



PODER JUDICIÁRIO

JUSTIÇA FEDERAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

SEÇÃO JUDICIÁRIA DO CEARÁ – 9^A VARA FEDERAL

PROCESSOS: 0002928-68.1995.4.05.8100 ('PILOTO') E SEUS APENSOS E ANEXOS

EXEQÜENTES: UNIÃO E INSS

EXECUTADO: BANCO COMERCIAL BANCESA S/A – MASSA FALIDA

**DECISÃO JUDICIAL – CASO BANCESA – PODER GERAL DE CAUTELA -
RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS CRIMINOSAMENTE APROPRIADAS (SÚMULA
417 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL)**

EMENTA: TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. FALÊNCIA. “CASO BANCESA”. CONTRATO DE ARRECADAÇÃO. VALORES ARRECADADOS DOS CONTRIBUÍNTES E NÃO REPASSADOS AO FISCO. POSTERIOR LIQUIDAÇÃO EXTRAJUDICIAL. RESTITUIÇÃO DE QUANTIAS APROPRIADAS PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA COM CORREÇÃO MONETÁRIA. SÚMULA 417 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PODER GERAL DE CAUTELA. PRECEDENTES. SITUAÇÃO PECULIAR DO CASO.

1. “Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele disponibilidade” (Súmula 417 do STF).

2. Quando a instituição financeira atua arrecadadora de tributos federais e, de forma criminosa, não repassa os valores arrecadados de contribuinte no prazo devido, no intuito de locupletar-se, esses valores arrecadados e não-repassados ao fisco devem ser restituídos de imediato, quando da liquidação extrajudicial do banco, pois *não são bens que não integram o patrimônio do falido*.

3. Compete ao juízo falimentar gerir e distribuir o patrimônio da Massa e realizar o pagamento dos débitos conforme a respectiva classificação legal. Porém, o “Caso Bancesa” é peculiar, pois os valores depositados na conta corrente da instituição financeira *não fazem parte do patrimônio da Massa Falida*, pois foram, incontrovertidamente, produto de um não-repasse de valores arrecadados de contribuintes para a satisfação de créditos tributários.

4. Os valores apropriados criminosamente pela instituição financeira devem ser restituídos sem juros de mora, mas com correção monetária até a data do pagamento, nos termos do artigo 46 do ADCT, que determina que “são sujeitos à correção monetária desde o vencimento, até seu efetivo pagamento, sem interrupção ou suspensão, os créditos junto a entidades submetidas aos regimes de intervenção ou liquidação extrajudicial, mesmo quando esses regimes sejam convertidos em falência”.

5. Havendo fortes indícios de que o patrimônio da Massa Falida está sendo dilapidado propositadamente, no intuito de frustrar o pagamento dos créditos fazendários restituíveis, mesmo após a concessão de ordens judiciais de bloqueio da conta corrente que não estão sendo respeitadas, deve ser determinada a imediata transferência

do dinheiro depositado em nome da Massa Falida para a conta do Tesouro Nacional, sobretudo após definido que o *quantum debeatur* a ser restituído pela Massa Falida é bastante superior ao valor depositado.

6. Caso a Massa Falida consiga convencer as instâncias superiores de que o dinheiro apropriado criminosamente deve ser restituído sem correção, a Fazenda Nacional tem condições econômicas e financeiras de devolver aquela quantia, de imediato, inclusive com juros de mora e correção monetária se assim for determinado. Por outro lado, prevalecendo a tese de que a Massa Falida deve restituir os valores apropriados com correção monetária, dificilmente a Fazenda Nacional receberá integralmente aquela quantia se não houver a transferência, já que a conta corrente vem sendo dilapidada a cada dia.

7. “O Poder Geral de Cautela é medida de defesa da Jurisdição, passível de ser engendrado em qualquer processo ou incidente processual, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (STJ, voto do Min. Luiz Fux, no Conflito de Competência 110465/CE).

9. Tratando-se de execuções fiscais propostas antes da decretação da falência; tratando-se de valores criminosamente apropriados pela empresa falida; havendo demora injustificada na devolução das referidas quantias; havendo receio de que as contas da Massa Falida estão sendo dilapidadas por terceiros, conclui-se que a Justiça Federal pode determinar, cautelarmente, o bloqueio/transferência das quantias apropriadas para garantir a satisfação das referidas execuções fiscais.

10. Pedido de restituição deferido, com base no poder geral de cautela do juiz, reservando-se, por prudência, numerário suficiente nas contas da Massa para o pagamento dos credores trabalhistas remanescentes.

1 – RELATÓRIO

1.1 Esclarecimentos iniciais

Esclareço inicialmente que a decisão anterior, na qual fiz o acertamento do crédito fazendário, faz parte integrante desta decisão, pois, nela, contextualizo o caso com mais detalhes e estabeleço o *quantum debeat* mais analiticamente.

Naquela decisão, acolhi praticamente todas as teses defendidas pela Massa Falida do Bancesa, no que se refere aos critérios de cálculo da dívida fazendária. A única divergência substancial refere-se à aplicação da correção monetária. Para a Massa Falida, não deve haver correção monetária no pagamento da dívida desde a decretação da liquidação extrajudicial, ocorrida em fevereiro de 1995. De minha parte, entendo que os valores devem ser pagos com correção monetária, usando o IPCA-E como indexador, conforme já pacificado na jurisprudência.

Na presente decisão, apreciarei o pedido de restituição formulado pela Fazenda Nacional, com base na súmula 417 do Supremo Tribunal Federal. Para isso, farei um resumo dos fatos essenciais à apreciação do pedido.

1.2 Resumo do Caso

Conforme já mencionado na decisão antes proferida, o Bancesa firmou um contrato com a União e com o INSS, através do qual a instituição financeira operaria como mera coletora de tributos federais, inclusive contribuições previdenciárias, devidos ao Fisco.

Durante os meses de novembro e dezembro de 1994, os dirigentes do Bancesa, criminosamente, deixaram de repassar os referidos valores aos cofres federais, causando um enorme prejuízo ao erário. Em valores da época, sem aplicar qualquer tipo de correção monetária, juros ou multa, a quantia não-repassada à União e ao INSS ultrapassa o montante de R\$ 130 milhões. Hoje, fazendo uma atualização simples com base no IPCA-E, esses valores ultrapassam o montante de R\$ 400 milhões, sem contar qualquer tipo de juros de mora.

A natureza criminosa da referida operação já foi reconhecida pelo Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF 5ª Região, ACR 3281/CE (2003.05.00.014346-0), rel. Desembargador Federal Manuel Maia, 7 de dezembro de 2004)¹.

Na sentença judicial, proferida em primeira instância, que condenou o diretor do Bancesa, foi expressamente ressaltado o seguinte:

“antes de tudo, vale registrar que o fato principal é incontroverso: os 134 milhões de reais (que correspondiam na época a mais de 134 milhões de dólares) do INSS e da Receita Federal ficaram para o Bancesa. Quanto a esse fato não há controvérsia. A controvérsia – suscitada pela defesa – gira em torno da intenção ou não intenção de devolver esses milhões. (...) O dinheiro, segundo emana da defesa, teria sido usado para o pagamento de terceiros (depositantes). Teria sido, portanto, utilizado para esses fins, que podem ser passados, por uma certa ótica, como no caminho das boas ações, ainda que ao arrepio da lei, particularizada a administração do recurso e ocultada a prestação de contas. Entretanto, em nenhum momento, não seria difícil fazê-lo, a defesa se preocupou em demonstrar o quanto de dinheiro o Bancesa era depositário, ou seja, o quanto o Bancesa tinha de dívidas para com terceiros (depositantes). Também nos autos não se encontram provas de que esses terceiros, ou a maioria deles, tiveram, de fato, seu dinheiro devolvido” (trecho da sentença proferida na ação criminal 95.0002335-0 – JFCE, julgador Agostino Lima Chaves).

¹ O acórdão na íntegra encontra-se em:
http://www.trf5.jus.br/archive/2005/02/200305000143460_20050217.pdf

No acórdão criminal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, que confirmou a condenação do ex-dirigente do Bancesa, também ficou consignado que *“as partes não divergem quanto à constatação de que o BANCESA deixou de repassar à Receita Federal e ao INSS a quantia de R\$ 134.000.000,00 (cento e trinta e quatro milhões de reais)”*.

Outro trecho relevante do mesmo acórdão criminal é este:

“90) No caso dos autos houve uma verdadeira apropriação dos valores recolhidos aos cofres do BANCESA. Afigura-se nítida a intenção de apoderar-se das quantias que estavam em poder do BANCESA apenas para repasse aos entes públicos. O tipo subjetivo está presente, pois houve consciência e vontade na apropriação dos valores em proveito próprio. Observe-se que não existiu prova de que todos os valores retidos foram empregados no pagamento a clientes.

91) E não se venha afirmar que os valores não estavam “carimbados”, pois é mais do que evidente que o sistema de recolhimento permitia separar nitidamente os recolhimentos feitos para fins de quitação de tributos federais”².

Desde que os valores federais foram subtraídos pelo Bancesa, nota-se claramente que não há um interesse sincero de entregá-los aos seus verdadeiros titulares. Há diversos indícios que demonstram que o objetivo original dos dirigentes do Bancesa era e continua sendo o de utilizar o dinheiro arrecadado dos contribuintes e não repassado aos cofres públicos para tentar recuperar a sua situação financeira, locupletando-se do dinheiro público.

Para perceber isso, basta analisar um fato ocorrido em 1994, antes mesmo da decretação da liquidação extrajudicial. Naquela oportunidade, o Bancesa tentou frustrar o cumprimento do contrato de arrecadação que mantinha com a União e com o INSS, fazendo uma proposta para o então Ministro da Fazenda de devolver a quantia apropriada num prazo de 10 anos. Tal fato, aliás, foi objeto do seguinte comentário no acórdão do Tribunal Regional Federal da 5ª Região:

² http://www.trf5.jus.br/archive/2005/02/200305000143460_20050217.pdf

“87) A remessa das cartas por meio das quais foi formulado pedido de parcelamento, além de procurar dar uma roupagem de legalidade ao ato praticado, demonstrou que os dirigentes do BANCESA não acreditavam na seriedade das instituições públicas deste País. Como bem disse o representante do **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL** que ofertou as contrarrazões ao recurso, “não é razoável que o BANCESA se aproprie de R\$ 134.000.000,00 (cento e trinta e quatro milhões de reais) pertencentes à Receita Federal e à Previdência, utilizando-se do referido valor para ‘tapar os rombos’ de sua administração temerária, e seus dirigentes fiquem imunes à responsabilização criminal pelo simples fato de terem formulado pedido de parcelamento do débito no ‘curto prazo’ de dez anos”³.

Esse fato só foi aqui mencionado para se demonstrar que a verdadeira intenção dos envolvidos, desde que houve o crime, nunca foi entregar o dinheiro à União e ao INSS, mas se apropriar do patrimônio público para satisfazer a interesses particulares. Ao longo de todos esses anos, permanece o mesmo propósito entre os mentores do crime.

Basta rememorar os eventos de 2003, na época da decretação da falência e posterior tentativa de adesão ao PAES, para perceber o desejo dos dirigentes do Bancesa em reaverem aquelas quantias criminosamente obtidas.

1.3 Eventos de 2003/2004

Em 2003, a Massa Falida, por intermédio de seu síndico, protocolou um pedido de parcelamento junto à Receita Federal e ao INSS (PAES), no intuito de levantar a falência (uma vez que os principais credores já estariam recebendo seu dinheiro de forma parcelada) e liberar os valores da conta corrente para os antigos controladores da instituição devedora. Logicamente, uma vez entregue o dinheiro aos antigos

³ http://www.trf5.jus.br/archive/2005/02/200305000143460_20050217.pdf

controladores do Bancesa (dinheiro este que fora produto de crime praticado pelos mesmos!), dificilmente a dívida federal seria quitada.

Percebendo a manobra, a Fazenda Nacional ingressou com pedido de medida cautelar fiscal para impedir que o dinheiro fosse sacado da conta corrente da Massa. O pedido liminar foi deferido pelo juiz federal João Luís Nogueira Mathias (Processo 2003.81.00.019198-7), que determinou a indisponibilidade dos bens da Massa Falida e de seu administrador, ressalvando a possibilidade de pagamento dos cheques emitidos sob chancela do juízo da 1ª Vara das Falências e Concordatas de Fortaleza/CE. Na decisão, a situação foi narrada nos seguintes termos:

“a) o requerido é o maior devedor junto à Fazenda Nacional no Estado do Ceará, cujos débitos inscritos em dívida ativa perfazem o montante de R\$ 357.536.688,63 (trezentos e cinquenta e sete milhões, quinhentos e trinta e seis mil, seiscentos e oitenta e oito reais e três centavos);

b) o débito maior, aproximadamente R\$ 290.000.000,00 (duzentos e noventa milhões de reais), é referente a contrato de prestação de serviços de arrecadação de receitas federais não honrado, tendo o requerido recebido recursos que não foram repassados à União. Tal conduta levou à condenação nas penas do artigo 5º, da Lei 7492/86, o senhor LINCOLN DE MORAES MACHADO, administrador da empresa;

c) a empresa sofreu intervenção e processo de liquidação, tendo o terceiro liquidante solicitado a sua falência, cuja decretação se deu em 14 de fevereiro de 2003, pelo juízo da 1ª Vara de Falência e Concordatas de Fortaleza, oportunidade em que o Juiz Cláudio de Paula Pessoa, titular da 2ª Vara de Falências e Concordatas, por aquele juízo respondia;

d) em 31 de julho de 2003, o Juiz da 4ª Vara da Fazenda Pública de Fortaleza, Luiz Alves Leite, respondendo pelo juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas, em substituição à Juíza Sílvia Soares de Sá Nóbrega, no período de recesso forense, determina o sobrestamento do procedimento falimentar, revogando a decisão de quebra, pressupondo novadas as dívidas fiscais (INSS e UNIÃO), bloqueando quase R\$ 115.000.000,00 (cento e quinze milhões de reais) do saldo bancário de aproximadamente R\$ 171.000.000,00 (cento e setenta e um milhões de reais), com a finalidade de pagar aos credores trabalhistas, privilegiados e

quirografários, o que será realizado através de administrador judicial, sendo o saldo remanescente disponibilizado ao antigo administrador da empresa requerida LINCOLN DE MORAES MACHADO;

e) o levantamento da falência teve por fundamento a adesão do BANCESA ao PAES, parcelamento especial instituído pela lei 10.648/2003, considerando indevidamente o juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas que o estado de insolvência não existiria ante a novação das dívidas fiscais;

f) a adesão ao PAES é descabida em relação aos créditos do INSS, já que a legislação de regência da matéria afasta o parcelamento referente a créditos em que tenha ocorrido apropriação indébita;

g) é imprescindível a manutenção do patrimônio da empresa, quando da adesão ao PAES, sob pena de que, em caso do descumprimento do parcelamento, nada reste para ser executado; sobretudo na hipótese dos autos em que a decisão do juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas de Fortaleza determina a quitação de créditos que se posicionam em escala inferior aos créditos fiscais, como os créditos com privilégio especial e quirografários;

h) o pagamento de créditos com privilégios especiais e gerais, bem como, dos créditos quirografários, configura burla ao Código Tributário Nacional, à Lei Falimentar e à Lei de Execuções Fiscais;

i) a possibilidade de liberação de, aproximadamente, cinqüenta e cinco milhões de reais ao antigo administrador do BANCESA pode ser enquadrada no inciso III, do artigo 2º, da Lei 8397/92, alterada pela lei 9532/97;

j) o montante do crédito da União alcança R\$ 357.000.000,00 (trezentos e cinqüenta e sete milhões de reais), aproximadamente, ao passo que o patrimônio do BANCESA, inclusive precatório judicial junto ao Governo do Estado de Goiás, é estimado em R\$ 510.000.000,00 (quinhentos e dez milhões de reais), o que permite o enquadramento da hipótese em exame no inciso VI, do artigo 2º, da lei 8397/92, alterada pela lei 9532/97, já que os débitos superam 50% do patrimônio conhecido do devedor;

k) o conjunto de atos praticados ou tentados pelo BANCESA, seu ex-administrador, e pelo próprio síndico da então Massa

Falida, durante o curso da falência, demonstra a existência de inequívoco propósito de dificuldade ou impedimento à satisfação do crédito da Fazenda, o que permite o enquadramento da hipótese dos autos no inciso IX, do artigo 2º, da lei 8397/92, alterada pela lei 9532/97” (trecho da decisão liminar proferida na Ação Cautelar Fiscal 2003.81.00.19198-7, pelo juiz federal João Luís Nogueira Matias em 20 de agosto de 2003).

O dispositivo da decisão foi claro: **“CONCEDO a liminar requerida a fim de determinar a INDISPONIBILIDADE de todos os bens do requerido, BANCO COMERCIAL BANCESA S.A. e de seu ex-administrador, LINCOLN DE MORAES MACHADO”**.

Em decisão posterior, proferida em 29 de setembro de 2003, o juiz federal João Luís Nogueira Matias atenuou os efeitos da referida decisão tão somente para deixar expresso que a referida indisponibilidade não inclui o pagamento das despesas necessárias à satisfação das obrigações da Massa “com energia elétrica, taxa de condomínio de bens imóveis, água e esgoto”, devendo ainda tais pagamentos serem “autorizados pelo juízo da 1ª Vara de Falências e Concordatas da Comarca de Fortaleza”. Na mesma decisão, ficou expresso que “quanto ao pagamento de débitos com o INSS, alusivos ao PAES, entendemos que o pagamento é inteiramente descabido. É que a legislação veda a adesão do BANCESA ao pagamento especial, o que já foi deixado claro pelo INSS que, inclusive, indeferiu o pedido de adesão do PROMOVIDO, conforme informação constante dos autos do processo executivo fiscal de número 98.0014929-5”.

O Tribunal Regional Federal da 5ª Região confirmou a medida liminar concedida no sentido de bloquear o dinheiro depositado na conta corrente, assinalando o que se segue:

“Considerando que as execuções fiscais apontam para uma cifra de quase 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais), era preciso que o agravante tivesse demonstrado haver em seu patrimônio conhecido um numerário maior que três bilhões de reais para afastar a incidência da medida combatida. Destarte, não tendo sido comprovada tal hipótese, não há que se falar na ilegalidade

da decisão sob ataque” (TRF 5, AGTR 51690-CE, rel. Luís Alberto Gurgel de Faria, j. 10/02/2004)⁴.

Ressalte-se que, por conta das manobras utilizadas pela Massa, o próprio Tribunal Regional Federal da 5ª Região já reconheceu **a prática de litigância de má-fé**, aplicando uma multa de **quinhentos mil reais** no Agravo de Instrumento 50040/CE. Na ocasião, o Desembargador Federal Luiz Alberto Gurgel de Faria adotou o seguinte fundamento:

“ao requerer a concessão do efeito suspensivo ao presente agravo, o recorrente consubstanciou a sua pretensão na alegação de que o impedimento de todos os valores da massa falida poderia prejudicar o seu regular gerenciamento. No entanto, não informou a este magistrado que, concomitantemente à tentativa de transferir para o juízo universal da falência a administração dos bens garantidores do débito, que é de, aproximadamente, R\$ 1.000.000.000,00 (um bilhão de reais) (fls. 45), buscava também o levantamento da referida quebra.

Ora, caso deferido o efeito suspensivo perseguido e levantada a falência, isso possibilitaria a disponibilidade dos valores, bloqueados com a finalidade de resguardar o futuro ressarcimento dos créditos fiscais em execução, sem anuência do juízo de origem. A dívida ficaria, então, sem a garantia em comento – cerca de R\$ 50.000.000,00 (cinquenta milhões de reais), que somente não ocorreu, tão logo foi comunicado pelo magistrado a quo acerca do levantamento da falência, suspendi o cumprimento da decisão liminar por mim proferida no sentido de autoriza o desbloqueio das contas do recorrente (fls. 134)” (TRF5, AGTR51690-CE, rel. Luís Alberto Gurgel de Faria, j. 10 de fevereiro de 2004).

A liminar concedida nos autos da ação cautelar fiscal foi confirmada por sentença proferida pelo juiz federal José Vidal Silva Neto, em 22 de junho de 2005, que também percebeu claramente a tentativa de fraude, consignando que:

“o desfazimento do estado falimentar permitiria objetivamente que os bens e depósitos recolhidos junto ao juízo falimentar saíssem de sua esfera de segurança jurídica e fossem

⁴ http://www.trf5.jus.br/archive/2004/03/200305000268309_20040312.pdf

desbaratadas pelos antigos acionistas. Isso tornaria uma verdadeira ficção o privilégio da Fazenda Nacional de atrelá-los de forma preferencial ao pagamento de seus créditos. O quadro agrava-se diante da insuficiência até mesmo da totalidade destes bens para garantir as inúmeras execuções fiscais ajuizadas contra o falido que tramitam perante este Juízo. Fazia-se necessário, portanto, antes de proceder à sua penhora, acautelar o perigo de fraude à execução, debelando o risco de escaparem a todo controle jurisdicional, seja o deste juízo, seja o da Vara de Falências. (...) Na liminar concedida, ficou claro, também, que impunha-se evitar que o sujeito passivo agisse de forma a esquivar a satisfação do crédito tributário (inciso IX, artigo 2º, Lei n. 8.197/92). É que, mal foi levantada a falência, o ex-administrador do BANCESA tentou sem êxito transferir recursos monetários que lhe foram disponibilizados, depositados junto ao Banco do Brasil” (trecho da sentença proferida na Ação Cautelar Fiscal 2003.81.00.19198-7, pelo juiz federal José Vidal Silva Neto em 22 de junho de 2005).

1.4 Eventos de 2009/2010

Desde então, as manobras para fraudar a execução fiscal e frustrar o pagamento da dívida da União e do INSS passaram a ser realizadas dentro do processo falimentar. Houve vários saques ao longo desses anos autorizados em total descumprimento à ordem judicial desta 9ª Vara. Para se ter uma idéia, o síndico e os advogados contratados, juntos, receberam, nos últimos cinco anos, cerca de cinco milhões de reais, em clara violação à decisão proferida na ação cautelar fiscal antes mencionada, que continua em vigor.

Embora os fatos acima já sejam suficientes para, no mínimo, desconfiar das intenções dos envolvidos e caracterizar nitidamente a desobediência à ordem judicial, os fatos mais graves começaram a ocorrer a partir de 2009.

Como as dívidas trabalhistas já haviam sido praticamente todas quitadas, o próximo passo seria o pagamento dos credores preferenciais,

em especial a União e o INSS. Tudo indicaria que, finalmente, uma parte dos valores subtraídos ingressaria nos cofres públicos. Porém, isso não ocorreu.

Em 19 de dezembro de 2009, o juízo da 2ª Vara de Recuperação e Falência proferiu decisão acerca dos créditos fazendários, onde reduziu drasticamente o valor da dívida. Naquela decisão, entendeu o juízo falimentar que o valor originário da dívida, sem atualização, corresponderia a R\$ 55.168.275,58 (Fazenda Nacional) e R\$ 71.497.096,67 (INSS), que deveria ser paga sem correção monetária. Assim, atendendo a um pedido formulado pela Massa Falida, o juiz falimentar determinou a republicação do Quadro de Credores com os valores indicados anteriormente e autorizou a liquidação das obrigações da Massa Falida, com publicação de aviso aos credores, através de um despacho no rosto da petição assinada pelo síndico. Para o juiz falimentar, o depósito de uma quantia de aproximadamente R\$ 20 milhões de reais, por parte da Massa Falida do Bancesa, seria suficiente para quitar totalmente a dívida ativa da União, nos termos da Lei 11.941/2009, que autorizou uma série de descontos nas dívidas fazendárias, já que a Massa Falida teria pago, de forma parcelada, mais de R\$ 160 milhões à União e ao INSS, desde 2003. Ressalte-se que o juízo falimentar pretendeu liquidar a dívida fazendária levando em conta os valores originais que foram subtraídos, sem fazer incidir correção monetária, nem juros de mora sobre essas quantias. Também desconsiderou a multa contratual aplicada.

O objetivo da Massa era simples: pagar uma parte dos valores devidos à União e ao INSS e ficar com o restante dos valores depositados na conta da Massa, tal como já fora tentado em 2003/2004.

Contra essas decisões do juízo falimentar, a Fazenda Nacional ingressou com Conflito de Competência (CC 110465/CE), perante o Superior Tribunal de Justiça, alegando que houve usurpação de competência por parte do juiz estadual, uma vez que a Justiça Federal seria competente para definir o *quantum* do crédito fazendário.

Liminarmente, o Min. Herman Benjamin, do Superior Tribunal de Justiça, suspendeu a decisão do juízo estadual em 26 de março de 2010:

“Trata-se de Conflito de Competência suscitado pela Fazenda Nacional, visando a afastar decisão do Juízo de Direito da 2ª Vara de Falências e Recuperações de Empresas da Comarca de Fortaleza, que teria apreciado incidentes de impugnação ao crédito tributário, *na demanda falimentar*, reduzindo este último de R\$921.697.164,10 para R\$19.035.194,77, ao fundamento de que a competência para decidir sobre a execução da dívida ativa da Fazenda Pública é do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará, onde tramitam os autos das Execuções Fiscais relativas aos créditos tributários. (...)

Em juízo perfunctório, procede a argumentação da Fazenda Nacional.

Nos termos dos arts. 5º e 29 da Lei 6.830/1980, é prevista a competência do juiz exclusiva para processar a Execução Fiscal da Dívida Ativa da União, havendo expressa exclusão de "qualquer outro juízo, inclusive o da falência".

Temerária, portanto, a decisão do juiz falimentar, que reduziu drasticamente (de quase um bilhão para vinte milhões de reais!) o crédito perseguido na(s) Execução(ões) Fiscal(is) da União.

Com essas considerações, **defiro o pedido de liminar para suspender a decisão judicial hostilizada**” (STJ, Conflito de Competência 110.465 - CE (2010/0028560-2), trecho de decisão proferida pelo Min. Herman Benjamin, em 26 de março de 2010⁵).

Em informações prestadas ao Superior Tribunal de Justiça, nos autos do referido Conflito de Competência, informei, na condição de titular da 9ª Vara Federal, o seguinte:

“A 9ª Vara da Justiça Federal do Ceará entende ser competente para processar e julgar qualquer questão envolvendo a apuração do *quantum debeatur* do crédito pertencente à União e/ou INSS. Existem embargos à execução, propostos pelos executados com esse objetivo, que já foram,

⁵https://ww2.stj.jus.br/websecstj/decisoemonocraticas/decisao.asp?registro=201000285602&dt_publicacao=30/3/2010

inclusive, julgados improcedentes. A propósito, os embargos à execução propostos pelo BANCESA, onde foram discutidas questões como a aplicação da taxa SELIC e liquidez da CDA, já transitaram em julgado contra o executado.

Também é o entendimento deste juízo que a 9ª Vara da Justiça Federal do Ceará, em relação aos débitos que aqui tramitam, é competente para apreciar qualquer questão envolvendo aplicação dos benefícios concedidos pela Lei 11.941/2009 ou de qualquer tipo de benefício fiscal, já que tal questão afeta diretamente a apuração do *quantum debeatur* do crédito. Portanto, a decisão do juízo falimentar que reduziu drasticamente o valor da dívida da massa, imiscuindo-se em matérias relacionadas ao valor do crédito da União/INSS, usurpou claramente a competência constitucional da Justiça Federal para apreciar causas em que a União e as suas autarquias sejam partes (artigo 109, I, da CF/88).

Conforme já pacificado pelo Superior Tribunal de Justiça, o art. 29 da Lei de Execuções Fiscais (Lei n. 6.830/80), na linha do art. 187 do Código Tributário Nacional, determina que a cobrança judicial da dívida da Fazenda Pública não se sujeita à habilitação em falência, submetendo-se apenas à classificação dos créditos, podendo, assim, ser processada normalmente no foro onde proposta (STJ, CC 45.805/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 27.3.2006).

Sendo assim, a vara de falências não é competente para apreciar questões que já são objeto de execução fiscal ou que devem ser apreciadas no processo de execução fiscal. O papel do juízo falimentar é tão somente habilitar os créditos apurados na esfera competente (a saber, a Justiça Federal) e classificá-los na ordem estabelecida pela lei. Aliás, a Lei nº 6.830 é muito clara a esse respeito: “a competência para processar e julgar a execução da Dívida Ativa da Fazenda Pública exclui a de qualquer outro juízo, inclusive o da falência, da concordata, da liquidação, da insolvência ou do inventário”.

Para não deixar dúvidas, o Superior Tribunal de Justiça já decidiu que “o juízo da falência não é competente para processar as execuções fiscais ajuizadas antes ou depois da declaração de falência da parte executada, pois essas não são atraídas pelo juízo universal da falência e não ficam paralisadas após a decretação da quebra” (STJ, CC 45.805/RJ, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 27.3.2006). A existência de crédito em favor

da União/INSS, bem como o seu montante, é claramente da competência da Justiça Federal, sobretudo havendo execução fiscal discutindo esses temas.

No caso ora discutido, existe uma clara *conexão* entre as questões decididas pelo juízo da falência, nas sentenças referentes às tais “impugnações aos créditos”, e as execuções fiscais que tramitam nesta 9ª Vara Federal, especialmente porque, naquele julgamento, foram apreciadas matérias que já foram decididas por este juízo. O que é pior: a decisão do juízo fazendário ignorou questões já transitadas em julgado neste juízo. Questões como *aplicação ou não da taxa SELIC em caso de falência, critérios de amortização da dívida fiscal, incidência de multa, honorários advocatícios incorporados à CDA, quitação ou não da dívida etc.*, são matérias a serem decididas por esta vara de execução fiscal, já que estão intimamente ligadas ao cálculo do montante do crédito e afetam diretamente a liquidez do título executivo. Uma vez apurado o crédito – não na vara falimentar, mas no juízo competente -, cabe ao juiz da falência tão somente classificá-lo para fins de pagamento.

A razão disso é muito simples: o acertamento do crédito pertencente à União/INSS é uma atribuição constitucional específica e exclusiva da Justiça Federal (assim como, por exemplo, o acertamento dos créditos trabalhistas é da competência exclusiva da Justiça do Trabalho). Toda a questão relativa à existência ou não do crédito ou então relativa ao valor do crédito é de competência da justiça especializada por força de regra constitucional. O juízo universal da falência tem competência tão somente para gerir e distribuir o patrimônio da massa falida aos credores conforme as regras concursais da lei falimentar. Fora disso, há usurpação de competência, como ocorreu no caso”.

Em 25/8/2010, o Superior Tribunal de Justiça, ao apreciar o Conflito de Competência 110465/CE, “por unanimidade, conheceu do conflito e declarou competente o Juízo Federal da 9ª. Vara da Seção Judiciária do Estado do Ceará”.

No voto do Ministro Luiz Fux, encontra-se o fundamento para o reconhecimento da competência desta 9ª Vara Federal/CE para julgar a matéria. Eis suas palavras:

“(...) o conflito positivo de competência estabeleceu-se entre o Juízo de Direito da 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências de Fortaleza (segundo o qual é competente para decidir sobre a quantia devida, pela Massa Falida, à Fazenda Pública, inclusive para aferir a regularidade do pedido de adesão à parcelamento fiscal) e o Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária Federal do Estado do Ceará (que defende sua competência para apreciar, em sede de execução fiscal ou respectivos embargos do devedor, qualquer questão relativa ao acerto dos créditos titularizados pela União e/ou pelo INSS, inclusive a apuração do respectivo montante caso a dívida possa ser objeto de parcelamento fiscal), ambos vinculados a tribunais diversos, donde se deduz a competência desta Corte.

3. Outrossim, verifica-se a existência de conflito de competência entre as autoridades judiciárias suscitadas, uma vez que ambas consideram-se competentes para proceder à verificação dos créditos devidos à Fazenda Pública Federal, objetos de execuções fiscais e que deverão ser classificados no processo falimentar.

4. Deveras, é certo que as partes integrantes das execuções fiscais (Fazenda Pública Federal X Banesa) e da ação falimentar (Banco Central do Brasil X Banesa) são distintas, assim como os respectivos pedidos e causa de pedir. Ademais, sequer a reunião dos processos revela-se possível, tendo em vista a competência especializada dos juízos em tela.

5. Entrementes, o conflito positivo exsurge nas hipóteses em que os Juízos Fiscal e Falimentar divergem no que tange à competência para apreciação/delimitação do *quantum debeatur*, matéria que deve ser dirimida sob o pálio do valor Segurança Jurídica e em atenção ao princípio da indisponibilidade do interesse público, máxime em um caso de ampla repercussão em que o crime de apropriação indébita, inclusive de contribuições previdenciárias, praticado pelo representante da instituição financeira falida, pode vir a ser legitimado e encorajado com a dissipação do patrimônio garantidor da dívida. (...)

7. Como de sabença, no que concerne ao regime anterior à Lei 11.101/2005 (aplicável aos processos falimentares em curso na data de sua entrada em vigor), o procedimento de verificação de créditos constitui acerto jurisdicional do passivo do

devedor falido em relação a cada um dos credores, com o expurgo dos créditos inidôneos.

8. Nada obstante, a apuração dos créditos fazendários compete, exclusivamente, ao Juízo da Execução Fiscal (competência *ratione materiae* e que configura foro privilegiado da Fazenda Pública), não restando lícito ao Juízo Falimentar imiscuir-se no accertamento do passivo do devedor falido em relação ao Fisco (...).

12. Assim sendo, a competência do Juízo da Recuperação Judicial, para verificação e classificação dos créditos, não implica em sua investida no *an debeatur* e *quantum debeatur* decididos na execução fiscal, máxime porque a insubmissão do crédito fazendário ao Juízo Universal Falimentar tem como *ratio essendi* essa insindicabilidade.

13. Conseqüentemente, não se sujeitando os créditos fazendários à habilitação (verificação) na falência (mas, apenas, à regular classificação na ordem legal de preferências), as decisões proferidas pelo Juízo Falimentar, que delimitaram os valores devidos pela massa falida à Fazenda Pública Federal, incorreram em usurpação da competência atribuída ao Juízo da Execução Fiscal (Precedentes aplicáveis *mutadis mutandis*: **CC 45.805/RJ**, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 22.02.2006, DJ 27.03.2006; **CC 63.919/PE**, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 13.12.2006, DJ 12.02.2007; e **REsp 902.771/RS**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 04.09.2007, DJ 18.09.2007). (...)

16. Nesse segmento, a competência do Juízo da Execução Fiscal não poderia ter sido ignorada pelo Juízo Falimentar, o que eiva de nulidade as decisões usurpadoras, devendo ficar sobrestada a fase de classificação dos créditos na falência (e conseqüente pagamento dos credores habilitados) até a apuração, no feito executivo, dos créditos fazendários devidos, ante a prejudicialidade externa vislumbrada” (voto proferido pelo Ministro Luiz Fux no Conflito de Competência 110465/CE).

Houve uma série de incidentes desde março de 2010, data das decisões do juízo falimentar que reduziram o valor dos créditos fazendários e determinaram o pagamento de credores quirografários, até a data da decisão do Superior Tribunal de Justiça que anulou as referidas

decisões e reconheceu a competência desta 9ª Vara Federal para definir o crédito fazendário.

Mesmo depois que o Superior Tribunal de Justiça determinou a suspensão das decisões do juízo falimentar, houve uma tentativa de saque de mais de R\$ 20 milhões de reais que, por muito pouco, não foram retirados da conta. Passo a explicar como isso ocorreu.

Empresas suspeitas e pessoas físicas sem lastro financeiro - em especial: (a) Cifras Representações e Consultoria Ltda., (b) Kenilworth Assessoria, Empreendimentos e Participações Ltda. e (c) Kelma Pereira de Lima – adquiriram uma enorme quantidade de créditos quirografários e se habilitaram na falência, passando a integrar o Quadro Geral de Credores. Os créditos a que tais empresas/pessoas físicas teriam direito giram em torno de vinte milhões de reais. Confira-se o quadro apresentado pelo síndico:

	Cheque	Favorecido	Histórico	Valor	Banco	*
31/03/10	002235	Cifras Representações e Consultoria Ltda	Crédito de SBC - Swiss Bank Corporation	3.436.667,70	BB	5
31/03/10	002236	Cifras Representações e Consultoria Ltda	Crédito de Mellon Over Investments Corporation	3.027.456,29	BB	5
31/03/10	002237	Cifras Representações e Consultoria Ltda	Crédito de Nations Bank Corporation	3.003.566,10	BB	5
31/03/10	002238	Cifras Representações e Consultoria Ltda	Crédito de Intec, Instalações e Serviços Técnicos Ltda	1.641.255,80	BB	5
31/03/10	002239	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Antonio Usuba	644.891,50	BB	5
31/03/10	002240	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Vincenzo Guercio	226.224,54	BB	5
31/03/10	002241	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Rita de Cássia Franchini Santilli	177.162,56	BB	5
31/03/10	002242	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Ações Darba Ltda	75.603,35	BB	5
31/03/10	002243	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Janos Tamas	23.557,84	BB	5
31/03/10	002244	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Janos Alberto Tamas	14.620,79	BB	5
31/03/10	002245	Kelma Pereira de Lima	Crédito de Luiz Bardelli	9.314,60	BB	5
31/03/10	002246	Kenilworth Assessoria Empreendimentos e Participações Ltda	Créditos do Banco do Estado de São Paulo S/A - BANESPA	3.398.095,05	BB	5
31/03/10	002247	Kenilworth Assessoria Empreendimentos e Participações Ltda	Crédito de AGF do Brasil Participações Ltda	1.600.000,00	BB	5
31/03/10	002248	Kenilworth Assessoria Empreendimentos e Participações Ltda	Crédito de Caterpillar Financial Services Corporation	1.600.000,00	BB	5
31/03/10	002249	Carolino Irineu D. da S. Neto	Crédito de Carolino Irineu D. da S. Neto	168.009,93	BB	5
31/03/10	002250	Rodolpho Layme Falcão	Crédito de Rodolpho Layme Falcão	100.176,24	BB	5
31/03/10	002251	Walter Baptista Oertli	Crédito de Walter Baptista Oertli	170.983,50	BB	5
Total				19.317.585,79		

Aparentemente, tais empresas foram criadas especificamente com essa finalidade, pois não possuem movimentações financeiras nem empregados cadastrados nos últimos anos. Vejamos a situação de cada uma delas, tal como informado pela Receita Federal por ordem deste juízo.

A empresa CIFRAS REPRESENTAÇÕES E CONSULTORIA LTDA. foi constituída em **22/4/2009** e tem como atividade consultoria em gestão empresarial. Tal empresa não possui movimentação financeira, nem mesmo apresentou declaração de imposto de renda. Seu capital social declarado é de R\$ 10.000,00. Apesar desse baixo capital e de não ter tido movimentação financeira em 2009, a CIFRAS comprou R\$ 11.108.945,89 em créditos de credores quirografários da massa falida do BANCESA, pagando à vista R\$ 1.000.000,00 por tais créditos. Não se sabe a origem desse dinheiro, nem mesmo se a operação foi realizada de verdade.

De modo semelhante, a empresa KENILWORTH ASSESSORIA, EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA, apesar de ter sido constituída em 28/2/1989, declarou-se INATIVA nos exercícios 2004, 2007 e 2009, bem como declarou **zero** de receitas no período de 1999 a 2009. A Kenilworth adquiriu créditos da massa no montante de R\$ 6.598.095,05. Existem fortes indícios que ligam a empresa Kenilworth ao ex-administrador do BANCESA LINCOLN DE MORAES MACHADO, conforme pesquisa realizada pela Receita Federal por ordem deste juízo:



Finalmente, Kelma Pereira de Lima, cujos rendimentos são modestos, conforme relatório apresentado pela Receita Federal, adquiriu créditos quirografários da massa falida do Bancesa de R\$ 1.171.375,18. Há grande probabilidade de que Kelma seja apenas uma “testa de ferro”, já que a sua situação patrimonial e profissional não a caracteriza como adquirente de créditos quirografários em valores tão altos. De acordo com a Receita Federal do Brasil, “Consta nos sistemas que a Sra. KELMA PEREIRA DE LIMA recebeu rendimentos com vínculos empregatícios de REGINA LÚCIA DOMINGUES DE OLIVEIRA (trata-se possivelmente de uma profissional do ramo de odontologia, com clínica dentária), (...), no período de 2004 a 2007, totalizando rendimentos declarados na média de R\$ 16 mil/ano” (fls. 1308).

Intimei cada uma desses três credores quirografários da Massa Falida do Bancesa para que demonstrasse “a idoneidade da aquisição dos créditos quirografários” (fls. 1319). Referidos credores vieram aos autos, mas não apresentaram qualquer documento que comprovasse a legitimidade daquela transação.

Voltemos, pois, aos fatos.

Mesmo depois da decisão do Superior Tribunal de Justiça (proferida em 26 de março e comunicada ao juízo falimentar na mesma data por telegrama), o síndico requereu ao juiz falimentar a liberação de valores para o pagamento dos credores quirografários. O juiz falimentar houve por bem deferir o pedido do síndico, autorizando imediatamente a liberação de mais de duas dezenas de milhões de reais.

Com a devida autorização judicial, foram assinados diversos cheques em nome das empresas acima referidas e de seus representantes legais. Eis alguns exemplos:



Ressalte-se que há vários outros cheques semelhantes, assinados na mesma data. Os referidos cheques foram apresentados para compensação em 5 de abril de 2010, mas foram devolvidos, por força da ordem judicial proferida por esta 9ª Vara/CE.

AUTO-ATENDIMENTO

Extrato de Conta Corrente

AGENCIA: 3140 Conta: 00000001034 De: 01/04/2010 a 29/04/2010 Pag: 00001 / 00002

MASSA FALIDA DO BANCESA

Data	Bal.	Historico	em	Documento	Orig	Lote	V	q	I	o	R
3003		Saldo Anterior		30/03/2010							
0104		729-TRANSFERENCIA									63,13C
		102-CHEQ COMPENSADO		0006147		12035					30.032,00C
0104		Saldo Parcial		0002234	1990	13097					30.032,00D
0504	0104	392-TARIFA ADIC CH		0100401		13113					63,13C
		Tarifa referente a 01/04/2010									33,03D
		102-CHEQ COMPENSADO		0002235	1990	13097					3.436.667,70D
		102-CHEQ COMPENSADO		0002236	1990	13097					3.027.456,29D
		102-CHEQ COMPENSADO		0002237	1990	13097					3.003.566,10D
		102-CHEQ COMPENSADO		0002238	1990	13097					1.641.255,80D
		102-CHEQ COMPENSADO		0002246	1990	13097					3.398.095,05D
		102-CHEQ COMPENSADO		0002247	1990	13097					1.600.000,00D
0504		Saldo Parcial		0002248	1990	13097					1.600.000,00D
0604	0504	718-CHEQ DEVOLVIDO		0002235		14098					17.707.010,84D
		0504 718-CHEQ DEVOLVIDO		0002236		14098					3.436.667,70C
		0504 718-CHEQ DEVOLVIDO		0002237		14098					3.027.456,29C
		0504 718-CHEQ DEVOLVIDO		0002238		14098					3.003.566,10C
		0504 718-CHEQ DEVOLVIDO		0002246		14098					1.641.255,80C
		0504 718-CHEQ DEVOLVIDO		0002247		14098					3.398.095,05C
		0504 718-CHEQ DEVOLVIDO		0002248		14098					1.600.000,00C
		202-TAXA DEV DOCUM		0100406		13113					1.600.000,00C
		Tarifa referente a 06/04/2010									2,45D

Como se observa, mesmo tendo plena consciência da decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, o síndico não tomou qualquer atitude para impedir a compensação dos cheques. Bastaria dar uma contra-ordem ao banco. Ao invés disso, preferiu-se arriscar, pois, se o dinheiro fosse sacado, dificilmente seria recuperado.

Uma nova tentativa de liberação da quantia ocorreu em maio de 2010. Induzindo o Desembargador Federal Lázaro Guimarães em erro, a Massa Falida argumentou que havia aderido ao “Refis da Crise” e, portanto, não havia sentido em manter a conta corrente bloqueada. Num primeiro momento, o Desembargador Lázaro Guimarães deferiu o pedido e determinou a liberação da conta.

Em virtude dessa decisão, enviei um ofício ao ilustre Desembargador Federal com as seguintes informações que esclarecem alguns fatos relevantes não informadas pelos advogados da Massa:

“Cumprimentando-o, acuso o recebimento, neste dia, do fax onde Vossa Excelência comunica a este Juízo acerca da decisão proferida nos autos do AC474718/CE, ao tempo em que passo aos esclarecimentos seguintes, com as respectivas cópias de documentos em anexo.

Conforme consta da decisão referida, V. Exa. adotou como fundamento o fato de que “em virtude da suspensão do processo decorrente da adesão ao programa de recuperação fiscal, deve ser desbloqueada a conta corrente da embargante, de modo a

afastar-se a indisponibilidade sobre o ativo circulante, permitindo-se a efetividade da recuperação da empresa”.

Como houve uma alteração da situação fática que deu origem à AC474718/CE, provavelmente não informada pela parte, este juízo vem apresentar alguns dados novos que merecem ser levados em conta por V. Exa. para que se possa dar efetivo cumprimento à decisão referida.

De início, é preciso informar que a dívida ativa do INSS (Proc. 96.0011425-0) não está abrangida pelo programa de recuperação fiscal previsto na Lei 11.941/09 (art. 1º, §2º, inc. II). Ressalte-se que o crédito permanece, em sua grande parte, sob a titularidade da autarquia previdenciária, já que a sua origem é de natureza contratual, conforme decisões já proferidas por este juízo. Logo, não se trata de obrigação tributária (art. 3º, do CTN).

Além disso, a própria adesão da Massa ao programa de recuperação fiscal ainda está *sub-judice*, aguardando uma decisão do Superior Tribunal de Justiça no Conflito de Competência 110465-CE, no qual o Ministro Herman Benjamin suspendeu uma decisão do juízo falimentar que tratava dessa questão sob o fundamento de que a referida decisão seria temerária já que *“reduziu drasticamente (de quase um bilhão para vinte milhões de reais!) o crédito perseguido na(s) Execução(ões) Fiscal(is) da União”*. Portanto, o Superior Tribunal de Justiça, ainda não definiu qual o juízo competente para decidir a questão.

Ressalte-se que, no mês passado, mesmo antes da decisão de V. Exa. e já depois da decisão do Superior Tribunal de Justiça suspendendo a decisão do juízo falimentar, houve uma tentativa, por parte da Massa, de levantar, via compensação bancária, mais de R\$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais), em benefício de Cifras Representações Ltda., Kennilworth Assessoria Empreendimentos e Participações Ltda. e Kelma Pereira de Lima, entre outros (conforme cheques em anexo), demonstrando que não há interesse da Massa em quitar a dívida da União e do INSS. (...)

Deve-se mencionar que a adesão da Massa ao PAES foi indeferida em 29 de julho de 2004, tendo sido a referida decisão confirmada pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 5ª Região. Deve-se mencionar também que a dívida trabalhista foi quitada quase integralmente.

Reputando por válidas e imprescindíveis tais informações, este juízo aguarda determinação de Vossa Excelência, a qual terá pronto cumprimento”.

Em sede de Suspensão de Liminar, o Presidente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, Luiz Alberto Gurgel de Faria, proferiu a seguinte decisão:

“Cuida-se de pedido de suspensão de execução da decisão proferida pelo Desembargador Federal Relator da Apelação Cível nº 474718/CE, que determinou o desbloqueio da conta corrente da massa falida do BANCO COMERCIAL BANCESA S/A, enquanto perdurar a suspensão do processo. Destaco, que tenho, em princípio, o entendimento de que, na hipótese de ajuizamento de pleito para sustar ato judicial exarado por relator de apelação ou de agravo de instrumento, abre-se a competência do eg. Superior Tribunal de Justiça ou do col. Supremo Tribunal Federal para analisá-lo, a depender do tipo de matéria. No entanto, diante da peculiaridade e da urgência do presente caso, afirmo a competência desta Presidência para apreciar a medida extrema. Compulsando os autos, observo que, por cautela, até que a parte contrária seja ouvida, nos termos do art. 4º, §2º, da Lei nº 8.437/92, que deva ser suspenso o cumprimento imediato do decisum impugnado, sem prejuízo de posterior exame acerca da existência ou não dos pressupostos necessários ao deferimento da medida postulada. Assim procedo em face da notícia segundo a qual o valor a ser desbloqueado corresponde a cento e vinte milhões de reais, sendo certo que a dívida do requerido para com a Fazenda Pública alcança a cifra de seiscentos milhões de reais, cobrados em várias execuções fiscais em curso no Juízo Federal da 9ª Vara/CE, não sendo demais destacar que consta do processo a informação de que vários cheques emitidos pelo requerido, que apresentam valores altíssimos (mais de três milhões de reais, por exemplo, dentre outros montantes) foram devolvidos, o que demonstra, em exame perfunctório, possível risco de dano aos cofres públicos. Diante do exposto, SUSPENDO a execução imediata da decisão proferida na apelação cível nº 474718/CE até que o requerido se manifeste, no prazo de 72 (setenta e duas) horas, sobre este incidente processual”⁶.

⁶ <http://www.trf5.jus.br/processo/0007074-80.2010.4.05.0000>

Após esse fato, o próprio Desembargador Federal Lázaro Guimarães revogou a sua decisão, assinalando o seguinte:

“Diante das informações do MM Juiz Federal. Dr. George Marmelstein Lima quanto a decisão do Superior Tribunal de Justiça suspendendo ato do juízo falimentar, sucedida por tentativa de levantamento, via compensação bancária de mais de R\$ 25.000.000,00 e de anterior decretação de litigância de má fé, no AGTR 50040-CE, reconsidero a decisão de deferimento da suspensão de indisponibilidade do ativo circulante da massa falida” (trecho de decisão proferida pelo Desembargador Federal Lázaro Guimarães).

O risco da “dissipação do patrimônio garantidor da dívida” também foi detectado pelo Ministro Luiz Fux, no voto-vista que proferiu no Conflito de Competência 110.465 – CE. Naquele voto, o Ministro Luiz Fux defendeu a concessão de medida cautelar para suspender as decisões do juízo falimentar sob o seguinte fundamento:

“O Poder Geral de Cautela é medida de defesa da Jurisdição, passível de ser engendrado em qualquer processo ou incidente processual, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.

Na concepção de Calamandrei, o Poder Cautelar Geral do juiz *"corresponde ao conceito de medida cautelar como 'polícia judiciária' ou como grupo de poderes que o juiz exerce para disciplinar a boa marcha do processo, preservando-lhe de todos os possíveis percalços que possam prejudicar-lhe a função e utilidade final de seu resultado"* (Ovídio A. Baptista da Silva, in "Do Processo Cautelar", 4ª ed., Ed. Forense, 2009, Rio de Janeiro, pág. 117).

Nesse segmento, a competência do Juízo da Execução Fiscal não poderia ter sido ignorada pelo Juízo Falimentar, o que eiva de nulidade as decisões usurpadoras, devendo ficar sobrestada a fase de classificação dos créditos na falência (e conseqüente pagamento dos credores habilitados) até a apuração, no feito executivo, dos créditos fazendários devidos, ante a prejudicialidade externa vislumbrada.

Com essas considerações, divergindo do e. Ministro Relator, CONHEÇO DO CONFLITO DE COMPETÊNCIA para: **(i)** declarar a competência do Juízo Federal da 9ª Vara da Seção Judiciária

Federal do Estado do Ceará para apurar o valor devido pela massa falida a título de crédito fazendário decorrente das Execuções Fiscais n. 95.0002928-6 e n. 96.0011425-0; **(ii)** declarar a nulidade das decisões exaradas pelo Juízo de Direito da 2ª Vara de Recuperação de Empresas e Falências de Fortaleza, que delimitaram os créditos fazendários devidos pela massa falida; e **(iii)** determinar o sobrestamento da fase de classificação dos créditos na falência (e conseqüente pagamento dos credores habilitados) até a apuração, no feito executivo, dos créditos fazendários devidos” (trecho de voto do Ministro Luiz Fux no Conflito de Competência 110.465 – CE).

É o que havia a relatar. Passo a decidir.

2 FUNDAMENTOS DA DECISÃO

2.1 – Delimitação do Objeto da Decisão

Inicialmente, é preciso delimitar o objeto da presente decisão. Os fatos acima narrados, sobretudo aqueles que envolvem a tentativa de saques de mais de R\$ 20 milhões de reais, precisam de uma resposta enérgica do Poder Judiciário, já que o menosprezo pelas decisões judiciais – seja desta 9ª Vara/CE, seja do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, seja do Superior Tribunal de Justiça – é patente.

Porém, aqui limitarei a apreciar o pedido de restituição das quantias apropriadas pelo Bancesa, em novembro e dezembro de 1994, tal como formulado pela Fazenda Nacional e pelo INSS, com base na súmula 417 do Supremo Tribunal Federal. Deixarei para analisar as questões envolvendo os atos atentatórios à dignidade da justiça em um momento posterior, tão logo este problema mais importante – que é a restituição dos valores apropriados criminalmente – seja resolvido.

O primeiro pedido de restituição foi formulado em 1997, antes mesmo da decretação da falência, pelo INSS (fls. 28/31 da Execução Fiscal 960011425-0). Naquela ocasião, a autarquia previdenciária justificou o pleito com os seguintes argumentos:

“Legitima-se, ainda, o presente pleito ao se constatar a exagerada morosidade com que vem se conduzindo o procedimento de liquidação do devedor. Basta verificar que a decretação do regime especial de liquidação ocorreu em 13/02/95, ou seja, há mais de 28 meses, e até o dia 16/06/97 (segunda feira passada) sequer o quadro de credores havia sido elaborado” (fls. 30 da Execução Fiscal 960011425-0).

Apesar de não ter havido qualquer impugnação ao pedido de restituição formulado pelo INSS já em 1997, o pedido nunca chegou a ser apreciado.

A Fazenda Nacional, pelo menos em três ocasiões, formulou o pedido de restituição perante este juízo, sempre preocupada em tentar garantir a satisfação dos créditos fazendários, diante de atos como os acima narrados.

Na primeira petição (fls. 1035/1042), a Fazenda Nacional requereu expressamente a conversão em renda do valor "já reservado" pelo juiz da falência (em torno de 80 milhões). Preferi, naquele momento, ouvir a parte contrária, em nome do contraditório e da ampla defesa, que devem pautar a condução de qualquer processo judicial.

Na segunda petição (fls. 1258/1267), de 14 de julho de 2010, reiterou-se o pleito de 'conversão em renda' dos valores incontroversos, mediante a transferência do numerário da conta do devedor para a conta do Tesouro Nacional. Também preferi analisar o pedido após a ouvida da Massa Falida, especialmente porque o Conflito de Competência 110.465/CE ainda não havia sido apreciado no mérito.

Na terceira petição (fls. 1473/1521), de 30 de agosto de 2010, mais uma vez a Fazenda Nacional pede a devolução imediata da quantia a ser restituída, bem como o pagamento do valor remanescente para a

quitação da dívida nos termos da Lei 11.941/2009, que, segundo cálculos apresentados, ultrapassa o montante de R\$ 200 milhões.

A Massa Falida foi intimada para se manifestar em todas as ocasiões e não houve qualquer impugnação em relação a estes pedidos formulados pela Fazenda Nacional.

Em nenhum momento, a Massa Falida do Banesa foi contra a aplicação da súmula 417 do Supremo Tribunal Federal ao presente caso, mesmo tendo três oportunidades para fazê-lo. O único “senão” que a Massa Falida do Banesa apresentou foi uma petição datada de 13 de setembro de 2010, onde pede-se “com o devido respeito, que esse juízo abstenha-se de adotar qualquer medida contra os valores da Massa Falida em depósito / aplicação no Banco do Brasil S/A. porque matéria exclusiva do juízo falimentar”. Nada falou, contudo, sobre a incidência ou não da súmula 417 do STF no presente caso.

Embora a Massa Falida do Banesa não tenha apresentado qualquer argumento contra o pleito fazendário, não se pode presumir que houve uma concordância tácita por parte da executada, já que tal pedido envolve uma medida judicial muito drástica – a restituição de mais de R\$ 100 milhões de reais em favor do poder público. Logo, é um pedido que precisa ser analisado com bastante prudência, mesmo não tendo qualquer inconformismo fundamentado da parte contrária.

Passo, pois, a apreciar o pedido de restituição.

2.2 O Artigo 76 da Lei de Falência e a Súmula 417 do Supremo Tribunal Federal

É inquestionável que os valores arrecadados pelo Banesa, em novembro e dezembro de 1994, e não repassados no prazo devido à União e ao INSS, caracterizam-se como crédito extraconcursal na falência.

Por se tratar de um contrato de arrecadação, onde o papel da instituição financeira é tão somente intermediar a relação entre o contribuinte e o fisco, ressoa cristalina a aplicação do disposto no art. 76 do Decreto- Lei nº. 7.661/45, que prevê a “restituição de coisa arrecadada em poder do falido, quando seja devida em virtude de direito real ou de contrato”.

Tratando da mesma questão e adotando um posicionamento que se amolda com perfeição ao presente caso, o Supremo Tribunal Federal sumulou o entendimento de que:

“Pode ser objeto de restituição, na falência, dinheiro em poder do falido, recebido em nome de outrem, ou do qual, por lei ou contrato, não tivesse ele disponibilidade” (Súmula 417 do STF).

Isso significa que aquele dinheiro arrecadado dos contribuintes e não repassado ao Fisco não pode ser incorporado ao patrimônio da instituição financeira, devendo ser restituído por ocasião da liquidação extrajudicial. Tais quantias **NÃO SÃO PATRIMÔNIO DA MASSA**.

A rigor, os valores cobrados nas execuções fiscais já deveriam ter sido pagos desde 1994 – até porque eram incontroversos, pelo menos no que se refere ao principal – e sequer poderiam estar sujeitos ao efeito do concurso universal de credores, nem a sua respectiva ordem de preferência.

O Bancesa, apesar de ter a disponibilidade física da moeda, ou disponibilidade de fato, não detinha, nem detém, nem nunca poderia deter a disponibilidade jurídica da referida quantia. Tais valores indevidamente retidos pela instituição financeira nunca deveriam integrar o patrimônio ativo da instituição financeira, que era mera depositária daquelas quantias.

Aliás, o dinheiro deveria ter sido restituído antes mesmo do pagamento dos créditos de natureza trabalhista, já que não integra o patrimônio da Massa. Nesse sentido, bastante esclarecedora é a seguinte decisão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

“REEXAME NECESSÁRIO. FALÊNCIA. INSS. PEDIDO DE RESTITUIÇÃO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. PREFERÊNCIA FRENTE AOS CRÉDITOS DE NATUREZA TRABALHISTA. JUROS DE MORA. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA DE JUROS APÓS A QUEBRA.

1. A ação de restituição destina-se retirar da massa objetiva os **bens que não integram o ativo da falida**, ou seja, que **pertencem a terceiros, sendo admitida a restituição em pecúnia, pois este valor não faz parte do patrimônio da empresa quebrada**. Inteligência da súmula n. 417 do STF.

2. A quantia objeto do presente pedido de restituição pertencia ao INSS e não aos empregados da falida, que na condição de devedores do instituto autor tiveram aquele montante descontado de seus salários, mas **a obrigação restou descumprida em função do desvio deste valor por parte da empresa falida que não o repassou a entidade previdenciária**.

3. Os juros de mora são devidos no período anterior à decretação da quebra e posterior a esta a título indenizatório, por permanecer a falida indevidamente com o bem fungível que não lhe pertencia, pois caso contrário se verificaria enriquecimento ilícito por parte desta, o que é inadmissível. Contudo, aqueles serão satisfeitos dentro das forças da massa, a teor do que estabelece o art. 26 do Decreto Lei 7.661/45.

4. Os valores decorrentes de contribuições previdenciárias devem ser satisfeitos antes do pagamento do passivo trabalhista. Isto se deve ao fato de que **não pertencendo este patrimônio à massa, não há como satisfazer dívidas e créditos desta**, ainda que se trate de natureza alimentar como os trabalhistas, com valores que não integram o ativo da mesma e são de propriedade de terceiros, isto é, extraconcursais. (TJRS, Reexame Necessário 70025432675, rel. Des. Jorge Luiz do Canto, j. 29/8/2008).

O Superior Tribunal de Justiça tem aplicado com freqüência a súmula 417 do STF para solucionar casos muito semelhantes ao que ora se decide. Pacificou-se o entendimento de que “as contribuições previdenciárias descontadas dos salários dos empregados, pelo falido, e não repassadas aos cofres previdenciários devem ser restituídas antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista, **porque se trata de**

bens que não integram o patrimônio do falido” (STJ, RESP 284.276/PR, rel. Min. Garcia Vieira, DJU 11/6/2001).

Em julgamento análogo, o STJ consignou que, em situações assim, deve haver a “restituição imediata, independentemente de crédito de preferência, dos valores das contribuições previdenciárias descontadas dos empregados (art. 76 da Lei de Falências)” (STJ, REsp 506096/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2003, DJ 15/12/2003 p. 265). E mais: tratando-se de contribuições previdenciárias, “as restituições devem efetivar-se antes do pagamento de qualquer crédito, ainda que trabalhista, posto referir-se a bens que não integram o patrimônio do falido. As contribuições previdenciárias descontadas dos salários e retidas pelo empregador constituem bens da previdência, que não integram o patrimônio do falido, **sujeitando-se ao regime das restituições, devendo ser entregues à credora com prioridade absoluta**” (STJ, REsp 90.068/SP, Rel. Min. Sálvio Teixeira de Figueiredo, 4ª Turma, unânime, julgado em 4/11/97, DJ de 15/12/97, pág. 66.415).

Ressalte-se que, embora os precedentes acima digam respeito a contribuições previdenciárias descontadas dos empregados e não repassados ao Fisco, a súmula 417 do STF não limita a restituição a essas situações. A *ratio juris* da referida súmula é justamente coibir o enriquecimento ilícito da Massa Falida, evitando que empresas em estado falimentar (ou instituições financeiras em liquidação extrajudicial) se apropriem indevidamente de valores pertencentes a terceiros, incorporando-os, sem justa causa, ao seu patrimônio ativo. É exatamente o caso dos autos, em que a instituição financeira se apropriou indevidamente do dinheiro da União e do INSS e, apesar de tal fato ser incontroverso, tal quantia tem sido tratada como se fosse patrimônio da Massa.

Como se vê, no que se refere à discussão ora travada, as soluções apontadas pela jurisprudência convergem todas para o mesmo rumo, a saber: os valores arrecadados e não-repassados ao INSS e à União devem ser restituídos de imediato, tendo preferência frente a outros

créditos, inclusive de natureza trabalhista, pois não se sujeitam ao juízo universal, nem integram o patrimônio do falido, nos termos da súmula 417 do STF. Tais valores, por força da legislação aplicável, especialmente o artigo 46 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, devem ser restituídos com correção monetária.

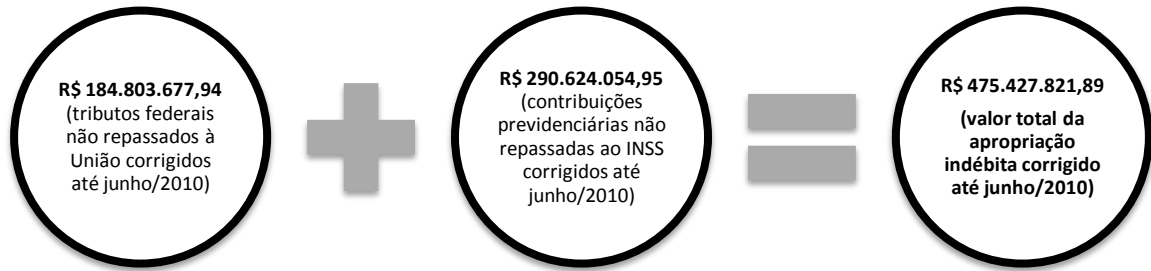
Porém, mesmo que se considere que os valores em questão não devem ser restituídos na forma da súmula 417 do STF, ainda assim **não há mais nenhuma justificativa para que tais valores não sejam pagos**, pois o passivo trabalhista já foi praticamente quitado. A própria Massa Falida formulou pedido de adesão ao programa de recuperação fiscal da Lei 11.941/2009, pedindo para quitar a dívida com pagamento à vista. Segundo informado pela Fazenda Nacional, ainda falta mais de R\$ 200 milhões para que o pagamento se complete.

2.3 Fatos e Valores Incontroversos

Conforme já explicado na decisão que acertou o crédito fazendário, é incontroverso que o Banesa se apropriou de mais de R\$ 130 milhões durante os meses de novembro e dezembro de 1994, sem incluir aqui qualquer tipo de juros de mora ou multa contratual.

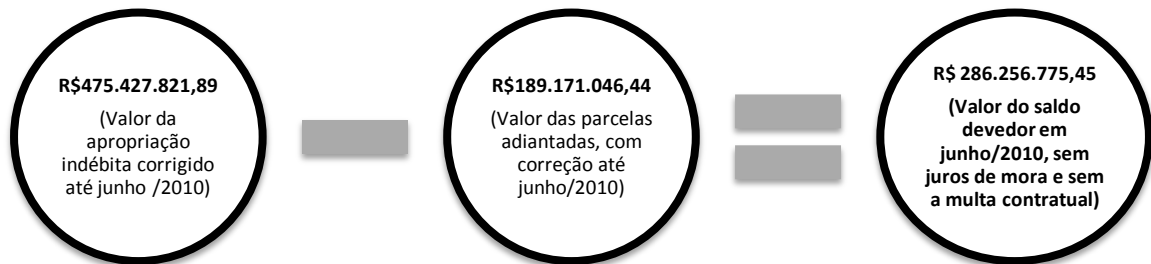
Aliás, para ser mais preciso, é incontroverso que a Massa Falida não repassou à União a quantia de R\$ 55.869.311,93 (valor corrigido até 11/10/1994) e não repassou ao INSS a quantia de R\$ 110.751.070,55 (valor corrigido até dezembro 18/10/1995), conforme expressamente consta nas CDAs.

É incontroverso que esses valores, atualizados com base no índice mais favorável para a Massa, que é o IPCA-E, correspondem a R\$ 475.427.821,89, já corrigidos até junho de 2010 e sem incluir a multa contratual e os juros de mora.



É incontroverso que a Massa Falida já pagou à União e ao INSS, ao longo de todos esses anos, mais de R\$ 189.171.046,44, em valores de junho de 2010, corrigidos com base no IPCA-E.

É incontroverso que R\$ 475.427.821,89 menos R\$ 189.171.046,44 resulta numa quantia de **R\$ 286.256.775,45**:



É incontroverso que existe cerca de R\$ 120 milhões de reais na conta da Massa Falida. Assim, sem incluir juros de mora ou as multas contratuais pelo descumprimento do contrato de arrecadação, ainda resta um saldo a pagar muito superior àquele valor que está depositado na conta corrente da Massa Falida.

É incontroverso que a Massa Falida não restituiu o dinheiro na forma estabelecida pela súmula 417 do STF. Até hoje, tem-se adiado o pagamento da dívida federal injustificadamente. O próprio passivo trabalhista, caso tivesse prioridade de pagamento, não representava nem 1% da dívida da massa falida e, mesmo assim, foi usado como justificativa para o adiamento da satisfação do crédito fazendário. Até hoje o dinheiro que fora subtraído em 1994 continua em contas de investimento da instituição financeira quebrada, cujos frutos revertem-se em favor da Massa e não dos principais credores públicos, que são, a rigor, os donos do dinheiro.

O síndico da Massa Falida, em audiência nesta 9ª Vara Federal/CE, disse expressamente que:

“Eu estou interessado em pagar. Para mim, não importa o que vai acontecer, eu quero pagar. (...) Dinheiro dos outros para mim é sagrado. (...). Se é definitivamente da competência da 9ª Vara Federal, a questão do valor, que se esse valor [a ser definido] for diferente desse [que a Massa entende correto], a Massa, se nós tivermos recursos, nós queremos pagar. (...) Se o senhor disser é ‘tanto’, é só dizer para o juiz da falência que, se tiver recurso, a gente paga”.

Além disso, na petição em que requereu a liberação dos valores necessários à satisfação dos credores quirografários, o Síndico afirmou ao juízo falimentar o que se segue:

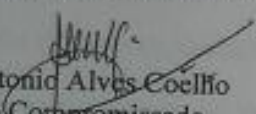
3) Foram pagos os créditos Trabalhistas, restando ainda alguns remanescentes, cujos cheques se encontram a disposição aguardando a apresentação dos mesmos, e cujos valores encontram-se reservados, inclusive em relação a ações que tramitam na Justiça do Trabalho, e alguns créditos privilegiados. Foram pagos os créditos Tributários Federais (PFN e INSS), e alguns Quirografários que se apresentaram dentro do prazo da publicação.

Consubstanciando as informações prestadas, verifica-se que a Falência já se encontra em fase de LIQUIDAÇÃO, e considerando que resta recursos para satisfação dos demais credores, conforme será demonstrado a seguir, bem como, também demonstrado a situação superavitária da Massa Falida, consoante existir um ATIVO PATRIMONIAL (bens e direitos) superior ao PASSIVO (obrigações), (Demonstrativo em anexo) encaminhando-se assim para o efetivo encerramento da Falência, já que cumpridas quase todas as etapas do processo falimentar.

Considerando ainda o estágio em que se encontra a processo falimentar, fruto do desempenho deste Síndico e de todos os que envolvem o referido processo, vem requerer o levantamento de R\$.2.100.000,00 (dois milhões e cem mil reais) como parte dos seus honorários, ficando o restante no valor de R\$.1.126.326,48 (hum milhões cento e vinte e seis mil trezentos e vinte e seis reais e quarenta e oito centavos) reservados para recebimento após o julgamento final do relatório a ser apresentado por este Síndico

Pede e espera deferimento.

Fortaleza, 06 de abril de 2010


José Martonio Alves Coellho
Síndico Compromissado

Como se observa pelo pedido acima, os valores necessários ao pagamento do passivo trabalhista já estão reservados e o síndico já está levantando até mesmo parte de seus honorários em razão do “estágio avançado” do processo falimentar. Já pretendia até mesmo pagar os credores quirografários, conforme se viu. Logo, se já está acertado o crédito fazendário pela instância judicial competente, que é esta 9ª Vara Federal/CE, não há mais motivo para não pagar a dívida fazendária, já que esta tem prioridade sobre todos os demais créditos, sobretudo os quirografários.

2.4 A Competência deste Juízo para Determinar a Ordem

Este juízo não desconhece o fato óbvio de que compete ao juízo falimentar gerir o patrimônio da Massa e realizar o pagamento dos débitos conforme a respectiva classificação legal.

No presente caso, porém, conforme se viu, os valores depositados na conta corrente da Massa Falida do Banesa ***não fazem parte do patrimônio da instituição financeira***, pois foram produto de um não-repasse incontroverso de valores arrecadados de contribuintes para a satisfação de créditos tributários. Bens adquiridos de tal forma, quando a instituição financeira era mera depositária do patrimônio público, não integram, nem jamais poderiam integrar, o patrimônio da Massa, mesmo numa eventual liquidação extrajudicial posterior à propositura da execução fiscal. Se até hoje aqueles valores estão sendo tratados como patrimônio da Massa, é por um equívoco histórico que pode ser corrigido a qualquer tempo, sobretudo diante das peculiaridades do caso, onde todos cobiçam o dinheiro público.

Não se pode perder de vista que a dívida é oriunda de uma apropriação indébita. Se se tratasse de uma dívida “normal”, decorrente de uma natural dificuldade financeira de um devedor que decreta uma

autofalência para tentar se recuperar e voltar ao mercado, o esforço da Massa Falida em tentar não devolver o dinheiro pertencente ao Fisco seria compreensível. Além disso, caso estivéssemos lidando com uma dívida tributária qualquer, o comportamento da Fazenda Nacional de querer receber o dinheiro de qualquer jeito seria visto como mais um exemplo da voracidade fiscal do poder público. Porém, como se trata de uma enorme quantia de dinheiro público que foi criminosamente subtraída em 1994 e até hoje ainda não foi devolvida integralmente, o caso adquire uma peculiaridade e exige uma atenção singular por parte do Poder Judiciário.

As execuções fiscais foram propostas em 1995 e 1996, respectivamente. A autofalência somente foi requerida em 2003. Assim, inegável a aplicação da súmula 44 do extinto Tribunal Federal de Recursos, conforme jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:

“Processual Civil. Execução Fiscal. Massa Falida. Bens Penhorados. Arrematação. Destinação do Valor Arrecadado. Lei 6.830/80 (Arts. 5º e 29). Súmula 44/TFR.

1. A quebra, por si, não paralisa o processo de execução fiscal, não desloca a competência para o Juízo da falência, nem desconstitui a penhora realizada anteriormente à decretação da falência. Aparelhada a execução fiscal, o produto da arrematação não é colocado à disposição da massa falida. (REsp 74.471/RS - Rel. Min. José Delgado - in DJU de 2.9.96-; REsp 84.732/RS - Rel. Min. Ari Pargendler - in DJU de 17.2.97-; REsp 84.884/MS - Rel. Min. Humberto Gomes de Barros - in DJU de 8.4.96-; REsp 94.796/RS - Rel. Min. Milton Luiz Pereira, julgado em 21.8.97”. (STJ, EREsp 109.705/RS, Rel. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Rel. p/ Acórdão Ministro MILTON LUIZ PEREIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/1998, DJ 31/05/1999 p. 73)

Fazenda a devida adequação (*distinguish*) dos precedentes acima com as peculiaridades do presente caso, temos que: (a) tratando-se de execuções fiscais propostas antes da decretação da falência; (b) tratando-se de valores indevidamente apropriados pela empresa falida; (c) havendo demora injustificada na restituição das referidas quantias; (d) havendo receio de que as contas da Massa Falida estão sendo e serão

dilapidadas por terceiros, CONCLUI-SE que a Justiça Federal, com base no poder geral de cautela, pode determinar o bloqueio das quantias apropriadas para garantir a satisfação das execuções fiscais.

Como se sabe, é da competência da Justiça Federal zelar pela máxima efetividade de seus processos. Também é inquestionável que as execuções fiscais foram propostas antes da decretação da quebra. Neste caso, existe um reconhecimento judicial expresso, emanado do Superior Tribunal de Justiça, que conferiu a este juízo a prerrogativa de estabelecer o *quantum debeatur* dos valores a serem pagos. Os valores já foram devidamente acertados por este juízo. Levei em conta os critérios mais favoráveis à situação da Massa Falida, que passou por um processo de liquidação extrajudicial e, por isso, possui um tratamento tributário diferenciado no que se refere ao pagamento de juros de mora e multas. Não se está discutindo o pagamento dos acessórios, mas da dívida principal, ou seja, dos valores não repassados à União e ao INSS. Mesmo levando em conta tudo isso, a dívida da Massa Falida do Bancesa ainda ultrapassa e muito o montante que está depositado em conta. E como não há qualquer justificativa para não ser pago, só resta a este juízo, determinar a imediata transferência daqueles valores, a título de medida cautelar, a fim de garantir a satisfação do crédito fazendário.

Essa medida, ao tempo em que corrige uma situação histórica de desrespeito ao patrimônio público, permite a garantia das execuções fiscais que foram propostas antes da decretação da quebra, evitando a possibilidade de ocorrência de um dano ainda maior ao erário.

2.5 A Necessidade da Concessão da Medida Cautelar para Retirar o Dinheiro do Poder de Disposição da Massa

A falência já dura quase dez anos e todos aqueles que estão sendo remunerados pela Massa, sobretudo os representantes da Massa

Falida não fazem o esforço necessário para que ela chegue ao fim, talvez motivados pelo fato de que são os principais beneficiários dessa situação. Há diversos saques de milhões de reais, nos últimos anos, destinados a pagar honorários dos representantes da Massa. A título de exemplo, apenas em 2009, o síndico José Martônio Alves Coelho recebeu da Massa Falida do Bancesa a quantia de R\$ 2.924.000,00, a título de rendimentos sem vínculos empregatícios. De milhão em milhão, a conta vai se esvaziando.

Há fortes razões para acreditar que o valor dos créditos fazendários definido como líquido e certo por este juízo não será pago espontaneamente pela Massa Falida, mesmo após a definição do *quantum debeat*. O que se vê não são apenas manobras para adiar o pagamento, mas também atos de ousadia para sacar o dinheiro a qualquer custo, conforme se viu.

Se houvesse uma sincera vontade de repassar o dinheiro para o seu verdadeiro dono, bastaria reservar uma quantidade do valor depositado para o pagamento dos créditos trabalhistas e, imediatamente, pagar a dívida (ou pelo menos parte dela). Ao invés disso, tem-se preferido adiar ao máximo o pagamento da dívida sem fundado motivo.

É justamente por isso que o pedido formulado pela Fazenda Nacional, de restituição dos valores apropriados com base na súmula 417, do Supremo Tribunal Federal, merece ser deferido, com base no poder geral de cautelar do juiz.

Conforme defendeu o Ministro Luiz Fux, quando analisou o Conflito de Competência ocorrido entre este juízo e o juízo falimentar, no CC110465/CE:

“O Poder Geral de Cautela é medida de defesa da Jurisdição, passível de ser engendrado em qualquer processo ou incidente processual, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação” (STJ, voto do Min. Luiz Fux, no Conflito de Competência 110465/CE).

Naquela ocasião, o Ministro Luiz Fux, abrindo divergência com relator, percebeu claramente a tentativa de dissipação do patrimônio da Massa Falida do Banesa. Aliás, qualquer pessoa que tenha conhecimento dos atos praticados ao longo de todos esses anos, envolvendo o Caso Banesa, também ficaria preocupada com os rumos que o processo falimentar tomou.

Alguma medida mais drástica tem que ser tomada para, pelo menos, tentar minorar os danos já causados por este estado de coisas. A situação atual – onde o dinheiro permanece em poder da Massa Falida – está gerando danos irreversíveis aos cofres públicos. A cada dia, a conta corrente está sendo esvaziada, e a União jamais poderá recuperar esses valores, já que a Massa Falida, até por definição, é insolvente.

A medida cautelar deve ser concedida em situações assim, em que há uma inegável possibilidade de frustração do pagamento dos créditos fazendários, sobretudo quando o valor da dívida ultrapassa e muito o valor depositado nas contas da Massa e as execuções fiscais envolvem valores apropriados criminosamente. Trata-se, sem dúvida, de uma medida excepcional e singular, como excepcional é o caso. Assim, é razoável determinar a imediata restituição dos valores depositados na conta corrente da Massa Falida do Banesa, reservando-se, por medida de prudência, as quantias necessárias à satisfação dos créditos trabalhistas.

2.6 A Reversibilidade da Medida

Nem se diga que essa medida é irreversível e satisfativa, nem que causará dano aos demais credores, já que o crédito tributário prefere a qualquer outro, exceto os trabalhistas.

A questão é muito fácil de entender. Não há controvérsia a respeito da quantia apropriada criminosamente. Nem há controvérsia acerca da necessidade de a referida quantia ser devolvida para os cofres

públicos de imediato. O único ponto de divergência é saber se a devolução desse dinheiro deve ser realizada com ou sem correção monetária. O desfecho do processo só pode ser uma dessas duas alternativas: ou a dívida deve ser paga com correção ou a dívida deve ser paga sem correção. Não é preciso nem discutir a cobrança dos juros e das multas neste momento.

Se a Massa Falida, ao final da discussão judicial, conseguir fazer com que prevaleça a sua tese de que não há correção monetária após a decretação da liquidação extrajudicial da instituição financeira, apesar do que diz expressamente o artigo 46 do ADCT e a jurisprudência sobre o tema, a Fazenda Nacional deverá devolver de imediato a quantia, com juros de mora e correção monetária. Assim, a Massa Falida não terá qualquer prejuízo se lograr êxito na disputa judicial.

Por outro lado, se prevalecer a situação mais provável, que é a confirmação da tese de que incide correção monetária nas dívidas das instituições financeiras em liquidação extrajudicial, a teor do que determina o artigo 46 do ADCT, a Fazenda Nacional jamais terá como reaver integralmente os valores apropriados, caso esse dinheiro fique em poder da Massa, uma vez que aquela quantia está sendo transferida para terceiros.

Então, a melhor solução é determinar a transferência daquela quantia para o Tesouro Nacional enquanto se aguarda o desfecho final da discussão. Essa medida é mais benéfica para a própria Massa do que determinar o simples bloqueio da quantia. Afinal, se a Massa vencer, vai receber o dinheiro com juros de mora e correção monetária, remunerados pela taxa SELIC. Por outro lado, ficando o valor bloqueado, o dinheiro não pode ser remunerado de forma justa.

Como a Massa Falida tem mais de R\$ 500 milhões em patrimônio, conforme informações do síndico, certamente aquela quantia depositada na conta corrente não trará qualquer prejuízo para o pagamento dos seus encargos ordinários. O síndico, corretamente, já está

vendendo os imóveis da Massa, a fim de satisfazer todos os credores. O dinheiro proveniente da venda desses imóveis certamente permitirá que a Massa Falida arque com as suas despesas correntes, como sempre deveria ter sido. O erro, desde o início, foi aceitar que o dinheiro público fosse usado para manter a Massa durante todos esses anos.

É preciso ressaltar o óbvio: a Fazenda Nacional tem condições econômicas e financeiras de devolver aquela quantia, inclusive de imediato, com juros de mora e correção monetária se assim determinar a Justiça Federal. Portanto, é fácil reverter a medida.

Por outro lado, se for mesmo entendido que a Massa Falida deve restituir os valores apropriados com correção monetária, dificilmente a Fazenda Nacional receberá integralmente aquela quantia, já que a conta corrente vem sendo dilapidada. Ou seja, é a situação atual – em que o dinheiro continua em poder da Massa de forma indevida – que é irreversível. A cada dia, o Tesouro Nacional perde com a demora na restituição de um modo irreversivelmente danoso.

É fácil perceber o absurdo da situação: os diretores do Banesa se apropriaram criminosamente de mais R\$ 130 milhões (sem qualquer tipo de correção monetária) pertencente ao fisco federal. Com a decretação da liquidação extrajudicial e, posteriormente, da falência, a Massa Falida continuou com o produto do crime, colocando-o em contas de investimento que estão gerando lucros em benefício da própria Massa. A Massa sustenta uma rede de advogados e funcionários que não tem qualquer pressa em quitar a dívida, sempre criando subterfúgios para continuar com os valores não repassados. Enquanto isso, mês a mês, a remuneração do dinheiro fazendário investido pela Massa está servindo para “quitar” a dívida federal – “congelada” – de forma parcelada, a conta-gotas, na espera de que, algum um dia, os ex-dirigentes do Banco usufruam do produto do crime como se nada tivesse acontecido. Há algo de muito errado nessa lógica.

2.7 Reserva de Quantia para o Pagamento do Crédito Trabalhista Remanescente

Conforme já foi dito, os valores apropriados criminosamente devem ser restituídos de imediato, com correção monetária, até mesmo com prioridade sobre as verbas trabalhistas. No presente caso, contudo, parece-me prudente reservar uma parcela do dinheiro em conta corrente da Massa Falida do Bancesa para quitar, se for o caso, os créditos trabalhistas. O passivo trabalhista é de cerca de R\$ 8 milhões, incluídos aqui os créditos ainda não habilitados. Conforme indicado pelo síndico, já existe uma conta específica que foi criada para saldar as referidas dívidas. Entendo que essa conta corrente especificamente criada para quitar o passivo trabalhista deve continuar com a mesma finalidade, ou seja, não deve fazer parte da restituição.

Trata-se de uma medida de prudência para não afetar os únicos credores que poderiam levantar alguma objeção ao pedido de restituição dos créditos fazendários. Além disso, o caráter social das verbas trabalhistas impõe esse tipo de cautela. Desse modo, a presente medida não deverá abranger a conta corrente já reservada para a satisfação dos créditos trabalhistas.

3 DISPOSITIVO

Ante a todos os argumentos acima desenvolvidos e levando em conta o poder geral de cautela conferido ao juiz para garantir a efetividade do processo, sobretudo diante de uma **situação excepcional e peculiar** em que há risco de dilapidação do patrimônio a ser executado e que o prejuízo aos cofres públicos já perdura há mais de quinze anos, DECIDO:

I. Os valores arrecadados pelo BANCESA e não-repassados à UNIÃO e ao INSS constituem valores restituíveis, nos termos da súmula 417 do STF, *não constituindo patrimônio da Massa Falida*;

II. Não há que se deferir a restituição dos juros de mora ou multa contratual no presente momento, mas tão somente o valor corrigido pelo índice mais favorável à Massa Falida, que é o IPCA-E. A multa contratual aplicada deve entrar no Quadro Geral de Credores, observando-se a ordem de preferência de pagamento. Os juros de mora, por sua vez, devem ficar para a fase final da liquidação, ficando condicionado o seu pagamento à existência de sobra após a satisfação dos demais créditos;

III. Os valores depositados na conta corrente da MASSA FALIDA DO BANCESA deverão ser imediatamente transferidos para a conta corrente do TESOURO NACIONAL, reservando-se, por prudência, os valores necessários à quitação dos créditos trabalhistas remanescentes;

IV. A transferência dos referidos valores não implica a quitação da dívida fazendária, já que abrange apenas uma pequena parte do débito, sendo devidos ainda o saldo remanescente da dívida decorrente dos valores não-repassados, as multas contratuais e, na etapa final da liquidação, os juros de mora;

V. A transferência dos referidos valores também não implica uma imediata quitação da dívida com base na Lei 11.941/2009, pois deverão ser complementados com os valores remanescentes, dentro do prazo de 5 dias, conforme decisão anterior deste juízo;

VI. Fica determinado, portanto, o imediato bloqueio de **R\$ 286.256.775,45 (DUZENTOS E OITENTA E SEIS MILHÕES, DUZENTOS E CINQUENTA E SEIS MIL, SETECENTOS E SETENTA E CINCO REAIS E QUARENTA E CINCO CENTAVOS)**, das contas bancárias da MASSA FALIDA DO BANCESA, via Sistema Bacenjud;

VII. Realizado o bloqueio acima, proceda-se a imediata liberação da quantia necessária à satisfação dos créditos trabalhistas ainda não quitados, bem como a imediata transferência dos valores remanescentes para a conta do TESOURO NACIONAL;

VIII. Deixo de conhecer os embargos de declaração oferecidos pela Massa Falida em 13 de setembro de 2010, em que pede a liberação da conta corrente para pagamentos diversos, por perder o objeto diante da presente decisão.

IX. Deixo de acolher o pedido de suspensão do processo formulado por Lincoln de Moraes Machado porque a mera interposição do agravo de instrumento não é causa de suspensão do processo.

Intimem-se. Expedientes necessários. Remetam-se cópias desta decisão ao juízo falimentar, bem como ao Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 5ª Região, relator da Ação Cautelar Fiscal 2003.81.00.19198-7, bem como ao Ministro do Superior Tribunal de Justiça, relator do Conflito de Competência 110465/CE, e ao Ministério Público Federal.

Fortaleza, 14 de setembro de 2010

GEORGE MARMELSTEIN LIMA
Juiz Federal da 9ª Vara Federal/CE