valores e transferidos em favor da [*omissis*], em 03.04.08 (EUR 94.000,00) e em 03.06.08 (EUR 196.900,00). Ambas as operações foram assinadas por D. (e. 1, OUT66).

Como visto acima, não há origem lícita comprovada para os valores que transitaram pelas contas da Romênia, de onde se conclui que eram provenientes das atividades ilícitas desenvolvidas por D. pelo menos até março de 2007. Os veículos adquiridos nos Estados Unidos, portanto, o foram com proventos do delito antecedente praticado por D.

Em março de 2007, ocorreu diligência de busca e apreensão na [*omissis*], realizada pelas autoridades americanas, ocasião em que foram colhidos elementos que vinculavam as atividades da [*omissis*] às empresas [*omissis*] e [*omissis*], o que contribuiu para que D. passasse a transferir os valores auferidos com as atividades ilícitas vinculadas à venda de medicamentos de uso controlado pela Internet para contas que não possuíssem qualquer vinculação com as empresas [*omissis*] e [*omissis*] ou com seu nome, o que permitiu ainda que passasse a empregar tais valores em atividades lícitas, como a compra e venda de automóveis de luxo usados, completando o ciclo da lavagem de capitais.

E, além de manter contas bancárias em nome de empresas que não possuíam vinculação com seu nome, D. solicitou a B. que emprestasse seu nome para a constituição da empresa [*omissis*], por meio da qual eram efetuadas as aquisições dos veículos.

A [*omissis*], portanto, além de titular das contas de onde saíam os valores destinados à aquisição dos veículos, constava também como a proprietária dos automóveis, após a aquisição nos Estados Unidos.

Assim, era mantida oculta a origem dos valores utilizados para a aquisição dos veículos, bem como a real propriedade deles por parte de D.

2.2.4.1 Autoria

2.2.4.1.1 D.P.P.

Como visto acima, verificou-se que, muito embora D. não constasse como sócio da empresa [*omissis*], possuía poderes, outorgados por B., para a abertura e a movimentação de contas em nome da pessoa jurídica, tendo sido ele, de fato, quem autorizou as transferências que favoreceram a [*omissis*].

B. afirmou em juízo que assinou alguns documentos a pedido de D., tendo sido aberta a empresa [*omissis*]. Disse que D. lhe pediu ajuda para abrir a empresa porque não poderia ter mais de uma pessoa jurídica em seu nome. Disse que D. era quem administrava a empresa, e que, para tanto, outorgou a ele uma procuração (e. 334, VIDEO1 e 2).

As transações com os automóveis, portanto, foram realizadas por D., por intermédio de empresa e conta bancária que não possuíam qualquer vinculação com seu nome, o que permitiu que passasse a empregar valores obtidos por meio das atividades ilícitas, desenvolvidas até março de 2007, em atividades lícitas, como a compra e venda de automóveis de luxo usados, completando o ciclo da lavagem de capitais.

2.2.4.1.2 B.L.R.

B. afirmou em juízo que assinou alguns documentos a pedido de D., tendo sido aberta a empresa [*omissis*]. Disse que D. lhe pediu ajuda para abrir a empresa porque não poderia ter mais de uma pessoa jurídica em seu nome. Disse que D. era quem administrava a empresa, e que, para tanto, outorgou a ele uma procuração. Acrescentou que, para a abertura da empresa e a outorga da procuração, D. lhe indicou um escritório de advogados, onde deveria falar com pessoa de nome M. Disse que assinou documentos e foi com M. até o tabelião para a autenticação. Afirmou que somente tomou conhecimento da existência das contas bancárias em nome da [*omissis*] por meio da ação penal

(e. 334, VIDEO1 e 2).

A versão de B. acerca da abertura da empresa é corroborada por documentos existentes nos autos. Dentre os documentos encaminhados pelo [*omissis*], consta 'Decisão do Associado Único da [*omissis*]', datada de 19.02.08, mesma data da constituição da sociedade, outorgando poderes a um conjunto de pessoas, dentre elas M.B., para elaborar o ato constitutivo da sociedade, elaborar e assinar, em nome da sociedade, qualquer decisão do associado único necessária para o registro, representar a sociedade perante tribunais e órgãos governamentais para registrar a sociedade, etc. (e. 1, OUT66).

A afirmação de B. de que não tinha conhecimento da existência das contas bancárias, contudo, não procede, pois em busca e apreensão levada a efeito na residência do réu, em Porto Alegre/RS, foram apreendidos documentos que indicavam a manutenção de contas em nome da empresa [*omissis*] nas instituições financeiras romenas [*omissis*] e [*omissis*] (e. 1, INQ50, fls. 30-41, e OUT64, fls. 6-22).

Trata-se de contrato em que B. pretende habilitar-se como representante autorizado da empresa [*omissis*], em nome [*omissis*]. B. informa que é o proprietário da empresa, tendo 100% do capital, apresentando como referências bancárias os seguintes bancos:

– [*omissis*], com endereço na Str. [*omissis*] n° [*omissis*], *sector* [*omissis*], em Bucareste, com o telefone [*omissis*]. Como nome de contato, informa M.T. O nº da conta é [*omissis*], aberta em janeiro de 2008;

– [*omissis*], localizado na [*omissis*] Street, em Bucareste. Informa como contato a pessoa de C.D. e telefone [*omissis*].

B., como visto, permitiu que D. mantivesse uma empresa e contas bancárias na Romênia em seu nome.

Ainda que tal empresa se destinasse à atividade de compra e venda de automóveis de luxo nos Estados Unidos e posterior venda na Romênia e que, para auxiliar em tal atividade, houvesse sido contratado por D., a justificativa apresentada para o fato de ter emprestado seu nome não é plausível.

Acrescento que há elementos que apontam para o conhecimento de B. sobre as atividades ilícitas desenvolvidas anteriormente por D., o que estaria a demonstrar que B. não seria um mero prestador de serviços, mas uma pessoa que teria auxiliado diretamente D. na operacionalização do esquema de lavagem de dinheiro: tanto no *pen drive* quanto no celular que estavam na posse de B. por ocasião da diligência de busca e apreensão realizada pela Polícia Federal havia arquivos e informações que remetiam para a prática pretérita da atividade de comercialização de medicamentos de uso controlado pela Internet.

O fato revela ainda a proximidade existente entre B. e D., uma vez que D., embora demonstrasse extrema cautela em deixar rastros sobre suas atividades e seu paradeiro, teria confiado a B. a tarefa de desenvolver um sistema de organização de arquivos de *e-mail*, disponibilizando arquivos que continham elementos reveladores de suas atividades ilícitas.

Diante de todo o exposto, comprovadas a materialidade e a autoria delitiva e ausentes causas de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade, merecem os réus D.P.P. e B.L.R. ser condenados pela prática do delito previsto no art. 1º, I, *caput*, e no art. 1º, § 1º, II, da Lei 9.613/98."

22. Dosimetria das penas

22.1. D.P.P.

Na primeira fase da dosimetria da pena, o juízo de origem considerou negativas as vetoriais circunstâncias do crime e consequências do delito e acabou dosando a pena-base em 04 (quatro) anos e 06 (seis) meses de reclusão.

Não há dúvidas sobre o acerto da sentença em relação à exasperação da pena privativa de liberdade por força das circunstâncias delitivas. O réu se utilizou de contas correntes em instituições financeiras de cinco países diferentes, sempre fazendo uso de pessoas jurídicas interpostas e abertas fora do território nacional. D.P., no Brasil, promoveu a lavagem de capitais por meio da instituição financeira clandestina [*omissis*] mediante realização de operações de dólar-cabo, as quais somente não estão sendo punidas como crime contra o Sistema Financeiro Nacional em razão da necessidade de observância do ato de extradição do agente. Por fim, o acusado criou complexo esquema de compra e venda de veículos ao redor do globo com o intuito de dar aparência de licitude aos recursos por ele obtidos mediante tráfico internacional de drogas controladas.

Quanto às consequências do crime, a sentença de primeiro grau consigna que "foi bloqueada apenas parte dos valores movimentados, no Panamá, na Suíça e em Liechtenstein". Acrescento, ainda, que a lavagem de dinheiro perpetrada por D.P. é com certeza muito mais ampla do que aquela desvelada nos presentes autos. A análise dos extratos das contas bancárias mantidas pelo acusado no exterior demonstra que uma série de transferências não identificadas pelas autoridades tem origem em outras empresas *offshore* que, muito provavelmente, são também por ele mantidas em território estrangeiro. A quantidade de recursos ocultos e dissimulados pela conduta do réu é grandiosa e foi apenas parcialmente bloqueada e apurada pelas autoridades de todos os países envolvidos. Graves são as consequências criminais reveladas e apuradas nestes autos, assim como são potencialmente ainda mais graves aquelas não identificadas em razão do bem montado esquema de transferências de recursos realizado pelo réu.

Em relação à suposta necessidade de observância do critério do "ter-

mo médio", matéria levantada pela defesa, entendo que o argumento não prospera. Não obstante este Tribunal Regional Federal da 4ª Região possa ter adotado, em diversos julgados, o critério do "termo médio" ao valorar as diversas circunstâncias judiciais com vista ao estabelecimento da pena-base na primeira fase da dosimetria da pena, de modo que, se o agente contasse com as oito circunstâncias judiciais em seu desfavor, a pena dosada restasse fixada exatamente no centro da pena prevista em abstrato para o tipo, tal não constitui um imperativo legal, tampouco persiste como critério unívoco no âmbito desta Corte.

É de dizer-se, ainda, que o critério do "termo médio" não constitui orientação vinculante e que está sendo superado no âmbito desta Corte, do que são exemplo os embargos de declaração na apelação criminal nº 5010344-94.2010.404.7100. Ademais, a peculiaridade da tese atinente ao termo médio resta evidenciada, inclusive, pelo fato de que apenas este Tribunal Regional Federal da 4ª Região vinha adotando expressamente a sistemática proposta pelo Ministério Público Federal; nenhum outro tribunal regional o faz. Os tribunais superiores, assim como os demais órgãos judicantes em território nacional, valem-se da regra geral estabelecida pela legislação no sentido de que a dosimetria da pena se dá por meio de discricionariedade balizada pelo Código Penal (sistema de relativa indeterminação).

Por todo o exposto, entendo adequada a sentença de primeiro grau, ainda que não tenha adotado o parâmetro do "termo médio" para fixação da pena-base, porquanto a dosimetria, em sua primeira etapa, foi realizada de forma plenamente congruente com o princípio da razoabilidade, lastrado na discricionariedade regrada do Código Penal.

Não foram reconhecidas circunstâncias agravantes ou atenuantes do delito.

Por fim, em relação à continuidade delitiva, aplicou-se a regra prevista no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98 em seu patamar máximo, notadamente 2/3 (dois terços). Entendo que o volume de recursos "lavados" pelo acusado, o longo período de tempo do ardil criminoso, bem como o amplo espectro de transferências de recursos em diferentes países efetivamente reclamam a exasperação em seu mais alto grau.

Ante o exposto, entendo que não há reparos a serem feitos na sentença de primeiro grau quanto ao ponto, razão pela qual mantenho inte-

gralmente a pena privativa de liberdade estabelecida em 07 (sete) anos e 06 (seis) meses de reclusão, enquanto a pena de multa segue dosada em 210 (duzentos e dez) dias-multa, em valor de 05 (cinco) salários mínimos vigentes em maio de 2011.

É inviável a substituição da pena por restritivas de direito em razão do não preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

22.2. B.L.R.

Também em relação ao réu B.L. foram reconhecidas duas circunstâncias judiciais negativas para fixação da pena-base, notadamente as circunstâncias do crime e as consequências do delito. Valho-me das mesmas razões empreendidas no tópico anterior para ratificar a dosimetria da pena realizada pelo juízo *a quo*.

Inexistem circunstâncias agravantes ou atenuantes.

Por fim, em relação ao aumento de pena derivado da continuidade delitiva prevista no art. 1º, § 4º, da Lei 9.613/98, tendo em vista que o réu B. contribuiu em menor amplitude para a lavagem de capitais, é adequada a elevação da sanção no patamar mínimo de 1/3 (um terço).

Ratifico, assim, a dosimetria da pena realizada pelo juízo *a quo*, cujo resultado foi o estabelecimento de privativa de liberdade na ordem de 04 (quatro) anos, 10 (dez) meses e 20 (vinte) dias de reclusão e sanção pecuniária de 104 (cento e quatro) dias-multa no valor de 1/30 (um trigésimo) do salário mínimo vigente em agosto de 2008.

É inviável a substituição da pena por restritivas de direito em razão do não preenchimento dos requisitos estabelecidos pelo art. 44, incisos I e III, do Código Penal.

23. Questões incidentais

23.1. Perdimento de valores em Liechtenstein

O Ministério Público Federal apresentou petição, no bojo do evento 21 deste processo eletrônico, esclarecendo que o Principado de Liechtenstein, em procedimento de cooperação jurídica internacional para execução da pena de perdimento de valores imposta pelo juízo *a quo*, solicita que conste expressamente na decisão judicial o fato de a sanção recair sobre os valores titularizados pela empresa [*omissis*], a qual era

administrada por D.P.P.

Na sentença de origem, ora analisada em sede de apelação interposta pela defesa, o magistrado determinou o perdimento dos seguintes valores:

"Liechtenstein (e. 1, OUT59):
– USD 38.485,61
– EUR 252,10
– CHF 646,30
– USD 66.459,90
– CHF 1.011.372,00"

Acolho o pedido do Ministério Público Federal para o fim de esclarecer que a presente pena de perdimento diz respeito aos valores mantidos em contas bancárias pela empresa [*omissis*], a qual era administrada faticamente por D.P.P.

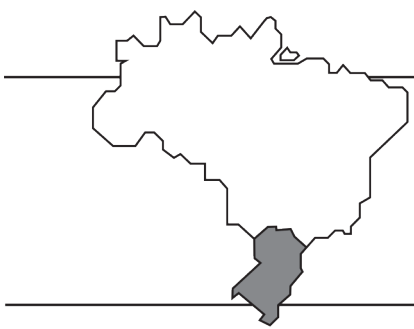
23.2. Restituição de valores em favor de N.L., C.A. e R.P.

A defesa dos réus ora nominados sustenta que, a despeito de já terem obtido a restituição da maior parcela dos bens apreendidos no curso da investigação policial, continuam sob custódia judicial valores em moeda estrangeira encontrados em sua residência. Pondera que, diante de sua absolvição, devem lhe ser restituídos os valores.

Entendo que assiste razão à defesa, motivo pelo qual determino a restituição aos acusados N.L., C.A. e R.P. dos US$ 2.060,00 (dois mil e sessenta dólares) apreendidos no quarto do casal N. e C. (Evento 01, INQ39, fl. 65).

24. Dispositivo

Ante o exposto, voto por *negar provimento* aos apelos defensivos e determinar a restituição de valores aos réus N.L., C.A. e R.P., nos termos da fundamentação empreendida.



DIREITO PREVIDENCIÁRIO

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 5014229-12.2012.4.04.7112/RS

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Embargado: Elenor Francisco Kist
Advogadas: Dra. Imilia de Souza
Dra. Clarice de Souza

EMENTA

Previdenciário. Embargos infringentes. Aposentadoria especial. Motorista de caminhão. Atividade penosa.

. A tese de que, após a vigência do Decreto nº 2.172, de 05.03.1997, não seria mais possível enquadrar como especiais as atividades consideradas penosas, porquanto a especialidade será considerada em relação à insalubridade verificada na exposição a agentes nocivos previstos no regulamento, não se coaduna com os arts. 201, § 1º, da CF/88 e 57 da Lei nº 8.213/91 no que apontam como substrato à concessão da aposentadoria especial o exercício de atividades que prejudiquem a saúde ou a integridade física do trabalhador.

. Havendo a comprovação de que o trabalho foi exercido em condições agressivas à saúde, deverá ser considerado especial, ainda que a atividade não esteja arrolada nos Decretos 2.172 e 3.048/99, cujo rol

de agentes nocivos é meramente exemplificativo, hipótese na qual tem incidência a Súmula 198 do TFR. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

. O laudo pericial indica que o embargante, no período de 29.04.95 a 31.03.03, desempenhou a função de motorista de caminhão e esteve exposto, de modo habitual e permanente, aos riscos físicos próprios da profissão, os quais foram assim identificados: ruído muitas vezes excedente a 85 dB, vibração do corpo inteiro, vapores e gases resultantes da combustão do petróleo, movimentos repetitivos, estresse físico, psíquico e social além do limite de tolerância de qualquer atividade, longas jornadas de trabalho com condições precárias de alimentação e higiene e privação do sono, tudo permitindo concluir que exercia atividade penosa, autorizando o reconhecimento de tempo de serviço especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 13 de agosto de 2015.

Juiz Federal *Luiz Antônio Bonat*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat: Trata-se de embargos infringentes opostos em face de acórdão em que foi provida parcialmente a apelação do autor e reconhecido o direito à aposentadoria especial, mediante o cômputo, como especial, do intervalo de 29.04.95 a 31.03.03, em que o segurado trabalhou como motorista de caminhão.

Pretende o embargante que seja afastado o reconhecimento do tempo especial no período de 06.03.97 a 31.03.03, pela penosidade, por falta de previsão legal a partir 05.03.97, vigência do Decreto nº 2.172/97. Alega, ainda, que não há comprovação de exposição da parte-autora a agentes nocivos de modo habitual e permanente no período em questão.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat: Quanto ao tempo especial relativo à atividade de motorista de caminhão, no voto vencido da exma. relatora, Juíza Federal Luciana Merlin Clève Kravetz, assim constou:

"Período de 07.06.94 a 31.03.03

O requerente foi motorista de caminhão na Transbavaria Transportes Ltda., realizando viagens pelo Rio Grande do Sul (evento 2, ANEXOS PET INI6, fl. 11).

Foi produzida perícia judicial (evento 2, pet39) em empresa similar.

O laudo do evento 2, PET39, elaborado após perícia realizada em empresa similar, indica que a exposição a ruído superava muitas vezes os 85 dB.

O tempo é especial, pelo desempenho de categoria profissional, no período de 07.06.94 a 28.04.95. Após essa data, não ficou demonstrado que o demandante estivesse exposto a ruído superior ao limite de tolerância de modo habitual e permanente. Ao contrário do que alega o autor, a penosidade não é agente que, atualmente, dê direito à aposentadoria especial.

Neste ponto, voto por dar parcial provimento ao recurso do INSS e à remessa oficial, para afastar o enquadramento por categoria profissional de 29.04.1995 a 05.03.1997."

O voto condutor do acórdão, da lavra do Des. Federal João Batista Pinto Silveira, admitiu a especialidade em todo o período, nos seguintes termos:

"Pedi vista para melhor analisar a questão acerca da especialidade do período de 29.04.95 a 31.03.03.

No caso, a perícia judicial (ev. 2, pet39) concluiu que o trabalho do autor, no período, como motorista de caminhão, é considerado especial, por ser trabalho penoso.

Assim refere a Súmula 198 do TFR: 'Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou *penosa*, mesmo não inscrita em regulamento' (grifado).

Desse modo, deve o período ser considerado especial até 31.03.03, e não apenas até 28.04.95, tendo em vista o enquadramento pela Súmula 198 do TFR.

Acrescentando-se este aos demais períodos já reconhecidos como especiais no voto da eminente relatora, verifica-se que o autor implementa o requisito temporal de 25 anos em atividade especial, fazendo jus ao benefício de aposentadoria especial. No mais, fica mantido o voto, por seus termos."

A tese adotada no voto vencido e repercutida nos embargos infringentes é a de que, após 06.03.1997, não seria mais possível o reconhecimento de tempo de serviço especial pelo exercício de atividades consideradas penosas pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, revogados que foram pela Lei nº 9.528/97. Assim, a partir do Decreto nº 2.172, de 05.03.97, a especialidade será considerada em relação à *insalubridade*

verificada na exposição a agentes nocivos químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde ou à integridade física previstos em regulamento, não mais em decorrência da *periculosidade* ou da *penosidade*.

A controvérsia já foi dirimida pelo Superior Tribunal de Justiça, em sede de recurso repetitivo, que, examinando situação análoga relativa ao agente nocivo eletricidade, firmou entendimento a) quanto à natureza meramente exemplificativa do rol de atividades nocivas à saúde do trabalhador que integra o regulamento do tempo especial e b) quanto à possibilidade de se considerar a especialidade em relação ao trabalho perigoso após 06.03.97:

"RECURSO ESPECIAL. MATÉRIA REPETITIVA. ART. 543-C DO CPC E RESOLUÇÃO STJ 8/2008. RECURSO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ATIVIDADE ESPECIAL. AGENTE ELETRICIDADE. SUPRESSÃO PELO DECRETO 2.172/1997 (ANEXO IV). ARTS. 57 E 58 DA LEI 8.213/1991. ROL DE ATIVIDADES E AGENTES NOCIVOS. CARÁTER EXEMPLIFICATIVO. AGENTES PREJUDICIAIS NÃO PREVISTOS. REQUISITOS PARA CARACTERIZAÇÃO. SUPORTE TÉCNICO MÉDICO E JURÍDICO. EXPOSIÇÃO PERMANENTE, NÃO OCASIONAL NEM INTERMITENTE (ART. 57, § 3º, DA LEI 8.213/1991).

1. Trata-se de recurso especial interposto pela autarquia previdenciária com o escopo de prevalecer a tese de que a supressão do agente eletricidade do rol de agentes nocivos pelo Decreto 2.172/1997 (Anexo IV) culmina na impossibilidade de configuração como tempo especial (arts. 57 e 58 da Lei 8.213/1991) de tal hipótese a partir da vigência do citado ato normativo.

2. À luz da interpretação sistemática, as normas regulamentadoras que estabelecem os casos de agentes e atividades nocivos à saúde do trabalhador são exemplificativas, podendo ser tido como distinto o labor que a técnica médica e a legislação correlata considerarem como prejudiciais ao obreiro, desde que o trabalho seja permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais (art. 57, § 3º, da Lei 8.213/1991). Precedentes do STJ.

3. No caso concreto, o tribunal de origem embasou-se em elementos técnicos (laudo pericial) e na legislação trabalhista para reputar como especial o trabalho exercido pelo recorrido, por consequência da exposição habitual à eletricidade, o que está de acordo com o entendimento fixado pelo STJ.

4. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/2008 do STJ." (REsp 1306113/SC, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, julgado em 14.11.2012, DJe 07.03.2013)

Sobressai do precedente citado interpretação mais consentânea com os desideratos dos arts. 201, § 1º, da CF/88 e 57 da Lei nº 8.213/91 no que apontam como substrato à concessão de aposentadoria especial o exercício de "atividades exercidas sob condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física" do trabalhador, desimportando o

fato de que o agente prejudicial decorra de trabalho insalubre, perigoso ou penoso, desde que devidamente comprovado, nos termos da legislação vigente aplicável. Isso porque,

"sob a interpretação sistemática do tema, não há como atribuir aos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213/91 a intenção do legislador de exaurir o rol de agentes nocivos ensejadores da aposentadoria especial, não podendo ser ignoradas as situações consideradas pela técnica médica e pela legislação correlata como prejudiciais à saúde do trabalhador, sem olvidar a necessária comprovação do trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais."

Por conseguinte, não se há de negar aplicação à Súmula 198 do TFR, que assim dispõe:

"Atendidos os demais requisitos, é devida a aposentadoria especial, se perícia judicial constata que a atividade exercida pelo segurado é perigosa, insalubre ou penosa, mesmo não inscrita em regulamento."

Havendo, portanto, a comprovação de que o trabalho foi exercido em condições prejudiciais à saúde, deverá ser considerado especial, ainda que a atividade não esteja arrolada nos Decretos 2.172/97 e 3.048/99.

Confira-se:

"RECURSO ESPECIAL Nº 1.311.308 – SC (2012/0040782-6)
RELATOR: MINISTRO SÉRGIO KUKINA
RECORRENTE: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS
PROCURADOR: PROCURADORIA-GERAL FEDERAL – PGF
RECORRIDO: JOSÉ PERETO
ADVOGADO: VITÓRIO ALTAIR LAZZARIS E OUTRO(S)

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, com fundamento no art. 105, III, alíneas *a* e *c*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, assim ementado (fl. 509):

'TEMPO DE SERVIÇO RURAL EM REGIME DE ECONOMIA FAMILIAR.

(...)

TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL. ATIVIDADE PROFISSIONAL. SUJEIÇÃO A AGENTES NOCIVOS. CONVERSÃO EM TEMPO COMUM COM ACRÉSCIMO.

Se 'ficar comprovado o exercício de atividade profissional considerada especial (tratorista/operador de escavadeira) ou a exposição do segurado a agentes nocivos, a atividade deve ser reconhecida como especial, e convertido o tempo em comum com acréscimo. Embora a função de tratorista não esteja qualificada como especial nos decretos aplicáveis à matéria, é admissível o reconhecimento da sua especialidade, por equiparação à função de motorista de caminhão, em virtude das semelhanças existentes entre essas atividades. Precedentes desta Corte.

APOSENTADORIA POR TEMPO DE SERVIÇO. REGRAS. ANTIGAS, TRANSI-

TÓRIAS E PERMANENTES.

(...)'

(...)

É o relatório.

Verifica-se, inicialmente, não ter sido demonstrada ofensa ao artigo 535 do Código de Processo Civil, na medida em que o tribunal de origem dirimiu, fundamentadamente, as questões que lhe foram submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos presentes autos. Ressalte-se que não se pode confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

Quanto à questão de fundo, a comprovação de tempo de serviço laborado em condições especiais era disciplinada pelos Decretos 53.831/64 e 83.080/79, os quais listavam as categorias profissionais que estavam sujeitas a agentes físicos, químicos e biológicos considerados prejudiciais à saúde ou à integridade física do segurado.

A jurisprudência desta Corte, na linha do disposto na Súmula 198 do extinto Tribunal Federal de Recursos, consolidou o entendimento de que o rol constante desses decretos é meramente exemplificativo, sendo possível que outras atividades, não relacionadas, sejam reconhecidas como insalubres, perigosas ou penosas, desde que devidamente comprovado nos autos.

No caso, o tribunal de origem, ao analisar o caso concreto, entendeu que atividade de tratorista equipara-se à de motorista de caminhão, motivo pelo qual o autor faria jus à contagem especial de tempo de serviço.

Assim, ao que se percebe, o acórdão recorrido não destoa do entendimento deste Superior Tribunal de Justiça, de forma que a alteração das conclusões adotadas pela corte de origem, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Confira-se, por pertinente, o seguinte precedente, *verbis*:

'PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. APOSENTADORIA POR TEMPO DE CONTRIBUIÇÃO. CÔMPUTO DE TEMPO ESPECIAL. ATIVIDADE DE TRATORISTA. ENQUADRAMENTO POR ANALOGIA. POSSIBILIDADE. ROL DE ATIVIDADES ESPECIAIS MERAMENTE EXEMPLIFICATIVO. JURISPRUDÊNCIA ASSENTADA DO STJ. RECURSO ESPECIAL REPETITIVO 1.306.113/SC. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. A jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que o rol de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou à integridade física descritas pelos Decretos 53.831/1964, 83.080/1979 e 2.172/1997 é meramente exemplificativo, e não taxativo, sendo admissível, portanto, que atividades não elencadas no referido rol sejam reconhecidas como especiais, desde que tal situação seja devidamente demonstrada no caso concreto.

2. *In casu*, o tribunal *a quo*, especado nos elementos fáticos coligidos aos autos, concluiu pela especialidade da atividade de tratorista, porquanto comprovada, por meio de formulários DSS-8030, a sua especialidade.

3. Recurso especial conhecido, mas não provido.' (REsp 1.369.269/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17.03.2015, DJe 23.03.2015)

De outro vértice, *mutatis mutandis*:

'AGRAVO REGIMENTAL. PREVIDENCIÁRIO. CONVERSÃO DE TEMPO DE SERVIÇO ESPECIAL EM COMUM. CATEGORIA PROFISSIONAL NÃO ENQUADRADA COMO ESPECIAL PELA LEGISLAÇÃO VIGENTE À ÉPOCA EM QUE PRESTADO O SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE. COMPROVAÇÃO DA CONDIÇÃO DANOSA DA ATIVIDADE LABORAL. SÚMULA 07/STJ.

I – O segurado que presta serviço em condições especiais, nos termos da legislação então vigente, e que teria direito, por isso, à aposentadoria especial faz jus ao cômputo do tempo nos moldes previstos à época em que realizada a atividade. Isso se verifica à medida que se trabalha.

II – *In casu*, a legislação vigente à época em que o serviço foi prestado não contemplava a categoria dos tratoristas e operadores de cana para fins de reconhecimento da atividade como especial.

III – O e. tribunal *a quo*, com base na análise do acervo probatório produzido nos autos, não reconheceu a condição de insalubridade da atividade laboral exercida pelo obreiro; sendo assim, a análise da *quaestio* esbarraria no óbice da Súmula nº 07/STJ.

Agravo regimental desprovido.' (AgRg no REsp 852.780/SP, Rel. Ministro FELIX FISCHER, QUINTA TURMA, julgado em 05.10.2006, DJ 30.10.2006, p. 412)

No mesmo sentido vão as seguintes decisões monocráticas: REsp 1.428.771/RS, rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.02.2014; e REsp 1.218.008/PR, rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, DJe 21.03.2012. Diante do exposto, nego seguimento ao recurso especial.

Publique-se.

Brasília (DF), 29 de maio de 2015.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA

Relator"

No enquadramento da atividade como penosa, tendo em vista que a legislação previdenciária não cuidou de definir os conceitos de periculosidade, insalubridade e penosidade, impende anotar, conforme Rocha e Baltazar (ROCHA, Daniel Machado da; BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. *Comentários à lei de benefícios da Previdência Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 247), que

"As definições de insalubridade, periculosidade e penosidade sempre estiveram ausentes da legislação previdenciária, que toma de empréstimo os conceitos da CLT, ampliados por outros diplomas esparsos. Com a modificação operada na redação do § 1º do art. 58 pela Lei 9.732/98, a adequação do emprego desses conceitos fica ainda mais evidente. (...)

Atividade penosa, por sua vez, é um conceito vago, sem definição legal, cuja manifestação doutrinária mais interessante talvez tenha sido lapidada por Wladimir Martinez nos seguintes termos: 'Pode ser considerada penosa a atividade produtora de desgaste no organismo, de ordem física ou psicológica, em razão de repetição de movimentos, condições agravantes, pensões e tensões próximas do indivíduo. Dirigir veículo coletivo ou de transporte pesado, habitual e permanentemente, em logradouros com tráfego intenso é exemplo de desconforto causador de penosidade'. Como exemplos de atividades consideradas penosas pelo D. 53.831/64, podemos citar as dos professores, motoristas e cobradores de ônibus e

frentistas de postos de combustíveis."

Some-se a isso, na atividade específica de motorista de caminhão, a forte influência do estresse ocupacional a gerar desgaste na saúde físico-psicológica do trabalhador submetido por horas ininterruptas ao trânsito caótico das estradas e das vias urbanas, desafiado pelo cumprimento de prazos cada vez mais exíguos e exposto a elevadas tensões, seja em decorrência do transporte de cargas, seja pela condução de passageiros. Não se restringe a agressão à saúde à ação dos elementos nocivos elencados no Decreto 2.172/97, senão resulta das dificuldades inerentes ao exercício da profissão por longos anos.

Na espécie, o laudo pericial elaborado pelo perito nomeado pelo juízo (evento 2 OUT 23) indica que o embargado desempenhava a atividade de motorista de diversos tipos de caminhão e estava exposto, de modo habitual e permanente, aos riscos físicos próprios da profissão, os quais foram identificados: ruído muitas vezes excedente a 85 dB, vibração do corpo inteiro, vapores e gases resultantes da combustão do petróleo, movimentos repetitivos, estresse físico, psíquico e social além do limite de tolerância de qualquer atividade, longas jornadas de trabalho com condições precárias de alimentação e higiene e privação do sono, tudo permitindo concluir que se trata de atividade extremamente penosa, passível de enquadramento nos códigos 2.4.4 do Quadro Anexo do Decreto 53.831/64 e 2.4.2 do Anexo II do Decreto 83.080/79, cuja aplicação não se restringe ao transporte de carga (APELREEX nº 5014645-92.2012.404.7107, rel. Juiz Federal Paulo Paim, 10.06.2015).

À luz dos fundamentos acima expendidos, tenho que a posição majoritária é a que melhor soluciona a questão.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento aos embargos infringentes.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
Nº 0008444-24.2015.4.04.9999/RS

Relator: O Exmo. Sr. Juiz Federal José Antonio Savaris

Apelante: Sérgio da Silva Rodrigues
Advogado: Dr. Vilmar Lourenço
Apelante: Instituto Nacional do Seguro Social – INSS
Advogado: Procuradoria Regional da PFE-INSS
Apelados: Os mesmos
Remetente: Juízo de Direito da 1ª Vara da Comarca de Sapucaia do Sul/RS

EMENTA

Previdenciário. Aposentadoria especial. Requisitos preenchidos. Agente físico. Ruído. Prova técnica por similaridade. EPI. Conversão do tempo de serviço comum em especial. Impossibilidade. Reafirmação da DER. Admissibilidade. Tempo de serviço posterior ao ajuizamento da ação.

1. Uma vez exercida atividade enquadrável como especial, sob a égide da legislação que a ampara, o segurado adquire o direito ao seu reconhecimento como tal e ao acréscimo decorrente da sua conversão em tempo de serviço comum no âmbito do Regime Geral de Previdência Social.

2. Até 28.04.1995, é admissível o reconhecimento da especialidade por categoria profissional ou por sujeição a agentes nocivos, aceitando-se qualquer meio de prova (exceto para ruído); a partir de 29.04.1995, não mais é possível o enquadramento por categoria profissional, devendo existir comprovação da sujeição a agentes nocivos por qualquer meio de prova até 05.03.1997 e, a partir de então, por meio de formulário embasado em laudo técnico, ou por meio de perícia técnica.

3. Comprovado o exercício de atividade especial por mais de 25 anos, o segurado faz jus à concessão da aposentadoria especial, a teor dos artigos 18, inciso I, alínea *d*, e 57, ambos da Lei nº 8.213/91, e do art. 201, § 1º, da CF, a contar da data do requerimento administrativo, com RMI de 100% do salário de benefício, nos termos do art. 57, § 1º, da LB.

4. Considera-se especial a atividade em que o segurado esteja exposto a ruído superior a 80 dB, até a edição do Decreto nº 2.172/97 (05.03.1997), e, a partir de então, eleva-se o limite de exposição para 90 dB, mediante a apresentação de laudo. Interpretação de normas internas da própria autarquia. A partir do Decreto nº 2.172/97, exige-se que a exposição permanente ao agente ruído seja acima de 90 dB para que o tempo possa ser computado como especial.

5. A perícia realizada por similaridade (aferição indireta das circunstâncias de trabalho) tem sido amplamente aceita em caso de impossibilidade da coleta de dados no efetivo local de trabalho do demandante.

6. Em se tratando de ruído, nem mesmo a comprovação de que a utilização de protetores reduzia a intensidade do som a níveis inferiores aos máximos deve afastar o reconhecimento da especialidade da atividade, pois já comprovado que a exposição por períodos prolongados produz danos em decorrência das vibrações transmitidas, que não são eliminadas pelo uso do equipamento de proteção. Precedente do STF.

7. A permanência a que se refere o art. 57, § 3º, da Lei nº 8.213/91 para fins de concessão da aposentadoria especial não requer que a exposição às condições insalubres ocorra durante todos os momentos da prática laboral. Basta que o empregado, no desempenho das suas atividades, diuturna e continuamente, sujeite-se ao agente nocivo, em período razoável da sua prestação laboral. Caso se admitisse o contrário, chegar-se-ia ao extremo de entender que nenhum trabalho faria jus àquela adjetivação. Entrementes, habitualidade e permanência hábeis para os fins visados pela norma – que é protetiva – devem ser analisadas à luz do serviço cometido ao trabalhador, cujo desempenho, não descontínuo ou eventual, exponha sua saúde à prejudicialidade das condições físicas, químicas, biológicas ou associadas que degradam o meio ambiente do trabalho, o que restou demonstrado no caso em apreço.

8. Recente julgado do Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.310.034-PR, representativo de controvérsia, consagrou que, após a Lei nº 9.032/95, somente se admite aposentadoria especial para quem exerceu todo o tempo de serviço em condições especiais. É inviável, assim, diante dessa nova orientação jurisprudencial, a conversão do tempo de serviço comum em especial.

9. Quanto à correção monetária, cabe ao juízo da execução, quan-

do da liquidação, dar cumprimento aos exatos termos da decisão a ser proferida pelo Supremo Tribunal Federal no RE 870947, deixando assentada, entretanto, a possibilidade de expedição de precatório da parte incontroversa da demanda.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 5ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, não conhecer do agravo retido; conhecer, em parte, do apelo do autor e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento; e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos do relatório, votos e notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 25 de agosto de 2015.

Juiz Federal *José Antonio Savaris*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Antonio Savaris: Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou *procedentes os pedidos* formulados na inicial para reconhecer a especialidade do trabalho nos interregnos de 12.09.1975 a 10.10.1975, 03.03.1978 a 03.08.1978, 29.12.1978 a 22.03.1979, 05.10.1979 a 11.12.1979, 01.09.1980 a 07.11.1980, 14.08.1981 a 04.12.1981, 09.06.1982 a 02.08.1982, 09.01.1985 a 11.02.1986, 22.04.1986 a 10.07.1995, 12.03.1997 a 12.08.1997, 02.02.1998 a 30.11.1998, 14.01.1999 a 10.09.1999 e 03.03.2000 a 03.05.2010; determinar a conversão do tempo de serviço comum em especial, nos períodos de 01.02.1975 a 23.05.1975, 14.11.1975 a 18.12.1975, 12.10.1977 a 14.02.1978, 12.11.1983 a 10.01.1984 e 02.04.1984 a 18.12.1984; e condenar o INSS a conceder, em favor do autor, o benefício de aposentadoria especial e a pagar as parcelas vencidas, a contar da DER (14.05.2010), acrescidas de correção monetária pelo INPC e de juros de mora, a contar da citação, de 1% ao mês até 06/2009 e, após, pelos índices aplicáveis à caderneta de poupança. Sucumbente, o INSS deverá arcar com o pagamento dos honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor das prestações vencidas até a sentença, e das custas processuais (fls. 267-272v).

Inconformados, apelaram a parte-autora e o órgão previdenciário.

Em suas razões, o autor aponta a ocorrência de erro material no *decisum*, pois não foi analisado o pedido de conversão do tempo de serviço comum em especial quanto ao interstício de 24.08.1976 a 22.10.1976. Ainda, com relação ao pagamento das parcelas em atraso, insurge-se contra os índices aplicáveis para fins de atualização monetária e juros de mora (fls. 274-283).

O INSS, de sua parte, defende a impossibilidade de reconhecimento da atividade especial, sob os seguintes fundamentos: (a) o laudo pericial da fl. 45 é extemporâneo, e o das fls. 49-51 foi elaborado em empresa diversa da prestação do trabalho; (b) a anotação em CTPS, sem outros subsídios, não é suficiente para provar o tempo de serviço em condições insalubres; (c) nos períodos de 22.04.1986 a 10.07.1995, 12.03.1997 a 12.08.1997 e 02.02.1998 a 30.11.1998, a exposição ao agente agressivo não era habitual e permanente; (d) o formulário PPP das fls. 145-154 indica que o trabalhador utilizava EPI; (e) o uso de EPI pelo empregado neutraliza a nocividade do labor; e (f) é inadmissível, após a Lei nº 9.032/95, a conversão do tempo de serviço comum em especial (fls. 284-298).

Com contrarrazões (fls. 298-298v e 300-307), subiram os autos a esta Corte para julgamento dos recursos e para reexame necessário.

Na petição das fls. 312-313, o autor requereu preferência no julgamento do feito, bem como a antecipação de tutela.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Juiz Federal José Antonio Savaris:

Agravo retido

Não conheço do agravo retido interposto pelo autor às fls. 221-223, já que não requereu a sua apreciação nas razões de apelação, conforme disposto no artigo 523, § 1º, do Código de Processo Civil.

Erro material na sentença

Com razão a parte-autora. De fato, o julgador deixou de analisar na

sentença o pedido de conversão do tempo de serviço comum em especial quanto ao período de 24.08.1976 a 22.10.1976. Observo, ainda, que incorreu em equívoco ao reconhecer a especialidade do labor no período de *03*.03.2000 a 03.05.2010, quando o pedido formulado na inicial, na verdade, tinha como marco inicial a data de *06*.03.2000. Trata-se, contudo, de meros erros materiais, passíveis de correção, *ex officio*, neste juízo *ad quem*, a teor do art. 463, inciso I, do CPC, sem que implique supressão de grau de jurisdição.

Atividade especial

A natureza da atividade é qualificada pela lei vigente à época da prestação do serviço, sem aplicação retroativa de norma ulterior que nesse sentido não haja disposto (RE nº 174.150-3/RJ, relator Ministro Octávio Gallotti, DJ 18.08.2000). Também por força do princípio *tempus regit actum*, o modo de comprovação da atividade especial é orientado pela lei vigente ao tempo da prestação do serviço. A partir dessa premissa geral, articulam-se as seguintes diretrizes para o presente julgado:

a) Para as atividades exercidas *até 28.04.1995*, véspera da vigência da Lei nº 9.032/95, é possível o reconhecimento do tempo de atividade especial pelo pertencimento a determinada categoria profissional ou pela exposição a agentes nocivos, nos termos previstos pelos decretos regulamentares. Por outro lado, em razão do caráter protetivo do trabalhador, é de ser reconhecida a natureza qualificada da atividade ainda que as condições que prejudicam sua saúde ou integridade física não se encontrem expressas em determinado regulamento (inteligência da Súmula nº 198 do extinto TFR).

b) Após a vigência da Lei nº 9.032/95, *em 29.04.1995*, a concessão da aposentadoria especial pressupõe a comprovação, pelo segurado, do tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente, em condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física (Lei nº 8.213/91, art. 57, § 3º). Sem embargo, "Para a caracterização da especialidade não se reclama exposição às condições insalubres durante todos os momentos da prática laboral, sendo suficiente que o trabalhador, em cada dia de labor, esteja exposto a agentes nocivos em período razoável da jornada (salvo exceções, *v.g.*, periculosidade)" (TRF4,

EINF nº 0010314-72.2009.404.7200, Terceira Seção, relator Des. Federal Celso Kipper, D.E. 07.11.2011).

c) Para as atividades desempenhadas a partir de *06.03.1997*, com a vigência do Decreto nº 2.172, a comprovação da efetiva exposição do segurado aos agentes nocivos se dá mediante formulário, emitido pela empresa ou seu preposto, com base em laudo técnico de condições ambientais do trabalho, expedido por médico do trabalho ou engenheiro de segurança do trabalho (Lei nº 8.213/91, art. 58, § 1º) (TRF4, AC nº 2002.71.07.001611-3, Quinta Turma, relator Des. Federal Celso Kipper, D.E. 07.07.2008).

d) Em relação aos agentes nocivos físicos *ruído, frio e calor*, é necessária a apresentação de laudo técnico independentemente do período de prestação da atividade, dada a necessidade de medição da intensidade desses agentes nocivos. De qualquer modo, a partir de 01.01.2004, é suficiente a apresentação de Perfil Profissiográfico Previdenciário – PPP, elaborado conforme as exigências legais (TRF4, EINF nº 0010314-72.2009.404.7200, Terceira Seção, relator Des. Federal Celso Kipper, D.E. 07.11.2011).

e) *A extemporaneidade do laudo pericial* não lhe retira a força probatória, em face da presunção de conservação do anterior estado de coisas, que deve operar desde que não evidenciada a alteração das condições de trabalho. A rigor, dada a evolução das normas de proteção ao trabalhador e em face das inovações tecnológicas, é plausível a tese de que, à época da prestação do serviço, as condições ambientais eram ainda mais ofensivas à saúde do trabalhador (TRF4, EINF 0031711-50.2005.404.7000, Terceira Seção, relator Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, D.E. 08.08.2013).

f) O limite de tolerância para *ruído* é de 80 dB(A) até 05.03.1997; 90 dB(A) de 06.03.1997 a 18.11.2003; e 85 dB(A) a partir de 19.11.2003 (STJ, REsp nº 1.398.260/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 14.05.2014, DJe 05.12.2014, julgamento proferido de acordo com a sistemática de representativo de controvérsia – CPC, art. 543-C).

g) Quanto aos efeitos da utilização de *equipamento de proteção individual*, "Se o EPI for realmente capaz de neutralizar a nocividade, não haverá respaldo constitucional à aposentadoria especial". Todavia, "na

hipótese de exposição do trabalhador a ruído acima dos limites legais de tolerância, a declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), no sentido da eficácia do Equipamento de Proteção Individual – EPI não descaracteriza o tempo de serviço especial para aposentadoria" (ARE nº 664.335, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, j. 04.12.2014, DJ 12.02.2015). Deve-se observar, contudo, que a adoção de EPI não deve ser considerada para fins de caracterização da atividade especial em tempo anterior a 03.12.1998, visto que essa exigência apenas foi disposta pela MP nº 1.729/98, convertida na Lei nº 9.732/89 (IN INSS/PRES nº 77/2015, art. 279, § 6º).

h) A lei vigente por ocasião da aposentadoria é a aplicável ao direito à *conversão entre tempos de serviço especial e comum*, independentemente do regime jurídico à época da prestação do serviço (STJ, EDcl no RESP nº 1.310.034/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, j. 26.11.2014, DJ 02.02.2015, julgamento proferido de acordo com a sistemática de representativo de controvérsia – CPC, art. 543-C). Dessa forma, é possível a conversão do tempo especial em comum mesmo para as atividades exercidas anteriormente à vigência da Lei nº 6.887/80, ao passo que a conversão do tempo comum em especial é apenas possível para o segurado que cumpriu os requisitos para aposentadoria especial até a vigência da Lei nº 9.032/95.

Exame do tempo especial no caso concreto

Na espécie, estas são as condições da prestação de serviço do autor:

Período: 12.09.1975 a 10.10.1975
Empresa: Bettanin Industrial S.A.
Atividades/funções: servente
Agente nocivo: Ruído de 85 dB
Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79
Provas: CTPS (fls. 71-95); Formulário Dirben 8030 (fl. 45) e Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho Pericial Judicial (fl. 46).
Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* A circunstância de o formulário da fl. 45 e o LTCAT (fls. 46-47) terem sido elaborados em período posterior à prestação do serviço pelo autor não é óbice ao enquadramento da atividade como especial, uma vez que indicam a presença do agente insalubre em épocas mais atuais, sendo razoável assumir que, no período da vigência do contrato de trabalho, as condições ambientais de trabalho eram piores, e não melhores do que o atestado no laudo técnico (APELREEX nº 5005369-04.2011.404.7000, relatora p/ acórdão Juíza Federal Maria Isabel Pezzi Klein, Quinta Turma, julgado em 23.04.2013).

* Ao contrário do que entendeu o INSS, o laudo pericial das fls. 49-51 não se presta à comprovação do trabalho insalubre neste interregno, mas sim quanto ao serviço prestado pelo autor em empresas que tiveram suas atividades encerradas (J.C. Ribeiro S.A., I.F. Vargas, Maria I. F. da Silva, Valério S. Nievierowski, Concau – Construtora Cauduro Ltda. e J.E.A Oliveira Ltda. – fl. 48), admitindo-se, nesses casos, a prova técnica por similaridade.

Período: 03.03.1978 a 03.08.1978

Empresa: J.C. Ribeiro S.A.

Atividades/funções: meio oficial ferreiro

Agente nocivo: Ruído variável entre 88 e 95 dB

Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79

Provas: CTPS (fls. 71-95) e laudo pericial (fls. 49-51).

Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* O reconhecimento da nocividade do labor, neste interregno, não se consubstancia única e exclusivamente nos registros dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, mas, também, no laudo realizado na Empresa Construtora Ernesto Woencke, o qual pode ser aceito como meio de prova da atividade insalubre do autor, porquanto a jurisprudência pátria reconhece a validade da perícia técnica por similaridade para fins de comprovação do tempo de serviço especial nos casos de impossibilidade de aferição direta das circunstâncias de trabalho (EI nº 2000.04.01.070592-2, relator Des. Federal Luís Alberto d'Azevedo Aurvalle, DJU 12.05.2008).

Período: 29.12.1978 a 22.03.1979
Empresa: I.F. Vargas
Atividades/funções: ferreiro
Agente nocivo: Ruído variável entre 88 e 95 dB
Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79
Provas: CTPS (fls. 71-95) e laudo pericial (fls. 49-51).
Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* O reconhecimento da nocividade do labor, neste interregno, não se consubstancia única e exclusivamente nos registros dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, mas, também, no laudo realizado na Empresa Construtora Ernesto Woencke, o qual pode ser aceito como meio de prova da atividade insalubre do autor, conforme já referido.

Períodos: 05.10.1979 a 11.12.1979 e 01.09.1980 a 07.11.1980
Empresa: Maria I. F. da Silva
Atividades/funções: ferreiro armador
Agente nocivo: Ruído variável entre 88 e 95 dB
Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79
Provas: CTPS (fls. 71-95) e laudo pericial (fls. 49-51).
Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* O reconhecimento da nocividade do labor, neste interregno, não se consubstancia única e exclusivamente nos registros dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, mas, também, no laudo realizado na Empresa Construtora Ernesto Woencke, o qual pode ser aceito como meio de prova da atividade insalubre do autor, conforme já referido.

Período: 14.08.1981 a 04.12.1981
Empresa: Valério S. Nievierowski
Atividades/funções: ferreiro
Agente nocivo: Ruído variável entre 88 e 95 dB

Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79

Provas: CTPS (fls. 71-95) e laudo pericial (fls. 49-51).

Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* O reconhecimento da nocividade do labor, neste interregno, não se consubstancia única e exclusivamente nos registros dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, mas, também, no laudo realizado na Empresa Construtora Ernesto Woencke, o qual pode ser aceito como meio de prova da atividade insalubre do autor, conforme já referido.

Período: 09.06.1982 a 02.08.1982

Empresa: Concau – Construtora Cauduro Ltda.

Atividades/funções: ferreiro

Agente nocivo: Ruído variável entre 88 e 95 dB

Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79

Provas: CTPS (fls. 71-95) e laudo pericial (fls. 49-51).

Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* O reconhecimento da nocividade do labor, neste interregno, não se consubstancia única e exclusivamente nos registros dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, mas, também, no laudo realizado na Empresa Construtora Ernesto Woencke, o qual pode ser aceito como meio de prova da atividade insalubre do autor, conforme já referido.

Período: 09.01.1985 a 11.02.1986

Empresa: Paramount Lansul S.A.

Atividades/funções: operador de máquina

Agente nocivo: Ruído de 84 dB

Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79

Provas: CTPS **(**fls. 71-95), formulário DSS 8030 (fl. 52) e laudo pericial (fls. 54-56).

Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

Período: 22.04.1986 a 10.07.1995
Empresa: Paramount Lansul S.A.
Atividades/funções: manipulador
Agente nocivo: Ruído de 86 a 88 dB
Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64 e código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79
Provas: CTPS **(**fls. 71-95), formulário DSS 8030 (fl. 52) e laudo pericial (fls. 54-56).
Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.
***** Em suas razões recursais, argumenta o INSS que o autor não estava exposto ao agente físico ruído, acima dos limites de tolerância, durante toda a sua jornada de trabalho. Entretanto, a sujeição ao agente nocivo, para configurar a especialidade da atividade, não necessita ocorrer durante todos os momentos da jornada de trabalho. A habitualidade e a permanência, para os fins visados pela norma – que é protetiva – devem ser interpretadas no sentido de que tal exposição deve ser ínsita à prestação do serviço desempenhado pelo segurado, ocorrendo em período razoável da sua rotina de trabalho, e não de ocorrência eventual, ocasional. Caso se admitisse o contrário, chegar-se-ia ao extremo de entender que nenhum trabalho faria jus àquela adjetivação. Nesse diapasão: AC nº 2000.04.01.073799-6, Sexta Turma, relator Des. Federal Luiz Carlos de Castro Lugon, DJU 09.05.2001.

Períodos: 12.03.1997 a 12.08.1997 e 02.02.1998 a 30.11.1998
Empresa: Tenenge – Técnica Nacional de Engenharia Ltda.
Atividades/funções: armador
Agente nocivo: Ruído de 99,14 dB (serra policorte) e de 103,68 dB (martelete pneumático)
Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64, código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79 e Código

2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97

Provas: CTPS (fls. 71-95) e laudo pericial judicial (fls. 242-250v).

Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor. Por outro lado, ao contrário do consignado na sentença, não há provas da sujeição do autor ao agente nocivo poeira, conclusão que, na prática, entretanto, não altera o resultado do julgado.

* Não obstante haja informação no formulário DSS 8030 (fl. 59) e no laudo técnico (fl. 58) de que a exposição ao agente agressivo era intermitente, o perito, na perícia realizada em juízo, reconheceu que o autor estava habitual e permanentemente sujeito a ruído acima dos limites de tolerância (fl. 249). Ora, havendo divergência entre as conclusões do engenheiro de segurança do trabalho da escolha da empresa, responsável pelo laudo que embasou o preenchimento do formulário DSS 8030, e as da perícia judicial, deve prevalecer a prova produzida em juízo, sob o crivo do contraditório, realizada por perito presumivelmente imparcial. De qualquer modo, repito, é possível o reconhecimento da especialidade do labor, conquanto não se saiba a quantidade exata de tempo de exposição ao agente insalutífero, pois não se reclama exposição às condições insalubres durante todos os momentos da prática laboral.

Período: 14.01.1999 a 10.09.1999

Empresa: J.E.A. Oliveira Ltda.

Atividades/funções: ferreiro

Agente nocivo: Ruído de 98,14 dB (serra policorte) e de 90,16 dB (betoneira)

Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64; código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79; código 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97; e código 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, na redação original, até 18.11.2003 (90 dB), e, a partir de 19.11.2003, com a alteração introduzida pelo Decreto nº 4.882/03 (85 dB)

Provas: CTPS (fls. 71-95), laudos pericial (fls. 49-51) e judicial (fls. 242-205v).

Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza

especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

* O reconhecimento da nocividade do labor, neste interregno, não se consubstancia única e exclusivamente nos registros dos contratos de trabalho anotados na CTPS do autor, mas, também, no laudo realizado na Empresa Construtora Ernesto Woencke, o qual pode ser aceito como meio de prova da atividade insalubre do autor, conforme já referido.

Período: 06.03.2000 a 03.05.2010
Empresa: Lanifício Kurashiki do Brasil Têxtil Ltda.
Atividades/funções: tintureiro II, XII e XIII
Agente nocivo: Ruído de 96 dB
Enquadramento legal: código 1.1.6 do quadro anexo ao Decreto nº 53.831/64; código 1.1.5 do Anexo I do Decreto nº 83.080/79; código 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 2.172/97; e código 2.0.1 do Anexo IV do Decreto nº 3.048/99, na redação original, até 18.11.2003 (90 dB), e, a partir de 19.11.2003, com a alteração introduzida pelo Decreto nº 4.882/03 (85 dB)
Provas: CTPS (fls. 71-95), formulário PPP (fls. 61-70) e perícia judicial (fls. 242-250v).
Conclusão: O agente nocivo ruído está elencado como especial e a prova é adequada. Portanto, é cabível o reconhecimento da natureza especial do labor, devendo ser confirmada a sentença, no ponto.

A tese de que a nocividade do trabalho foi neutralizada pelo uso de *EPIs* não se sustenta. A um, porque a utilização de equipamentos de proteção individual é irrelevante para o reconhecimento das condições especiais, prejudiciais à saúde ou à integridade física do trabalhador, da atividade exercida no período anterior a 03 de dezembro de 1998, conforme já referido. A dois, porque o STF, em regime de repercussão geral, deixou assentado que, nas hipóteses de submissão a ruído acima dos limites legais de tolerância, a "declaração do empregador, no âmbito do Perfil Profissiográfico Previdenciário (PPP), da eficácia do Equipamento de Proteção Individual (EPI) não descaracterizaria o tempo de serviço especial para aposentadoria" (ARE nº 664.335, relator Ministro Luiz Fux, Tribunal Pleno, DJE 12.02.2015).

Conclusão quanto ao tempo de atividade especial

Deve ser mantida a sentença relativamente ao reconhecimento da atividade especial nos períodos de 12.09.1975 a 10.10.1975, 03.03.1978 a 03.08.1978, 29.12.1978 a 22.03.1979, 05.10.1979 a 11.12.1979, 01.09.1980 a 07.11.1980, 14.08.1981 a 04.12.1981, 09.06.1982 a 02.08.1982, 09.01.1985 a 11.02.1986, 22.04.1986 a 10.07.1995, 12.03.1997 a 12.08.1997, 02.02.1998 a 30.11.1998, 14.01.1999 a 10.09.1999 e 06.03.2000 a 03.05.2010, em face da sujeição do trabalhador ao agente físico ruído.

Conversão de tempo de serviço comum em especial

Merece reforma a sentença no tópico, pois é descabida a pretensão de conversão dos períodos de 01.02.1975 a 23.05.1975, 14.11.1975 a 18.12.1975, 24.08.1976 a 22.10.1976, 12.10.1977 a 14.02.1978, 12.11.1983 a 10.01.1984 e 02.04.1984 a 18.12.1984. De fato, prevalecia no âmbito deste Tribunal o entendimento pela possibilidade de conversão do tempo de serviço comum para especial em relação a todo o labor desempenhado até 28.04.1995, dia anterior à vigência da Lei nº 9.032. Contudo, em recente julgado, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp nº 1.310.034, representativo de controvérsia, deixou assentado que, após a Lei nº 9.032, somente se admite aposentadoria especial para quem exerceu todo o tempo de serviço em condições especiais (EDcl no REsp nº 1.310.034/PR, relator Ministro Herman Benjamin, 1ª Seção, DJe 02.02.2015).

Do direito do autor no caso concreto

No caso dos autos, o somatório dos períodos laborados pelo autor em condições insalubres totaliza o tempo de serviço de *23 anos, 11 meses e 10 dias* e, portanto, *não conta o autor com o tempo mínimo de atividade necessário à concessão do benefício de aposentadoria especial*.

Porém, deve-se analisar a possibilidade de concessão da inativação considerando-se a data do implemento das condições necessárias à obtenção da aposentadoria especial, e não a DER, ainda que ausente pedido nesse sentido.

Reafirmação da DER

A concessão de benefício distinto daquele postulado na petição inicial *(o que não é o caso dos autos, acrescente-se)* não implica violação do princípio da adstrição da sentença, segundo firme orientação do STJ:

"[...] tendo em vista o caráter eminentemente protetivo e de alto alcance social da lei previdenciária, [...] Não pode o magistrado, se reconhecer devido o benefício, deixar de concedê-lo ao fundamento de não ser explícito o pedido." (AREsp 75.980/SP, Quinta Turma, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 05.03.2012)

Com efeito, essa premissa de que "o juiz deve aplicar o direito incidente sobre a situação fática constatada" (STJ, AgRg no AREsp 155.067/SP, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. 22.05.2012, DJe 26.06.2012) nos leva muito além de uma mera fungibilidade das ações previdenciárias, para servir de mais genérica diretriz, no sentido de que o que realmente importa em uma lide previdenciária é outorgar ao indivíduo a proteção previdenciária a que efetivamente faz jus.

Também nesse sentido mais amplo de desvinculação da sentença ao pedido:

"É firme o entendimento jurisprudencial deste Superior Tribunal de Justiça no sentido de que, tratando-se de lide previdenciária, pode o juiz enquadrar a hipótese fática no dispositivo legal pertinente à concessão do benefício cabível, sem que isso importe em julgamento *extra petita*, tendo em vista a relevância da questão social." (STJ, AgRg no REsp 1282928/RS, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, Sexta Turma, j. 09.10.2012, DJE 17.10.2012)

"O STJ tem entendimento consolidado de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não entendendo como julgamento *extra* ou *ultra petita* a concessão de benefício diverso do requerido na inicial, desde que o autor preencha os requisitos legais do benefício deferido." (AgRg no REsp 1305049/RJ, rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 03.05.2012, DJe 08.05.2012)

"É firme o posicionamento do STJ de que, em matéria previdenciária, deve-se flexibilizar a análise do pedido contido na petição inicial, não se entendendo como julgamento *extra* ou *ultra petita* a concessão de benefício diverso do requerido na inicial." (REsp 1499784/RS, rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, j. em 03.02.2015, DJe 11.02.2015)

Nessa mesma linha de orientação encontra-se o entendimento do TRF4:

"Esta Corte tem entendido, em face da natureza *pro misero* do Direito Previdenciário e calcada nos princípios da proteção social e da fungibilidade dos pedidos (em equivalência ao da fungibilidade dos recursos), não consistir em julgamento *ultra* ou *extra petita* a concessão de uma aposentadoria diversa da pedida, uma vez preenchidos pela segurada os requisitos legais relativos à aposentadoria deferida." (TRF4, AC 0002457-46.2011.404.9999, Quinta

Turma, rel. p/ acórdão Guilherme Pinho Machado, D.E. 23.08.2012)

"Não é *extra petita* a sentença que concede aposentadoria por idade híbrida quando pleiteada aposentadoria por idade rural." (TRF4, AC 0006519-95.2012.404.9999, Sexta Turma, relator Celso Kipper, j. 28.01.2015, D.E. 10.02.2015)

Quando o pretendente a uma prestação previdenciária, ao tempo da entrada do requerimento administrativo, não cumpre os requisitos legais para a concessão do benefício e, contudo, logra atendê-los no curso desse mesmo processo administrativo, a administração previdenciária reconhece o fato superveniente para fins da imediata concessão do benefício em questão, fixando a data de início do benefício para o momento do adimplemento dos requisitos legais. Para tanto, considera como realizado um novo requerimento administrativo, naquilo que se compreende como "reafirmação da DER".

Esse reconhecimento de fato superveniente no curso do processo administrativo, procedimento já tradicional na esfera administrativa, é expressamente previsto na Instrução Normativa nº 77, de 21.01.2015:

"Art. 690. Se durante a análise do requerimento for verificado que na DER o segurado não satisfazia os requisitos para o reconhecimento do direito, mas que os implementou em momento posterior, deverá o servidor informar ao interessado sobre a possibilidade de reafirmação da DER, exigindo-se para sua efetivação a expressa concordância por escrito."

É de todo louvável a disposição normativa acima transcrita, porque, a um só tempo, homenageia os princípios da máxima utilidade, da economia e da instrumentalidade do processo. De outra parte, reconhece que a parte pretendente ao benefício presume-se desconhecedora do complexo arranjo normativo previdenciário e, especialmente, desconhecedora dos critérios que serão utilizados pela administração para a análise de seu pedido de proteção previdenciária. Logo, jamais teria condições a pessoa que pretende um benefício previdenciário de identificar o preciso momento em que, na ótica do julgador administrativo, atenderia as exigências legais para a concessão do benefício. Teria ela que requerer um benefício a cada mês, para não ser prejudicada por aquilo que poderia ser reputado uma inércia. A exigência evidentemente soaria absurda.

Também no curso do processo judicial – e à luz dos mesmos valores de natureza constitucional-processual – é determinada a observância de

fato superveniente que possa influenciar a relação jurídica colocada em discussão, nos termos do art. 462 do CPC ("Se, depois da propositura da ação, algum fato constitutivo, modificativo ou extintivo do direito influir no julgamento da lide, caberá ao juiz tomá-lo em consideração, de ofício ou a requerimento da parte, no momento de proferir a sentença").

A questão que se oferece a debate é se é possível, na ação judicial, o reconhecimento de fato superveniente ao processo administrativo e que antecede o ajuizamento da demanda.

Entendemos que sim. A lógica da proteção previdenciária imediata e de não se exigir o absurdo ou desproporcional conduz à conclusão de que os fatos ocorridos após o requerimento administrativo e que influenciam na caracterização do direito do beneficiário devem ser reconhecidos ao longo do processo judicial, com a geração de efeitos a partir do momento em que chamados à existência.

Trata-se, também aqui, de definição da data de início do benefício, que se orienta pelo momento em que consideradas implementadas todas as condições para a concessão do benefício, evitando tumulto decorrente de protocolo de diversos requerimentos administrativos ou açodados ajuizamentos de demandas judiciais.

Nesse sentido se encontra a jurisprudência da Turma Regional de Uniformização da 4ª Região:

"O princípio processual previdenciário da primazia do acertamento da relação jurídica de proteção social sobre a estrita legalidade do ato administrativo orienta que a atividade jurisdicional destina-se primordialmente à definição da relação jurídica entre o particular e a administração previdenciária e, por tal razão, deve outorgar a proteção previdenciária nos termos em que a pessoa a ela faz jus, independentemente de como se tenha se desenvolvido o processo administrativo correspondente. Em outras palavras, a análise judicial deve voltar-se, com prioridade, para a existência ou não do direito material reivindicado. 2. É possível o cômputo de tempo superveniente ao processo administrativo para a solução judicial. A lógica assumida pela regra do art. 462 do CPC, ao consagrar exceção ao princípio da estabilidade da demanda, tem pertinência também em segundo grau de jurisdição." (IUJEF 0000474-53.2009.404.7195 – Turma Regional de Uniformização da 4ª Região – rel. p/ acórdão José Antonio Savaris – D.E. 09.09.2011)

Nesse mesmo sentido: IUJEF 0000318-70.2006.404.7195 – Turma Regional de Uniformização da 4ª Região – rel. Luísa Hickel Gamba – D.E. 15.12.2011.

Aposentadoria especial

No caso concreto, observo que a parte-autora, após o ajuizamento da presente ação, permaneceu trabalhando na empresa Lanifício Kurashiki do Brasil Têxtil Ltda., *até 03.07.2014*, exercendo a mesma função (tintureiro II), conforme contrato de trabalho registrado na sua CTPS (fls. 314-315).

Portanto, é possível que se compute em favor do autor o tempo de contribuição posterior ao protocolo do pedido de concessão do benefício de aposentadoria por tempo de contribuição, inclusive do tempo posterior ao ajuizamento da presente ação, em 09.08.2010, até o implemento dos requisitos necessários à obtenção do benefício, ocorrido em *23.05.2011*, data em que fica reafirmada a DER, e tem ele direito à aposentadoria especial a partir de então.

Como antes dito, ainda que esteja implementando os requisitos para obter a inativação após o ajuizamento, é possível o deferimento da aposentadoria especial, tendo como marco inicial essa data, *in casu*, 23.05.2011. É desnecessário, assim, que a parte-autora reitere administrativamente o pedido de aposentação, tendo em vista que não há qualquer prejuízo ao INSS, que será condenado ao pagamento das parcelas vencidas somente a partir da reafirmação da DER.

Conforme resumo de cálculo de tempo de contribuição apresentado pelo INSS, em 14.05.2010, o autor contava com 126 contribuições mensais (fl. 196). Logo, a carência necessária à aposentadoria pleiteada (art. 142 da Lei de Benefícios) foi devidamente cumprida.

Dos consectários

Segundo o entendimento das turmas previdenciárias do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, estes são os critérios aplicáveis aos consectários:

Correção monetária

Não conheço da apelação do autor no tópico, uma vez que pretende a atualização monetária das parcelas em atraso pela incidência do mesmo índice aplicado pelo juiz na sentença (INPC).

A correção monetária, segundo o entendimento consolidado na 3ª Seção deste TRF4, incidirá a contar do vencimento de cada prestação

atrasada e será calculada pelos índices oficiais e aceitos na jurisprudência, quais sejam: INPC (de 04/2006 a 29.06.2009, conforme o art. 31 da Lei nº 10.741/03, combinado com a Lei nº 11.430/06, precedida da MP nº 316, de 11.08.2006, que acrescentou o art. 41-A à Lei nº 8.213/91) e TR (a partir de 30.06.2009, à luz do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009).

O Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, declarou a inconstitucionalidade por arrastamento do art. 1º-F da Lei 9.494/97, com a redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009, afastando a utilização da TR como fator de correção monetária dos débitos judiciais da Fazenda Pública, relativamente ao período entre a respectiva inscrição em precatório e o efetivo pagamento.

Em consequência dessa decisão e tendo presente a sua *ratio*, a 3ª Seção desta Corte vinha adotando, para fins de atualização dos débitos judiciais da Fazenda Pública, a sistemática anterior à Lei nº 11.960/2009, o que significava, nos termos da legislação então vigente, apurar-se a correção monetária segundo a variação do INPC, salvo no período subsequente à inscrição em precatório, quando se determinava a utilização do IPCA-E.

Entretanto, a questão da constitucionalidade do uso da TR como índice de atualização das condenações judiciais da Fazenda Pública no período antes da inscrição do débito em precatório teve sua repercussão geral reconhecida no RE 870.947 e aguarda pronunciamento de mérito do STF. A relevância e a transcendência da matéria foram reconhecidas especialmente em razão das interpretações que vinham ocorrendo nas demais instâncias quanto à abrangência do julgamento nas ADIs 4.357 e 4.425.

Recentemente, em sucessivas reclamações, a Suprema Corte vem afirmando que, no julgamento das ADIs em referência, a questão constitucional decidida restringiu-se à inaplicabilidade da TR ao período de tramitação dos precatórios, de forma que a decisão de inconstitucionalidade por arrastamento foi limitada à pertinência lógica entre o art. 100, § 12, da CRFB e o artigo 1º-F da Lei 9.494/97, na redação dada pelo art. 5º da Lei 11.960/2009. Em consequência, as reclamações vêm sendo acolhidas, assegurando-se que, ao menos até que sobrevenha decisão específica do STF, seja aplicada a legislação em referência na atualiza-

ção das condenações impostas à Fazenda Pública, salvo após inscrição em precatório. Os pronunciamentos sinalizam, inclusive, para eventual modulação de efeitos, caso sobrevenha decisão mais ampla quanto à inconstitucionalidade do uso da TR para correção dos débitos judiciais da Fazenda Pública (Rcl 19.050, rel. Min. Roberto Barroso; Rcl 21.147, rel. Min. Cármen Lúcia; Rcl 19.095, rel. Min. Gilmar Mendes).

Em tais condições, com o objetivo de guardar coerência com os mais recentes posicionamentos do STF sobre o tema e para prevenir a necessidade de futuro sobrestamento dos feitos apenas em razão dos consectários, a melhor solução a ser adotada, por ora, é orientar-se para aplicação do critério de atualização estabelecido no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009.

Esse entendimento não obsta a que o juízo de execução observe, quando da liquidação e da atualização das condenações impostas ao INSS, o que vier a ser decidido pelo STF em regime de repercussão geral, bem como eventual regramento de transição que sobrevenha em sede de modulação de efeitos.

Juros de mora

Até 29.06.2009, os juros de mora, apurados a contar da data da citação, devem ser fixados à taxa de 1% ao mês, com base no art. 3º do Decreto-Lei nº 2.322/87, aplicável analogicamente aos benefícios pagos com atraso, tendo em vista o seu caráter eminentemente alimentar, consoante firme entendimento consagrado na jurisprudência do STJ e na Súmula 75 desta Corte.

A partir de então, deve haver incidência dos juros, uma única vez, até o efetivo pagamento do débito, segundo o índice oficial de remuneração básica aplicado à caderneta de poupança, nos termos estabelecidos no art. 1º-F da Lei 9.494/97, na redação da Lei 11.960/2009. Os juros devem ser calculados sem capitalização, tendo em vista que o dispositivo determina que os índices devem ser aplicados "uma única vez" e porque a capitalização, no direito brasileiro, pressupõe expressa autorização legal (STJ, 5ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1211604/SP, rel. Min. Laurita Vaz).

Quanto ao ponto, esta Corte já vinha entendendo que, no julgamento das ADIs 4.357 e 4.425, não houvera pronunciamento de inconstitucio-

nalidade sobre o critério de incidência dos juros de mora previsto na legislação em referência.

Essa interpretação foi, agora, chancelada, pois, no exame do Recurso Extraordinário 870.947, o STF reconheceu repercussão geral não apenas à questão constitucional pertinente ao regime de atualização monetária das condenações judiciais da Fazenda Pública, mas também à controvérsia pertinente aos juros de mora incidentes.

Em tendo havido a citação já sob a vigência das novas normas, são inaplicáveis as disposições do Decreto-Lei nº 2.322/87, incidindo apenas os juros da caderneta de poupança, sem capitalização.

Honorários advocatícios

Mantidos em 10% sobre o valor da condenação, excluídas as parcelas vincendas, observando-se as Súmulas nºs 111 do STJ e 76 desta Corte.

Custas processuais

O INSS é isento do pagamento das custas no Foro Federal (art. 4º, inciso I, da Lei nº 9.289/96) e na Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, devendo, contudo, pagar eventuais despesas processuais, como as relacionadas a correio, publicação de editais e condução de oficiais de justiça (artigo 11 da Lei Estadual nº 8.121/85, com a redação da Lei Estadual nº 13.471/10, já considerada a inconstitucionalidade formal reconhecida na ADI nº 70038755864, julgada pelo Órgão Especial do TJ/RS), isenções essas que não se aplicam quando demandado na Justiça Estadual do Paraná (Súmula 20 do TRF4), devendo ser ressalvado, ainda, que, no Estado de Santa Catarina (art. 33, p. único, da Lei Complementar Estadual nº 156/97), a autarquia responde pela metade do valor.

Implantação do benefício – antecipação de tutela

Reconhecido o direito ao benefício, impõe-se a determinação para sua imediata implantação, nos termos do art. 461 do CPC (TRF4, Terceira Seção, QO-AC nº 2002.71.00.050349-7, rel. p/ acórdão Des. Federal Celso Kipper).

A bem da celeridade processual, já que o INSS vem opondo embargos de declaração em todos os feitos nos quais determinada a implan-

tação imediata do benefício, esclareço, desde logo, que não há falar em ofensa aos artigos 128 e 475-O, inciso I, do CPC, porque a hipótese, nos termos do precedente da 3ª Seção, não é de antecipação, de ofício, de atos executórios. A implantação do benefício decorre da natureza da tutela judicial deferida. A invocação do artigo 37 da Constituição Federal, por outro lado, é despropositada. Sequer remotamente pode-se falar em ofensa ao princípio da moralidade na concessão de benefício previdenciário por autoridade judicial competente.

Dessa forma, em vista da procedência do pedido, da previsão dos artigos 461 e 475-I, *caput*, do CPC e inexistindo embargos infringentes, deve o INSS implantar o benefício em até 45 dias, conforme os parâmetros acima definidos, incumbindo ao representante judicial da autarquia que for intimado deste acórdão dar ciência à autoridade administrativa competente e tomar as demais providências necessárias ao cumprimento da tutela específica, sob pena de multa diária de R$ 100,00 (cem reais).

Conclusão

1. Mantido o reconhecimento da especialidade dos períodos de *12.09.1975 a 10.10.1975, 03.03.1978 a 03.08.1978, 29.12.1978 a 22.03.1979, 05.10.1979 a 11.12.1979, 01.09.1980 a 07.11.1980, 14.08.1981 a 04.12.1981, 09.06.1982 a 02.08.1982, 09.01.1985 a 11.02.1986, 22.04.1986 a 10.07.1995, 12.03.1997 a 12.08.1997, 02.02.1998 a 30.11.1998, 14.01.1999 a 10.09.1999 e 06.03.2000 a 03.05.2010*, que, somados, totalizam 23 anos, 11 meses e 10 dias.

2. É possível o cômputo do tempo de serviço prestado em condições nocivas após o ajuizamento da ação para fins de concessão da aposentadoria especial, com a *reafirmação da DER para a data da implementação dos requisitos legais* (23.05.2011).

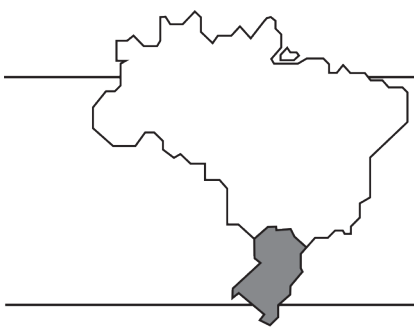
3. Parcial provimento às apelações: a do *autor*, para corrigir *erro material na sentença e condenar o INSS a implementar, em seu favor, a aposentadoria especial, a contar de 23.05.2011*; e a da *autarquia*, para afastar a *conversão do tempo de serviço comum em especial* nos interregnos de 01.02.1975 a 23.05.1975, 14.11.1975 a 18.12.1975, 24.08.1976 a 22.10.1976, 12.10.1977 a 14.02.1978, 12.11.1983 a 10.01.1984 e 02.04.1984 a 18.12.1984.

4. Parcial provimento à remessa oficial para alterar o índice de *correção monetária*.

5. Apelo do autor não conhecido no tópico em que pretende a aplicação do INPC para correção monetária das parcelas vencidas.

Dispositivo

Diante do exposto, voto por não conhecer do agravo retido; conhecer, em parte, do apelo do autor e, na parte conhecida, dar-lhe parcial provimento; e dar parcial provimento à apelação do INSS e à remessa oficial, nos termos da fundamentação.



DIREITO PROCESSUAL CIVIL

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5007241-11.2012.4.04.7100/RS

Relatora: A Exma. Sra. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler

Apelante: Ministério Público Federal
Apeladas: AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A
Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel
Interessada: Abradee – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica
Advogado: Dr. André Serrão Borges de Sampaio
Interessada: Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – Ceee-D
Interessado: Instituto Brasileiro de Defesa do Consumidor
Advogada: Dra. Andrea Lazzarini Salazar
Interessada: Rio Grande Energia S/A – RGE

EMENTA

Processo civil. Diversas demandas coletivas discutindo a legalidade da metodologia do reajuste tarifário de energia elétrica. Competência para julgamento definida pelo Superior Tribunal de Justiça. CC-126601-MG. Ação civil pública autuada em forma eletrônica. Decisão de extinção do feito sem julgamento do mérito. Art. 16 da Resolução 17/2010 desta Corte. Fundamento inadequado. Remessa do feito ao

juízo competente em meio físico. Viabilidade.

1. Definido pelo Superior Tribunal de Justiça que a competência para julgar as demandas coletivas versando sobre a legalidade da metodologia do reajuste tarifário de energia elétrica é da Subseção Judiciária de Belo Horizonte, deve-se remeter o feito para o juízo competente, mesmo que este integre unidade judiciária que não adote o processo eletrônico, cabendo a conversão do processo eletrônico em físico.

2. Em que pese a Resolução nº 17 deste Tribunal realmente preveja, em seu artigo 16, que, nos casos de incompetência, em se tratando de processo eletrônico, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, tal regra não pode prevalecer sobre a disposição posta no artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil.

3. Precedentes do STJ e desta Corte. Apelação provida.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencido o Des. Fernando Quadros da Silva, dar provimento à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que integram o presente julgado.

Porto Alegre, 10 de junho de 2015.

Desa. Federal *Marga Inge Barth Tessler*, Relatora.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler: Trata-se de apelação interposta pelo Ministério Público Federal contra sentença que, em 04.04.2014 (evento 261 – SENT1 do processo eletrônico originário), extinguiu o processo sem julgamento de mérito, com fulcro no artigo 267, inciso I, do CPC e no artigo 16 e §§ da Resolução nº 17 do TRF da 4ª Região, em razão de o Superior Tribunal de Justiça, no Conflito de Competência nº 126.601-MG, ter reconhecido a competência da 3ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG para processamento e julgamento das ações civis públicas versando sobre metodologia do reajuste tarifário de energia elétrica.

Em suas razões (evento 274 – APELAÇÃO – do processo eletrônico originário), o *Parquet* sustenta: *a)* impossibilidade de extinção do pro-

cesso sem resolução de mérito nos casos de declínio de competência em que o juízo competente não dispõe de sistema de processo judicial eletrônico compatível; *b)* a solução correta para o caso não seria a extinção do processo, sem resolução de mérito, mas a declaração da incompetência e a remessa do feito à vara federal suscitada, conforme previsto no § 2º do artigo 113 do CPC; *c)* é importante que se providencie a remessa do processo sem extinção da ação, pois o objeto desta ação é mais amplo que o daquela que firmou a competência do Juízo Federal de Belo Horizonte; *d)* mantida a decisão do juízo *a quo*, haverá lesão ao devido processo legal (artigo 5º, inciso LV, da CF) e, ao final, ao direito fundamental de acesso à justiça (artigo 5º, inciso XXXV, da CF); *e)* a extinção desta ação sem resolução de mérito prejudica gravemente o acesso à justiça dos direitos coletivos que ela se destina a defender, porque impede a apreciação por aquele juízo dos fundamentos e, principalmente, dos pedidos mais amplos deduzidos.

Foram apresentadas contrarrazões por Rio Grande Energia – RGE (evento 288 – CONTRAZ1 do processo eletrônico originário), Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel (ev. 289), Abradee – Associação Brasileira de Distribuidores de Energia Elétrica (ev. 290), AES Sul Distribuidora Gaúcha de Energia S/A (ev. 291) e Companhia Estadual de Distribuição de Energia Elétrica – Ceee-D (ev. 292).

O feito eletrônico teve regular distribuição e autuação na plataforma virtual desta Corte, sendo concluso a este gabinete.

Nesta instância, a Procuradoria Regional da República, emitindo parecer, opinou pelo provimento da apelação (evento 4 – PARECER1).

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler: Inicialmente, é necessário assinalar que a questão ora analisada distingue-se do decidido pela Terceira Turma nas ações civis públicas nºs 5012945-73.2010.404.7100 e 5026653-93.2010.404.7100, uma vez que, posteriormente ao julgamento desses processos por esta Justiça Federal da 4ª Região, sobreveio, em 05.12.2013, decisão do Superior Tribunal de Justiça (CC-126601/MG) determinando a reunião, na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, de todas as demandas coletivas

versando sobre a legalidade da metodologia do reajuste da tarifa de energia elétrica, para que naquele órgão judicial sejam decididas conjuntamente. Veja-se o aludido julgado:

"CONFLITO POSITIVO DE COMPETÊNCIA. DEMANDAS COLETIVAS PROMOVIDAS CONTRA A ANEEL. DISCUSSÃO ACERCA DA METODOLOGIA DE REAJUSTE TARIFÁRIO. LEI Nº 7.347/85. DISTRIBUIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA. CONEXÃO. 1. A jurisprudência desta Corte Superior de Justiça é no sentido de que, 'havendo causa de modificação da competência relativa decorrente de conexão, mediante requerimento de qualquer das partes, esta Corte Superior tem admitido a suscitação de conflito para a reunião das ações propostas em separado, a fim de que sejam decididas conjuntamente (*simultaneus processus*) e não sejam proferidas decisões divergentes, em observância aos princípios da economia processual e da segurança jurídica'. 2. No presente caso, trata-se de conflito positivo de competência proposto pela Agência Nacional de Energia Elétrica – Aneel em face do juízo da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais e outros em demandas de índole coletiva cujo objeto é a discussão da metodologia de reajuste tarifário aplicado pela Aneel desde 2002 às concessionárias de distribuição de energia elétrica. Nessa linha, verificando-se que nas ações há as mesmas alegações (ilegalidade do reajuste tarifário aplicado pela Aneel desde 2002), aplicáveis a todas as concessionárias, é imperioso que se dê uma única solução para todas. 3. Conforme dispõe o art. 103 do CPC, reputam-se conexas duas ou mais ações quando lhes for comum o objeto e a causa de pedir, como no presente caso. A conexão (relação de semelhanças entre as demandas), com o intuito de modificação de competência, objetiva promover a economia processual e evitar decisões contraditórias. 4. O parágrafo único do art. 2º da Lei nº 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública) prevê uma hipótese de conexão em ações coletivas: 'A propositura da ação prevenirá a jurisdição do juízo para todas as ações posteriormente intentadas que possuam a mesma causa de pedir ou o mesmo objeto'. 5. Havendo na Lei de Ação Civil Pública norma específica acerca da conexão, da competência e da prevenção, é ela que deve ser aplicada para a ação civil pública. Logo, o citado parágrafo substitui as regras que, no CPC, definem a prevenção (artigos 106 e 219). 6. A competência na ação civil pública é absoluta (art. 2º da Lei nº 7.347/85). A conexão, em regra, só pode modificar competência relativa. O parágrafo único do referido dispositivo criou uma conexão que permite alterar a competência absoluta, ensejando a reunião dos processos para o julgamento simultâneo. Porém, tal parágrafo se mostra incompatível com o art. 16 da Lei nº 7.347/85. 7. No presente caso, há ações civis públicas conexas correndo em comarcas situadas em estados diversos, surgindo um problema: como compatibilizar o art. 2º, parágrafo único, com o art. 16 da Lei nº 7.347/85, que restringe a eficácia subjetiva da coisa julgada em ação coletiva, impondo uma limitação territorial a essa eficácia restrita à jurisdição do órgão prolator da decisão? Nessa situação, concluímos que a regra do artigo 16 aplica-se apenas aos casos de ações conexas envolvendo dano de âmbito regional. 8. Quando as ações civis públicas conexas estiverem em trâmite em comarcas situadas em estados diversos, busca-se a solução do Código de Defesa do Consumidor, conforme estabelecido no art. 21 da Lei de Ação Civil Pública. 9. Não pode haver dúvidas de que a questão tratada no presente conflito tem abrangência nacional. O reajuste tarifário aplicado pela Aneel desde 2002 às concessionárias de distribuição de energia elétrica é único para todo o país. Qualquer decisão proferida nos

autos de uma das demandas ora reunidas afetará, indistintamente, todos os consumidores dos serviços de energia, em todo o país, dada a abrangência nacional desses contratos. 10. Reconhecida a abrangência nacional do conflito, cumpre definir o juízo competente, destacando-se que, ante o interesse da Aneel no polo passivo de todas as demandas, a competência é, indubitavelmente, da Justiça Federal (art. 109, I, da Constituição Federal). 11. Em razão do disposto no artigo 93, II, do Código de Defesa do Consumidor, sendo o suposto dano nacional, a competência será concorrente da capital do estado ou do Distrito Federal, a critério do autor, tendo em vista sua comodidade na defesa dos interesses transindividuais lesados e o mais eficaz acesso à Justiça, uma vez que 'não há exclusividade do foro do Distrito Federal para o julgamento de ação civil pública de âmbito nacional. Isso porque o referido artigo, ao se referir à capital do estado e ao Distrito Federal, invoca competências territoriais concorrentes, devendo ser analisada a questão estando a capital do estado e o Distrito Federal em planos iguais, sem conotação específica para o Distrito Federal' (CC 17533/DF, rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, SEGUNDA SEÇÃO, julgado em 13.09.2000, DJ 30.10.2000, p. 120). 12. No presente caso, como já visto, o dano atinge todo o país, tendo sido apresentadas várias ações idênticas em foros concorrentes (capitais de estados e Distrito Federal). Dessa forma, a prevenção deverá determinar a competência. 12. Pela leitura do art. 2º, parágrafo único, da Lei nº 7.347/85, deve ser fixado como foro competente para processar e julgar todas as ações o juízo ao qual foi distribuída a primeira ação (CC 22693/DF, rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 09.12.1998, DJ 19.04.1999). *Assim, como a primeira ação coletiva foi proposta pela Associação de Defesa de Interesses Coletivos – Adic, em 20.10.2009, perante a 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, esta é a competente para o julgamento das demais causas*. 13. Salienta-se que, conforme informações de fls. 3174, a Ação Civil Pública nº 2009.38.00.027553-0, que tramitou na 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais, foi julgada extinta sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, inciso VI, do CPC, com recurso pendente de julgamento no TRF da 1ª Região. 14. Conforme enunciado Sumular 235/STJ, 'A conexão não determina a reunião dos processos, se um deles já foi julgado'. Porém, se o conflito decorre de regra de competência absoluta (art. 93, inciso II, do CDC), como no presente caso, não há restrição a seu conhecimento após prolatada a sentença, desde que não haja trânsito em julgado. *15. Conflito conhecido para declarar a competência da 3ª Vara Federal da Seção Judiciária de Minas Gerais*." (CC 126.601/MG, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 27.11.2013, DJe 05.12.2013)

No caso, não obstante a solução dada pelo STJ, a magistrada singular, ao fundamento de que não dispõe a Subseção Judiciária de Belo Horizonte de sistema de processo judicial eletrônico, decidiu que a remessa dos autos não teria como ser viabilizada. E, com apoio na previsão inserta no art. 16 da Resolução 17 deste Tribunal, bem como no art. 267, I, do CPC, julgou extinto o presente feito, sem resolução de mérito.

Não há como prevalecer tal decisão.

Pois bem. Em que pese a Resolução nº 17 deste Tribunal realmente preveja, em seu artigo 16, que, nos casos de incompetência, em se tratando de processo eletrônico, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito, sinalo que tal regra não pode prevalecer sobre a disposição posta no artigo 113, § 2º, do Código de Processo Civil, que determina que, uma vez declarada a incompetência do juízo, seja feita a remessa dos autos para o juízo competente. Veja-se:

"Art. 113. A incompetência absoluta deve ser declarada de ofício e pode ser alegada, em qualquer tempo e grau de jurisdição, independentemente de exceção. (...)

§ 2º Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente."

A propósito, colhe-se das percucientes palavras do douto Procurador Regional da República Eduardo Kurtz Lorenzoni (evento 4 – PARECER1 deste feito eletrônico) que:

"Diante da incompetência absoluta do juízo, o processo deve ser remetido ao juízo competente, nos termos do que dispõe o artigo 113, § 2º, do CPC: 'Declarada a incompetência absoluta, somente os atos decisórios serão nulos, remetendo-se os autos ao juiz competente'.

No presente caso, em que se trata de processo eletrônico, havendo a declaração de incompetência, deve-se remeter o feito para o juízo competente, mesmo que este integre unidade judiciária que não adote o processo eletrônico, cabendo a conversão do processo eletrônico em físico.

O prejuízo à parte-autora decorre do fato de a ação originária ter objeto mais amplo do que aquele da ação coletiva em trâmite perante o Juízo Federal de Belo Horizonte. Além disso, na presente ação foram realizados diversos atos processuais, inclusive prova testemunhal e alegações finais já apresentadas, estando apta a ser julgada a causa.

(...) Os argumentos apresentados pelo Ministério Público Federal bem demonstram que o objeto jurídico debatido nesta ação civil pública é mais específico do que o relativo à Ação Civil Coletiva nº 2009.38.00.027.553-0, em trâmite perante a 3ª Vara Federal de Belo Horizonte. *Assim, verifica-se que a extinção deste processo prejudica o direito da parte de acesso à Justiça, o que se revela de suma importância, considerando-se que se pretendem tutelar, com a ação civil pública originária, os direitos coletivos dos consumidores de energia elétrica*.

(...)

Constata-se, pois, que a extinção do processo e a propositura de nova ação perante o juízo considerado competente implica a inviabilidade de análise por aquele da amplitude do objeto da presente demanda, motivo pelo qual deve ser reformada a e. sentença a fim de que, declinada a competência pelo mm. juízo *a quo*, seja remetido o processo ao juízo da 3ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG, evitando-se, assim, grave prejuízo aos consumidores. (...)"

Com efeito, a própria Lei nº 11.419/2006 (que dispõe sobre a informatização do processo judicial; altera a Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil; e dá outras providências) tem norma específica no sentido de que a parte *não pode ser prejudicada no caso de redistribuição de processos*, *in verbis*:

"Art. 12. A conservação dos autos do processo poderá ser efetuada total ou parcialmente por meio eletrônico.

§ 1º Os autos dos processos eletrônicos deverão ser protegidos por meio de sistemas de segurança de acesso e armazenados em meio que garanta a preservação e a integridade dos dados, sendo dispensada a formação de autos suplementares.

§ 2º Os autos de processos eletrônicos que tiverem de ser remetidos a outro juízo ou instância superior que não disponham de sistema compatível deverão ser impressos em papel, autuados na forma dos arts. 166 a 168 da Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973 – Código de Processo Civil, ainda que de natureza criminal ou trabalhista, ou pertinentes a juizado especial.

§ 3º No caso do § 2º deste artigo, o escrivão ou o chefe de secretaria certificará os autores ou a origem dos documentos produzidos nos autos, acrescentando, ressalvada a hipótese de existir segredo de justiça, a forma pela qual o banco de dados poderá ser acessado para aferir a autenticidade das peças e das respectivas assinaturas digitais.

§ 4º Feita a autuação na forma estabelecida no § 2º deste artigo, o processo seguirá a tramitação legalmente estabelecida para os processos físicos.

§ 5º A digitalização de autos em mídia não digital, em tramitação ou já arquivados, será precedida de publicação de editais de intimações ou da intimação pessoal das partes e de seus procuradores, para que, no prazo preclusivo de 30 (trinta) dias, se manifestem sobre o desejo de manterem pessoalmente a guarda de algum dos documentos originais."

Portanto, em sendo determinado pelo egrégio STJ que a competência para decidir as demandas coletivas versando sobre a legalidade das tarifas sobre energia elétrica é da Terceira Vara Federal de Belo Horizonte/MG, não resta outra solução que não a de encaminhar o presente feito àquele órgão competente, sem que haja ato judicial extinguindo o feito. Isso porque a regra constante do art. 16 da Resolução nº 17, de 26.03.2010, deste Tribunal, à evidência, não pode sobrepor-se àquela contida no art. 113, § 2º, do CPC, em prejuízo da parte.

Nesse sentido, precedente do Superior Tribunal de Justiça:

"NÃO OCORRÊNCIA – RECONHECIMENTO DA INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA –REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO REPUTADO COMPETENTE – NECESSIDADE – EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM JULGAMENTO DO MÉRITO, SOB O ARGUMENTO DE QUE O JUIZADO ESPECIAL FEDERAL, EM RAZÃO DE RESOLUÇÃO EXPEDIDA PELA JUSTIÇA FEDERAL, SOMENTE PROCESSARÁ O AJUIZAMENTO DAS AÇÕES PELO SISTEMA ELETRÔNICO – IMPOSSIBILIDADE – RECURSO PROVIDO.

I – O § 2º do artigo 113 do Código de Processo Civil, ao determinar que o juízo remeta os autos ao juízo tido por competente, após o reconhecimento de sua incompetência absoluta, tem por objetivo precípuo afastar o risco de perecimento do direito do demandante. Vale dizer, tendo a parte exercido seu direito de ação, ainda que perante juízo incompetente, é certo que a interrupção do prazo prescricional, que se dá com a citação válida, retroagirá à data da propositura da ação (*ut* § 1º do artigo 219 do Código de Processo Civil). II – Outro aspecto relevante que o mencionado preceito legal busca preservar é o financeiro, uma vez que sua observância enseja o aproveitamento das custas processuais até então suportadas pelo demandante, o que, aliás, não se daria, em regra, com a extinção do processo sem julgamento do mérito. III – *Não se admite, assim, imputar à parte-autora o ônus de promover nova ação, com todos os empecilhos financeiros e processuais, por impossibilidade técnica do Poder Judiciário, nos termos consignados pelo r. juízo* a quo*, o que, em última análise, confunde-se com a própria obstrução do acesso ao Poder Judiciário*. IV – Recurso especial provido." (Recurso Especial nº 1.098.333, Terceira Turma, rel. Ministro Massami Uyeda, julgado em 08 de setembro de 2009)

A propósito, cabe transcrever parte do voto acima referido, que bem dispõe acerca do procedimento a ser adotado:

"*In casu*, não se olvida que o r. juízo *a quo* expressamente exonerou o ora recorrente da condenação pelas custas processuais, ao argumento de que a impossibilidade técnica da própria Justiça não pode acarretar o ônus à parte-autora. Desfecho, contudo, que em nada interfere quanto ao que restou consignado acerca do possível prejuízo processual a ser suportado pela parte demandante. *Tem-se, portanto, competir ao juízo que reconheceu sua incompetência absoluta enviar os autos ao juízo reputado competente, sendo certo que a este incumbirá conhecer da ação, como entender conveniente, seja por meio do processo físico, seja por meio de sua digitalização, processando eletronicamente. O que não se admite, entretanto, é simplesmente imputar à parte-autora o ônus de promover nova ação, com todos os empecilhos financeiros e processuais outrora anunciados, por impossibilidade técnica do Poder Judiciário, nos termos consignados pelo r. juízo* a quo*, o que, em última análise, confunde-se com a própria obstrução do acesso ao Poder Judiciário*."

Em simetria, trago à colação mais um julgado do STJ e também um desta Corte:

"RECURSO ESPECIAL – INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA – REMESSA DOS AUTOS AO JUIZADO ESPECIAL FEDERAL – PROCESSO ELETRÔNICO – POSSIBILIDADE. IRRESIGNAÇÃO DO AUTOR DA AÇÃO. 1. Hipótese em que a ação de exibição de documentos bancários ajuizada perante juízo federal restou extinta sem julgamento de mérito, ante o reconhecimento de sua incompetência absoluta (com esteio no artigo 3º da Lei nº 10.259/01). Declarou-se, ainda, a impossibilidade de envio dos autos físicos, com toda a documentação que os acompanham, ao juizado especial cível, pois, diante dos termos da Resolução nº 13/2004 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em seu artigo 2º, o aforamento das ações se dará pelo método digital, tão somente. Édito de piso mantido pelo tribunal de origem. *O intento de ação por meio de processo físico perante vara federal comum, ainda que absolutamente incompetente para o seu processamento,*

não conduz à extinção do feito, pois a Resolução nº 13/2004 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que estabelece a tramitação eletrônica no âmbito dos juizados especiais federais, não pode sobrepor-se à regra do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil. Precedente: REsp 1098333/RS, rel. Ministro MASSAMI UYEDA, TERCEIRA TURMA, julgado em 08.09.2009, DJe 22.09.2009. 2. *A declaração de incompetência absoluta do juízo tem por consequência imediata a remessa dos autos àquele competente para a apreciação do feito, nos termo do art. 113, § 2º, do Estatuto Processual Civil*. É assim porque o legislador, sopesando os interesses em questão, reconheceu a prevalência dos princípios da celeridade e da economia processual, reputando descabido o ajuizamento de uma nova ação, com custas e despesas processuais a serem novamente guarnecidas pela parte demandante, o que, em última análise, obstaculiza o acesso ao Poder Judiciário. 3. É de se considerar, ainda, os reflexos de direito material gerados pela remessa dos autos ao juízo competente, por ocasião do reconhecimento da incompetência absoluta, pois, nos termos do art. 219, *caput*, § 1º, do Código de Processo Civil, a interrupção da prescrição retroagirá à data da propositura da ação, quando a citação ocorrer de forma válida, ainda que determinada por juízo absolutamente incompetente. 4. Recurso especial provido, para determinar que o juízo da 4ª Vara Federal da Seção Judiciária de Porto Alegre remeta os autos ao juizado especial cível federal competente, nos termos do art. 113, § 2º, do Código de Processo Civil." (REsp 1091287/RS, rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 10.09.2013, DJe 19.11.2013)

"AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO INDIVIDUAL. ASDNER. PREVENÇÃO DA VARA FEDERAL DO DISTRITO FEDERAL. INCOMPETÊNCIA DO JUÍZO. EXTINÇÃO DO FEITO INDEVIDA. REMESSA DOS AUTOS AO JUÍZO COMPETENTE (ART. 113, § 2º, DO CPC). Havendo determinação expressa no sentido de que a execução da sentença deveria ser promovida nos autos da Ação Ordinária Coletiva nº 2006.34.00.006627-7, afigura-se inviável, sob pena de ofensa à coisa julgada, o processamento, neste juízo federal, das execuções individuais promovidas pelos associados da ASDNER. A competência, portanto, para processamento e julgamento da execução individual em questão é da 2ª Vara Federal do Distrito Federal. Reconhecida a incompetência do juízo, *a solução correta é o encaminhamento dos autos ao órgão competente, e não a extinção do feito, sem resolução de mérito. Nesse aspecto, a regra inserta no art. 16 da Resolução nº 17, de 26.03.2010, desta Corte, por sua natureza infralegal, não pode prevalecer à norma contida no art. 113, § 2º, do CPC, em prejuízo da parte*." (TRF4, AC 5002626-32.2013.404.7200, Quarta Turma, relatora p/ acórdão Vivian Josete Pantaleão Caminha, juntado aos autos em 18.11.2013)

Nessa quadra, impõe-se a reforma da sentença monocrática no sentido de ser afastada a extinção do processo sem julgamento do mérito e, por conta da declinação de competência determinada pelo Superior Tribunal de Justiça, ser naquele juízo providenciada a remessa dos autos ao juízo competente (3ª Vara Federal de Belo Horizonte/MG) em meio físico e com as cautelas de estilo.

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação.

VOTO DIVERGENTE

O Exmo. Sr. Des. Federal Fernando Quadros da Silva: Peço vênia para divergir da eminente relatora.

No caso dos autos, tenho que não merece reformas a bem-lançada sentença apelada, da qual transcrevo o trecho a seguir e cujos fundamentos adoto, também, como razões de decidir:

"Tendo em vista a decisão final proferida pela 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência nº 126.601/MG, reconhecendo a competência da 3ª Vara Federal de Belo Horizonte para processamento e julgamento desta demanda, esta demanda, bem como as ações civis públicas nºs 5012945-73.2010.404.7100 e 5026653-93.2010.404.7100, conexas a esta ação, deverão ser remetidas ao mencionado juízo competente.

Assim, nesse contexto, o feito deve ser extinto sem resolução do mérito, já que a Subseção Judiciária de Belo Horizonte não dispõe de sistema de processo judicial eletrônico para esta demanda, inviabilizando, portanto, a remessa destes autos na forma eletrônica àquele juízo.

Portanto, na forma do artigo 16, *caput* e §§, da Resolução nº 17 do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a fim de imprimir maior agilidade à remessa dos autos ao juízo federal competente e em face do volume de trabalho desta vara federal, faculto ao MPF, autor desta demanda, a impressão das peças destes autos, bem como das ações civis públicas conexas a esta demanda, as quais deverão ser gravadas em mídia (CD-ROM) e, posteriormente, fornecidas ao *Parquet*.

Assim sendo, em face de tais considerações, nos moldes do que dispõe o artigo 267, I, CPC, deve ser indeferida a inicial e extinto o feito sem julgamento do mérito."

Com efeito, a utilização do meio eletrônico na tramitação de processos judiciais foi, por expressa autorização do art. 18 da Lei nº 11.419/06, regulamentada nesta corte regional pela Resolução nº 17/2010, que assim dispõe, em seu art. 16, quanto ao procedimento a ser adotado nos casos de reconhecimento da incompetência do juízo:

"Art. 16. Nos casos de incompetência, a petição inicial será indeferida, extinguindo-se o feito sem resolução do mérito."

Não vejo qualquer incompatibilidade da norma regimental em comento com os procedimentos previstos no Código de Processo Civil em relação ao tema, inclusive porque a providência em questão encontra-se dentro da delegação conferida pelo legislador para regulamentação do processo eletrônico pelos tribunais.

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento à apelação.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 5007602-17.2014.404.0000/PR

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz

Embargante: Afonso Cesar Dias Collin
Advogados: Dr. Pietro Miorim
Dr. José Luiz Borges Germano da Silva
Embargado: Acórdão
Interessado: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – Incra
MPF: Ministério Público Federal

EMENTA

Embargos de declaração. Inexistência das hipóteses do artigo 535 do CPC. Rediscussão da matéria. Impossibilidade.

Nos exatos termos do artigo 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração são cabíveis, tão somente, para sanar obscuridade ou contradição, ou ainda para suprir omissão acerca de tema sobre o qual o Tribunal deveria ter-se manifestado, hipóteses não ocorrentes na espécie. Embargos de declaração rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 3ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos de declaração, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 09 de julho de 2014.

Des. Federal *Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão desta Terceira Turma, assim ementado:

"ADMINISTRATIVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. DESAPROPRIAÇÃO. IMÓVEL SITUADO EM FAIXA DE FRONTEIRA. EXISTÊNCIA DE NULIDADE DE TITULAÇÃO CONFERIDA AOS REQUERENTES PELO ESTADO DO PARANÁ. BEM PERTENCENTE À UNIÃO EM 1951. IMPOSSIBILIDADE DE

EXECUÇÃO DOS HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. AUSÊNCIA DE BASE DE CÁLCULO. MULTA DE 1% DECORRENTE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM CARÁTER PROTELATÓRIO.

1. No caso concreto, trata-se de desapropriação de áreas em faixa de fronteira cujo título de domínio foi alienado a *non domini* pelo Estado do Paraná em área que pertencia à própria União antes do ajuizamento da desapropriação em relação à qual o requerente pretende levantar os honorários de sucumbência.

2. No que toca à fixação de honorários em desapropriação, em que pese a Lei nº 4.132/1962 disponha sobre os casos de desapropriação por interesse social, não há previsão relativa à base de cálculo dos honorários de sucumbência; todavia, o art. 5º da Lei nº 4.132/1962 determina que, nos casos omissos, poderão ser aplicadas as normas legais que regulam a desapropriação por utilidade pública, inclusive no tocante ao processo e à justa indenização devida ao proprietário.

3. Diante do disposto no art. 5º da Lei nº 4.132/1962, é possível calcular os honorários advocatícios a partir dos parâmetros lançados no art. 27 do Dec. nº 3.365/1941.

4. Segundo o STF, a base de cálculo dos honorários seria a diferença entre a indenização e a oferta, conforme disposto na Súmula nº 617.

5. O STJ, na Súmula nº 141, também assentou que 'os honorários advocatícios em desapropriação direta são calculados sobre a diferença entre a indenização e a oferta, corrigidas monetariamente'.

6. Não existe base de cálculo para computar os honorários advocatícios, especialmente porque há decisão do STF reconhecendo a dominialidade da União em relação às terras situadas em faixa de fronteira, tudo de modo a afastar a pretensão do agravante quanto à existência do direito à indenização (principal), quanto mais em relação à determinação de levantamento de honorários advocatícios cuja base de cálculo seria a indenização controvertida.

7. O art. 6º da LC nº 76/1996 também determina que, para o levantamento dos valores indenizatórios nos processos de desapropriação, faz-se necessário o preenchimento de determinados requisitos, dentre eles a comprovação do domínio sobre a área no momento do aforamento da desapropriação, o que não se encontra presente no caso concreto.

8. Agravo parcialmente provido."

O embargante alega que o acórdão é contraditório ao afirmar, de um lado, que há valor indenizatório fixado na ação de desapropriação e, de outro, que inexiste base de cálculo para os honorários sucumbenciais diante da ausência de tal indenização. Aponta omissão consistente na não observância da tese de que a base de cálculo continua limitada na sentença que transitou em julgado. Defende a execução dos honorários fixados com base no princípio da causalidade.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz: Do voto condutor do acórdão embargado constou, *verbis*:

"A decisão recorrida negou seguimento ao agravo de instrumento interposto por Afonso Cesar Dias Collin, nos seguintes termos, *verbis*:

'Trata-se de agravo de instrumento interposto por Afonso Cesar Dias Collin em face de decisão que indeferiu o pedido de prosseguimento de execução de sentença proferida em ação de desapropriação tão somente em relação aos honorários advocatícios, suspensa em decorrência da discussão travada em ação civil pública quanto à dominialidade do bem.

Em suas razões, o agravante defende que, mesmo não sendo devida a indenização fixada, ela foi efetivamente determinada, e esse valor pode ser utilizado como base de cálculo para os honorários advocatícios. Refere que a verba honorária não é objeto da ação civil pública.

Trata-se de apelações interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedentes embargos à execução contra a Fazenda Pública, condenando a embargada ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor fixado. Impugna a sua condenação em multa de 1% sobre o valor da causa em face da interposição de recurso manifestamente protelatório, ante a ausência de fundamentação.

Apresentada resposta pelo Incra, manifestou-se o *parquet* federal pelo desprovimento do recurso.'

É o relatório. DECIDO.

O parecer do douto representante do MPF solucionou, com propriedade, o presente litígio, cuja fundamentação adoto como razões de decidir, *in verbis*:

'2. A decisão agravada é de ser mantida, pelos fundamentos a seguir expostos.

Insurge-se a agravante contra a decisão do mm. juízo *a quo* que indeferiu o pedido de prosseguimento da execução relativamente aos honorários advocatícios fixados na sentença proferida em ação de desapropriação por interesse social, na qual o Incra foi condenado ao pagamento de indenização e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da diferença entre a oferta e a condenação (evento 1, DESCDEPART4).

A execução foi suspensa, por haver prejudicialidade com relação à Ação Civil Pública nº 92.00.07480-4/PR, na qual o Ministério Público Federal e o Incra requerem a declaração de nulidade do título contido nos autos desta ação originária (Ação de Desapropriação nº 00.00.98947-9/PR). Naquela ação, discute-se o domínio da área desapropriada na ação originária e a consequente inexistência de obrigação ao pagamento de indenização, pois o título de domínio seria nulo, porquanto teve origem em alienação *non domino* realizada pelo Estado do Paraná na faixa de fronteira, de modo que a área já pertencia à União, mesmo antes da desapropriação.

A dúvida quanto ao domínio da área somente será dirimida com o trânsito em julgado da Ação Civil Pública nº 92.00.07480-4/PR, motivo pelo qual se mostra temerário o prosseguimento da execução, com atos tendentes ao pagamento de indenização, precipuamente considerando a possibilidade de a indenização ser considerada incabível, diante da confusão entre as figuras de expropriante e expropriado na mesma pessoa, a União.

Quanto aos honorários, de igual modo a medida mais plausível no caso é a suspensão do processo de execução da sentença que condenou à indenização pela desapropriação e ao pagamento de honorários. Isso porque o cálculo da verba honorária está condicionado à existência de diferença entre o valor ofertado pelo Incra e o da condenação; inexistindo valor indenizatório a ser pago, da mesma forma não há honorários advocatícios a serem pagos.

Com efeito, os honorários sucumbenciais estão vinculados ao decidido na ação, ou seja, são devidos à parte vencedora na demanda. Daí dizer-se que consistem em verba acessória,

que segue a principal.'

Além disso, como bem referido pela decisão agravada,

'[...] não há como se determinar a liberação de quaisquer verbas no presente momento, forte na ausência de trânsito em julgado da ACP antes referida, na qual houve inclusive o recebimento de apelação no duplo efeito, estando em vigor, portanto, a decisão que determinou a suspensão de todos os valores relativos à expropriação ora em destaque.' (evento 1, DESCDEPART6)

Medida semelhante, obstativa do prosseguimento da execução visando ao pagamento de honorários advocatícios, foi ratificada pela colenda Primeira Seção do egrégio Superior Tribunal de Justiça em caso similar, conforme se depreende do precedente cuja ementa segue transcrita:

'Embargos de divergência. Ação de desapropriação. Levantamento dos honorários advocatícios. Suspensão. Ação civil pública acerca do domínio. Enunciado nº 168 da Súmula desta Corte.

– O entendimento das turmas que compõem a Primeira Seção converge no sentido de que, além da indenização, também o pagamento da verba honorária sucumbencial fixada em ação de desapropriação deverá permanecer suspenso enquanto se discutir, na ação civil pública, o domínio do imóvel respectivo.

– 'Não cabem embargos de divergência quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado' (enunciado nº 168 da Súmula desta Corte).

Embargos de divergência não conhecidos.'

O egrégio Supremo Tribunal Federal também já se manifestou pela impossibilidade do levantamento de montante relativo à condenação em ações de desapropriação, diante da nulidade do título de domínio do imóvel desapropriado, *in verbis*:

'DECISÕES JUDICIAIS PROFERIDAS EM AÇÃO DE EXPROPRIAÇÃO, DETERMINANDO A EXPEDIÇÃO DE PRECATÓRIOS RELATIVOS À INDENIZAÇÃO FIXADA. ALEGADA OFENSA A ACÓRDÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, QUE DECLAROU DE DOMÍNIO DA UNIÃO AS TERRAS ONDE SITUADOS OS IMÓVEIS EXPROPRIADOS. Em nosso sistema jurídico-processual, a desapropriação rege-se pelo princípio segundo o qual a indenização não será paga senão a quem demonstre ser o titular do domínio do imóvel que lhe serve de objeto (cf. art. 34 do DL nº 3.365/41; art. 13 do DL nº 554/69; e § 2º do art. 6º da LC nº 76/93). Caso em que o domínio dos expropriados foi impugnado na própria inicial da expropriação, sem prejuízo do processamento desta, que teve o declarado objetivo de regularizar a situação dos inúmeros ocupantes do imóvel, então submetido a tensão social. Ação civil em curso, colimando a declaração de que as terras sempre foram de domínio da União, qualidade que, de resto, fora reconhecida por decisão do STF, no RE 52.331, em razão da qual resultou cancelado, por mandado judicial, o registro de que se originaram os títulos aquisitivos dos expropriados. Absoluta inconsistência, por outro lado, da alegação de que o ajuizamento da ação de desapropriação valeu pelo reconhecimento da legitimidade do domínio dos expropriados sobre o imóvel, raciocínio que, se admitido, levaria à inocuidade do condicionamento legal do pagamento da indenização à prova do domínio. Tais as circunstâncias, a expedição do precatório determinada pelas decisões impugnadas não se fará sem ofensa ao decidido pelo STF no precedente invocado, porquanto importará indenização, pela União, de suas próprias terras.

Procedência da reclamação.'

Nessa linha de entendimento também são os precedentes desse egrégio Tribunal Regional Federal:

'ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. DÚVIDA DOMINIAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. CABIMENTO.

1. No âmbito de ação expropriatória, questões relativas à titularidade do domínio do imóvel e à destinação da indenização extrapolam os limites objetivos da coisa julgada.

2. No caso, não obstante o trânsito em julgado da ação de desapropriação, há questionamento do Incra quanto ao domínio do bem desapropriado; por isso, por cautela, deve a execução dos honorários ser feita em conjunto com a execução do valor principal.'

'DESAPROPRIAÇÃO ATÍPICA. SUSPENSÃO DA FASE EXECUTÓRIA. LEGITIMIDADE EM FACE DA INCERTEZA SOBRE O DOMÍNIO DO BEM EXPROPRIADO. A indenização decorrente de ação expropriatória somente deve ser paga a quem comprovar ser o titular do domínio do imóvel, de forma que a existência de fundada dúvida sobre a titularidade do bem autoriza a suspensão da execução e, consequentemente, do levantamento das quantias eventualmente depositadas a título de indenização ou de honorários advocatícios.'

'PROCESSUAL CIVIL. SUSPENSÃO DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. QUESTÃO DOMINIAL EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA. NÃO RESOLVIDA. AÇÃO DECLARATÓRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Havendo ação civil pública, bem como ação declaratória, ambas envolvendo questões prejudiciais ao recurso, existindo inclusive decisão liminar suspendendo os pagamentos de quaisquer indenizações em dinheiro ou títulos da Dívida Agrária às pessoas nominadas na inicial, deve ser mantida a decisão de suspensão da ação de desapropriação, uma vez que não resolvida a questão dominial.

2. Alegar autonomia da verba honorária não é motivo para deferir o levantamento questionado pelo presente recurso, pois a procedência da supramencionada ação civil pública implicará o desaparecimento tanto da ação principal quanto dos honorários advocatícios, em face da evidente relação de prejudicialidade.

3. Negado provimento ao agravo de instrumento.'

Também não merece prosperar a insurgência do agravante contra a aplicação de multa prevista no artigo 538 do CPC, em razão do manejo de embargos de declaração protelatórios, como bem reconhecido pelo mm. juízo *a quo* (evento 1, DESCDEPART10). Com efeito, a oposição de novos embargos de declaração, reiterando as razões do primeiro recurso, claramente visou à reanálise da matéria meritória, amplamente analisada e decidida, razão pela qual deve ser mantida a multa cominada.

Portanto, vê-se que as razões expendidas pelo agravante não são suficientes a desconstituir a bem lançada decisão agravada, que deve ser mantida.

Com efeito, por cautela, cabe a manutenção da suspensão da execução dos honorários advocatícios, diante da discussão, em ação civil pública, do cabimento da indenização fixada na ação de desapropriação, diante dos termos supramencionados.

Cito, por oportuno, o seguinte precedente, *in verbis*:

'DESAPROPRIAÇÃO ATÍPICA. SUSPENSÃO DA FASE EXECUTÓRIA. LEGITIMIDADE EM FACE DA INCERTEZA SOBRE O DOMÍNIO DO BEM EXPROPRIADO. A indenização decorrente de ação expropriatória somente deve ser paga a quem comprovar

ser o titular do domínio do imóvel, de forma que a existência de fundada dúvida sobre a titularidade do bem autoriza a suspensão da execução e, consequentemente, do levantamento das quantias eventualmente depositadas a título de indenização ou de honorários advocatícios.' (TRF4, AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0014810-45.2011.404.0000, 4ª TURMA, Des. Federal VILSON DARÓS, POR UNANIMIDADE, D.E. 14.12.2011, PUBLICAÇÃO EM 15.12.2011)

Por esses motivos, com fulcro no art. 37, § 2º, II, do R. I. da Corte, nego seguimento ao agravo de instrumento.'

Não vejo motivos para alterar a decisão acima transcrita, acrescentando, entretanto, que, quanto à multa de 1% sobre o valor da causa fixado em sentença de embargos de declaração, razão assiste ao agravante. De fato, para ser fixada multa em decorrência de caráter protelatório, deve ser fundamentada a condenação, de maneira a demonstrar as razões pelas quais estaria caracterizada a intenção de se procrastinar a demanda, o que não foi feito pelo magistrado.

Desse modo, tem-se que o parcial provimento do agravo é medida que se impõe para negar prosseguimento à execução quanto aos honorários advocatícios e desobrigar o agravante ao pagamento de multa de 1% sobre o valor da causa.

(...)"

Diante dos fundamentos constantes do *decisum*, não vislumbro omissão, contradição ou obscuridade a ensejar o presente recurso.

Conforme entendimento pacífico não só no âmbito desta Corte, mas também no do colendo Superior Tribunal de Justiça, o julgador não está obrigado a responder a todas as alegações trazidas pelas partes, nem a ater-se aos fundamentos por elas indicados ou a responder, um a um, a todos os seus argumentos, sendo suficiente a explicitação acerca de suas razões de convencimento (EDROMS 15095, rel. Min. Castro Meira, DJ de 17.11.2003; REsp 544621, rel. Min. Paulo Medina, DJ de 06.10.2003; REsp 257940, rel. Min. Francisco Peçanha Martins, DJ de 24.03.2003, EDAG 312144). Admite-se, pois, a rejeição implícita de tese jurídica quando a decisão restar evidentemente conflitante com a pretensão da parte.

Já a inconformidade com o acórdão prolatado é matéria que deve ser veiculada em recurso processual próprio. Isso porque nova apreciação de fatos e argumentos deduzidos e já analisados por ocasião do julgamento do recurso consiste em objetivo que destoa da finalidade a que se destinam os embargos declaratórios.

Todavia, para espancar qualquer dúvida, passo a examinar as alegações firmadas pelo embargante.

Primeiramente, não vislumbro a ocorrência da referida contradição.

Com efeito, o parecer do MPF, transcrito no corpo do julgado, apenas menciona que seria temerário o prosseguimento da execução da indenização. Isso não significa, todavia, que apenas a execução de tais valores deveria ser suspensa. Nesse sentido, posteriormente, analisa-se a inviabilidade de prosseguimento da realização de atos constritórios tendentes ao pagamento da verba honorária, como consequência direta dessa suspensão dos valores principais em decorrência da ação civil pública na qual se discute o domínio da área desapropriada.

Quanto às teses aventadas pela parte embargante, restaram devidamente examinadas, ainda que rechaçadas. Com efeito, o voto condutor consignou que não seria razoável o prosseguimento da execução dos honorários advocatícios sobre o valor da indenização em ação de desapropriação se o próprio montante principal foi suspenso em face do ajuizamento de ação civil pública contestando a titularidade do imóvel desapropriado. Tal medida mostra-se hígida e não merece reparos. Ora, concluindo-se pela inviabilidade de pagamento de indenização, por se tratar de imóvel supostamente pertencente à União, a alegada base de cálculo torna-se materialmente inexistente, ainda que tenha sido fixada na sentença.

A prevalecer o raciocínio entabulado pelo embargante, estar-se-ia diante de situação teratológica, em que se reconhece que uma das partes, ainda que por meio da ação civil pública posterior, tenha decaído da totalidade do pedido, e mesmo assim receba a verba honorária. Nesse sentido, o próprio princípio da causalidade, apontado no recurso, estaria prejudicado.

O entendimento adotado na decisão embargada, ademais, não destoa daquele adotado pelo eg. STJ, conforme se observa dos seguintes precedentes, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO. DESAPROPRIAÇÃO. HONORÁRIOS. CARÁTER AUTÔNOMO. INEXEQUIBILIDADE DE TÍTULO JUDICIAL NA PENDÊNCIA DE AÇÃO CIVIL PÚBLICA. 1. Nega-se a execução sobre os ônus sucumbenciais até que se decida a ação civil pública que rediscute o montante indenizatório e, via de consequência, rediscute os honorários relacionados. 2. 'Os valores referentes ao pagamento da indenização, embora depositados, estão impedidos de liberação por tramitar ação civil pública em que se discute o domínio do imóvel. Pagamento dos honorários que também deve ficar suspenso enquanto existir dúvida sobre o domínio' (REsp 654517/PR, rel. Min. José Delgado, rel. p/ acórdão Min. Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 18.11.2008, DJe 02.03.2009). Agravo regimental improvido." (STJ – AgRg no REsp: 1138633 RS 2009/0086052-8, Relator:

Ministro Humberto Martins, Data de Julgamento: 07.10.2010, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 21.10.2010)

"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE I ARTIGO 535, II, DO CPC. ALEGADA VIOLAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA. AGRAVO DE INSTRUMENTO EM SEDE DE AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. LIBERAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. DÚVIDA SOBRE O DOMÍNIO. 1. Os valores referentes ao pagamento da indenização, embora depositados, estão impedidos de liberação por tramitar ação em que se discute a dominialidade do imóvel. Pagamento dos honorários que também deve ficar suspenso enquanto existir dúvida sobre o domínio. 2. Recurso especial parcialmente provido para que a verba honorária não seja levantada." (STJ – REsp: 836680 PR 2006/0065243-4, Relator: Ministro Mauro Campbell Marques, Data de Julgamento: 21.09.2010, T2 – Segunda Turma, Data de Publicação: DJe 08.10.2010)

No mesmo sentido, já decidiu esta eg. Corte, *in verbis*:

"ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DESAPROPRIAÇÃO. DÚVIDA DOMINIAL. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO. CABIMENTO. 1. No âmbito de ação expropriatória, questões relativas à titularidade do domínio do imóvel e à destinação da indenização extrapolam os limites objetivos da coisa julgada. 2. No caso, não obstante o trânsito em julgado da ação de desapropriação, há questionamento do Incra quanto ao domínio do bem desapropriado; por isso, por cautela, deve a execução dos honorários ser feita em conjunto com a execução do valor principal." (TRF4, Agravo de Instrumento nº 5009970-33.2013.404.0000, 3ª Turma, Des. Federal Fernando Quadros da Silva, por unanimidade, juntado aos autos em 06.09.2013)

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DESAPROPRIAÇÃO ATÍPICA. SUSPENSÃO DA FASE EXECUTÓRIA. LEGITIMIDADE EM FACE DA INCERTEZA SOBRE O DOMÍNIO DO BEM EXPROPRIADO. A indenização decorrente de ação expropriatória somente deve ser paga a quem comprovar ser o titular do domínio do imóvel, de forma que a existência de fundada dúvida sobre a titularidade do bem autoriza a suspensão da execução e, consequentemente, do levantamento das quantias eventualmente depositadas a título de indenização ou de honorários advocatícios." (TRF4, Agravo de Instrumento nº 2007.04.00.023831-0, 3ª Turma, Juiz Federal Roger Raupp Rios, por maioria, D.E. 03.06.2009, publicação em 04.06.2009)

Por oportuno, cumpre citar despacho proferido no bojo da Reclamação nº 5352, pelo Ministro Carlos Ayres Britto, em caso similar, no qual se estendeu a suspensão à verba honorária, *in verbis*:

"DECISÃO: (Referente à Petição nº 115.797)

Junte-se.

Por meio da petição em epígrafe, pede a União 'manifestação expressa dessa Suprema Corte, no sentido de que a decisão que deferiu a liminar impede o levantamento de qualquer verba referente à ação expropriatória nº 97.50.10822-1/PR, quer seja de natureza indenizatória, quer seja verba honorária' (*sic*).

Da análise dos autos, vê-se que, no dia 06.07.2007, a Min. Ellen Gracie deferiu pedido de medida liminar para 'suspender a decisão (fl. 198) proferida pelo juiz da 2ª Vara Federal

de Umuarama/PR nos autos da Ação de Desapropriação 97.50.10822-1/PR'. E o fez por entender que 'o levantamento imediato das vultosas importâncias depositadas, decorrentes do pagamento de indenização de desapropriação em área cujo domínio ainda é objeto de discussão, configura dano de difícil reparação aos cofres públicos, bem como evidencia a urgência do provimento cautelar' (fls. 232).

Nesse diapasão, vê-se que a medida liminar concedida às fls. 231-233 tem o efeito prático de impedir o levantamento de qualquer verba referente à mencionada ação, independentemente da sua natureza, até o julgamento final desta reclamatória.

Comunique-se, com urgência, ao juízo reclamado.

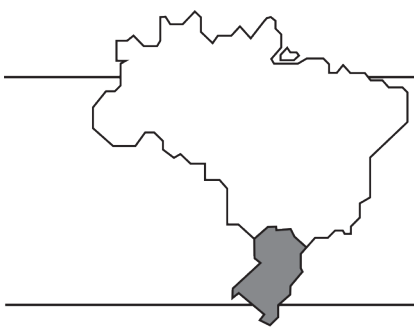
Publique-se.

Brasília, 06 de agosto de 2007."

Desse modo, tratando-se de verbas públicas e existindo o risco de dano ao erário de difícil recuperação, não vislumbro motivos para alterar o que já foi decidido, mantendo-se a suspensão da execução dos honorários advocatícios, nos termos em que a jurisprudência vem decidindo.

Ante o exposto, voto por negar provimento aos embargos de declaração.

É o voto.



DIREITO TRIBUTÁRIO

APELAÇÃO CÍVEL Nº 5018829-32.2014.4.04.7201/SC

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti

Apelante: Schulz S/A
Advogado: Dr. João Joaquim Martinelli
Apelada: União – Fazenda Nacional

EMENTA

Taxa de utilização do Siscomex. Portaria MF nº 257, de 2011. Reajuste de valores. Excesso.

É excessivo o reajuste aplicado aos valores da taxa de utilização do Siscomex pela Portaria MF nº 257, de 2011, cabendo a glosa de tal excesso.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, *dar parcial provimento* à apelação, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 04 de agosto de 2015.

Des. Federal *Rômulo Pizzolatti*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti: Schulz S.A. ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação da tutela, contra a União, objetivando que fosse reconhecida a ilegalidade da Portaria MF 257, de 2011, que aumentou o valor da Taxa de Utilização do Sistema de Comércio Exterior (Siscomex). Requereu, ainda, a compensação ou, não sendo esse o caso, a restituição dos valores indevidamente pagos nos cinco anos que antecederam o ajuizamento da ação.

O pedido de antecipação da tutela foi indeferido (evento 3, DECLIM1).

Ao final (evento 23, SENT1), a demanda foi rejeitada, por entender o juiz da causa pela constitucionalidade e pela legalidade da majoração da taxa. A autora foi condenada ao pagamento das custas processuais e de honorários advocatícios, fixados em R$ 1.000,00.

Em suas razões recursais (evento 37, APELAÇÃO1), a parte-autora sustenta que (a) não é possível a majoração de taxa por mera portaria, sob pena de ofensa ao princípio da legalidade; (b) a taxa é tributo vinculado a uma atividade estatal anterior e serve de contraprestação a esta, de forma que, se o Estado cobrar um valor acima do que gasta para a consecução da atividade, haverá o enriquecimento sem causa; (c) não se pode admitir a atribuição de efeito extrafiscal à taxa; (d) a majoração da taxa exorbitou os parâmetros razoáveis, não tendo havido mera atualização monetária.

Com resposta, vieram os autos a este tribunal.

De ofício, foi assinado prazo à Fazenda Nacional para, em dez dias, trazer informações úteis à instrução do processo, limitando-se ela a pedir maior prazo, o que foi indeferido por falta de amparo legal.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Rômulo Pizzolatti: A taxa, cujo reajuste é impugnado pela demandante, tem como sujeito passivo o importador e foi instituída pelo artigo 3º da Lei nº 9.716, de 1998, *in verbis*:

"Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – Siscomex, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Impor-

tação, à razão de:

I – R$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II – R$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no Siscomex."

Os valores nela indicados foram reajustados pela Portaria do Ministro da Fazenda nº 257, de 20.05.2011, *in verbis*:

"PORTARIA MF Nº 257, DE 20 DE MAIO DE 2011

DOU 23.05.2011

Dispõe sobre o reajuste da Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior, administrada pela Secretaria da Receita Federal da Brasil.

O MINISTRO DA FAZENDA, no uso das atribuições que lhe conferem o artigo 87, parágrafo único, incisos I e II, da Constituição Federal, considerando o disposto no artigo 6º do Decreto-Lei nº 1.437, de 17 de dezembro de 1975, ratificado pelo Decreto Legislativo nº 22, de 27 de agosto de 1990, e no parágrafo 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716, de 26 de novembro de 1998, resolve:

Art. 1º Reajustar a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior (Siscomex), devida no Registro da Declaração de Importação (DI), de que trata o parágrafo 1º do artigo 3º da Lei nº 9.716, de 1998, nos seguintes valores:

I – R$ 185,00 (cento e oitenta e cinco reais) por DI;

II – R$ 29,50 (vinte e nove reais e cinquenta centavos) para cada adição de mercadorias à DI, observados os limites fixados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

Art. 2º Esta portaria entra em vigor na data de sua publicação.

GUIDO MANTEGA"

Ao contrário do que alega a autora, não há falar em ilegitimidade do reajuste da taxa por portaria, visto que o critério de reajuste foi estabelecido pela lei formal. Na atualidade, o princípio da legalidade tributária, especialmente em se tratando de taxas, já não tem o antigo significado de legalidade cerrada, sendo lícita a complementação da lei por normas administrativas. A propósito, afirma Ricardo Lobo Torres:

"*14.3. Princípio da legalidade tributária e sua flexibilização*

(...)

Hoje, com o refluxo dos positivismos de diferentes matizes, a questão da legalidade tributária passa a se colocar de outra forma. O novo relacionamento entre Estado e sociedade e a reaproximação entre direito e ética conduzem a que a legalidade seja vista no contexto mais amplo do equilíbrio entre segurança e justiça, da sua ponderação com os demais princípios constitucionais, da emergência dos conceitos indeterminados e da interação entre os poderes do Estado, já pela concretização normativa por parte do poder regulamentar do Executivo, já pela judicialização das políticas públicas, inclusive fiscais e parafiscais.

Nessa perspectiva, as taxas passam a apresentar larga faixa de indeterminação. Principalmente as vinculadas ao exercício do poder de polícia, de difícil definição na sociedade contemporânea, carecem de complementação pelas regulações administrativas dos serviços em que se apoiam. O tributarista espanhol R. Falcón y Tella disse, com muita precisão:

'*En materia de tasas, por ejemplo, raramente el legislador procede a una minuciosa regulación de los elementos configuradores de las mismas, dada la necesidad de tener en cuenta las características, a menudo cambiantes, del servicio o actividad administrativa que constituye en cada caso el hecho imponible; y si bien no cabe una deslegalización absoluta, parece evidente que la reserva de ley ha de ser más flexible en este ámbito que en el de los impuestos*.'

Embora o princípio da legalidade tributária, expresso no art. 150, I, CF, se aplique sem menor dúvida às taxas, o certo é que jamais teve a conotação de legalidade cerrada." (*Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*. v. IV – Os tributos na Constituição. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 433-434)

Por outro lado, é pertinente examinar a alegação da demandante de que foi desproporcional ou excessivo o aumento da taxa pela Portaria MF nº 257, de 20.05.2011. Com efeito, diz a demandante que a taxa incidente sobre cada Declaração de Importação aumentou de R$ 30,00 para R$ 185,00, e a taxa para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação aumentou de R$ 10,00 para R$ 29,50, não se tratando, pois, de mera atualização monetária.

A respeito da majoração da taxa, assim estabelece o § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716, de 1998:

"Art. 3º Fica instituída a Taxa de Utilização do Sistema Integrado de Comércio Exterior – Siscomex, administrada pela Secretaria da Receita Federal do Ministério da Fazenda.

§ 1º A taxa a que se refere este artigo será devida no Registro da Declaração de Importação, à razão de: (*Vide* Medida Provisória nº 320, 2006)

I – R$ 30,00 (trinta reais) por Declaração de Importação;

II – R$ 10,00 (dez reais) para cada adição de mercadorias à Declaração de Importação, observado limite fixado pela Secretaria da Receita Federal.

§ 2º Os valores de que trata o parágrafo anterior poderão ser reajustados, anualmente, mediante ato do Ministro de Estado da Fazenda, conforme a variação dos custos de operação e dos investimentos no Siscomex.

(...)"

É então o caso de verificar se realmente o aumento do valor da taxa pela utilização do Siscomex, determinado pela Portaria MF nº 257, de 2011, observou o critério estabelecido no § 2º do artigo 3º da Lei nº 9.716, de 1998.

Observo que o aumento estabelecido pelo Ministro da Fazenda, me-

diante a referida portaria, baseou-se na *Nota Técnica Conjunta nº 3, de 06.05.2011* (cujo texto foi trazido pela Fazenda Nacional aos autos nº 5009893-06.2014.404.7205), elaborada conjuntamente pelos seguintes setores técnicos da Receita Federal do Brasil: Coordenação-Geral de Tecnologia da Informação (Cotec), Coordenação-Geral de Programação e Logística (Copol) e Coordenação-Geral de Administração Aduaneira (Coana).

De início, chama atenção o fato de que, na óptica oficial, os custos de operação e investimentos no Siscomex, adotados legalmente como base para o reajuste da taxa impugnada, são interpretados, pela referida Nota Técnica nº 3, como compreensivos dos custos de "toda a infraestrutura tecnológica necessária para o seu pleno funcionamento", ou seja, considera-se em tais custos o próprio "parque tecnológico da RFB". Confira-se:

"*DOS CUSTOS DE OPERAÇÃO E INVESTIMENTOS DO SISCOMEX*

7. Os custos de operação do Siscomex compreendem, além do custo de produção e atualização do próprio sistema informatizado, os custos com a infraestrutura tecnológica necessária para o seu pleno funcionamento.

8. A rede de longa distância da RFB, responsável pela comunicação de dados entre as diversas unidades de comércio exterior desta secretaria, é fundamental para o pleno funcionamento do Siscomex, por permitir que o sistema seja utilizado nas mais diversas localidades do Brasil. Além disso, o parque tecnológico da RFB, representado pelo número de computadores em utilização pelo corpo funcional da instituição, deve ser considerado nos custos de operação do Siscomex.

9. A tabela a seguir apresenta o aumento no volume da infraestrutura tecnológica diretamente utilizada pela RFB para operação dos seus sistemas informatizados.

(...)"

Parece haver aí certa distorção ou desvio de finalidade, do ponto de vista da aplicação dos recursos (e não do ponto de vista tributário), visto que uma taxa cobrada apenas aos importadores, pela utilização de um sistema de registro de informações no âmbito do comércio exterior (conforme a definição do Siscomex dada pelo artigo 2º do Decreto nº 660, de 25.09.1992), passou a servir ao custeio das despesas de operação e investimento do próprio parque tecnológico da Receita Federal do Brasil.

Decisivo, porém, é o confronto entre os custos de operação e investimentos, de um lado, e os valores arrecadados com a taxa impugnada,

de outro lado, extraídos das informações prestadas pela Fazenda Nacional no processo 5009893-06.2014.404.7205 (no qual foi analisada a mesma questão aqui tratada) e inseridos, para melhor entendimento, na seguinte tabela:

Ano	Custos oper. e invest.	Arrecadação taxa
1999	R$ 57.165.517,02	R$ 58.418.344,11
2000	R$ 29.017.101,92	R$ 66.079.620,42
2001	R$ 79.113.427,52	R$ 66.478.104,37
2002	R$ 66.498.135,11	R$ 61.787.586,63
2003	R$ 12.986.254,61	R$ 61.934.310,72
2004	R$ 99.491.084,87	R$ 72.661.457,17
2005	R$ 73.426.743,00	R$ 78.439.390,03
2006	R$ 95.000.000,00	R$ 87.655.721,61
2007	R$ 94.200.000,00	R$ 102.002.540,09
2008	R$ 124.747.903,00	R$ 118.438.573,97
2009	R$ 155.909.878,00	R$ 103.238.819,62
2010	R$ 131.331.646,82	R$ 130.753.316,83
2011	R$ 118.664.000,00	R$ 443.449.082,05
2012		R$ 644.832.689,89
2013		R$ 681.116.221,47
2014		R$ 667.717.689,18
Jan-abr 2015		R$ 212.273.995,08

Ora, confrontando-se os custos de operação e investimentos com os valores arrecadados, observa-se que, mesmo sem reajuste entre os anos de 1999 e 2011, o valor arrecadado com a taxa de utilização do Siscomex cobria, na média, tais custos, lembrando-se que esses custos referem-se a todo o parque tecnológico da RFB, e não a apenas parte dele. Porém, com o aumento estabelecido pela Portaria nº 257, de 2011, verifica-se, pelos dados acima, que a arrecadação corresponde a mais de 4 vezes os custos de operação e investimentos em todo o parque tecnológico da RFB. Eis aí o excesso, contra o qual reclama, com razão, a demandante.

Cabe, pois, glosar o excesso acima apontado, declarando a invalidade parcial do reajuste aplicado pela Portaria nº 257, mantido tal rea-

juste apenas até o limite da variação de preços medida pelo INPC entre janeiro de 1999 (a taxa impugnada passou a ser exigível a partir de 1º.01.1999) e abril de 2011 (a Portaria MF nº 257 foi publicada em 23.05.2011), ou seja, *131,60%*, o que importa em R$ 69,48 por DI, em vez de R$ 185,00, aplicando-se o mesmo percentual, como limite, às adições.

Em consequência, é de ser acolhida em parte a demanda para declarar inexigível o reajuste da taxa de utilização do Siscomex promovido pela Portaria MF nº 257, de 2011, acima do valor resultante da aplicação do percentual de 131,60%, correspondente à variação de preços, medida pelo INPC, entre janeiro de 1999 e abril de 2011, podendo a autora compensar, com quaisquer outros tributos administrados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil, os valores pagos indevidamente, segundo esse critério, nos cinco anos anteriores ao ajuizamento da demanda (25.07.2014), acrescidos (somente) de juros compensatórios equivalentes à taxa Selic.

Considerada a sucumbência recíproca e equivalente (a parte-demandante postulou a declaração de invalidade de todo o reajuste aplicado pela Portaria MF nº 257), ficam os honorários integralmente compensados entre as partes, cabendo à Fazenda Nacional restituir metade das custas pagas pela parte-autora.

Ante o exposto, voto por *dar parcial provimento* à apelação.

EMBARGOS INFRINGENTES Nº 5032158-65.2010.404.7100/RS

Relator: O Exmo. Sr. Des. Federal Joel Ilan Paciornik

Embargante: União – Fazenda Nacional
Embargada: Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul – Fase
Interessado: Ministério Público Federal

EMENTA

Tributário. Contribuição previdenciária. Fundação pública de direito público. Imunidade do § 7º do art. 195 da Constituição. Requisitos do art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991.

1. A Fase é entidade mantida pelo poder público, que possui patrimônio público e desempenha atividades de interesse público. Conquanto tenha sido criada com personalidade jurídica de direito privado, não há como negar sua vinculação ao Estado e sua finalidade de prestação de relevante serviço público de assistência social.

2. A imunidade prevista no § 7º do art. 195 da Constituição Federal estende-se inclusive a entidades estatais, instituídas e mantidas pelo poder público com a finalidade de promover a assistência social, ainda que se trate de pessoa jurídica de direito privado.

3. O benefício da imunidade não se destina somente às entidades privadas, com exclusão das fundações mantidas pelo poder público. Embora seja correto afirmar que as entidades privadas de saúde, educação ou assistência social sem fins lucrativos sejam criadas a fim de atender o interesse coletivo e contribuir com o Estado para a promoção da seguridade social, não se pode perder de vista, conforme adverte o STF, que "a *ratio* da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa, vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que essas entidades prestam ao Estado" (RE 636941, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13.02.2014, Acórdão Eletrônico, DJe-067, Divulg. 03.04.2014, Public. 04.04.2014). Nessa senda, se as entidades privadas são imunes porque fazem as vezes do Estado, negar a imunidade a uma entidade estatal que presta relevante serviço de assistência social subverte completamente o

conceito de imunidade.

4. Para as entidades estatais que promovem a saúde, a educação ou a assistência social, não se exige o cumprimento dos requisitos do revogado art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, para o reconhecimento da imunidade, visto que a legislação se aplica às entidades beneficentes privadas sem fins lucrativos.

5. Ao vedar a remuneração de diretores, presidentes e conselheiros, o inciso IV do art. 55 da Lei nº 8.212 objetiva evitar a burla ao benefício fiscal com a utilização maliciosa de entidades assistenciais com fins de lucro por parte dos seus controladores. O requisito, evidentemente, não é aplicável a qualquer entidade mantida pelo poder público, ainda que sob regime privado, que jamais exigiu contraprestação pecuniária pelos serviços assistenciais prestados. Seria irrazoável exigir que os diretores da Fase desempenhassem suas atribuições de forma graciosa, como se estivessem prestando trabalho voluntário. Aliás, tal espécie de trabalho voluntário é sabidamente contrária às normas que regem a administração pública, aplicáveis também às fundações públicas de direito privado, como no caso da Fase.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 1ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por unanimidade, negar provimento aos embargos infringentes, nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 18 de junho de 2015.

Des. Federal *Joel Ilan Paciornik*, Relator.

RELATÓRIO

O Exmo. Sr. Des. Federal Joel Ilan Paciornik: Trata-se de embargos infringentes opostos a acórdão que deu provimento à apelação da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul (Fase), cuja ementa foi vertida nos seguintes termos:

"CONTRIBUIÇÕES À SEGURIDADE SOCIAL. ENTIDADE ESTATAL. IMUNIDADE DO § 7º DO ART. 195 DA CONSTITUIÇÃO. EXTENSÃO. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL. REQUISITOS DO ART. 55 DA LEI Nº 8.212, DE 1991.

Adotada a construção jurisprudencial segundo a qual a imunidade às contribuições à seguridade social prevista no § 7º do art. 195 da Constituição Federal estende-se inclusive a entidade estatal voltada à promoção de assistência social, é-lhe inexigível o cumprimento dos requisitos do revogado art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, para o reconhecimento de tal imunidade, visto que aqueles são endereçados logicamente às entidades beneficentes privadas, sem fins lucrativos."

A Fazenda Nacional afirma que o acórdão, entendendo que as fundações públicas têm direito à isenção independentemente da certificação e do cumprimento dos demais requisitos legais, tratou a Fase como se fosse uma fundação de direito público, quando na verdade é uma fundação de direito privado. Aduz que, fundando-se as contribuições para a seguridade social no princípio da solidariedade (art. 3º, I, e art. 195 da CF) e devendo a sua instituição e cobrança observar o equilíbrio financeiro e atuarial, bem como os objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento, a isenção/imunidade das entidades beneficentes de assistência social restringe-se ao setor privado, porque as pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos agem movidas por liberalidade e, desde que obedecidas as exigências legais, estariam contribuindo com o Estado para a promoção da seguridade social. Sustenta que, quando uma pessoa jurídica de direito público presta um serviço na área de saúde, educação ou assistência social, essa pessoa está apenas cumprindo a obrigação que lhe foi legalmente atribuída, não havendo nada a ser compensado, porque a pessoa jurídica de direito público já foi pensada para prestar serviço público naquelas áreas assistenciais, com a previsão de todos os custos, inclusive tributários, que o desempenho dessa função lhe acarretaria. Alega que, se considerada a Fase como fundação pública de direito privado, ela deve cumprir os requisitos materiais e formais para a obtenção da imunidade, postos no art. 55 da Lei nº 8.212/1991 e nos arts. 1º, 3º, 4º e 29 da Lei nº 12.101/2009. Adverte que foi exatamente o descumprimento dos requisitos formais previstos nos incisos I (falta do reconhecimento da utilidade pública federal), II (não ser a entidade portadora do Certificado de Entidade de Fins Filantrópicos, fornecido pelo CNAS) e IV (remuneração de presidente, diretores e conselheiros) do art. 55 da Lei nº 8.212/91 o motivo que levou a autoridade administrativa competente a expedir o Ato Cancelatório nº 19.601/002/98. Esgrime que as decisões judiciais que

conferem à fundação pública de direito privado a qualidade de entidade beneficente de assistência social, à revelia do processo administrativo e da verificação do cumprimento dos requisitos legalmente exigidos, configuram descumprimento do art. 195, § 7º, da CF e violação ao art. 2º da CF, por usurpação de poderes.

Com contrarrazões, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Exmo. Sr. Des. Federal Joel Ilan Paciornik: Assevera a embargante que se funda o voto majoritário na premissa de que a Fase é uma fundação de direito público, quando, na verdade, seria uma fundação pública de direito privado. Entretanto, a atenta leitura do julgado revela que se equivoca a Fazenda Nacional, pois o voto em nenhum momento afirma que a Fase é uma fundação de direito público. A análise empreendida refere-se às entidades estatais, entendidas, em sentido amplo, como entidades instituídas e mantidas pelo poder público, independentemente de se tratar de pessoa jurídica de direito privado, como bem salientado nos embargos de declaração.

A Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul – Fase (sucessora da Fundação Estadual do Bem-Estar do Menor) é uma fundação pública de direito privado, consoante dispõe o art. 1º da Lei Estadual nº 11.800/2002, que deu nova redação à Lei nº 5.747/1969, instituidora da Febem:

> "Art. 1º Fica o Poder Executivo autorizado a criar a Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul, pessoa jurídica de direito privado vinculada à Secretaria do Trabalho, Cidadania e Assistência Social, com autonomia administrativa e financeira, que reger-se-á por esta lei e estatuto social próprio, mantida pelo poder público, segundo os princípios estabelecidos na Constituição Federal, de 5 de outubro de 1988, e em conformidade com o disposto na Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 – Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA."

Trata-se de entidade mantida pelo poder público, que possui patrimônio público e desempenha atividades de interesse público. O Decreto nº 41.664/2002, que criou a fundação, estabelece prazo de duração indeterminado e a reversão de todos os seus bens ao patrimônio do Estado em caso de extinção, bem como a finalidade de implantação e de

manutenção do sistema de atendimento responsável pela execução do Programa Estadual de Medidas Socioeducativas de Internação e Semiliberdade. Além disso, os recursos para a sua manutenção são oriundos de dotação orçamentária estadual, nos termos do art. 4º da Lei nº 11.800/2002.

Dessa forma, conclui-se que, conquanto a fundação tenha sido criada com personalidade jurídica de direito privado, não há como negar sua vinculação ao Estado e sua finalidade de prestação de relevante serviço público, como responsável pelo programa de execução de medidas socioeducativas, aplicadas em obediência à legislação vigente, em especial ao Estatuto da Criança e do Adolescente. Resta patente que as atribuições da Fase e as características pelas quais foi instituída demonstram a sua verdadeira natureza pública.

Equivoca-se a embargante quando sustenta que o benefício da imunidade seria destinado somente às entidades privadas, com exclusão das fundações mantidas pelo poder público. Embora seja correto afirmar que as entidades privadas de saúde, educação ou assistência social sem fins lucrativos sejam criadas a fim de atender o interesse coletivo e contribuir com o Estado para a promoção da seguridade social, não se pode perder de vista, conforme adverte o STF, que "a *ratio* da supressão da competência tributária funda-se na ausência de capacidade contributiva ou na aplicação do princípio da solidariedade de forma inversa, vale dizer: a ausência de tributação das contribuições sociais decorre da colaboração que essas entidades prestam ao Estado" (RE 636941, Relator(a): Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 13.02.2014, Acórdão Eletrônico, DJe-067, Divulg. 03.04.2014, Public. 04.04.2014). Nessa senda, se as entidades privadas são imunes porque fazem as vezes do Estado, negar a imunidade a uma entidade estatal que presta relevante serviço de assistência social subverte completamente o conceito de imunidade.

O cerne da questão, na verdade, consiste em definir se é possível que a Fase, fundação de direito privado, criada e mantida pelo poder público com a finalidade de exercer atividade de assistência social, remunere seus diretores ou administradores. A resposta, no caso, advém da teleologia da regra posta no inciso IV do art. 55 da Lei nº 8.212. Esse dispositivo legal, ao vedar a remuneração de diretores, presidentes e

conselheiros, objetiva evitar a burla ao benefício fiscal com a utilização maliciosa de entidades assistenciais com fins de lucro por parte dos seus controladores, o que, evidentemente, não é o caso da Fase ou de qualquer entidade mantida pelo poder público, ainda que sob regime privado, que nunca exigiu contraprestação pecuniária pelos serviços assistenciais prestados. Seria irrazoável exigir que os diretores da Fase desempenhassem suas atribuições de forma graciosa, como se estivessem prestando trabalho voluntário. Aliás, tal espécie de trabalho voluntário é sabidamente contrária às normas que regem a administração pública, aplicáveis também às fundações públicas de direito privado, como no caso da Fase. A legislação instituidora da entidade já estabelece, de forma clara, que a remuneração dos membros que compõem a Direção-Geral é fixada por decreto, fazendo jus também ao 13º salário anual, ao gozo de férias anuais remuneradas e ao terço de ferias, nos termos da lei. Não se verifica, assim, qualquer forma de distribuição de lucros, dividendos ou bonificações.

Enfim, não há razoabilidade ou proporcionalidade em negar a imunidade à Fase unicamente porque é mantida por verbas públicas, mormente porque inúmeras entidades privadas gozam do benefício, na hipótese em que as mantenedoras não remuneram seus administradores, enquanto os órgãos de execução, tais como hospitais, colégios, universidades, são geridos por administradores, com remuneração equivalente ou próxima ao salário pago aos executivos.

Postas essas considerações, entendo que deve prevalecer o voto majoritário, cujos fundamentos adoto como razões de decidir:

"Meu entendimento pessoal sempre foi o de que a antiga isenção (Lei nº 3.577, de 1959, art. 1º, revogada pelo Decreto-Lei nº 1.572, de 1977), que, sob a Constituição de 1988, foi restaurada como imunidade (art. 195, § 7º) às contribuições à seguridade social, beneficia apenas as entidades beneficentes (privadas) do Terceiro Setor voltadas à promoção da assistência social, sem fins lucrativos – e não as entidades (estatais) do Primeiro Setor –, como estímulo para que (aquelas) desenvolvam atividades de interesse público que o poder público não tem condições de realizar por si só e a contento. Elucidativas são as palavras do Ministro José Carlos Moreira Alves, durante palestra que proferiu no XXXIV Simpósio Nacional de Direito Tributário, ao responder a questões tributárias sobre o Terceiro Setor. Confira-se:

'1ª Questão – Qual a teleologia das imunidades instituídas no âmbito tributário para as entidades previstas nos arts. 150, VI, e 195, § 7º, da CF?

Embora seja controvertida a definição de Terceiro Setor, pode-se dizer que é ele o espaço de atuação ocupado por entidades de direito privado, sem fins lucrativos, cujas atividades

são em favor do bem comum, auxiliando na solução de problemas sociais.

Denomina-se Terceiro Setor porque se tem um Primeiro Setor, que usa de recurso público para finalidade pública e que se caracteriza como Setor Público; um Segundo Setor, que usa de recurso privado para finalidade privada e que se caracteriza como Setor Privado; e um Terceiro Setor, que usa de recursos privado e público para realizar finalidades públicas.

O Primeiro Setor é o ocupado pelo Estado, cuja atividade visa ao atendimento das necessidades da sociedade; o Segundo Setor é o constituído pelas sociedades privadas com fins lucrativos; e o Terceiro Setor é ocupado por entidades de direito privado, sem fins lucrativos, as quais se destinam à prestação de serviços que se dirigem à população em geral, fazendo com que ele não seja inteiramente privado nem inteiramente público.

A Constituição de 1988 reza em seu art. 150, VI, *c*, que é vedado à União, aos estados, ao Distrito Federal e aos municípios:

'VI – instituir impostos sobre:

(...)

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei.'

E mais adiante, no art. 195, § 7º, preceitua que 'são isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.'

Não obstante esse art. 195, § 7º, refira-se a isenção de contribuição para a seguridade social, deve ele ser entendido como impondo uma imunidade, porquanto a vedação constitucional à instituição de tributo é imunidade, e não isenção, o que significa dizer que ambos os dispositivos constitucionais determinam imunidade de tributo: o art. 150, IV, *c*, de imposto sobre patrimônio, renda ou serviços – no tocante ao Terceiro Setor – das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei; e o art. 195, § 7º, de contribuição para a seguridade social – também no âmbito do Terceiro Setor – das entidades beneficentes de assistência social que atendam às exigências estabelecidas em lei.

Qual, então, a razão de ser dessas imunidades com relação às entidades do Terceiro Setor?

A meu ver, é correta a resposta a essa primeira questão dada pelo Dr. Otávio Campos Fischer (p. 359), no sentido de que a razão de ser dessas imunidades 'está no fomentar a iniciativa privada a desenvolver atividades de interesse público e de extrema relevância constitucional para a efetivação de direitos fundamentais sociais, mas que o poder público não tem condições de realizar por si só e a contento. Bem por isso, o poder público, para tentar atrair a colaboração dos particulares, oferece estímulos fiscais, como é o caso da imunidade em questão' (*Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas*, n. 17, p. 147-48, nov./dez. 2009).'

Aliás, a Lei nº 12.101, de 2009, que regula a certificação das entidades beneficentes de assistência social para efeito de fruição da imunidade estabelecida pelos artigos 150, VI, *c*, e 195, § 7º, da Constituição Federal, evidencia que destinatárias do benefício constitucional são apenas entidades do Terceiro Setor, ou seja, pessoas jurídicas de direito privado sem fins lucrativos, e não entidades estatais. Confira-se:

'Art. 1º A certificação das entidades beneficentes de assistência social e a isenção de contribuições para a seguridade social serão concedidas às pessoas jurídicas de direito pri-

vado sem fins lucrativos, reconhecidas como entidades beneficentes de assistência social com finalidade de prestação de serviços nas áreas de assistência social, saúde ou educação e que atendam ao disposto nesta lei.'

Contudo, a Primeira Seção deste Tribunal, que reúne as turmas especializadas em matéria tributária, estabeleceu – mediante construção jurisprudencial – que a imunidade do § 7º do art. 195 da Constituição Federal beneficia também entidades estatais (*v.g.*, autarquias, fundações instituídas e mantidas pelo poder público). O mais recente julgamento nesse sentido é o abaixo sintetizado:

'TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. IMUNIDADE. AUTARQUIA. PESSOA JURÍDICA DE DIREITO PÚBLICO. ENTIDADE FILANTRÓPICA. CONCEITO. CONTRIBUIÇÕES SOCIAIS. ART. 195, § 7º, DA CF/88. ART. 55 DA LEI 8.212/91. LEI COMPLEMENTAR *VERSUS* LEI ORDINÁRIA. PRECEDENTES DO STF. POSIÇÃO CONSOLIDADA NA CORTE ESPECIAL DESTE TRIBUNAL. OBSERVÂNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS NO CASO CONCRETO.

1. No julgamento da ADI 2028, o STF se posicionou sobre quais são as entidades abrangidas pela imunidade do art. 196, § 7º, da CF, afirmando que elas são aquelas beneficentes de assistência social, não estando restrito o preceito, portanto, às instituições filantrópicas. É indispensável, é certo, que se tenha o desenvolvimento de atividade voltada aos hipossuficientes, àqueles que, sem prejuízo do próprio sustento e o da família, não possam se dirigir aos particulares que atuam no ramo buscando lucro, dificultada que está, pela insuficiência de estrutura, a prestação do serviço pelo Estado.

2. A cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Carta Política – não obstante referir-se impropriamente à isenção de contribuição para a seguridade social – contemplou com o favor constitucional da imunidade tributária, desde que preenchidos os requisitos fixados em lei. A jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal já identificou, na cláusula inscrita no art. 195, § 7º, da Constituição da República, a existência de uma típica garantia de imunidade (e não de simples isenção) estabelecida em favor das entidades beneficentes de assistência social.

3. Dispondo o referido § 7º do artigo 195 da Constituição Federal sobre limitação constitucional ao poder de tributar, cumpre a sua regulamentação à lei complementar, nos precisos termos do inciso II do artigo 146 da mesma Constituição.

4. Confirma essa regra o entendimento que compatibiliza o seu enunciado com a possibilidade de veiculação por lei ordinária das exigências específicas para o alcance às entidades beneficentes de assistência social do benefício de dispensa do pagamento de contribuições sociais para a seguridade social, na forma do já mencionado § 7º do artigo 195 da Constituição Federal.

5. Assim, fica reservado o trato a propósito dos limites do benefício de dispensa constitucional do pagamento do tributo, com a definição do seu objeto material, à edição de lei complementar, pertencendo, de outra parte, à lei ordinária o domínio quanto às normas atinentes à constituição e ao funcionamento das entidades beneficiárias do favor constitucional.

6. Constitucionalidade dos artigos 55 da Lei nº 8.212/91, 5º da Lei nº 9.429/96, 1º da Lei nº 9.528/97 e 3º da MP nº 2.187/01, o primeiro na sua integralidade e os demais nos tópicos em que alteraram a redação daquele, os quais versam sobre os requisitos necessários à fruição do benefício constitucional de dispensa do pagamento de contribuições sociais para a seguridade social, contemplado no § 7º do artigo 195 da Constituição Federal em

favor das entidades beneficentes de assistência social. Recente jurisprudência do excelso Supremo Tribunal Federal, bem como da colenda Corte Especial deste Tribunal (Incidente de Arguição de Inconstitucionalidade na AC nº 2002.71.00.005645-6/RS, rel. Des. Federal Dirceu de Almeida Soares, rel. para acórdão Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler, D.E., publicado em 29.03.2007).

7. Ainda tomando-se por base a corrente intermediária adotada pelo egrégio STF e pela colenda Corte Especial deste regional, também é possível concluir-se que a necessidade de obtenção e renovação dos certificados de entidade de fins filantrópicos é requisito formal para a constituição e o funcionamento das entidades e, portanto, constitui matéria que pode ser tratada por lei ordinária. Precedente desta Turma.

8. O simples fato de a entidade constituir uma autarquia municipal não constitui motivo legítimo a impedir-lhe a fruição da imunidade tributária, já que o conceito constitucional de entidade beneficente de assistência social não contempla restrição alguma à natureza da beneficiária da imunidade tributária em tela. Pelo contrário; no caso, é justamente de sua natureza pública que decorrem o seu caráter beneficente e a sua utilidade pública, bem como a ausência de fins lucrativos e a aplicação integral de seus recursos na atividade, isto é, o atendimento aos requisitos materiais para o gozo da imunidade. Ademais, a Lei 8.212/91 não dispõe que os requisitos nela contidos só se aplicam às pessoas jurídicas de direito privado, diversamente do que ocorre na Lei 12.101/09.

9. Havendo prova de que a entidade atende aos requisitos materiais elencados no art. 55 da Lei 8.212/91, o fato de ela não dispor do Cebas ou de declaração de utilidade pública federal, estadual ou municipal não constitui óbice ao reconhecimento do seu direito ao gozo da imunidade tributária, em atendimento ao próprio postulado normativo-aplicativo da razoabilidade.' (Embargos Infringentes na APELREEX nº 5003757-56.2010.404.7003/PR, rel. Desa. Federal Luciane Amaral Corrêa Münch, julgamento em 31.05.2012, maioria)

Adotada essa construção jurisprudencial, força é convir que as entidades estatais que pretendem obter judicialmente o benefício da imunidade às contribuições sociais de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição ficam logicamente dispensadas de certificações administrativas e principalmente dos requisitos que só têm razão de ser quando se trata de entidades privadas, como aqueles estabelecidos no revogado art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991, aqueles hoje estabelecidos na Lei nº 12.201, de 2009, e inclusive aqueles estabelecidos no art. 14 do Código Tributário Nacional (CTN). De fato, seria absurdo exigir de uma entidade estatal que comprovasse, por exemplo, a observância do inciso I do art. 14 do CTN: não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título.

Aliás, antigo julgado da 1ª Seção deste Tribunal, do ano de 2008, citado no próprio voto da relatora, já tinha tal compreensão do assunto, ao declarar que entidade estatal criada e mantida pelo poder público para atuar na área da seguridade social faz jus ao benefício previsto no § 7º do art. 195 da Constituição de 1988 independentemente da comprovação dos requisitos previstos no art. 55 da Lei nº 8.212, de 1991. Confira-se:

'EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO RESCISÓRIA. OMISSÃO. INTEGRAÇÃO. PREQUESTIONAMENTO. EFEITOS INFRINGENTES.

São pré-requisitos autorizadores dos embargos de declaração a omissão, a contradição ou a obscuridade na decisão embargada. Também a jurisprudência os admite para a correção de erro material e para o fim de prequestionamento.

Reconhecida a existência de omissão ou contradição, integra-se o acórdão embargado,

acolhendo-se os embargos de declaração e atribuindo-se efeitos infringentes ao presente julgado para, em juízo rescindendo, julgar improcedente a presente ação rescisória. Foi omisso o julgado em relação a questão que merece análise, sob pena de ofensa ao inciso II do art. 535 do CPC. Omisso porque limitou sua fundamentação de procedência da rescisória na falta de registro no Conselho Nacional de Assistência Social e de certificado de entidade beneficente, sem perquirir o porquê da não apresentação dos requisitos.

Entidade criada e mantida pelo poder público para atuar na área da seguridade social faz jus ao benefício previsto no § 7º do art. 195 da CF/88 independentemente de comprovação dos requisitos previstos no art. 55 da Lei nº 8.212/91.' (Embargos de Declaração em Embargos de Declaração em Ação Rescisória nº 2006.04.00.007012-0/RS, rel. Des. Federal Vilson Darós, julgamento em 02.10.2008, unânime)

À vista disso, entendo que o voto da relatora incorre em contradição, haja vista que, no julgamento do presente caso, que envolve entidade estatal – Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul (Fase), fundação instituída e mantida pelo Estado do Rio Grande do Sul, voltada à promoção da assistência social –, ao mesmo tempo (I) aplica a construção jurisprudencial segundo a qual a imunidade do § 7º do art. 195 da Constituição Federal beneficia também o Primeiro Setor (entidades estatais) e, contraditoriamente, (II) nega o reconhecimento da imunidade à referida entidade estatal porque ela, na vigência do artigo 55 da Lei nº 8.212, de 1991, a seu ver, não cumpriu o requisito do seu inciso IV (não percebam seus diretores, conselheiros, sócios, instituidores ou benfeitores remuneração e não usufruam vantagens ou benefícios a qualquer título), quando é certo que tal requisito é exigível, assim como os outros, apenas às entidades privadas, sem fins lucrativos, integrantes do Terceiro Setor.

Ademais, a exigência, estabelecida no voto da relatora, de que, para o reconhecimento da imunidade, os membros da Direção-Geral da Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul teriam de trabalhar gratuitamente é de cumprimento juridicamente impossível, por força do princípio, ínsito ao nosso ordenamento jurídico e chancelado pelo Supremo Tribunal Federal (cf. MS nº 22.182/RJ, Tribunal Pleno, rel. Min. Moreira Alves, DJ de 10.08.1995), de que não se pode exercer cargo público gratuitamente. Essa proibição visa à própria proteção do patrimônio público, uma vez que, se é certo que servidores públicos mal remunerados são mais suscetíveis à improbidade administrativa, então a permissão do exercício de cargo público gratuitamente viria propriamente a estimular a corrupção e a improbidade administrativa.

Por essas razões, adotada a construção jurisprudencial estabelecida pela 1ª Seção deste Tribunal, entendo que a Fundação de Atendimento Socioeducativo do Rio Grande do Sul (Fase), sendo fundação instituída e mantida pelo poder público estadual para promoção de assistência social, como tal fiscalizada pelo Tribunal de Contas do Estado (TCE), faz jus ao reconhecimento judicial da imunidade de que trata o § 7º do art. 195 da Constituição Federal, o que leva ao total acolhimento dos embargos à execução por ela opostos, condenada a União ao pagamento de honorários advocatícios arbitrados equitativamente em R$ 5.000,00 (cinco mil reais)."

Ante o exposto, voto no sentido de negar provimento aos embargos infringentes.

APELAÇÃO/REEXAME NECESSÁRIO
Nº 5052793-42.2011.4.04.7000/PR

Relatora: A Exma. Sra. Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges
Relator p/ acórdão: O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona

Apelante: Neiry Galvão da Silva
Advogados: Dr. Sacha Calmon Navarro Coelho
Dr. Daniel Lannes Poubel
Apelante: União – Fazenda Nacional
Apelados: Os mesmos

EMENTA

Tributário. Societário. Imposto de renda. Pessoa física. Substituição de ações na conversão em subsidiária integral. Ganho de capital. Omissão de rendimentos. Inexistência. Ausência de recebimento de valores. Hipótese de não incidência. Irrelevância de se considerar a hipótese como alienação. Divergência doutrinária e jurisprudencial. Decisão por maioria.

1. Há uma diferença de natureza entre a incorporação de sociedades e a incorporação de ações. No caso da primeira, há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, inclusive de seus direitos e obrigações, que deixa de existir. No caso da incorporação de ações, a empresa incorporada não deixa de existir, havendo a transferência apenas das ações para a incorporadora. No caso da conversão da empresa em subsidiária integral, a incorporadora passa a ser sua única sócia.

2. No caso dos autos, a parte-autora detinha 92% das ações da empresa incorporada, transferidas à incorporadora, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da incorporada a mesma proporção de ações que estes detinham antes. Na prática, as ações da parte-autora sub-rogaram-se nas novas ações, tendo sido mantido, na sua declaração de bens, o valor de custo das ações, e não o valor da avaliação mercadológica, esta imposta pela Lei das Sociedades Anônimas (Lei nº 6.404/76).

3. Hipótese em que a mais-valia decorrente da avaliação das ações dadas em substituição, determinada pelo art. 252 e §§ da Lei das Socie-

dades Anônimas, não está sujeita à incidência do imposto de renda da pessoa física, mormente se a pessoa física manteve em sua declaração de bens o valor de custo das ações.

4. No caso, da análise da situação fática, da doutrina e da parca jurisprudência administrativa e judicial a respeito, pode-se chegar às seguintes conclusões:

(a) a conversão em subsidiária integral foi tida pelo Fisco como legítima, não se caracterizando como abuso de direito ou ato fraudulento, embora não se possa ser ingênuo, do ponto de vista tributário, e desconsiderar que se tratou de uma ação de planejamento fiscal; porém, legítima, tanto que não aplicada a multa de 150%, prevista para as situações fraudulentas; considerou-se, em relação à pessoa física, ter ocorrido apenas omissão do ganho de capital na declaração de ajuste;

(b) a avaliação das ações da empresa para a obtenção do valor de mercado é decorrência de uma imposição legal (art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76);

(c) o contribuinte pessoa física autuado manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, não considerando a mais-valia decorrente da avaliação, que, frise-se, decorre de imposição legal;

(d) a incorporação de ações, no caso, mesmo que se considere uma alienação, não implicou recebimento de valores em dinheiro, tendo ocorrido, segundo a doutrina a que aderiu a maioria do colegiado, mera substituição de ações, sendo o aumento de capital daí decorrente apenas meio, e não fim;

(e) a substituição de ações, portanto, não gera ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações. Não se aplica, por conseguinte, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal;

(f) a tributação pelo imposto de renda pessoa física, na hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio, e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do imposto de renda da pessoa física.

5. Análise da situação sob a perspectiva da pessoa física.

6. Quanto à verba honorária, arbitrada em quantia fixa, fica mantida,

na linha dos precedentes desta Turma, considerando-se os parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, pois, vencida a Fazenda Pública, ela se apresenta consentânea, na medida em que o julgamento da causa ocorreu sem maiores incidentes processuais, não tendo ocorrido instrução probatória delongada, sendo o feito sentenciado com base nos documentos adunados aos autos pelas partes, cingindo-se a discussão a questão jurídica pontual, a despeito de relativamente nova no âmbito judicial a matéria. Fica mantida, também nesse particular, a sentença. Recurso da parte-autora improvido.

7. Sentença de procedência mantida, inclusive quanto aos ônus sucumbenciais, por maioria, e, nessa linha, afastada a autuação fiscal.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia 2ª Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria, vencida a relatora, Juíza Carla Evelise Justino Hendges, negar provimento às apelações e à remessa oficial, nos termos do relatório, do voto vencedor, lançado pelo Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona, bem como das notas de julgamento que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Relator para o acórdão o Desembargador Federal Otávio Roberto Pamplona.

Porto Alegre, 22 de setembro de 2015.

Des. Federal *Otávio Roberto Pamplona*, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Exma. Sra. Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges: Trata-se de apelação de sentença que acolheu embargos à execução fiscal, para decretar "a nulidade da CDA 90.1.1100.0141-48" e determinar a "extinção da execução fiscal que tramita nos autos eletrônicos nº 50087761820114047000". Condenada a União nos honorários advocatícios de R$ 50.000,00.

Inconformada, a autora requer, em sua apelação, a majoração dos honorários advocatícios de sucumbência para 20% sobre o valor da causa (*R$ 18.632.420,49*), sustentando que essa verba restou fixada em valor irrisório.

Por sua vez, a União sustenta, em sua apelação, a improcedência

da ação. Refere que a "embargante, ao transferir suas ações pelo valor de mercado, mediante incorporação, elevou seu patrimônio e, portanto, está sujeita a tributação por ganho de capital". Informa que

"a incorporação do capital ocorreu mediante a transferência para o patrimônio da MSB das ações detidas pelos sócios da Insol, aos quais foram entregues novas ações da MSB. Essa transferência efetivou-se pelo valor de mercado de R$ 45.000.000,00, conforme Laudo de Avaliação para Efeitos de Incorporação de Ações da Companhia Insol elaborado pela empresa especializada ZHC Consultores S/S Ltda., de modo que resta configurado o ganho de capital."

Ressalta que

"a incorporação de ações constitui uma forma de alienação em sentido amplo, ou seja, o sujeito passivo transfere ações, por meio da incorporação destas, para outra empresa, a título de subscrição e integralização de ações que compõem seu capital, pelo valor de mercado. Assim, a diferença entre o valor de mercado e o valor constante na declaração de bens é tributada como ganho de capital."

Ainda, aduz que o "aumento de capital da MSB com as ações da Insol não correspondeu a uma mera 'troca' de ações; configurou, isto sim, uma verdadeira alienação, que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, teve como contraprestação a subscrição das ações que o contribuinte detinha (na sua quase totalidade) na Insol". Conclui que o

"capital social da Insol era declarado em 1.500.000,00, e o valor patrimonial, em R$ 5.113.222,00. A transferência das ações para a MSB efetivou-se pelo valor de R$ 45.000.000,00. Em decorrência da incorporação das ações da Insol pela MSB, a embargante deixou de possuir 1.380.000 ações da Insol e passou a possuir 41.400.000 novas ações da MSB, calculadas em R$ 41.400.000,00."

Faz referência ao disposto no art. 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88 e no art. 23, § 2º, da Lei nº 9.349/95. Por fim, caso mantida no mérito a sentença, pugna pela redução dos honorários advocatícios.

Com contrarrazões, subiram os autos.

Causa sujeita à remessa oficial.

É o relatório.

VOTO

A Exma. Sra. Juíza Federal Carla Evelise Justino Hendges: Controverte-se acerca do *IRPF* e dos consectários legais incidentes sobre o *ganho de capital* decorrente de operações de transferência-incorporação

de participação societária (execução fiscal no valor de *R$ 18.632.420,49* – 23.04.2011).

Conforme bem consignado na sentença, os fatos são os seguintes: a embargante informara, em sua declaração de bens e direitos concernente ao exercício de *2003*, sua participação na empresa *Insol Intertrading* do Brasil Indústria e Comércio Ltda., estimada em *R$ 1.460.000,00* e concernente a 92% do respectivo capital. Em *02.07.2004*, essa empresa foi transformada em sociedade por ações e renomeada para *Insol Intertrading* do Brasil Indústria e Comércio S.A., mantendo-se a participação acionária e os valores nos mesmos patamares, com a embargante detendo *1.380.000 ações*. Em *15.09.2004*, foi constituída a empresa *MSB* Assessoria Empresarial Ltda., com capital social de *R$ 3.000,00*, representado em *3.000 cotas no valor de R$ 1,00 cada*. Em *29.12.2004*, *MSB* foi transformada em sociedade por ações, adotando a denominação *MSB* Assessoria Empresarial S.A. *No mesmo ato*, houve ***incorporação**, por esta empresa, das ações da **Insol** pelo valor de **R$ 45.000.000,00***. Tal valor decorreu de *laudo de avaliação do acervo líquido da incorporada* (*Insol*). *Na oportunidade, elevou-se o capital social de MSB para R$ 45.003.000,00*, sendo ***subscritas** pela **embargante 41.400.000 ações**, a **R$ 1,00 cada** uma, em substituição às ações que detinha da empresa incorporada*.

Portanto, não resta qualquer dúvida de que a embargante obteve uma extraordinária valorização da participação societária que detinha, de *R$ 1.460.000,00*, no ano de *2003*, para, em *29.12.2004*, *R$ 41.400.000,00*, conforme Laudo de Avaliação para Efeitos de Incorporação de Ações da Companhia Insol, elaborado pela empresa especializada ZHC Consultores S/S Ltda., estando, pois, plenamente configurado o ganho de capital (aumento patrimonial), passível de incidência do IRPF, a teor do disposto no art. 43 do CTN.

E essa "*supervalorização*" da participação societária da embargante se efetivou por meio de sucessivas e, para dizer o mínimo, estranhas alterações societárias, que resultaram em modificações do tipo de sociedade (Ltda. para S/A) e em incorporações de uma sociedade por outra, mas sempre figurando como sócia majoritária a autora, com 92% do capital social ou das ações.

Nesse sentido, tem razão a União quando afirma, em sua apelação,

que

"*O aumento de capital da MSB com as ações da Insol não correspondeu a uma mera 'troca' de ações*; configurou, isto sim, uma verdadeira alienação, que, embora não caracterizada pelo pagamento em dinheiro, teve como contraprestação a subscrição das ações que o contribuinte detinha (na sua quase totalidade) na Insol."

A esse respeito, a legislação em regência prevê a incidência do IRPF: *Lei nº 7.713/88*:

"Art. 3º O *imposto* incidirá sobre o rendimento bruto, sem qualquer dedução, ressalvado o disposto nos arts. 9º a 14 desta lei.

(...)

§ 3º – Na apuração do ganho de capital serão consideradas as *operações que importem alienação, a qualquer título*, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins."

Lei nº 9.349/95:

"Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de *integralização de capital*, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nessa declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º *Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.*" (grifei)

Improcedem, pois, os presentes embargos à execução fiscal, merecendo provimento a apelação da União para este fim.

Honorários advocatícios

Esta Turma tem entendido, por maioria, que os honorários advocatícios devem ser arbitrados em 10% sobre o valor da causa ou da condenação, somente afastando-se desse critério quando tal valor for exorbitante ou quando restar muito aquém daquilo que efetivamente deveria receber o advogado. Por conta da integração deste órgão colegiado, manifesto minha adesão a esse entendimento firmado.

Em razão da improcedência dos embargos, tenho que os honorários advocatícios deveriam ser suportados pelo executado. No entanto, ante a existência do encargo de 20% previsto no Decreto-Lei nº 2.052/83,

que substitui a condenação do devedor em honorários advocatícios, *deixo de fixá-los*.

Dispositivo

Ante o exposto, voto por dar provimento à apelação da União e à remessa oficial e julgar prejudicada a apelação da autora.

VOTO-VISTA

O Exmo. Sr. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona: Pedi vista dos autos para melhor examinar a matéria e peço vênia à ilustre relatora para divergir pelos fundamentos a seguir declinados.

Com efeito, cinge-se a lide a apurar a efetiva ocorrência ou não de ganho de capital, apontado pela administração tributária como fato gerador do imposto de renda da pessoa física, no caso de constituição de subsidiária integral, relativamente às ações que são dadas, em substituição, aos acionistas da sociedade em tal convertida, que tenham mantido os valores, em suas declarações de ajuste do IRPF, originais, mesmo tendo havido mais-valia após a avaliação, determinada por lei, para a criação da subsidiária integral.

Assinalo, outrossim, que a matéria debatida é nova no âmbito desta Corte e pouco há na jurisprudência dos tribunais sobre o tema, para dizer o mínimo – quase nada –, sendo controversa a jurisprudência do Carf a respeito.

Em sede doutrinária, a matéria é controversa também. Há entendimento favorável à orientação do Fisco e doutrina contrária à posição da administração tributária.

Destaco, por todos, entre aqueles textos favoráveis ao entendimento da Fazenda Nacional, o artigo "Incorporação de ações: natureza jurídica societária e efeitos tributários", publicado em coautoria por Luís Eduardo Schoueri e Luiz Carlos de Andrade Jr. (*in Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo, n. 200, p. 43-72, maio 2012). Já defendendo posição diametralmente oposta, aponto, por todos, o livro de Ricardo Mariz de Oliveira, intitulado *Incorporação de ações no direito tributário* (São Paulo: Quartier Latin, 2014. 208 p.). Ambos são trabalhos de fôlego, calcados em forte doutrina acerca dos vários aspectos da temática e referências jurisprudenciais, estas, a bem da verdade, mais

escassas.

Posto isso, passo, então, a expor a minha compreensão sobre o tema, após ter analisado os fundamentos das duas posições antagônicas.

Como dito, restringe-se a lide a apurar a efetiva ocorrência ou não do ganho de capital apontado pela administração tributária como fato gerador do imposto de renda, isso na perspectiva da pessoa física.

A solução da controvérsia depende da elucidação do correto tratamento tributário a ser dado à operação de incorporação da integralidade de ações de uma empresa, transformada em subsidiária integral, por outra empresa nacional, que passa a ser sua única acionista.

É cabível mencionar que a sociedade unipessoal não era permitida no direito brasileiro. A Lei das Sociedades Anônimas exige o mínimo de dois sócios, havendo apenas duas exceções, a saber, a empresa pública, de capital exclusivo da União, e a subsidiária integral.

Existem duas formas de criação da subsidiária integral, uma originária e outra derivada. A primeira é aquela prevista no artigo 251, *caput*, da LSA, a saber, constituição mediante escritura pública sob a forma de S.A., tendo como única acionista outra sociedade brasileira. A segunda forma de constituição consiste na conversão de uma sociedade já existente em subsidiária integral, que pode ser feita de dois modos: por aquisição de sociedade existente (artigo 251, § 2º) ou por "incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral" (artigo 252, *caput*).

O mencionado artigo 252 estabelece uma série de requisitos a serem preenchidos para a incorporação das ações de empresa convertida em subsidiária integral.

No caso em apreço, a empresa *Insol Intertrading* Ltda. transformou-se na *Insol Intertrading* do Brasil Indústria e Comércio S/A e, posteriormente, foi convertida em subsidiária integral da empresa MSB. A empresa juntou farto conjunto probatório para demonstrar que foram atendidos os requisitos legais para conversão em subsidiária integral.

Cabe referir que a Receita Federal jamais infirmou a legitimidade da conversão em subsidiária integral, não tendo alegado qualquer vício na constituição por infração à Lei das Sociedades Anônimas. Ao contrário, o fato restou reconhecido no relatório da ação fiscal. Tampouco a Fazenda Nacional impugnou essa transformação. Em resumo: teve a

operação como legítima, tanto que a multa aplicada foi a de 75%, e não a de 150%, que é a cabível no caso de fraude, dolo, simulação e má-fé. Inclusive, não faz qualquer alusão ao parágrafo único do artigo 116 do CTN, tampouco ao instituto do abuso de direito. Constatada essa premissa fática, o que remanesce é verificar se a operação para os sócios que receberam as novas ações, as quais, por força de lei, foram submetidas à avaliação mercadológica, mesmo mantendo em suas declarações de ajuste os valores originais delas constantes antes da operação, gerou ganho de capital tributável pelo imposto de renda da pessoa física.

Nessa perspectiva, cumpre salientar que é mister atentar que há uma diferença de natureza entre a incorporação de sociedades e a incorporação de ações. No caso da primeira, há uma transferência integral do patrimônio da empresa incorporada, inclusive de seus direitos e obrigações, e ela deixa de existir. No caso da incorporação de ações, a empresa incorporada não deixa de existir, havendo a transferência apenas das ações para a incorporadora. No caso da conversão da empresa em subsidiária integral, a incorporadora passa a ser sua única sócia.

No caso dos autos, a embargante Neiry Galvão da Silva detinha 92% das ações da Insol, transferidas à MSB, que, em contrapartida, entregou aos acionistas da Insol a mesma proporção de ações que estes detinham antes. No caso da embargante, recebeu 92% das ações da MSB. Na prática, as ações da Insol sub-rogaram-se em ações da MSB.

Aí está, segundo Schoueri e Andrade Jr., o primeiro aspecto a se ponderar, se o caso é de alienação das ações incorporadas, hipótese em que incidiria a tributação, ou se se trata de mera sub-rogação real (ou legal), situação em que, segundo os defensores dessa segunda natureza jurídica, não incidiria a regra matriz do imposto de renda da pessoa física.

A doutrina comercialista não é uníssona quanto à natureza jurídica dessa incorporação.

Senão vejamos.

Rubens Requião enquadra-a como caso de mera *substituição* de ações, porquanto os titulares das ações da incorporada receberão diretamente da incorporadora as ações que lhe couberem (*Curso de direito comercial*. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 2).

Modesto Carvalhosa assinala que a hipótese constitui, ao mesmo tempo, uma incorporação e uma alienação *fictas*, considerando-a, as-

sim, um negócio *sui generis* (*Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. v. 4. p. 172-173).

Schoueri, no artigo acima citado, considera-a, com respaldo em doutrina de Fran Martins e Modesto Carvalhosa, como efetiva alienação, cuja moeda de pagamento são as ações da companhia incorporada pela entrega das ações pela companhia incorporadora. A despeito de Schoueri afirmar que Carvalhosa seria categórico quanto à questão de se tratar de alienação, vê-se que o próprio autor citado afirma constituir a operação uma situação *sui generis*, sendo ao mesmo tempo uma incorporação e uma alienação *fictas*. Nos dizeres de Schoueri, isso afastaria a hipótese de permuta. Penso, porém, que até aí não vai a afirmação de Carvalhosa, na medida em que a permuta é, também, uma forma de alienação. Carvalhosa não diz que tipo de alienação entende ser.

A segunda corrente, por sua vez, entende tratar-se de um caso de *sub-rogação real*. Entre esses autores, encontram-se Bulhões Pedreira, Nelson Eizerik, Alberto Xavier (*apud* SHOUERI, op. cit., p. 47-48). Ricardo Mariz de Oliveira, por sua vez, também cita Nelson Eizirik como defensor da hipótese de sub-rogação, inclusive fazendo longa citação do texto deste autor. Em nota de rodapé, aponta a doutrina de Alberto Xavier, citado por Eizirik (MARIZ, op. cit., p. 63-67).

Nesse capítulo da sua obra (*Capítulo III – O ato jurídico de incorporação de ações, na perspectiva genérica dos pressupostos para a tributação*), Ricardo Mariz de Oliveira, com muita didática e extremo rigor científico, faz a correta distinção entre incorporação de ações e aumento de capital, pontuando, com precisão, que

> "Não há, em definitivo, como equiparar as duas situações, porque, na primeira, o aumento de capital é fim, ao passo que, na segunda, é decorrência de outro fim, que é transformar outra sociedade em subsidiária integral da incorporadora, para cujo fim é necessário haver aumento de capital, ou seja, não há como fazê-lo sem haver aumento de capital." (op. cit., p. 56)

Mais à frente, quando trata da incorporação de ações e dos seus efeitos perante o direito tributário, considerando as duas interpretações do ato (Capítulo IV, op. cit., p. 71-146), anui à corrente contrária à orientação fiscal e a equipara, do ponto de vista tributário, com a hipótese de permuta sem torna. Fundamenta a sua orientação em sólidos argumentos teóricos e em parecer da própria administração tributária federal, qual seja o PGNF/PGA nº 452/92, que equipara "a conferência de bens

para integralização de aumento de capital à permuta e demonstra a sua intributabilidade" (p. 74).

Com precisão, o autor pontua:

"IV.2 TRATAMENTO TRIBUTÁRIO AO ATO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES COMO ATO JURÍDICO TÍPICO, DISTINTO DO SIMPLES AUMENTO DE CAPITAL (SEGUNDA INTERPRETAÇÃO DO ATO NO DIREITO PRIVADO)

IV.2.A INTRODUÇÃO QUANTO À APLICAÇÃO, À INCORPORAÇÃO DE AÇÕES, DE QUALQUER TRATAMENTO DEVIDO A AUMENTO DE CAPITAL

Como visto e demonstrado, o ato jurídico de incorporação de ações não se confunde com o de simples aumento de capital, pois são dois atos típicos regidos por normas jurídicas próprias e distintas, sendo que, na incorporação de ações, o aumento de capital não é o fim ou função do ato (é parte do ato cuja função é transformar outra companhia em subsidiária integral da incorporadora) e o aumento de capital é consequência do ato de incorporação de ações e necessidade para este se completar, dado que requer novas ações a serem entregues em substituição das incorporadas.

Por isso mesmo, a lei declara que são entregues ações da sociedade incorporadora aos titulares das ações incorporadas, em substituição a estas, entendendo a doutrina que há sub-rogação das ações incorporadas nas ações que as substituem.

Nesse cenário, (disciplina jurídica) de direito privado, já se pode perceber que não é possível aplicar, pura e simplesmente, ao ato de incorporação de ações qualquer entendimento pelo qual se considere que em aumento de capital possa haver ganho de capital, a despeito de tal entendimento não ser confirmado pelos tribunais superiores, mormente em se tratando de pessoa jurídica, nem pela PGFN e pela doutrina por esta adotada.

A essa conclusão poder-se-ia chegar pela simples aplicação do já referido art. 109 do CTN, segundo o qual os institutos, os conceitos e as formas do direito privado são trazidos para dentro do direito tributário tal como estão definidos naquele ramo do ordenamento jurídico, cabendo ao direito tributário apenas regular-lhes os efeitos fiscais, sendo que, no caso, segundo as normas tributárias, não há incidência do IRPJ e da CSL.

Poder-se-ia, ainda, chegar à mesma conclusão sob o fundamento de que todo fato gerador de obrigação tributária, conquanto esta seja *ex lege*, é decorrência de um ato voluntário da pessoa que se torne contribuinte, sob pena de se equiparar tributo a confisco, ao passo que, no ato de incorporação de ações, a vontade não é da pessoa do acionista, mas, sim, é vontade social das duas sociedades envolvidas, configurando-se verdadeiro contrato social entre elas.

Todavia, não pretendo fundamentar qualquer conclusão no aspecto da vontade individual e da vontade coletiva, validamente levantado por Nelson Eizirik para separar, no direito societário, aumento de capital de incorporação de ações, pois reconheço a existência latente da vontade pessoal do acionista que aceite ficar com as ações da companhia incorporadora, além de que a afirmação acima feita, quanto ao art. 109, carece de aprofundamento da análise do ato jurídico de incorporação de ações para se chegar à conclusão lá afirmada, de que para ele as normas tributárias não preveem a incidência de IRPJ e da CSL.

Não obstante, e nesse sentido, há um outro ponto na doutrina de Nelson Eizirik que conduz à conclusão de que, no ato de incorporação de ações, não há aumento patrimonial tributável: trata-se de que, nesse ato jurídico, há sub-rogação de direitos, mediante a substituição de ações, com equivalência de valores.

Na verdade, Eizirik não enfrenta a questão tributária decorrente dessa colocação, nem a intributabilidade existe apenas quando, e se, houver sub-rogação, mas o ponto suscita a intributabilidade porque a sub-rogação em geral e a incorporação de ações em particular não induzem à realização de renda.

Realmente, na incorporação de ações dá-se a não incidência do imposto de renda e da CSL, pois o ato não tem efeito de acréscimo patrimonial, o qual é acontecimento necessário à ocorrência do fato gerador desses tributos. Ou, na dicção do art. 114 do CTN, sem aumento patrimonial não ocorre a situação necessária e suficiente ao nascimento da obrigação tributária cujo objeto seja o imposto de renda ou a CSL.

Nessa toada, há que se considerar a substituição de ações sob duplo aspecto: o da sub-rogação e o da troca.

IV.2.B TRATAMENTO TRIBUTÁRIO À INCORPORAÇÃO DE AÇÕES PELO PRISMA DA TROCA OU PERMUTA

Começando pela troca de ações, sob o ponto de vista dos tributos sobre a renda, a situação de substituição ou troca das ações, derivadas do ato de incorporação regido pelo art. 252 da Lei nº 6.404, acaba sendo a mesma que se tem na permuta de bens sem torna.

Não há a mínima contradição entre o que estou dizendo e afirmações anteriores de que cada ato ou negócio jurídico tem identidade própria e regime jurídico próprio, com as respectivas causas de atribuição patrimonial.

Não há contradição porque, como também vimos, as distintas naturezas jurídicas dos atos ou negócios não eliminam a possibilidade de que dois ou mais deles apresentem alguns efeitos iguais ou semelhantes.

E é isso que ocorre entre a incorporação de ações e a permuta, a partir da prescrição, expressa na lei, de que as ações incorporadas são substituídas por outras emitidas no ato. Assim, o efeito comum aos dois atos distintos está em que, no ato jurídico de incorporação de ações, as titularidades das ações são transferidas elas por elas, ações incorporadas por ações emitidas em substituição, sem pagamento em dinheiro, tanto quanto na permuta sem torna as propriedades dos bens são transferidas elas por elas, sem pagamento de preço.

IV.2.C NÃO É POSSÍVEL HAVER CUSTO DIFERENTE DO VALOR CONTÁBIL

Ora, nas permutas sem torna não há aumento patrimonial tributável, devendo-se atribuir ao bem recebido em permuta o mesmo valor que, no balanço patrimonial da pessoa jurídica*, ou na declaração de bens da pessoa física, tinha o bem dado em permuta, porque, para ter o novo bem, o permutante não incorre em qualquer outro custo além daquele que teve para adquirir o bem dado em permuta, ou seja, o custo para ter o bem recebido em permuta é o custo do bem que foi dado em troca. E, se o custo permanece o mesmo, não há aumento patrimonial.*

Por isso, na permuta as partes não devem atribuir (não podem, porque não incorreram em) novo valor ao bem que cada uma adquire, observando-se que, no caso de estar envolvido investimento registrado perante o Banco Central do Brasil, há emissão de novo certificado de registro que consigna a participação societária recebida em permuta da que constava anteriormente do registro, mas sendo mantido o mesmo valor deste em moeda estrangeira.

Em tais circunstâncias, e enfatizando que, para efeitos fiscais, devem ser mantidos os valores que correspondiam ao custo das ações incorporadas, não haverá incidência do imposto de renda nem da CSL sobre os acionistas, ainda que a incorporação tenha sido

feita a valor maior no âmbito da sociedade incorporadora, segundo o respectivo laudo de avaliação ou o critério econômico adotado.

IV.2.D IRRELEVÂNCIA DA DIVERSIDADE DE VALORES NA RELAÇÃO DE TROCA – AVALIAÇÃO NÃO É PREÇO

A possível disparidade de valores entre o do acionista e o da companhia se explica porque o valor atribuído às ações incorporadas é uma exigência da lei societária para que haja justo ingresso dos titulares dessas ações no capital da sociedade incorporadora, porém sem prejuízo para os seus anteriores acionistas.

Essa avaliação também visa atender o pressuposto de que o aumento de capital deve ter substância econômica efetiva no valor econômico das ações incorporadas (para que seja suficiente a justificar o aumento de capital), sempre sem prejuízo para os acionistas antigos, o que se alcança mediante o estabelecimento de uma relação de troca adequada.

Porém, o valor derivado da avaliação e a quantidade de ações emitidas no ato para os novos acionistas não se confundem com preço de aquisição e de alienação, como aquele que é fixado em razão de tratativas negociais entre partes de um negócio jurídico e que é solvido em dinheiro, nem as ações recebidas em troca podem ser consideradas pagamento de preço. Isso não obstante na linguagem corrente se aluda a 'preço de emissão', ou 'preço de subscrição'.

No caso de aumento de capital, seja o inicial, seja o aumentado sob o art. 170 da Lei nº 6.404, há certa propriedade técnica na alusão a 'preço', e o próprio art. 19 da Lei nº 6.404 utiliza o termo 'preço de emissão'. Ocorre que, neste caso, os critérios de precificação visam estabelecer quanto o subscritor deve aportar na companhia para cada ação que subscrever, em uma relação individual em que se apura o valor que justifica o capital emitido e o valor justo para não haver injustificada diluição da participação dos demais acionistas.

Já no ato de incorporação de ações, não há apenas a consideração do valor da ação a ser incorporada, pois há a consideração do valor patrimonial econômico da companhia incorporadora, e também a consideração do valor patrimonial econômico da companhia cujas ações vão ser incorporadas, para que a totalidade dos acionistas resultantes do ato não ganhe e não perca.

Por isso, na incorporação de ações ninguém subscreve individualmente, uma a uma, as ações do correspondente aumento de capital, pois este está vinculado, antes de tudo, ao valor patrimonial da entidade que se transformará em subsidiária integral, em confrontação com o valor patrimonial da que será a controladora após o ato, e a subscrição de capital é feita em bloco.

E, nesse procedimento, os acionistas cujas ações vão ser incorporadas não fixam um preço para que elas sejam transferidas à sociedade incorporadora, mas, pela comparação de valores patrimoniais das duas companhias, recebem uma quantidade de ações que corresponde à justa relação de troca do que tinham pelo que passam a ter, inclusive em uma visão mais ampla do patrimônio social resultante do ato de incorporação.

Assim, por exemplo, se o valor da companhia incorporadora for três vezes superior ao da companhia cujas ações estão sendo incorporadas, os acionistas desta devem receber um terço das ações totais que resultarão no capital social da incorporadora após a incorporação. Isso significa que o titular da ação incorporada pode vir a precisar entregar uma quantidade maior de ações para cada nova ação que passará a ter em substituição daquelas.

Seja como for, no patrimônio do acionista continua a haver o mesmo valor que havia

antes da incorporação, convindo recordar que o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, no Recurso Extraordinário nº 95905-0-PR, já aludido anteriormente, declarou a não incidência do imposto de renda sobre a conferência de bens para integralização de capital subscrito, porque são recebidas 'ações correspondentes ao valor dos bens, ainda que expressos nominalmente em quantias diversas, pela avaliação feita'.

E isso vale quer o bem recebido valha mais do que o dado, quer seja este o de maior valor.

Realmente, no patrimônio da pessoa titular das ações incorporadas permanece o mesmo valor que havia antes da incorporação das ações, pois, por um lado, o seu valor patrimonial ou econômico já poderia não ser correspondente ao que elas lhe haviam custado (poderia já ser maior ou menor), e, por outro lado, elas, com seu valor patrimonial, passam a participar de um novo patrimônio societário sem que o acionista despenda qualquer outro pagamento.

E tudo isso ocorre independentemente da participação porcentual que cada acionista venha a ter no capital social da companhia incorporadora, ou do número de ações que terá, e também independentemente da sua participação até então detida na sociedade que passou a ser subsidiária integral da incorporadora.

Tanto é assim que na incorporação de ações pode ser deliberado levar parte do valor econômico das ações incorporadas para reserva de capital, que posteriormente poderá ser capitalizada em proveito de todos os acionistas, inclusive dos antigos acionistas da incorporadora. Isso significa que, nesse caso, o acionista, individualmente, sequer receberá ações no valor total correspondente ao valor das suas ações que foram incorporadas.

E todos sabemos que as reservas, mesmo quando capitalizadas, não geram tributação sobre os acionistas, sendo de se notar especialmente que, no caso de parte do valor ser creditado à reserva, os acionistas titulares de ações incorporadas não vão receber, no momento da posterior capitalização da reserva, uma parcela proporcional ao valor total da empresa de que participavam.

A configuração econômica acima exposta é a mesma quer as ações tenham valor nominal ou não, sendo o fenômeno econômico rigorosamente igual em ambos os casos, embora seja possível que a inexistência de valor nominal facilite a sua compreensão.

IV.2.E VALORIZAÇÃO NAS PERMUTAS E INCORPORAÇÕES DE AÇÕES EM FACE DA EXIGÊNCIA DE COMUTATIVIDADE – PRESTAÇÕES *RES* POR *RES*, E NÃO *RES* POR *PRETIUM*

De qualquer modo, auxilia o raciocínio a constatação de que, na avaliação das ações para fins de incorporação, há algo semelhante à possível valorização de bens permutados, que não se confunde com precificação do negócio, mas sim visa à comutatividade que é ínsita aos negócios jurídicos, principalmente no meio empresarial, em que administradores devem prestar contas dos seus atos.

Aliás, esse aspecto particular também consta do PARECER PGFN/PGA nº 454/92, que já mencionei anteriormente, mas ainda vou citar muitas vezes, in verbis*:*

'20. O momento do fato gerador do imposto sobre mais-valia é o da alienação do bem por um preço que ultrapasse a reposição do capital, realizando-se só neste momento o ganho de capital. Ora, como bem acentuou PONTES DE MIRANDA, na troca há correspectividade sem preço, porque os figurantes da relação jurídica não entraram com dinheiro, consequentemente inexiste fato gerador de tributo.'

A alusão a PONTES DE MIRANDA reporta-se ao item 5 do parecer, nos seguintes

termos:

'QUANDO HÁ TROCA – Há troca sempre que se presta direito de propriedade, ou posse, e se contrapresta outro direito de propriedade, ou posse ou qualquer outro direito, inclusive o direito a alguma quantia certa.

CONTRAENTES – Na troca, há dois figurantes, que são em situação tal de semelhança que falta terminologia adequada para os distinguir, porque outorgantes os dois o são. *TRADENS* e *ACCIPIENS* cada um o é. O fato de não haver diferença fundamental quanto às prestações de dar, ambas *de res*, dificulta a distinção.

CORRESPECTIVIDADE SEM PREÇO – Não há preço, no sentido próprio, porque um dos figurantes promete um bem, que não é dinheiro, e o outro figurante promete outro bem, que não é dinheiro.'

ORLANDO GOMES também deixa claro que 'não é da essência da troca que as coisas tenham igual valor. A desigualdade somente desfigura a permuta quando a contratante que dá coisa de valor menor completa sua prestação com dinheiro e o complemento é mais valioso'.

Portanto, não havendo torna, a permuta se perfaz independentemente do valor que as coisas possam ter por qualquer critério de avaliação.

Assim, se as partes percebem que, para permutar A por B, há necessidade de 2B para cada 1A, o fato de uma delas entregar duas unidades de B para receber apenas uma unidade de A não significa que tenha havido preço ou que não tenha havido permuta. O que significa é que o valor econômico atual de 1A é igual ao valor econômico de 2B.

Também não significa que a parte que receba 2B tenha tido algum ganho, pois 2B é igual a 1A em seus valores econômicos, e 1A é o que essa parte já tinha a determinado custo. Daí que apenas o custo de 1A foi necessário para adquirir 2B, razão pela qual o custo de 1A passa a ser o custo de 2B.

Não obstante haja a possibilidade de se procurar e se estabelecer comutatividade econômica na permuta, mesmo entre negociantes e empresários não se pode afastar a troca de bens que tenham valores economicamente díspares, pois pode ocorrer de um bem ter menor valor econômico do que o outro, mas a aquisição daquele ter motivação comercial estratégica, que não se transforma em ganho imediato.

Essencial na permuta não é o preço das coisas, até porque a distinção mais fundamental entre permuta e compra e venda é a ausência de preço, mas a deliberação de aceitar a troca pura e simples das coisas. Ademais, as partes permutantes podem não se interessar por valores econômicos, pois uma delas pode querer dar, pela coisa de outrem, algo de maior valor do que esta, exclusivamente porque esta tem algum valor afetivo ou estratégico.

Volto ao PARECER PGFN/PGA nº 454/92, que, nas conclusões, afirma:

'VII – Ressalta notar que, na permuta pura e simples, os *contratantes não são movidos pelo valor monetário*, ou, em outras palavras, o preço dos bens envolvidos, *mas sim pelo* caráter hedonístico, ou seja, o *valor intrínseco de utilidade que os bens permutados terão para cada uma das partes individualmente*. É por isso que a doutrina afirma que, em cada um dos patrimônios, o que ocorre é a mera substituição de um bem de uma natureza por outro de natureza diferente, independentemente de qualquer referência a preço de mercado, seja este amplo e aberto, seja restrito e dirigido, como ocorre no leilão.' (grifos acrescidos)

Todos esses aspectos em torno de valores nos fazem retornar ao conceito de causa, que nos ajuda a compreender que, na permuta, negócio jurídico autônomo e tipificado, as partes não buscam necessariamente este ou aquele valor, pois a causa desse negócio

é a troca de coisa por coisa, nele existindo duas obrigações contrárias cujos objetos são sempre coisas, o que confere ao contrato seu caráter sinalagmático.

Portanto, nesse contrato, independentemente do valor das coisas trocadas, a causa se manifesta pela troca *res* por *res*, e não *res* por *pretium*, e, mesmo quando as partes procuram equalizar valores, tal equalização não representa a fixação de um preço, mas a verificação de valores com vistas à comutatividade das obrigações recíprocas.

Na permuta, pode ocorrer que a valorização dos bens acabe não sendo expressa no respectivo instrumento contratual, mas nada impede a declaração de valores, assim como pode ocorrer que seja necessário identificá-los para efeito de incidência de tributos sobre a transmissão da propriedade. De todo modo, de permuta se tratará, e ganho não haverá.

Já na incorporação de ações, ato jurídico distinto, mas em que, por sua substância jurídica, para o acionista, o fenômeno (efeito) patrimonial é o mesmo verificado na permuta, a atribuição de valor às ações é requisito do ato, como vimos pelos dispositivos legais que o disciplinam. Porém, a fixação do valor do aumento de capital e da suficiência da quantidade de ações incorporadas não representa a fixação de um preço para estas, mas avaliação para os específicos fins societários, nem mesmo se confundindo com os fundamentos econômicos de ágios e deságios, fixados no art. 20 do Decreto-Lei nº 1.598 para outras finalidades tributárias, inclusive porque, na incorporação de ações, os critérios de avaliação são livremente eleitos, requerendo a lei que o protocolo de incorporação apenas indique qual tenha sido o adotado no caso concreto (Lei nº 6.404, art. 224, inciso III).

Dessarte, tal e qual na permuta, a troca de coisa por coisa (ação incorporada por ação emitida no ato) não acarreta para o acionista a realização do valor atribuído à suas ações, na mesma medida em que na permuta não há realização de qualquer ganho pelo simples fato de haver identificação de valores dos bens permutados.

Apenas se trata de troca de objetos pelo mesmo custo daquele que foi dado.

Nem há como ser diferente." (p. 87-97, destaquei)

A conclusão semelhante chegou a Sexta Câmara do Primeiro Conselho de Contribuintes, que julgou o recurso voluntário da apelante interposto nos autos do PAF nº 16408.000120/2007-49, cuja ementa transcrevo a seguir:

"IRPF – OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio), e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Nesse caso, dá-se a substituição, no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual. Ademais, nos termos do artigo 38, parágrafo único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no

caso, a contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada. Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço. Recurso voluntário provido." (Acórdão por maioria, relator Gonçalo Bonet Allage, número decisão: 106-17.104, publicada em 08.10.2008) (doc. 57)

No caso da parte-autora, porém, consoante se depreende da documentação adunada aos autos do feito eletrônico, a Fazenda interpôs recurso à Câmara Superior, e, nesta, por voto de qualidade do Presidente, o recurso do ente tributante foi provido, assim, por maioria (docs. 60 e 61).

O juiz sentenciante, por sua vez, alude a um outro processo que tramitou no Carf, cuja decisão, conforme evento 25 (Out 2), foi na linha do que sustenta o contribuinte, ou seja, contrária ao que decidiu o mesmo Carf no feito da parte-autora, cujo voto que prevaleceu está assim lançado:

"Como visto, a incorporação de ações tem como principais efeitos (i) o aumento de capital da incorporadora, realizado com as ações a serem incorporadas; (ii) a substituição das ações de emissão da sociedade cujas ações serão incorporadas por ações de emissão da incorporadora; (iii) a sub-rogação legal dos acionistas da sociedade cujas ações houverem de ser incorporadas nas ações da incorporadora; (iv) a conversão da sociedade cujas ações serão incorporadas em subsidiária integral da incorporadora; e (v) a unificação das bases acionárias de ambas as sociedades na incorporadora.

Ora, na incorporação de ações não há a alienação de ações ou mesmo uma incorporação ficta, mas sim a sub-rogação legal dos acionistas da sociedade cujas ações houveram de ser incorporadas nas ações da incorporadora.

É de se ressaltar que o protocolo da operação não constitui um instrumento de alienação de ações, mas apenas o meio jurídico pelo qual são estabelecidos os termos da incorporação de ações ajustados entre as companhias.

Da mesma forma, é de se ressaltar que a natureza jurídica da incorporação de ações reside nos efeitos do protocolo da operação sobre os acionistas das sociedades envolvidas, em especial da sociedade a ser convertida em subsidiária integral. Isso porque, não obstante o fato de o instrumento de protocolo ser celebrado entre as companhias – vale dizer, sem a participação necessária de seus acionistas –, ele produz efeitos não somente sobre as partes do negócio jurídico, mas também sobre seus acionistas, que deverão transferir compulsoriamente suas ações à sociedade incorporadora, uma vez aprovada a incorporação de ações pela maioria dos acionistas das companhias envolvidas.

Assim, pode-se afirmar que o negócio jurídico de incorporação de ações possui uma eficácia externa, atingindo terceiros estranhos ao protocolo, desde que a operação seja aprovada pela maioria das assembleias gerais das sociedades envolvidas.

(...)

Como já dito, a incorporação de ações trata-se de operação societária típica, regulada

pelo artigo 252 da Lei nº 6.404, de 1976, em que a diretoria de uma sociedade por ações subscreve um aumento de capital em outra companhia, com as ações da própria sociedade por ações, por conta de seus acionistas.

Como resultado, a companhia que teve seu capital aumentado emite novas ações em favor dos acionistas da sociedade cujas ações foram incorporadas e passa a ser a única acionista dessa sociedade. É importante lembrar, todavia, que não há extinção da sociedade, como na incorporação de sociedades, bem como que, apesar de se assemelhar com certas figuras, como subscrição de capital em bens, permuta e dação em pagamento, com elas não se confunde.

Como efeito, as ações incorporadas são substituídas no patrimônio dos acionistas por novas ações a serem emitidas pela companhia incorporadora, operando uma sub-rogação real derivada de lei. Com base em Pontes de Miranda, tem-se que, na sub-rogação real, opera-se a substituição de um bem por outro, sendo que o bem adveniente não apenas toma o lugar do bem substituído, mas também reveste a mesma natureza e se submete ao mesmo regime jurídico do bem substituído.

Ademais, alienação é ato de disposição; de transferência de domínio. A alienação importa na renúncia de um direito e é, portanto, voluntária. Tendo em vista que na sub-rogação real derivada de lei há a substituição de uma coisa por outra em razão de expressa previsão legal, não há que se confundir alienação com sub-rogação real.

De acordo com o Novo Dicionário Eletrônico Aurélio, versão 5.11a, *Alienar* significa 'Transferir para outrem o domínio de; tornar alheio; alhear'.

Como dito, anteriormente, incorporação de ações não se confunde com incorporação de sociedades, tampouco com subscrição de capital em bens, e, portanto, inexiste fundamento legal que dê sustentação ao lançamento.

Na incorporação de empresas, ocorre a transmissão do patrimônio da incorporada para a incorporadora, com a extinção daquela.

Já pela figura da incorporação de ações, transmite-se a totalidade das ações (e não do patrimônio), sendo que a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem, obviamente, ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações.

É de se ressaltar que quem subscreve o aumento de capital é a diretoria da sociedade cujas ações serão incorporadas por conta dos acionistas, porém não em nome deles.

Nesse caso, dá-se a substituição, no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação. Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, deverão, apenas, promover a alteração acima referida em suas declarações de ajuste anual.

Por sua vez, a subscrição de capital em bens é ato de alienação praticado entre o sócio e a empresa, por intermédio do qual um bem que fazia parte do patrimônio do acionista passa a fazer parte do patrimônio da pessoa jurídica. Em contrapartida, ele recebe ações do capital da empresa.

O artigo 23 da Lei nº 9.249, de 1995, trata de operações de transferência de bens e direitos a título de integralização de capital, sendo, pois, inaplicável ao caso, segundo penso, na medida em que incorporação de ações não representa subscrição de capital em bens. Ora, na incorporação de ações, só se realiza ganho de capital quando o proprietário vende as ações."

No caso da parte-autora, porém, consoante se depreende da documentação adunada aos autos do feito eletrônico, houve a interposição de reclamação administrativa, improcedente em primeiro grau, cuja decisão foi reformada, porém, em segundo grau no Carf (doc. 57). A Fazenda Nacional, todavia, interpôs recurso à Câmara Superior, e, nesta, por voto de qualidade do Presidente, o recurso do ente tributante foi provido, assim, por maioria (docs. 60 e 61).

O togado singular, no entanto, palmilhou orientação diversa à adotada na esfera administrativa no caso da parte-autora, lançando a sentença nas seguintes letras:

"Segundo o relato de ambas as partes, que não divergem quanto ao essencial, os fatos são os seguintes: a embargante informara, em sua declaração de bens e direitos concernente ao exercício de 2003, sua participação na empresa INSOL INTERTRADING do Brasil Indústria e Comércio Ltda., estimada em R$ 1.460.000,00 e concernente a 92% do respectivo capital. Em 02.07.2004, essa empresa foi transformada em sociedade por ações e renomeada para INSOL INTERTRADING do Brasil Indústria e Comércio S.A., mantendo-se a participação acionária e os valores nos mesmos patamares, com a embargante detendo 1.380.000 ações. Em 15.09.2004, foi constituída a empresa MSB Assessoria Empresarial Ltda., com capital social de R$ 3.000,00, representado em 3.000 cotas no valor de R$ 1,00 cada. Em 29.12.2004, MSB foi transformada em sociedade por ações, adotando a denominação MSB Assessoria Empresarial S.A. No mesmo ato, houve incorporação, por esta empresa, das ações da Insol pelo valor de R$ 45.000.000,00. Tal valor decorreu de laudo de avaliação do acervo líquido da incorporada. Na oportunidade, elevou-se o capital social de MSB para R$ 45.003.000,00, sendo subscritas pela embargante 41.400.000 ações, a R$ 1,00 cada uma, em substituição às ações que detinha da empresa incorporada.

A União Federal identificou ganho de capital em tal operação e autuou a embargante com base no § 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/88 e no § 2º do art. 23 da Lei nº 9.249/95.

A respeito do enquadramento da operação, transcrevo o seguinte trecho do voto do relator Elias Sampaio Freire (conselheiro do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais), proferido por ocasião do julgamento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional:

'(...) Dessarte, indubitavelmente, a situação acima descrita enquadra-se na denominada incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76*, in verbis*:

'Art. 252. A incorporação de todas as ações do capital social ao patrimônio de outra companhia brasileira, para convertê-la em subsidiária integral, será submetida à deliberação da assembleia geral das duas companhias mediante protocolo e justificação, nos termos dos artigos 224 e 225.

§ 1º A assembleia geral da companhia incorporadora, se aprovar a operação, deverá autorizar o aumento do capital a ser realizado com as ações a serem incorporadas e nomear os peritos que as avaliarão; os acionistas não terão direito de preferência para subscrever o aumento de capital, mas os dissidentes poderão retirar-se da companhia, observado o disposto no artigo 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do artigo 230.

§ 2º A assembleia geral da companhia cujas ações houverem de ser incorporadas somente

poderá aprovar a operação pelo voto de metade, no mínimo, das ações com direito a voto, e, se a aprovar, autorizará a diretoria a subscrever o aumento de capital da incorporadora, por conta dos seus acionistas; os dissidentes da deliberação terão direito de retirar-se da companhia, observado o disposto no artigo 137, II, mediante o reembolso do valor de suas ações, nos termos do artigo 230.

§ 3º Aprovado o laudo de avaliação pela assembleia geral da incorporadora, efetivar-se-á a incorporação, e os titulares das ações incorporadas receberão diretamente da incorporadora as ações que lhes couberem.'

Por certo, como assevera o relator do acórdão recorrido, a 'incorporação de sociedades' e a 'incorporação de ações', reguladas pelos artigos 227 e 252 da Lei das S.A., respectivamente, são fenômenos distintos.

A incorporação de ações é a operação societária por meio da qual a totalidade das ações de emissão de uma sociedade anônima é incorporada ao patrimônio de outra companhia, convertendo aquela em subsidiária integral desta.

Diferentemente da operação de incorporação de sociedade, quando a incorporadora absorve ativo e passivo da incorporada, que deixa de existir, a incorporação de ações opera exclusivamente sobre as ações da companhia incorporada, que são integralmente absorvidas pela incorporadora. Os acionistas da companhia incorporada transferem a totalidade das suas ações para a incorporadora, que se torna a acionista única da primeira. A companhia cujas ações forem transferidas ao capital da outra sociedade – a incorporada – não se extingue, permanece como pessoa jurídica independente, com plena autonomia patrimonial, sem que ocorra sucessão de direitos e obrigações entre as companhias envolvidas. (...)'

Na esteira desse voto, a autuação foi mantida, sob o argumento de que, na incorporação de ações, há uma transferência de bens, ou seja, ações, em realização de capital da incorporadora, ensejando a incidência do IRPF sobre o ganho de capital. Nessa linha, teria havido uma alienação de bens em sentido amplo. Ou seja, as ações da Insol teriam sido alienadas na operação de incorporação de ações pela MSB. A pessoa física da embargante teria transferido à pessoa jurídica, a título de integralização de capital, bens pelo valor de mercado, e a diferença a maior justificaria a tributação.

O mesmo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais chegou a conclusão diversa recentemente, conforme se extrai do documento OUT2, evento 25. Transcrevo trecho do voto do relator, conselheiro Nelson Mallmann:

[*Omissis*] [*vide* citação de p. 14-16 da fundamentação deste voto]

Entendo ser a última posição mais consentânea com o ordenamento jurídico.

A União Federal defende a tributação com base, de modo específico, nas seguintes disposições legais:

'Na apuração do ganho de capital serão consideradas as operações que importem alienação, a qualquer título, de bens ou direitos ou cessão ou promessa de cessão de direitos à sua aquisição, tais como as realizadas por compra e venda, permuta, adjudicação, desapropriação, dação em pagamento, doação, procuração em causa própria, promessa de compra e venda, cessão de direitos ou promessa de cessão de direitos e contratos afins.' (§ 3º do art. 3º da Lei nº 7.713/88)

Lei nº 9.250/95:

'Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou

pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no artigo 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no artigo 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital.'

Ocorre que, como bem explicado pelo conselheiro Nelson Mallmann, na hipótese em debate não ocorre uma integralização de capital pela pessoa física, tratando-se de operação levada a efeito pelas empresas envolvidas no processo de incorporação de ações. Outrossim, não se tem transferência, por ato de alienação, de bens da pessoa física para uma pessoa jurídica. Ocorre apenas uma sub-rogação, no patrimônio do acionista, das ações de uma empresa pelas de outra, e isso por força de lei.

Conforme a lição de Maria Helena Diniz (*in*: *Curso de Direito Civil brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. v. 2. p. 264), 'O termo sub-rogação advém do latim *subrogatio*, designando substituição de uma coisa por outra, com mesmos ônus e atributos, caso em que se tem sub-rogação real (...)'.

Por força da avaliação determinada pelo legislador, pode haver variação no valor das ações titularizadas pela pessoa física do acionista, em termos contábeis.

Contudo, para fins tributários, não houve alienação, o que inviabiliza a pretendida tributação. Apenas por ocasião da venda das ações, e a depender do valor alcançado por elas, é que surgirá uma operação tributável pelo IRPF.

Caso contrário, estar-se-á lançando de mão de analogia, que consiste em técnica de integração de lacunas no ordenamento jurídico. Ela pressupõe a falta de regra ou princípio expresso para o caso concreto, de modo que a solução é extraída a partir de norma destinada a reger caso análogo.

Como é cediço, nos termos do § 2º do art. 108 do CTN, 'o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei'. Trata-se de uma decorrência lógica do princípio da legalidade estrita em matéria tributária (CF, art. 150, I).

Ante o exposto, julgo procedente o pedido, na forma do art. 269, I, do CPC, para decretar: a) a nulidade da CDA 90.1.1100.0141-48; b) a extinção da execução fiscal que tramita nos autos eletrônicos nº 50087761820114047000."

Tenho que andou bem o magistrado sentenciante, estando a sua sentença estadeada em forte doutrina e, em certa medida, na própria orientação do Carf, a qual se apresenta, como dito no início da fundamentação deste voto, no mínimo controvertida.

A propósito, recentemente, o Carf voltou a palmilhar a mesma linha da sentença, em decisão exarada por sua Câmara Superior, alterando o que havia decidido anteriormente, nos seguintes termos:

"Acórdão 9202-003.579 (publicado em 01.06.2015)

IRPF – OPERAÇÃO DE INCORPORAÇÃO DE AÇÕES – INEXISTÊNCIA DE OMISSÃO DE GANHO DE CAPITAL.

A figura da incorporação de ações, prevista no artigo 252 da Lei nº 6.404/76, difere da incorporação de sociedades e da subscrição de capital em bens. Com a incorporação de ações, ocorre a transmissão da totalidade das ações (e não do patrimônio), e a incorporada passa a ser subsidiária integral da incorporadora, sem ser extinta, ou seja, permanecendo com direitos e obrigações. Nesse caso, dá-se a substituição, no patrimônio do sócio, por idêntico valor, das ações da empresa incorporada pelas ações da empresa incorporadora, sem sua participação, pois quem delibera são as pessoas jurídicas envolvidas na operação.

Os sócios, pessoas físicas, independentemente de terem ou não aprovado a operação na assembleia de acionistas que a aprovou, devem, apenas, promover tal alteração em suas declarações de ajuste anual.

Ademais, nos termos do artigo 38, parágrafo único, do RIR/99, a tributação do imposto sobre a renda para as pessoas físicas está sujeita ao regime de caixa, sendo que, no caso, o contribuinte não recebeu nenhum numerário em razão da operação autuada.

Não se aplicam à incorporação de ações o artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, tampouco o artigo 23 da Lei nº 9.249/95. Inexistência de fundamento legal que autorize a exigência de imposto de renda pessoa física por ganho de capital na incorporação de ações em apreço.

Recurso especial negado."

Pondero, ademais, que, mesmo que se considerasse a incorporação de ações como ato de *alienação*, não estaria a situação dos autos enquadrada no âmbito da regra matriz de incidência do IRPF, pela simples e óbvia razão de que nem toda alienação implica ganho de capital. Em outras palavras, a realização de uma alienação, por si só, não gera ganho de capital, sendo seu exemplo típico a permuta sem torna, ainda que não coincidentes os valores dos bens permutados.

Não se aplica, portanto, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei nº 7.713/88, tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal, assim expressa:

"Art. 23. As pessoas físicas poderão transferir a pessoas jurídicas, a título de integralização de capital, bens e direitos pelo valor constante da respectiva declaração de bens ou pelo valor de mercado.

§ 1º Se a entrega for feita pelo valor constante da declaração de bens, as pessoas físicas deverão lançar nesta declaração as ações ou quotas subscritas pelo mesmo valor dos bens ou direitos transferidos, não se aplicando o disposto no art. 60 do Decreto-Lei nº 1.598, de 26 de dezembro de 1977, e no art. 20, II, do Decreto-Lei nº 2.065, de 26 de outubro de 1983.

§ 2º Se a transferência não se fizer pelo valor constante da declaração de bens, a diferença a maior será tributável como ganho de capital."

Isso porque, como exaustivamente posto na fundamentação, a incorporação de ações para a criação da subsidiária integral não se confunde com a integralização de capital. Ademais, o artigo 23, acima transcrito,

prevê uma faculdade à pessoa física para optar em fazer ou não a reavaliação mercadológica das ações e, caso queira, alterar os valores na sua declaração como pessoa física. Já na hipótese de criação de subsidiária integral, o caso é de avaliação obrigatória, por força da Lei das Sociedades Anônimas, o que justifica o mesmo tratamento dado à permuta sem torna, visto que, conquanto diversos os valores de aquisição e os valores de mercado, não há, aqui também, recebimento de valores, isto é, de renda tributável.

O que há, para usar a expressão de Alcides Jorge Costa, é a existência de renda *virtual*, exatamente no sentido de que se trata de renda ainda pendente, embora esperada e de possível efetivação, calcado seu entendimento no princípio da realização da renda (*apud* Ricardo Mariz de Oliveira, op. cit., p. 99-100), bem trabalhado por Bulhões Pedreira na obra *Imposto sobre a renda*: pessoas jurídicas, exaustivamente citado por Mariz de Oliveira (op. cit., p. 117) e por Schoueri (op. cit, p. 62), este, porém, interpretando diferentemente a questão.

Na verdade, admitir-se a tributação como consta do ato fiscal implicaria tributação sobre o patrimônio, e não tributação sobre a renda.

Mutatis mutandis, em um exemplo simples, seria o mesmo que se o legislador determinasse que fossem lançadas, nas declarações de ajuste dos contribuintes pessoas físicas, os valores de seus bens imóveis de acordo com o valor do mercado no final do exercício declarado (desde 31 de dezembro de 1995 congelados, portanto, sem correção dos valores; que a posterior legislação que introduziu tardiamente a redução do ganho de capital não solveu bem a distorção – Lei nº 11.196/2005) e, ao mesmo tempo, determinasse, em razão da mais-valia, que fosse ela tributada como renda, a título de ganho de capital. Ou seja, tributação sobre o patrimônio, e não sobre a renda.

A tudo, ainda, pode-se acrescentar que a tributação ofenderia o princípio da capacidade contributiva, visto que, como bem posto por Ricardo Mariz de Oliveira,

"a intributabilidade nessas operações decorre do princípio constitucional da capacidade contributiva, o qual, em se tratando do imposto de renda (e também da CSL), está refletido na definição do respectivo fato gerador, contido no art. 43 do CTN, no sentido de que ele corresponde à aquisição da disponibilização econômica ou jurídica de renda, ou seja, de renda realizada",

sendo certo, ainda segundo o aludido autor, que

"qualquer eventual mais-valia da ação ou bem recebido, em relação ao custo de aquisição, não passa de valor econômico que a ação ou o bem dado já carregava antes do ato, mas que somente seria tributável quando alienado, e agora quando vier a ser alienado o bem recebido na troca." (op. cit., p. 202 e 203, respectivamente, *vide* também p. 106)

Por fim, ofenderia a regra geral de tributação da pessoa física pelo regime de caixa, a qual só como exceção é afastada, como, por exemplo, na hipótese do art. 23 da Lei nº 9.249/95, que só pode incidir por opção do próprio contribuinte, conforme regra inserta no § 2º do referido artigo, e não por imposição legal ou por discrição da administração tributária.

Em conclusão, e vista a controvérsia sob a perspectiva da tributação da pessoa física, tem-se que:

(a) a criação da subsidiária integral foi tida pelo Fisco como legítima, não se caracterizando como abuso de direito ou ato fraudulento, embora não se possa ser ingênuo, do ponto de vista tributário, e desconsiderar que se tratou de uma ação de planejamento fiscal (agora sob a regulamentação da MP nº 685, de 21.07.2015, arts. 7º e segs., que já vem causando inúmeras discussões), porém, legítima, tanto que não aplicada a multa de 150%, prevista para as situações fraudulentas; considerou-se, em relação à pessoa física, ter ocorrido apenas omissão do ganho de capital na declaração de ajuste;

(b) a avaliação das ações da empresa para a obtenção do valor de mercado é decorrência de uma imposição legal (art. 252, § 1º, da Lei 6.404/76);

(c) o contribuinte pessoa física autuado manteve em sua declaração de ajuste o valor que dela já constava, não considerando a mais-valia decorrente da avaliação, que, frise-se, decorre de imposição legal;

(d) a incorporação de ações, no caso, mesmo que se considere uma alienação, não implicou recebimento de valores em dinheiro, tendo ocorrido, segundo a doutrina a que adiro, mera substituição de ações, sendo o aumento de capital daí decorrente apenas meio, e não fim (cf. Ricardo Mariz de Oliveira, op. cit.);

(e) a substituição de ações, portanto, não gera ganho de capital tributável pelo IRPF, por se constituir em mera troca de ações; não se aplica, portanto, na espécie, a regra constante no artigo 3º, § 3º, da Lei

nº 7.713/98, tampouco a inserta no artigo 23 da Lei nº 9.249/95, esta última um dos fundamentos básicos do ato fiscal;

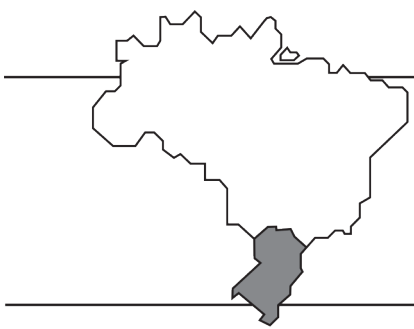
(f) a tributação pelo imposto de renda pessoa física, na hipótese, representaria tributação sobre renda virtual, transformando-se em tributação sobre o patrimônio, e não sobre renda efetivamente auferida, ofendendo, ainda, o princípio da capacidade contributiva e o regime de caixa, regra geral de tributação do imposto de renda da pessoa física.

Improcede, nessa perspectiva, o recurso da Fazenda Nacional.

Por fim, quanto à verba honorária, arbitrada em R$ 50.000,00, entendo que, na linha dos precedentes desta Turma, considerando-se os parâmetros do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC, vencida a Fazenda Pública, ela se apresenta consentânea, na medida em que o julgamento da causa ocorreu sem maiores incidentes processuais, não tendo ocorrido instrução probatória delongada, sendo o feito sentenciado com base nos documentos adunados aos autos pelas partes, cingindo-se a discussão a questão jurídica pontual, a despeito de relativamente nova no âmbito judicial a matéria. Fica mantida, também no particular, a sentença.

Portanto, com respeito ao voto lançado pela eminente relatora, pelos fundamentos lançados linhas atrás, entendo que a sentença deva ser mantida, e, por isso, cabe negar provimento ao recurso de apelação da Fazenda Nacional, bem como ao recurso do contribuinte, no ponto em que postulava a majoração da honorária, para manter a sentença, tal qual como exarada, inclusive quanto aos honorários advocatícios, porquanto fixados nos termos do art. 20, §§ 3º e 4º, do CPC e dos parâmetros desta Corte.

Ante o exposto, voto por negar provimento a ambas as apelações e à remessa oficial.



SÚMULAS

SÚMULA Nº 1

"É inconstitucional a exigência do empréstimo compulsório instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986, na aquisição de veículos de passeio e utilitários." (DJ 02.10.91, p. 24.184)

SÚMULA Nº 2

"Para o cálculo da aposentadoria por idade ou por tempo de serviço, no regime precedente à Lei n° 8.213, de 24 de julho de 1991, corrigem-se os salários de contribuição, anteriores aos doze últimos meses, pela variação nominal da ORTN/OTN." (DJ 13.01.92, p. 241)

SÚMULA Nº 3

"Os juros de mora, impostos a partir da citação, incidem também sobre a soma das prestações previdenciárias vencidas." (DJ 24.02.92, p. 3.665)

SÚMULA Nº 4

"É constitucional a isenção prevista no art. 6° do Decreto-Lei n° 2.434, de 19.05.88." (DJ 22.04.92, p. 989)

SÚMULA Nº 5

"A correção monetária incidente até a data do ajuizamento deve integrar o valor da causa na ação de repetição de indébito." (DJ 01.05.92, p. 12.081)

SÚMULA Nº 6

"A autoridade administrativa não pode, com base na Instrução Normativa n° 54/81 – SRF, exigir a comprovação do recolhimento do ICMS por ocasião do desembaraço aduaneiro." (DJ 20.05.92, p. 13.384)

SÚMULA Nº 7

"É inconstitucional o art. 8° da Lei n° 7.689 de 15 de dezembro de 1988." (DJ 20.05.92, p. 13.384)

SÚMULA Nº 8

"Subsiste no novo texto constitucional a opção do segurado para ajuizar ações contra a Previdência Social no foro estadual do seu domicílio ou no do Juízo Federal." (DJ 20.05.92, p. 13.385)

SÚMULA Nº 9

"Incide correção monetária sobre os valores pagos com atraso, na via administrativa, a título de vencimento, remuneração, provento, soldo, pensão ou benefício previdenciário, face à sua natureza alimentar." (DJ 06.11.92, p. 35.897)

SÚMULA Nº 10

"A impenhorabilidade da Lei n° 8.009/90 alcança o bem que, anteriormente ao seu advento, tenha sido objeto de constrição judicial." (DJ 20.05.93, p. 18.986)

SÚMULA Nº 11

"O desapropriante está desobrigado de garantir compensação pelo deságio que os títulos da dívida agrária venham a sofrer, se levados ao mercado antecipadamente." (DJ 20.05.93, p.18.986) (Rep. DJ 14.06.93, p. 22.907)

SÚMULA Nº 12

"Na execução fiscal, quando a ciência da penhora for pessoal, o prazo para a oposição dos embargos de devedor inicia no dia seguinte ao da intimação deste." (DJ 20.05.93, p. 18.986)

SÚMULA Nº 13

"É inconstitucional o empréstimo compulsório incidente sobre a compra de gasolina e álcool, instituído pelo artigo 10 do Decreto-Lei 2.288, de 1986." (DJ 20.05.93, p. 18.987)

SÚMULA Nº 14 (*)

"É constitucional o inciso I do artigo 3° da Lei 7.787, de 1989." (DJ 20.05.93, p. 18.987) (DJ 31.08.94, p. 47.563 (*)CANCELADA)

SÚMULA Nº 15

"O reajuste dos benefícios de natureza previdenciária, na vigência do Decreto-Lei n° 2.351, de 7 de agosto de 1987, vinculava-se ao salário mínimo de referência, e não ao piso nacional de salários." (DJ 14.10.93, p. 43.516)

SÚMULA Nº 16

"A apelação genérica, pela improcedência da ação, não devolve ao Tribunal o exame da fixação dos honorários advocatícios, se esta deixou de ser atacada no recurso." (DJ 29.10.93, p. 46.086)

SÚMULA Nº 17 (*)

"No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 70,28% relativo à correção monetária de janeiro de 1989." (DJ 02.12.93, p. 52.558) (DJ 19.06.95, p. 38.484 (*)REVISADA)

SÚMULA Nº 18

"O depósito judicial destinado a suspender a exigibilidade do crédito tributário somente poderá ser levantado, ou convertido em renda, após o trânsito em julgado da sentença." (DJ 02.12.93, p. 52.558)

SÚMULA Nº 19

"É legítima a restrição imposta pela Portaria DECEX n° 8, de 13.05.91, no que respeita à importação de bens usados, dentre os quais pneus e veículos." (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 20

"O art. 8°, parágrafo 1°, da Lei 8.620/93 não isenta o INSS das custas judiciais, quando demandado na Justiça Estadual." (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 21

"É constitucional a Contribuição Social criada pelo art. 1° da Lei Complementar n° 70, de 1991." (DJ 15.12.93, p. 55.316)

SÚMULA Nº 22

"É inconstitucional a cobrança da taxa ou do emolumento para licenciamento de importação, de que trata o art. 10 da Lei 2.145/53, com a redação da Lei 7.690/88 e da Lei 8.387/91." (DJ 05.05.94, p. 20.933)

SÚMULA Nº 23

"É legítima a cobrança do empréstimo compulsório incidente sobre o consumo de energia elétrica, instituído pela Lei 4.156/62, inclusive na vigência da Constituição Federal de 1988." (DJ 05.05.94, p. 20.933)

SÚMULA Nº 24

"São autoaplicáveis os parágrafos 5° e 6° do art. 201 da Constituição Federal de 1988." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 25

"É cabível apelação da sentença que julga liquidação por cálculo, e agravo de instrumento da decisão que, no curso da execução, aprecia atualização da conta." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 26

"O valor dos benefícios previdenciários devidos no mês de junho de 1989 tem por base o salário mínimo de NCz$ 120,00 (art. 1° da Lei 7.789/89)." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 27

"A prescrição não pode ser acolhida no curso do processo de execução, salvo se superveniente à sentença proferida no processo de conhecimento." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 28

"São inconstitucionais as alterações introduzidas no Programa de Integração Social (PIS) pelos Decretos-Leis 2.445/88 e 2.449/88." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 29

"Não cabe a exigência de estágio profissionalizante para efeito de matrícula em curso superior." (DJ 05.05.94, p. 20.934)

SÚMULA Nº 30

"A conversão do regime jurídico trabalhista para o estatutário não autoriza ao servidor o saque dos depósitos do FGTS." (DJ 09.06.94, p. 30.113)

SÚMULA Nº 31

"Na ação de repetição do indébito tributário, os juros de mora incidem a partir do trânsito da sentença em julgado." (DJ 29.05.95, p. 32.675)

SÚMULA Nº 32 (*)

"No cálculo de liquidação de débito judicial, inclui-se o índice de 42,72% relativo à correção monetária de janeiro de 1989." (DJ 19.06.95, p. 38.484 (*)REVISÃO DA SÚMULA 17)

SÚMULA Nº 33

"A devolução do empréstimo compulsório sobre combustíveis (art. 10 do Decreto-Lei n° 2.288/86) independe da apresentação das notas fiscais. (DJ 08.09.95, p. 58.814)

SÚMULA Nº 34

"Os municípios são imunes ao pagamento de IOF sobre suas aplicações financeiras." (DJ 22.12.95, p. 89.171)

SÚMULA Nº 35

"Inexiste direito adquirido a reajuste de vencimentos de servidores públicos federais com base na variação do IPC – Índice de Preços ao Consumidor – de março e abril de 1990." (DJ 15.01.96, p. 744)

SÚMULA Nº 36

"Inexiste direito adquirido a reajuste de benefícios previdenciários com base na variação do IPC – Índice de Preços ao Consumidor – de março e abril de 1990." (DJ 15.01.96, p. 744)

SÚMULA Nº 37

"Na liquidação de débito resultante de decisão judicial, incluem-se os índices relativos ao IPC de março, abril e maio de 1990 e fevereiro de 1991." (DJ 14.03.96, p. 15.388)

SÚMULA Nº 38

"São devidos os ônus sucumbenciais na ocorrência de perda do objeto por causa superveniente ao ajuizamento da ação." (DJ 15.07.96, p. 48.558)

SÚMULA Nº 39

"Aplica-se o índice de variação do salário da categoria profissional do mutuário para o cálculo do reajuste dos contratos de mútuo habitacional com cláusula PES, vinculados ao SFH." (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 40

"Por falta de previsão legal, é incabível a equivalência entre o salário de contribuição e o salário de benefício para o cálculo da renda mensal dos benefícios previdenciários." (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 41

"É incabível o sequestro de valores ou bloqueio das contas bancárias do INSS para garantir a satisfação de débitos judiciais." (DJ 28.10.96, p. 81.959)

SÚMULA Nº 42 (*)

"A União e suas autarquias estão sujeitas ao adiantamento das despesas do oficial de justiça necessárias ao cumprimento de diligências por elas requeridas." (DJ 16.04.97, p. 24.642-43) (DJ 19.05.97, p. 34.755 (*)REVISÃO)

SÚMULA Nº 43

"As contribuições para o FGTS não têm natureza tributária, sujeitando-se ao prazo prescricional de trinta anos." (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 44

"É inconstitucional a contribuição previdenciária sobre o *pro labore* dos administradores, autônomos e avulsos, prevista nas Leis nºs 7.787/89 e 8.212/91." (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 45

"Descabe a concessão de liminar ou de antecipação de tutela para a compensação de tributos." (DJ 14.01.98, p. 329)

SÚMULA Nº 46

"É incabível a extinção do processo de execução fiscal pela falta de localização do devedor ou inexistência de bens penhoráveis (art. 40 da Lei n° 6.830/80)." (DJ 14.01.98, p. 330) (Rep. DJ 11.02.98, p. 725)

SÚMULA Nº 47

"Na correção monetária dos salários de contribuição integrantes do cálculo da renda mensal inicial dos benefícios previdenciários, em relação ao período de março a agosto de 1991, não se aplica o índice de 230,40%." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 48

"O abono previsto no artigo 9°, § 6°, letra b, da Lei n° 8178/91 está incluído no índice de 147,06%, referente ao reajuste dos benefícios previdenciários em 1° de setembro de 1991." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 49

"O critério de cálculo da aposentadoria proporcional estabelecido no artigo 53 da Lei 8.213/91 não ofende o texto constitucional." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 50

"Não há direito adquirido à contribuição previdenciária sobre o teto máximo de 20 salários mínimos após a entrada em vigor da Lei n° 7.787/89." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 51

"Não se aplicam os critérios da Súmula n° 260 do extinto Tribunal Federal de Recursos aos benefícios previdenciários concedidos após a Constituição Federal de 1988." (DJ 07.04.98, p. 381)

SÚMULA Nº 52 (*)

"São devidos juros de mora na atualização da conta objeto de precatório complementar." (DJ 07.04.98, p. 382) (DJ 07.10.2003, p. 202 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 53

"A sentença que, independentemente de pedido, determina a correção monetária do débito judicial não é ultra ou extra petita." (DJ 07.04.98, p. 382)

SÚMULA Nº 54

"Os valores recebidos a título de incentivo à demissão voluntária não se sujeitam à incidência do imposto de renda." (DJ 22.04.98, p. 386)

SÚMULA Nº 55

"É constitucional a exigência de depósito prévio da multa para a interposição de recurso administrativo, nas hipóteses previstas pelo art. 93 da Lei n° 8.212/91 – com a redação dada pela Lei n° 8.870/94 – e pelo art. 636, § 1°, da CLT." (DJ 15.06.98, p. 584)

SÚMULA Nº 56

"Somente a Caixa Econômica Federal tem legitimidade passiva nas ações que objetivam a correção monetária das contas vinculadas do FGTS." (DJ 03.11.98, p. 298)

SÚMULA Nº 57

"As ações de cobrança de correção monetária das contas vinculadas do FGTS sujeitam-se ao prazo prescricional de trinta anos." (DJ 03.11.98, p. 298)

SÚMULA Nº 58

"A execução fiscal contra a Fazenda Pública rege-se pelo procedimento previsto no art. 730 do Código de Processo Civil." (DJ 18.11.98, p. 518)

SÚMULA Nº 59

"A UFIR, como índice de correção monetária de débitos e créditos tributários, passou a viger a partir de janeiro de 1992." (DJ 18.11.98, p. 519)

SÚMULA Nº 60

"Da decisão que não recebe ou que rejeita a denúncia cabe recurso em sentido estrito." (DJ 29.04.99, p. 339)

SÚMULA Nº 61 (*)

"A União e o INSS são litisconsortes passivos necessários nas ações em que seja postulado o benefício assistencial previsto no art. 20 da Lei 8.742/93, não sendo caso de delegação de jurisdição federal." (DJ 27.05.99, p. 290) (DJ 07.07.2004, p. 240 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 62 (*)

"Nas demandas que julgam procedente o pedido de diferença de correção monetária sobre depósitos do FGTS, não são devidos juros de mora relativamente às contas não movimentadas." (DJ 23.02.2000, p. 578) (DJ 08.10.2004, p. 586 (*) CANCELADA)

SÚMULA Nº 63

"Não é aplicável a Súmula 343 do Supremo Tribunal Federal nas ações rescisórias versando matéria constitucional." (DJ 09.05.2000, p. 657)

SÚMULA Nº 64

"É dispensável o reconhecimento de firma nas procurações ad judicia, mesmo para o exercício em juízo dos poderes especiais previstos no art. 38 do CPC." (DJ 07.03.2001, p. 619)

SÚMULA Nº 65

"A pena decorrente do crime de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias não constitui prisão por dívida." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 66

"A anistia prevista no art. 11 da Lei nº 9.639/98 é aplicável aos agentes políticos, não aproveitando aos administradores de empresas privadas." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 67

"A prova da materialidade nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias pode ser feita pela autuação e notificação da fiscalização, sendo desnecessária a realização de perícia." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 68

"A prova de dificuldades financeiras, e consequente inexigibilidade de outra conduta, nos crimes de omissão no recolhimento de contribuições previdenciárias, pode ser feita através de documentos, sendo desnecessária a realização de perícia." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 69

"A nova redação do art. 168-A do Código Penal não importa em descriminalização da conduta prevista no art. 95, d, da Lei nº 8.212/91." (DJ 03.10.2002, p. 499)

SÚMULA Nº 70

"São devidos honorários advocatícios em execução de título judicial, oriundo de ação civil pública." (DJ 06.10.2003, p. 459)

SÚMULA Nº 71

"Os juros moratórios são devidos pelo gestor do FGTS e incidem a partir da citação nas ações em que se reclamam diferenças de correção monetária, tenha havido ou não levantamento do saldo, parcial ou integralmente." (DJ 08.10.2004, p. 586)

SÚMULA Nº 72

"É possível cumular aposentadoria urbana e pensão rural." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 73

"Admitem-se como início de prova material do efetivo exercício de atividade rural, em regime de economia familiar, documentos de terceiros, membros do grupo parental." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 74

"Extingue-se o direito à pensão previdenciária por morte do dependente que atinge 21 anos, ainda que estudante de curso superior." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 75

"Os juros moratórios, nas ações previdenciárias, devem ser fixados em 12% ao ano, a contar da citação." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 76

"Os honorários advocatícios, nas ações previdenciárias, devem incidir somente sobre as parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforme a sentença de improcedência." (DJ 02.02.2006, p. 524)

SÚMULA Nº 77

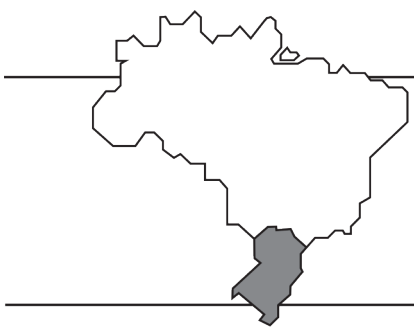
"O cálculo da renda mensal inicial de benefício previdenciário concedido a partir de março de 1994 inclui a variação integral do IRSM de fevereiro de 1994 (39,67%)." (DJ 08.02.2006, p. 290)

SÚMULA Nº 78

"A constituição definitiva do crédito tributário é pressuposto da persecução penal concernente a crime contra a ordem tributária previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90." (DJ 22.03.2006, p. 434)

SÚMULA Nº 79

"Cabível a denunciação da lide à Caixa Econômica Federal nas ações em que os ex-procuradores do Banco Meridional buscam o pagamento de verba honorária relativamente aos serviços prestados para a recuperação dos créditos cedidos no processo de privatização da instituição." (DE 26.05.2009)



RESUMO

Resumo

Trata-se de publicação oficial do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, com periodicidade quadrimestral e distribuição nacional. A Revista contém inteiros teores de acórdãos recentes selecionados pelos Excelentíssimos Desembargadores, abordando as matérias de sua competência. Traz, ainda, discursos oficiais, arguições de inconstitucionalidade e as súmulas editadas pelo Tribunal, além de artigos doutrinários nacionais e internacionais de renomados juristas e, principalmente, da lavra dos Desembargadores Federais integrantes desta Corte.

Summary

This is about an official triannual publication of Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Federal Regional Court of Appeals of the 4th Circuit) in Brazil, distributed nationally. The periodical contains the entire up-to-date judgments selected by the federal judges, concerning to the matters of the federal competence. It also brings the official speeches, the arguings unconstitutionality and the law summarized cases edited by the Court, as well as the national and the international doctrinal articles, written by renowned jurists and mainly those written by the Judges of this Court.

Resumen

Esta es una publicación oficial del Tribunal Regional de la 4ª Región, con periodicidad cuatrimestral y distribución nacional. La Re-

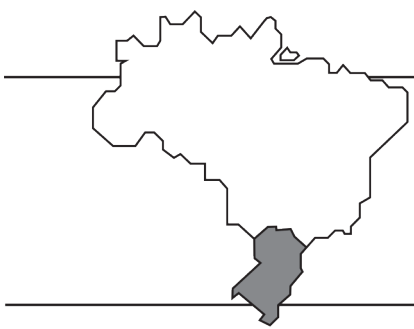
vista contiene la íntegra de recientes decisiones, seleccionadas por Magistrados componentes de esta Casa, abordando materias de su competencia, también discursos oficiales, cuestiones sobre control de constitucionalidad, súmulas editadas por el propio Tribunal, artículos de doctrina nacional y internacional escritos por renombrados jurisconsultos y, principalmente, aquellos proferidos por Jueces que pertenecen a esta Corte.

Sintesi

Si tratta di pubblicazione ufficiale del Tribunale Regionale Federale della Quarta Regione, con periodicità quadrimestrale e distribuzione nazionale. La rivista riproducce l'integra di sentenze recenti selezionate dai egregi Consiglieri della Corte d'Appello Federale, relazionate alle materie della sua competenza. Riproducce, ancora, pronunciamenti ufficiali, ricorsi di incostituzionalità, la giurisprudenza consolidata publicata dal Tribunale e testi dottrinali scritti dai Consiglieri di questa Corte d'Appello e da rinomati giuristi nazionali ed internazionali.

Résumé

Il s'agit d'une publication officielle du Tribunal Regional Federal da 4ª Região (Tribunal Régional Fédéral de la 4ème Région), dont la périodicité est quadrimestrielle et la distribution nationale. Cette revue publie les textes complets des arrêts les plus récents, sélectionnés par les Juges Conseillers de la Cour d'Appel, concernant des matières de leur compétence. En plus ce périodique apporte aussi bien des discours officiels, des argumentations d'inconstitutionnalité, des arrêts édités par le Tribunal, des articles doctrinaires, y compris des textes redigés par les Juges Conseillers de cette Cour de Justice et par des juristes nacionaux et internationaux renommés.



ÍNDICE NUMÉRICO

DIREITO ADMINISTRATIVO E DIREITO CIVIL

5002029-57.2013.404.7008/PR (AC) Rel. Des. Federal Fernando Quadros da Silva 253
5004558-52.2013.4.04.7007/PR (AC) Rel. Des. Federal Cândido Alfredo Silva Leal Júnior 268
5028507-88.2011.4.04.7100/RS (APELREEX) Rel. Des. Federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira 278
5035335-75.2012.404.7000/PR (APELREEX) Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz 287

DIREITO PENAL E DIREITO PROCESSUAL PENAL

0010748-25.2012.4.04.0000/RS (AP) Rel. Des. Federal Sebastião Ogê Muniz 311
5000159-71.2013.4.04.7106/RS (ACR) Rel. Des. Federal Márcio Antônio Rocha 321
5000568-73.2011.4.04.7120/RS (ENUL) Rel. Juiz Federal Roberto Fernandes Junior 329
5004861-67.2015.4.04.0000/RS (HC) Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus 347
5021305-78.2015.4.04.0000/RS (HC) Rel. Des. Federal Victor Luiz dos Santos Laus 364
5025687-03.2014.4.04.7000/PR (ACR) Rel. Des. Federal Leandro Paulsen 383
5055075-44.2011.404.7100/RS (ACR) Rel. Des. Federal Leandro Paulsen 555

DIREITO PREVIDENCIÁRIO

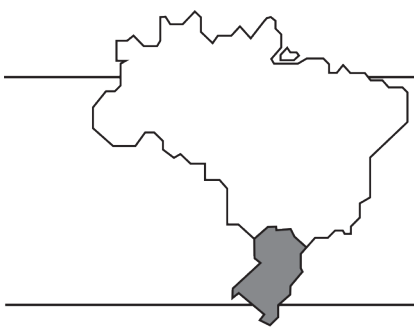
5014229-12.2012.4.04.7112/RS (EINF) Rel. Juiz Federal Luiz Antonio Bonat 639
0008444-24.2015.4.04.9999/RS (APELREEX) Rel. Juiz Federal José Antonio Savaris 647

DIREITO PROCESSUAL CIVIL

5007241-11.2012.4.04.7100/RS (AC) Rel. Desa. Federal Marga Inge Barth Tessler 673
5007602-17.2014.404.0000/PR (EDAG) Rel. Des. Federal Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz 683

DIREITO TRIBUTÁRIO

5018829-32.2014.4.04.7201/SC (AC) Rel. Des. Federal Rômulo Pizzolatti 695
5032158-65.2010.404.7100/RS (EINF) Rel. Des. Federal Joel Ilan Paciornik 702
5052793-42.2011.4.04.7000/PR (APELREEX) Rel. Des. Federal Otávio Roberto Pamplona 712



ÍNDICE ANALÍTICO

A

AÇÃO PENAL
Testemunha – Vide PROCESSO PENAL

AÇÕES
Sociedade subsidiária integral − Vide IMPOSTO DE RENDA

AMEAÇA
Testemunha – Vide COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO

ANIMAL SILVESTRE
Anilha – Vide FALSIFICAÇÃO DE SINAL PÚBLICO

APOSENTADO
Discriminação − Vide SERVIDOR PÚBLICO

APOSENTADORIA ESPECIAL
Reconhecimento, atividade penosa, motorista, caminhão, após, vigência, decreto, ano, 1997, e, 1999, decorrência, lista, agente nocivo, caráter exemplificativo. Laudo pericial, comprovação, exercício, atividade profissional, prejuízo, saúde, ou, integridade física, trabalhador, em, conformidade, previsão, dispositivo constitucional, e, Lei de Benefícios da Previdência Social. Aplicação, súmula, TFR.....639

Reconhecimento, tempo de serviço especial, e, conversão, em, tempo de serviço comum, período, segurado, sujeição, atividade insalubre, pelo, ruído, superior, previsão legal. Possibilidade, contagem, tempo de serviço especial, após, ajuizamento, ação judicial, com, determinação, nova, data, entrada, requerimento, benefício previdenciário, para, verificação, implementação, requisito, legislação previdenciária. Obser-

vância, impossibilidade, conversão, tempo de serviço comum, em, tempo de serviço especial, após, vigência, lei, ano, 1995.
Perícia, comprovação, prejuízo, saúde, trabalhador, cabimento, realização, por, similaridade, hipótese, impossibilidade, coleta, dados, lugar, trabalho, segurado. Irrelevância, utilização, equipamento de proteção individual. 647

ATIVIDADE INSALUBRE
Ruído − Vide APOSENTADORIA ESPECIAL

ATIVIDADE PENOSA
Motorista – Vide APOSENTADORIA ESPECIAL

C

COAÇÃO NO CURSO DO PROCESSO
Acusado, prefeito, realização, ameaça, contra, irmã, testemunha, conhecimento, ilegalidade, período, campanha, política, com, objetivo, alteração, depoimento, para, Justiça Eleitoral. Decretação, absolvição, acusado, pela, não, comprovação, autoria do crime, decorrência, testemunha, situação fática, não, comparecimento, juízo criminal. Aplicação, *in dubio pro reo*, hipótese, comprovação, existência, apenas, indício, delito. 311

COMPETÊNCIA JURISDICIONAL
Justiça Federal − Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO
Transporte ferroviário, transporte de carga. Concessionária, direito, manutenção, equilíbrio econômico-financeiro, contrato administrativo, após, Agência Nacional de Transportes Terrestres, realização, alteração, por, ato unilateral.
Necessidade, reequilíbrio, contrato administrativo, decorrência, efeito financeiro, resolução, ano, 2011, Agência Nacional de Transportes Terrestres, previsão, procedimento, para, concessionária, apresentação, plano de investimento, cada, três anos.
Observância, princípio da legalidade, e, equidade. 287

CONEXÃO
Remessa dos autos − Vide INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL
Anulação, resolução, ano, 2011, Conselho Federal de Psicologia, decorrência, restrição, exercício profissional, psicólogo judicial, prisão. Após, decisão judicial, resolução, perda, eficácia, em, totalidade, território nacional.
Determinação, Conselho Federal de Psicologia, invalidação, processo disciplinar, instauração, contra, psicólogo, em, observância, resolução, objeto, anulação.

Ministério Público Federal, ajuizamento, ação civil pública, contra, Conselho Federal de Psicologia, e, Conselho Regional de Psicologia, Rio Grande do Sul. Alegação, resolução, violação, previsão constitucional, liberdade de exercício de profissão, e, risco, para, sociedade, decorrência, impedimento, subsídio, para, magistrado, para, concessão, progressão de pena.....278

D

DANO AMBIENTAL
Terra indígena − Vide DANO MORAL

DANO MORAL
Indenização. Responsabilidade objetiva, empresa, pelo, dano ambiental, em, terra indígena, após, explosão, em, navio petroleiro.
Fixação, indenização, para, cada, família, comunidade indígena, morador, ilha. Para, família, não, identificação, ou, não, localização, valor, reversão, para, Fundo de Defesa de Direitos Difusos, vinculação, Ministério da Justiça.
Legitimidade ativa, Funai, para, representação, comunidade indígena. 253

DECLARAÇÃO DE RENDA
Autoincriminação – Vide SONEGAÇÃO FISCAL

E

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
Improvimento. Inexistência, omissão, contradição, ou, obscuridade, decisão judicial. Impossibilidade, nova, discussão, matéria.
Indeferimento, pedido, prosseguimento, ação de execução, honorários advocatícios, fixação, em, ação de desapropriação, por, interesse social, com, condenação, Incra, pagamento, indenização, e, honorários advocatícios.
Suspensão, execução, por, prejudicialidade, até, trânsito em julgado, ação civil pública. Ministério Público Federal, e, Incra, pedido, declaração de nulidade, título, autos, ação de desapropriação, com, discussão, sobre, domínio, área, em, faixa de fronteira, com, título de domínio, alienação, pelo, estado, Paraná, em, área, propriedade, União Federal, mesmo, antes, desapropriação. Risco, dano de difícil reparação, para, Erário. Cálculo, honorários advocatícios, dependência, existência, diferença, entre, valor, oferta, pelo, Incra, e, valor, condenação. Hipótese, inexistência, valor, para, indenização, desnecessidade, pagamento, honorários advocatícios. 683

EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO
Manutenção − Vide CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

ESTATUTO DA ORDEM DOS ADVOGADOS DO BRASIL
Quebra de sigilo – Vide INQUÉRITO POLICIAL

EVASÃO DE DIVISAS
Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO
Afastamento − Vide INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

F

FALSIFICAÇÃO DE SINAL PÚBLICO
Autor do crime, falsificação, anilha, Ibama, utilização, para, identificação, e, fiscalização, animal silvestre. Descabimento, alegação, falsificação grosseira, hipótese, utilização, anilha, com, objetivo, aparência, legalidade, para, comercialização, animal silvestre, e, prejuízo, fiscalização, Ibama. 321

FUNDAÇÃO PÚBLICA
Direito privado − Vide IMUNIDADE TRIBUTÁRIA

I

IMPOSTO DE RENDA
Atividade ilícita – Vide SONEGAÇÃO FISCAL

Não incidência, para, sócio, pessoa física, hipótese, incorporação, ações, conversão, empresa, em, sociedade subsidiária integral.
Secretaria da Receita Federal, autuação, e, lançamento tributário, contra, sócio, decorrência, manutenção, valor originário, ações, em, substituição, declaração de ajuste anual. Transferência, ações, empresa, anterior, por, ações, sociedade anônima incorporadora, caracterização, como, substituição, ações, sem, geração, ganho de capital. Não ocorrência, omissão, rendimento tributável, manutenção, valor de custo, ações, e, não, valor de mercado, declaração de ajuste anual. Observância, princípio da capacidade contributiva, e, regime, caixa.
Honorários advocatícios, manutenção, valor fixo, condenação. 712

IMUNIDADE TRIBUTÁRIA
Contribuição previdenciária, extensão, para, fundação pública, direito privado, hipótese, prestação, relevância, serviço público, área, assistência social.
Irrelevância, diretor, e, diversidade, membro, entidade pública, recebimento, remuneração. Inaplicabilidade, artigo, Plano de Custeio, Seguridade Social, previsão, proibição, remuneração, diretor, presidente, e, conselheiro, para, obtenção, benefício fiscal. 702

INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA
Remessa dos autos, vara federal, suscitado, mesmo, hipótese, subseção judiciária, não, adoção, processo eletrônico. Necessidade, conversão, processo judicial eletrônico, em, processo judicial, não, meio eletrônico.
Competência jurisdicional, subseção judiciária, ajuizamento, diversidade, ação coletiva, contra, Aneel, com, discussão, sobre, legalidade, método, reajuste, tarifa, energia elétrica, desde, ano, 2002. Caracterização, conexão. Observância, princípio da economia processual, e, princípio da segurança jurídica.
Afastamento, extinção do processo sem resolução de mérito. Possibilidade, violação, devido processo legal, e, prejuízo, direito fundamental, acesso, justiça, direito coletivo. 673

INQUÉRITO POLICIAL
Trancamento, referência, delito, desobediência, e, omissão, dados, com, objetivo, instrução, inquérito civil, hipótese, Ministério Público do Trabalho, requerimento, informações, para, OAB, sobre, processo ético-disciplinar, decorrência, aplicação, exceção, previsão legal, referência, quebra de sigilo, Estatuto da Ordem dos Advogados do Brasil. 347

INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA
Prorrogação − Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

L

LAVAGEM DE DINHEIRO
Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

Caracterização, hipótese, autor do crime, criação, empresa, com, objetivo, ocultação, obtenção de ganho ilícito, decorrência, utilização, site, para, realização, venda, medicamento, sem, receita médica, em, país estrangeiro.
Crime anterior, tráfico internacional de entorpecentes, possibilidade, comprovação, por, prova indiciária. Desnecessidade, realização, laudo toxicológico. Juiz, possibilidade, indeferimento, prova, consideração, desnecessidade, e, determinação, produção antecipada de provas, hipótese, verificação, urgência.
Processamento, delito, lavagem de dinheiro, independência, julgamento, crime, anterior, tráfico internacional de entorpecentes.
Aplicação, lei brasileira, decorrência, verificação, realização, conduta, com, objetivo, lavagem de dinheiro, em, território nacional. Irrelevância, crime, anterior, ocorrência, em, país estrangeiro.
Cooperação jurídica internacional. Acordo internacional, inaplicabilidade, princípio da especialidade. Observância, autorização, utilização, prova, sem, necessidade, pedido, vinculação, fato, atualidade, investigação criminal. 555

LEI BRASILEIRA
Aplicação − Vide LAVAGEM DE DINHEIRO

LIBERDADE DE EXERCÍCIO DE PROFISSÃO
Violação − Vide CONSELHO DE FISCALIZAÇÃO PROFISSIONAL

M

MEDICAMENTO
País estrangeiro − Vide LAVAGEM DE DINHEIRO

MOTORISTA
Caminhão – Vide APOSENTADORIA ESPECIAL

O

OPERAÇÃO LAVA-JATO
Evasão de divisas. Lavagem de dinheiro. Tráfico internacional de entorpecentes. Aplicação, concurso material. Competência jurisdicional, Justiça Federal, primeira instância, para, julgamento, ação penal. Descabimento, alegação, competência jurisdicional, STF, hipótese, inexistência, réu, com, foro privilegiado. Competência jurisdicional, vara federal, especialização, em, crime contra o sistema financeiro, e, lavagem de dinheiro. Competência jurisdicional, 8ª turma, TRF, quarta região, para, julgamento, *habeas corpus*, e, recurso judicial.
Legalidade, interceptação telefônica, como, meio de prova, para, acusação, hipótese, existência, autorização judicial. Prorrogação, período, interceptação telefônica, decorrência, necessidade, e, complexidade, investigação criminal.
Quebra de sigilo bancário, hipótese, preenchimento, requisito, previsão legal.
Impossibilidade, alegação, inépcia, denúncia, hipótese, descrição, e, individualização, delito.
Utilização, prova emprestada, sem, exigibilidade, identidade, investigado, ou, conexão, delito.
Inexistência, nulidade, hipótese, designação, audiência, antes, apreciação, defesa preliminar.
Legalidade, fixação, prisão preventiva.....383

P

PERÍCIA
Similaridade − Vide APOSENTADORIA ESPECIAL

PRINCÍPIO DA ECONOMIA PROCESSUAL
Princípio da segurança jurídica − Vide INCOMPETÊNCIA ABSOLUTA

PRINCÍPIO DA LEGALIDADE
Equidade − Vide CONCESSÃO DE SERVIÇO PÚBLICO

PRISÃO PREVENTIVA
Legalidade − Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

PROCESSO PENAL
Descabimento, utilização, informação, depoimento, para, ajuizamento, ação penal, contra, própria, testemunha, hipótese, não ocorrência, advertência, direito, silêncio. Caracterização, prova ilícita. Possibilidade, recebimento, denúncia, e, seguimento, ação penal, hipótese, existência, diversidade, prova, contra, testemunha. Verificação, condição, suspeito, antes, realização, depoimento. 364

PROVA EMPRESTADA
Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

Q

QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO
Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

S

SERVIDOR PÚBLICO
Extensão, para, aposentado, e, pensionista, Incra, mesma, gratificação de desempenho e produtividade, pagamento, para, servidor público, serviço ativo.
Não ocorrência, avaliação, produtividade, em, caráter individual, apenas, forma, simulação.
Pagamento, sem, avaliação de desempenho, servidor público, serviço ativo, caracterização, como, gratificação geral. Observância, princípio da isonomia. Descabimento, discriminação, aposentado. 268

SIMULAÇÃO
Avaliação de desempenho − Vide SERVIDOR PÚBLICO

SOCIEDADE SUBSIDIÁRIA INTEGRAL
Ações − Vide IMPOSTO DE RENDA

SONEGAÇÃO FISCAL
Caracterização, hipótese, não, declaração, rendimento, em, Imposto de Renda, decorrência, atividade ilícita. Não, verificação, autoincriminação, hipótese, realização, declaração de renda, decorrência, irrelevância, origem, receita, para, Fazenda Pública. Observância, pagamento, parte, débito tributário, por, decretação, em, execução fiscal, não, afastamento, ilicitude, natureza penal, conduta. 329

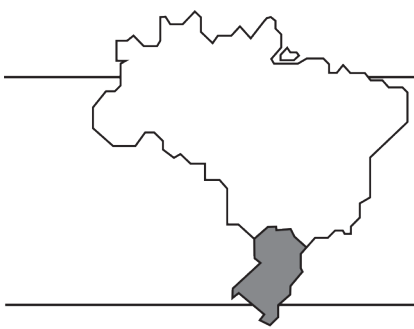
T

TAXA
Inexigibilidade, reajuste, taxa, utilização, Siscomex, previsão, pela, portaria, ano, 2011, Ministério da Fazenda, acima, valor, resultado, variação, preço, medida, pelo, INPC, entre, janeiro, 1999, e, abril, 2011. Declaração, invalidade parcial, reajuste, aplicação, pela, portaria.
Possibilidade, compensação, pagamento a maior, com, outro, tributo, vinculação, Secretaria da Receita Federal, último, cinco anos, ajuizamento, ação judicial, com, acréscimo, juros compensatórios, equivalência, taxa Selic.
Legitimidade, reajuste, taxa, por, portaria. 695

TESTEMUNHA
Ação penal – Vide PROCESSO PENAL

TRÁFICO INTERNACIONAL DE ENTORPECENTES
Vide OPERAÇÃO LAVA-JATO

Crime anterior − Vide LAVAGEM DE DINHEIRO



ÍNDICE LEGISLATIVO

Código Civil
Artigo 927 253

Código de Processo Civil
Artigo 20 712
Artigo 113 673
Artigo 462 647

Código de Processo Penal
Artigo 41 383
Artigo 156 555
Artigo 157 383
Artigo 158 555
Artigo 167 555
Artigo 186 364

Código Penal
Artigo 5º 555
Artigo 6º 555
Artigo 7º 555
Artigo 296 321
Artigo 330 347
Artigo 344 311

Código Tributário Nacional
Artigo 43 712

Constituição Federal/88
Artigo 5º 278/287/364/383
Artigo 37 287
Artigo 175 287

Artigo 195 702
Artigo 201 639
Artigo 225 253

Decreto nº 2.172/97 639

Decreto nº 3.048/99 639

Decreto nº 3.810/2011 555

Instrução Normativa INSS/PRES nº 77/2015
Artigo 690 647

Lei nº 5.371/67
Artigo 1º 253

Lei nº 6.404/76
Artigo 252 712

Lei nº 6.938/81
Artigo 3º 253
Artigo 14 253

Lei nº 7.203/84
Artigo 3º 253

Lei nº 7.347/85
Artigo 2º 673
Artigo 8º 347
Artigo 10 347
Artigo 21 673

Lei nº 7.492/86
Artigo 22 383

Lei nº 8.137/90
Artigo 1º 329

Lei nº 8.212/91
Artigo 55 702

Lei nº 8.213/91
Artigo 57 .....639/647
Artigo 58 639

Lei nº 8.906/94
Artigo 72 347

Lei nº 8.987/95
Artigo 6º 287
Artigo 9º 287

Lei nº 9.032/95 647

Lei nº 9.296/96
Artigo 2º 383
Artigo 4º 383
Artigo 5º 383

Lei nº 9.613/98
Artigo 1º 383/555
Artigo 2º 555

Lei nº 9.716/98
Artigo 3º 695

Lei nº 11.343/2006
Artigo 33 383
Artigo 35 383
Artigo 40 383

Lei nº 11.419/2006
Artigo 12 673

Lei nº 12.850/2013
Artigo 3º 383

Lei Complementar nº 75/93
Artigo 8º 347

Lei Complementar nº 105/2001
Artigo 1º 383

Portaria nº 257 do Ministério da Fazenda
Artigo 1º 695
Artigo 2º 695

Resolução nº 3.761/2011 da ANTT 287

Resolução nº 12/2011 do Conselho Federal de Psicologia
Artigo 2º 278
Artigo 3º 278
Artigo 4º 278
Artigo 6º 278

Súmulas do TFR
Súmula nº 198 639

Impressão:
Evangraf
Rua Waldomiro Schapke, 77 - POA/RS
Fone: (51) 3336.2466 - (51) 3336.0422
E-mail: evangraf.adm@terra.com.br