

Sentenças



AÇÃO PENAL PÚBLICA

0002209-94.2017.4.03.6120

Autor: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Réu: J.F.S.

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

Juiz Federal: MÁRCIO CRISTIANO EBERT

SENTENÇA

I - RELATÓRIO

O Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de J.F.S. (qualificado na denúncia) imputando-lhe a prática dos delitos previstos nos artigos 241-A e 241-B da Lei 8.069/1990. Segundo a denúncia, no período de 29/06/2016 a 22/01/2017, por meio de perfil na rede DreaMule, o réu teria disponibilizado e transmitido farto material pornográfico contendo nudez e cenas de sexo explícito envolvendo crianças e adolescentes. Constatou-se, ainda, que o denunciado armazenava quase trezentos mil arquivos (imagens e vídeos) de material associado à pedofilia.

A denúncia foi recebida em 22/10/2018 (fl. 149).

Na resposta à denúncia, a Defesa alegou que os arquivos baixados eram automaticamente compartilhados a outros usuários da rede, de modo que ausente o dolo de troca, disponibilização, transmissão, distribuição ou divulgação de material pedófilo. De resto, a Defesa se reservou ao direito de se manifestar sobre o mérito após o encerramento da instrução.

A decisão da fl. 121 rejeitou o pedido de absolvição sumária.

Na instrução foram ouvidas sete testemunhas. O réu foi interrogado em 29 de agosto de 2019.

Em alegações finais (fls. 168-174) o MPF discorreu sobre as provas colhidas, concluindo que os fatos narrados na denúncia restaram comprovados, impondo-se, portanto, a condenação do réu. Destacou que a versão apresentada pelo acusado em juízo não encontra suporte nas provas. Requereu a condenação, bem como a fixação de valor mínimo para a reparação de eventuais danos causados, nos termos do art. 387, IV do CPP.

Os memoriais da Defesa foram encartados às fls. 180-192. Em resumo, a Defesa ponderou que não há prova segura de que o réu compartilhou material de pornografia envolvendo crianças ou adolescentes, muito menos que tenha feito isso de forma consciente, com o propósito de disseminar arquivos desse tipo. Destacou que o programa utilizado pelo acusado para baixar arquivos, automaticamente passava a compartilhar o material, antes mesmo que o usuário acessasse seu conteúdo. Ademais, o acusado desconhecia o caráter ilícito da pornografia envolvendo menores, “... *justamente porque tais situações eram à época dos fatos livremente disponibilizados na internet*”. Requereu a absolvição ou, na hipótese de condenação, a imposição de pena mínima.

É a síntese do necessário.

II – FUNDAMENTAÇÃO

Recai sobre o réu a acusação de ter praticado os crimes previstos nos arts. 241-A, *caput* e 241-B da Lei 8.069/1990. De acordo com a denúncia, entre 14 e 17 de julho de 2016 o réu teria disponibilizado e transmitido arquivos contendo pornografia envolvendo crianças e ado-

lescentes. Além disso, durante o cumprimento de mandado de busca e apreensão na residência do réu foram apreendidos HDs contendo milhares de arquivos de áudio e vídeo de pornografia envolvendo crianças e adolescentes.

A investigação que resultou nesta ação penal foi deflagrada a partir de relatório de inteligência da Força Tarefa Especial de Combate à Pornografia Infantil da Polícia Civil de São Paulo, produzido no âmbito da Operação Peter Pan II. Segundo esses informes, foram identificados IPs utilizados para baixar e compartilhar arquivos previamente identificados como sendo de pornografia envolvendo crianças e adolescentes. No curso da investigação se apurou que os IPs estavam vinculados a uma linha telefônica instalada na residência do réu. Deferiu-se então a expedição de mandado de busca e apreensão naquele endereço, ocasião em que foram apreendidos oito HDs e um laptop.

Durante a diligência na residência do réu, os policiais federais efetuaram uma varredura nas mídias apreendidas. Já nessa diligência preliminar foram encontrados inúmeros arquivos com *hash* catalogado no banco de dados de pedofilia, o que resultou na prisão em flagrante de J.F.S., posteriormente substituída pelo recolhimento de fiança. Exames periciais mais detalhados constataram que quatro dos nove HDs apreendidos continham centenas de milhares de arquivos de imagens e de vídeos de pornografia envolvendo indivíduos aparentando ter idade inferior a 18 anos. Em parte dos arquivos não é possível apontar com segurança que as jovens retratadas são menores de idade, já que apresentam características adultas estabelecidas, como seios e pelos pubianos. Porém, expressivo volume dos arquivos identificados pelo software de rastreamento utilizado para identificar material de pedofilia retrata cenas das quais participam crianças, conforme exemplificam os *prints* das fls. 59, 61, 62, 93, 94, 109, 111, 112, 125 e 126.

Em juízo, os depoentes XXX e YYY, respectivamente filho e companheira do acusado, disseram que nunca tiveram conhecimento de que J.F.S. armazenava pornografia, tampouco viram o réu assistir vídeos ou imagens pornográficas. XXX acrescentou que o marido não tinha conhecimento de que o material baixado pela internet era compartilhado automaticamente.

A testemunha ZZZ disse que o J.F.S. morou em sua casa por cerca de dois anos, sendo que nesse período nunca tomou conhecimento de que o réu acessava pornografia; de resto, abonou a conduta do réu. O depoente WWW é amigo de infância do réu; alegou que nunca teve conhecimento do envolvimento do acusado com atividades ilícitas.

As testemunhas Fábio Soares Leobons, Marcel Augusto Vieira e Gilson Marques da Silva são agentes da Polícia Federal que participaram da diligência que resultou na prisão em flagrante do réu. Os três referiram que durante o cumprimento do mandado o réu se mostrou colaborativo, inclusive indicando as mídias onde havia material de pedofilia. O depoente Marcel afirmou que J.F.S. admitiu que baixava arquivos pornográficos com crianças a adolescentes, mas disse que seu interesse era apenas assistir esse material; jamais pensou em molestar criança ou adolescente.

Quando prestou seu primeiro depoimento na fase policial (fls. 06-08 do inquérito), imediatamente ao cumprimento do mandado de busca e apreensão em sua residência, o réu admitiu a posse de material de pornografia com crianças e adolescentes. Disse reconhecer em si uma obsessão por esse tipo de material e tentava manter isso em segredo da esposa. Contudo, ela acabou descobrindo arquivos envolvendo crianças, o que o motivou a procurar ajuda médica. Consultou um psiquiatra que receitou um medicamento para diminuir a libido. Chegou a deletar todo o acervo impróprio, mas depois de um tempo voltou a baixar arquivos com pedofilia, tentando manter esse vício em segredo. Disse que “... sabe que não é correto e inclusive é crime, mas não consegue se segurar”.

Porém, quando ouvido em juízo o réu apresentou outra versão dos fatos. Em resumo, alegou que tem o hábito de baixar conteúdo pela internet, sobretudo filmes e jogos de computador, valendo-se de programas *peer-to-peer*. Porém, não fazia ideia de que automaticamente os arquivos baixados eram disponibilizados para outros usuários. Baixava também material pornográfico, sempre tendo o cuidado de deixar esse conteúdo em mídias aos quais os filhos não tinham acesso, porém nem sempre conseguia acessar o conteúdo dos arquivos antes de transferi-los para outro HD. Não fazia ideia de que em meio a esse acervo havia arquivos de pedofilia, destacando que a mecânica dos programas utilizados para baixar conteúdo disponibiliza materiais relacionados às palavras chave empregadas no comando de busca, o que faz com que o usuário baixe material diverso do que pretendia — [a partir de 6min20] “*por exemplo, você coloca a palavra amor... ele vai dar me dar tudo o que está relacionado a amor... mas qualquer situação.... dá uma lista com 300, 500, 600, 800... mil arquivos, dependendo da palavra colocada ali*”. Insistiu que não sabia que os arquivos baixados eram automaticamente compartilhados com outros usuários. Deixava o programa baixando arquivos e depois o transferia para outro HD, sem se certificar do que se tratava num primeiro momento. Quando constatava que era conteúdo impróprio, apagava o material. De toda sorte, não fazia ideia de que baixar material de pedofilia era crime. Admitiu ter feito uso do medicamento denominado Revea, porém negou a relação entre esse fármaco e a conduta de baixar material de pedofilia; alegou que fez tratamento com esse medicamento para tratar de ansiedade. Confrontado com o depoimento que prestou na fase policial (a partir de 18min), fez reparos nos segmentos em que admite que baixava de forma consciente material de pedofilia. Questionado pelo MPF (a partir de 25min) reforçou que até a conclusão do *download* não havia como verificar o conteúdo do arquivo, tampouco era possível saber de onde ou de qual usuário o material estava sendo baixado. Ressaltou que não fazia ideia que baixar material de pedofilia constitui crime, até porque o acesso a esse material é muito fácil. Se fosse crime, deveria haver um controle maior do Estado para evitar a circulação desses arquivos. Acredita que mais de 95% do material armazenado em suas mídias não era de pornografia infantil; a maior parte dos arquivos dizia respeito a jogos de videogame e computador.

Passando ao exame do mérito, começo pelo crime mais grave, no caso aquele previsto no art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tipifica as condutas de oferecer, trocar, disponibilizar, transmitir, distribuir, publicar ou divulgar, por qualquer meio, inclusive por meio de sistema de informática ou telemático, fotografia, vídeo ou outro registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfica envolvendo criança ou adolescente. Especificamente quanto a esse fato, a denúncia narra que no período de 29/06/2016 e 22/01/2017 o denunciado compartilhou e/ou disponibilizou diversos arquivos de vídeo e imagens contendo pornografia com crianças ou adolescentes, por meio de programas *peer-to-peer*.

As provas colhidas ainda na fase do inquérito comprovam os fatos narrados na denúncia.

No curso de investigação conduzida pela Força Tarefa Especial de Combate à Pornografia Infantil das unidades de inteligência da Polícia Civil dos departamentos de Araçatuba a São José do Rio Preto, apurou-se que entre 14 e 17 de julho de 2016 a linha instalada na casa do réu foi utilizada para o compartilhamento de material de pornografia infantil por meio de programa *peer-to-peer*. Após o deslocamento da investigação para a Polícia Federal, foi deferido pedido de busca e apreensão na residência do acusado. A diligência resultou na apreensão de vasto material de pedofilia, distribuídos em diversas mídias.

O exame do HD instalado no computador¹ revelou indícios de que esse equipamento foi utilizado para compartilhar quase dois mil arquivos de imagens e de vídeos cadastrados na base de dados da Polícia Federal como sendo de pornografia com exposição de crianças e adolescentes. Dentre os mais de cento e quarenta mil arquivos encontrados no computador utilizado para baixar arquivos por meio de programas *peer-to-peer*, ao menos 370 foram efetivamente compartilhados com terceiros, constatação que escancara a materialidade delitiva do crime previsto no art. 241-A do ECA.

Tanto o *download* dos arquivos quanto o compartilhamento se davam por programas do tipo *peer-top-peer*. Como é próprio desses programas, o compartilhamento é simultâneo e/ou sucessivo ao *download*. No momento em que o usuário baixa um arquivo, automaticamente ele se torna um disseminador (*seemer*) desse material, assim como todos os outros usuários do programa que possuem o mesmo arquivo. Para melhor compreensão dos aspectos técnicos dos programas de compartilhamento, transcrevo excerto de sentença prolatada nos autos da ação penal 5015403-63.2010.404.7100/RS, na qual o juiz federal Adel Americo Dias de Oliveira analisa de forma didática, clara e precisa o programa *eMule*, síntese que vale para qualquer outro programa que utilize a tecnologia *peer-to-peer*:

O E-mule é um aplicativo de compartilhamento de arquivos que permite aos usuários cadastrados a troca de imagens, vídeos e áudios via internet. O sistema funciona como um verdadeiro banco de dados que pode constantemente ser acessado pelos interessados, aos quais é possibilitada a realização de busca específica dos arquivos procurados. A troca de arquivos é feita mediante a utilização da tecnologia P2P (Peer to Peer), ou ponto a ponto, que permite a conexão direta entre dois computadores/usuários conectados à internet. O compartilhamento direto entre usuários do sistema, por sua vez, pressupõe a utilização de redes específicas para tanto, que, no caso do E-mule, são as denominadas *eDonkey* e *Kademlia*.

Uma vez que a pessoa pretenda aderir ao programa, deve promover a instalação do E-mule em seu computador e realizar seu cadastro na rede. O cadastro compreende o fornecimento de dados pessoais do usuário e a adesão ao termo de compromisso do programa, através do qual são informados ao novo cliente o modo de operacionalização do sistema, a maneira como se dá o compartilhamento de arquivos e a responsabilização do usuário pela inadequação dos arquivos disponibilizados na rede. Durante o cadastramento, o usuário pode alterar as configurações do sistema, informando, por exemplo, sua intenção em compartilhar com terceiros os arquivos mantidos em seu computador ou mantê-los em sigilo, podendo, da mesma forma, alterar a pasta na qual serão alocados os arquivos provenientes do E-mule, desabilitar a conexão automática do programa ao inicializar o Windows, etc. Caso nenhuma dessas alterações seja promovida pelo usuário, o programa manterá sua configuração original e permitirá que todos os arquivos 'baixados' pelo usuário, naturalmente alocados na pasta *Incoming* do E-mule, sejam disponibilizados a terceiros.

No mais, feito o cadastro, o usuário recebe um número de identificação único, denominado User ID ou Hash do usuário. Este número é permanente e será mantido pelo usuário do E-mule até que decida não mais utilizar o programa e promova seu descadastramento ou desinstalação. Além do User ID, a cada novo acesso ao sistema, ou seja, a cada nova conexão com a internet, via E-mule, o usuário recebe outro código de identificação, desta vez provisório, chamado Client ID, cuja função é diagnosticar a velocidade da conexão do usuário naquela oportunidade e permitir que ele obtenha ou não preferência no *download* de arquivos em detrimento a outros usuários conectados à rede. Assim, ao passo em que o User ID é definitivo, permitindo a identificação cabal daquele que fez a instalação e o cadastramento no E-mule, o Client ID é

1 Laudo fls. 58-71.

provisório, modificado a cada conexão, não necessariamente demonstrando que a pessoa que acessou o sistema em referida data é efetivamente aquela que promoveu o cadastro.

Estabelecida a conexão com o E-mule, o usuário está apto a promover a busca dos arquivos desejados. Para tanto, deve utilizar palavras-chave que o conduzam ao êxito da pesquisa. Assim, a título exemplificativo, se o usuário digita a palavra 'Mozart', na intenção de encontrar a música correlata ao título, o sistema vinculado ao servidor principal identificará, automaticamente, todos os usuários que, conectados naquele instante ao E-mule, disponham de arquivos com aquele título para upload. A rede promoverá, então, a conexão direta entre os usuários que possuem aquele arquivo disponível para upload e o usuário que deseja 'baixá-lo' para seu computador. Daí a expressão P2P para referir a conexão direta entre usuários da rede. Então, se o usuário 'A' realizou a pesquisa e o sistema identificou os usuários 'B', 'C' e 'D' como os mantenedores do arquivo pretendido, a rede promoverá a conexão direta do primeiro com os últimos três.

A partir daí, com o comando do usuário, a transferência do arquivo começará. Contudo, a fim de viabilizar a conexão entre os clientes e não influenciar na velocidade da mesma, o sistema exige que os arquivos sejam fracionados, para transferência, em partes equivalentes a 9,28 MB (ou 9.280.000 bytes). Assim, um arquivo de vídeo com 92,8 MB, por exemplo, deverá ser fracionado em dez partes iguais (denominadas chunks) durante a transferência. Estas partes não precisam necessariamente ser provenientes de um mesmo usuário, de modo que o usuário 'A', antes citado, pode 'baixar' frações do arquivo desejado do usuário 'B', frações do usuário 'C' e frações do usuário 'D', até que o arquivo se integralize em seu computador. A partir desta integralização é que será possível à perícia, mediante comparação entre os hashes ou números identificadores dos arquivos fornecidos para upload e angariados via *download*, estabelecer se são todos idênticos em seu conteúdo.

Assim, a única forma de verificar a essência, a originalidade do arquivo, é mediante a comparação entre os hashes daqueles fornecidos e daqueles 'baixados'.

Ademais, tendo em conta que o *download* é realizado a partir da transmissão de parcelas de um todo, como visto acima, é preciso ter em mente que, na medida em que o usuário vai recebendo as partes 'baixadas', automaticamente se torna um disponibilizador das mesmas, podendo repassá-las a terceiros. A sistemática ocorre concomitantemente. Assim, se 'A' recebeu as partes 1, 2 e 3 (das 10 partes relativas ao total) do usuário 'B', já será um fornecedor em potencial dessas parcelas para outros usuários 'logados' no sistema, ainda que não haja integralizado seu *download*.

E, dessa forma, o sistema vai criando uma teia de conexões, interligando usuários e permitindo que, ao mesmo tempo, eles promovam o *download* e o upload de arquivos ou de meras parcelas deles.

Integralizado o *download*, o arquivo é remetido automaticamente para a pasta de destino criada pelo próprio programa durante a instalação do E-mule, denominada Incoming. Como visto, é possibilitado ao usuário desabilitar esta pasta e, em seu lugar, criar outra para onde serão remetidos os arquivos recebidos e destinados a compartilhamento. Se isto não ocorre, contudo, os arquivos vão sendo alocados na referida pasta e transmitidos a outros usuários da rede, sempre que conectada a internet e acessado o E-mule.

Embora na fase policial o réu tenha admitido que baixava material de pedofilia por meio dos programas *peer-to-peer*, de forma voluntária e tendo consciência da natureza do conteúdo dos arquivos, em juízo J.F.S. saiu-se com uma história bem diferente. Em síntese, disse que utilizava programas *peer-to-peer* para baixar filmes e jogos para videogame e computador. Cada filme ou jogo (especialmente os jogos) era composto de várias pastas que continham inúmeros arquivos, sendo que às vezes acabava recebendo material pornográfico. Como o conteúdo dos arquivos só fica acessível após a conclusão do *download*, não tinha como saber

com antecedência se o que estava baixando eram apenas filmes e jogos ou se em meio a isso havia arquivos indesejados.

Admitiu também que às vezes baixava de forma intencional arquivos de pornografia, mas que não direcionava as buscas para cenas envolvendo crianças ou adolescentes, já que seu interesse era apenas o sexo entre adultos. Ainda a propósito disso, ponderou que ao comandar uma busca, o usuário recebe uma lista com todos os arquivos que de alguma forma estão relacionados com os termos que informou na guia de pesquisa. E até que se conclua o *download* dos arquivos que selecionou, não é possível ter pleno conhecimento de seu conteúdo. Em suma, o acusado alega que baixou e compartilhou material de pedofilia por acidente.

Embora bem engendrada, até porque em sintonia com mecânica das ferramentas de pesquisas dos programas de compartilhamento, a tese não se sustenta.

De fato, a busca por palavras-chaves pode resultar em arquivos que não tem relação direta com o que o usuário deseja baixar para seu computador. Geralmente os programas contam com ferramentas que trabalham para depurar a pesquisa², a fim de que os resultados se aproximem daquilo que o usuário efetivamente busca. Contudo, estes macetes estão ao alcance apenas de usuários avançados, que detêm um bom traquejo com o computador; para as pessoas que possuem conhecimento precários ou medianos de informática (e não parece ser esse o caso do réu, conforme detalharei adiante), as pesquisas se fazem por meio de termos que têm relação direta com aquilo que o internauta pretende buscar, o que resulta numa lista com todos os arquivos que contêm aquela expressão. Assim, por exemplo, se um usuário aficionado por música clássica comandar uma pesquisa com o termo “*Beethoven*”, terá como resposta uma lista enorme de resultados, dos quais vários serão arquivos de áudio do célebre compositor alemão e vídeos de execuções de suas obras por variadas orquestras. Sucede que misturado a esses arquivos serão listados inúmeros falsos-positivos, como, por exemplo, a simpática comédia dos anos noventa sobre um cão da raça São Bernardo chamado Beethoven ou o álbum “*Beethoven was deaf*” do cantor/compositor inglês Morrissey. Em ambos os casos seria fácil para o usuário, mesmo o mais inexperiente, separar o joio do trigo. Todavia, há casos em que o internauta somente vai perceber que o arquivo não era aquilo que esperava depois do *download* ter sido concluído. E até que complete o *download* e/ou acesse seu conteúdo, o arquivo terá sido compartilhado automaticamente com outros usuários que procuravam o mesmo material, tendo ou não consciência de seu real conteúdo, pois essa é a mecânica dos programas de compartilhamento *peer-to-peer*.

Além disso, não é raro que o usuário comande uma busca por determinado material que se desdobra em vários arquivos (por exemplo, um filme, um *software* ou um jogo) e em meio aos arquivos baixados estejam outros que ele não desejava e que não se relacionam diretamente com aquilo que buscava. Geralmente esse *contrabando* é utilizado para a disseminação de *software* malicioso (*malware*) com o objetivo de causar dano ao computador, valer-se dos recursos do sistema para o processamento clandestino de dados (por exemplo, para a mineração de criptomoedas) ou para subtrair informações confidenciais do usuário para a prática de fraudes bancárias. Há casos em que os arquivos infiltrados efetivamente são de pornografia infantojuvenil, servindo o material cujo *download* foi comandado (o jogo, *software*, filme etc.) como cortina de fumaça para disfarçar o verdadeiro interesse do usuário. Tal técnica costuma ser utilizada por redes de pedófilos, com o propósito de dificultar o rastreamento

2 É o caso, por exemplo, do emprego de conectivos (ex: “and”, “or” ou “no”), do direcionamento da pesquisa do arquivo por tipo (áudio, vídeo, texto etc.), extensão (.jpg., .mov, .mp3 etc.), data de disponibilização, usuário entre outros filtros.

do compartilhamento do material. Nesses casos os arquivos de pedofilia são escamoteados em meio a arquivos que não chamariam a atenção de um usuário comum (por exemplo, jogos desconhecidos ou coleções de planilhas), mas que podem ser buscados sem dificuldade por alguém familiarizado com o esquema. (Faço um rápido desvio para registrar que não há indícios de que o acusado integrava uma rede estruturada para a troca de material de pedofilia).

Percebe-se que a utilização de programas *peer-to-peer* efetivamente traz embutido o risco de o usuário comandar a busca de um determinado tipo de arquivo e receber um conteúdo diverso daquilo que procurava. No mais das vezes isso só vai ser constatado após o encerramento do *download*; — a maioria dos programas de compartilhamento conta com funcionalidade que permite a pré-visualização de *downloads*, mas essas ferramentas não funcionam para todo tipo de arquivo e sua utilização vai depender do grau de conhecimento em informática pelo usuário.

O risco de baixar inadvertidamente material pedófilo é mais intenso entre os usuários que utilizam os programas de compartilhamento para buscar material erótico ou pornográfico, conduta que por si só não configura crime, salvo quando se tratar de arquivos contendo pornografia com crianças ou adolescentes. Assim, se o usuário digita, por exemplo, o termo “sexo”, o resultado de sua pesquisa será uma infinidade de arquivos que contém essa palavra no título ou na descrição do arquivo feita pelos usuários disponibilizaram o material para ser compartilhado. Pode ser que entre os arquivos selecionados para *download* algum contenha cenas de sexo envolvendo crianças ou adolescentes, o que somente será constatado pelo usuário quando acessar o arquivo. E até que isto ocorra, esse arquivo será compartilhado com vários outros usuários, alguns tão incautos quanto o sujeito desse exemplo, outros sabendo muito bem o que fazem. Objetivamente esse quadro encerra as condutas de disponibilizar e transmitir material pedófilo, mas o crime, por capenga, não se consuma, pois lhe falta o elemento subjetivo, ou seja, a demonstração de que o agente direcionou sua conduta para a disponibilização ou transmissão de imagens ou vídeos contendo nudez ou cenas de sexo explícito envolvendo crianças ou adolescentes.

Como se vê, o fato de alguém ter baixado arquivos de pornografia infantojuvenil não significa, por si só, que esta pessoa desejava este tipo de informação, e muito menos que tinha a intenção de disponibilizar esse material para terceiros. Para se chegar a uma conclusão nesse sentido, devem ser analisados outros elementos que permitem contextualizar a posse do material encontrado, a fim de separar quem desavisadamente baixou pornografia infantil daquele que atuou com o propósito específico de armazenar e compartilhar material dessa natureza. Nesse exame, devem ser levados em consideração, por exemplo, quantidade de material ilícito encontrado, a reiteração dessa conduta, a vida pregressa do investigado etc. Também é importante examinar com atenção o nome dos arquivos e as chaves utilizadas pelo usuário em suas pesquisas, com o objetivo de verificar se o usuário comandou pesquisas empregando os termos clássicos para a busca de material de pedofilia, tais como “pedo”, “Lolita”, “child”, “12’s”, “13’s” etc.

Ocorre que aplicadas ao caso dos autos, essas diretrizes conspiram contra o réu. Em primeiro lugar, a extensão do material de pedofilia encontrado nas mídias apreendidas não deixa dúvida da predileção do réu por esse tipo de material. Afinal, em três das mídias apreendidas havia quase trezentos mil arquivos previamente cadastrados nos bancos de dados da Polícia Federal como sendo de pedofilia. Foge do razoável imaginar que centenas de milhares de fotos e vídeos pornográficos envolvendo crianças e adolescentes foram baixadas de forma acidental.

De fato, constatou-se que quatro HDs apreendidos não continham material de pedofilia, e aparentemente eram utilizados como suporte para jogos de videogame — outro HD não

funcionou, de modo que foi impossível acessar seus dados de registro. Porém, a comprovação do apego do réu aos jogos de videogame não infirma a obstinação por colecionar imagens e vídeos pornográficos com crianças e adolescentes, comprovada pela extensão do material encontrado em quatro das mídias apreendidas. Aliás, a quantidade de arquivos, somada à conduta de distribuir o material ilícito em outras pastas e mídias infirma a alegação do réu de que as imagens e vídeos de pedofilia vinham contrabandeados em meio aos arquivos de jogos.

Apurou-se também que o réu se valeu de termos de busca que são próprios para a pesquisa de material de pedofilia, tais como “*preteen*”, “*8Yr*” (e várias outras palavras-chaves associadas a tenras idades) e PTHC, que é a redução em sigla da expressão “*preteen hard core*”³. O emprego desses termos não deixa dúvida de que as buscas no *DreaMule* foram direcionadas para a obtenção de arquivos de pedofilia.

Em seu interrogatório o acusado também ensaiou a justificativa de que não fazia ideia de que os arquivos baixados eram compartilhados automaticamente. Deu a entender que seus conhecimentos de informática são rudimentares, de sorte que mal sabia como funcionavam os programas *peer-to-peer*. Porém, a tentativa de se apresentar como um capiau da informática não foi bem-sucedida.

Em primeiro lugar, a quantidade de mídias apreendidas (um notebook, um HD instalado num PC e sete HDs externos) por si só é reveladora do quanto J.F.S. era enfronhado na utilização do computador. Parte do material baixado por meio do PC e do notebook era armazenada em HDs externos, ação que se por um lado não é das mais complexas, não está ao alcance dos indivíduos que só conhecem o básico necessário para operar um computador, carapuça que o acusado tenta vestir. Note-se que parte dos HDs eram utilizados como suporte para jogos de videogame, aplicação que também não é própria dos usuários limitados.

Além disso, a familiaridade do acusado com os sistemas de informática, sobretudo com os programas *peer-to-peer*, se manifestou em vários momentos do interrogatório. Isso fica claro nas passagens em que o acusado menciona a capacidade total dos HDs apreendidos (“*quase 7 TB ou sete mil GB*” – a partir de 3min45s) e a facilidade de baixar e utilizar programas *peer-to-peer* (“*é um programa que você baixa em qualquer site, de uma forma muito simples... para mim era algo simples de usar... tanto que você não precisa pegar esse programa e configurar da forma que você quer o material... simplesmente vai e pronto*” – a partir de 4min30s), ou quando se vale dos chavões próprios da informática em seu discurso – exemplos: “*eu posso digitar uma palavra-chave*” (6min20s), “*o arquivo vinha dentro de uma pasta e você tinha que descompactar ela*” (9min30), “*às vezes dentro de uma pasta zipada pode ter cem mil arquivos*” (10min50), “*ele [o material baixado] vem numa pasta escrito incoming, que fica [na aba] downloads (...) às vezes eu nem abria a pasta incoming*” (28min30), . Outro bom exemplo da facilidade do réu em operar sistemas de informática é a didática explicação a um questionamento do MPF a respeito do volume de arquivos de pedofilia encontrados nas mídias apreendidas: “*é mais ou menos assim, às vezes acontece de uma pasta... fotos é um arquivo pequeno... uma pasta, por exemplo, de 3GB, com uma internet mais ou menos você consegue baixar ela em 40 minutos, uma hora... [essa pasta] contém uma quantidade absurda de arquivos... é uma pasta que vem zipada, você não consegue ver o material que tem dentro... depois só de ser baixado e extraído que você consegue ver esse material*” (a partir de 29min30).

Como se vê, os conhecimentos de J.F.S. a respeito dos sistemas de informática não são tão precários ao ponto de considerar crível a ideia de que os milhares de arquivos de pedofilia

3 A relação de termos pesquisados está no quadro da fl. 64 do laudo juntado às fls. 55-69.

encontrados em suas mídias foram baixados de forma acidental, tampouco que o acusado não tivesse consciência de que o *download* desses arquivos por meio de programas *peer-to-peer* implicava no compartilhamento automático do material.

Em suma, a prova é segura no sentido de que o réu baixou, de forma voluntária, vasto material de pedofilia, ação praticada por meio de programas de compartilhamento *peer-to-peer*, tendo consciência do modo de funcionamento do programa, inclusive no que toca à funcionalidade de compartilhamento automático dos arquivos mantidos na pasta *incoming*.

Importante realçar que a simples utilização de programas *peer-to-peer* para a obtenção de material ilícito acarreta uma consequência funesta que não pode ser desconsiderada, e que seguramente está na esfera de conhecimento do acusado. É que ao utilizar esse meio para acessar pornografia envolvendo crianças e adolescentes, o usuário de programas *peer-to-peer* contribui para ampliar a disseminação desse material. A partir do momento em que começa o *download* do arquivo e até o transferir da pasta *incoming* para outro local (ou deletá-lo), o usuário se torna um *seeder* (semeador) desse arquivo, tornando mais fácil e rápida a obtenção desse material por outros usuários.

Por fim, não há como desconsiderar o depoimento prestado pelo réu por ocasião de sua prisão em flagrante. Naquela oportunidade, J.F.S. admitiu que baixava arquivos de pedofilia por meio de programas *peer-to-peer*, bem como que “*sabe que não é correto e inclusive é crime, mas não consegue se segurar*”. No confronto entre as versões do réu para o fato (a apresentada na fase policial e aquela exposta em Juízo), penso que deve ser prestigiada aquela colhida no auto de prisão em flagrante. A uma porque reflete o que foi dito no calor dos acontecimentos, imediatamente à prisão do flagrado. E a duas porque aquela versão está em sintonia com o acervo probatório. Afinal, faz todo sentido aceitar que o réu baixou mais de duzentos mil arquivos de pedofilia porque “... *tem certa obsessão por material desse tipo*”; o que não é crível é que todo esse material tenha sido baixado por engano.

Tudo somado, concluo estar comprovado, além de dúvida razoável, que o réu incorreu no crime previsto no art. 241-A do ECA, na medida em que *disponibilizou* imagens e vídeos contendo pornografia envolvendo crianças ou adolescentes. Considerando que a disponibilização se estendeu no tempo e abarcou arquivos distintos, aplica-se a causa de aumento da continuidade delitiva em relação ao crime em questão.

Trato agora do crime do art. 241-B do ECA, que tipifica as condutas de “*Adquirir, possuir ou armazenar, por qualquer meio, fotografia, vídeo ou outra forma de registro que contenha cena de sexo explícito ou pornográfico envolvendo criança ou adolescente*”. No caso dos autos, imputa-se ao réu a conduta de *armazenar* imagens de pornografia envolvendo crianças ou adolescentes. Armazenar é guardar, manter, conservar algo em algum lugar de modo a recuperá-lo posteriormente.

A materialidade está comprovada pelos quatro HDs apreendidos na casa do réu e que continham farto material pornográfico retratando crianças ou adolescentes. Em um dos HDs foram encontrados 139.287 arquivos de pedofilia⁴, em outro 34⁵, num terceiro 149.477⁶ e no notebook do réu outros 38⁷ arquivos de imagens ou vídeos de conteúdo pornográfico envolvendo crianças ou adolescentes.

4 Laudo fls. 55-71.

5 Laudo fls. 90-99.

6 Laudo fls. 105-120.

7 Laudo fls. 121-132

Na linha do que assentado no segmento que tratou do crime do art. 241-A do ECA, a quantidade dos arquivos ilícitos não deixa dúvida da voluntariedade na obtenção desse tipo de material, de modo que afastada a tese de aquisição *acidental* das imagens e dos vídeos. Além disso, a conduta do réu de mover os arquivos baixados por meio de programas *peer-to-peer* da pasta *incoming* (onde os arquivos completos são salvos) para outras pastas do computador ou para outras mídias, evidencia a intenção de armazenar o material, isto é, de conservá-lo com o propósito de deixá-lo acessível a qualquer tempo. Outra consequência da ação de distribuir os arquivos de pedofilia baixados por meio do programa *peer-to-peer* em diversas pastas é o afastamento da possibilidade de absorção do crime do art. 241-B pelo delito do art. 241-A do ECA. O que se tem no presente caso são condutas autônomas, uma direcionada à obtenção dos arquivos (propiciando o compartilhamento imediato para outros usuários, característica própria da ferramenta escolhida para os *downloads*) e outra tendente à conservação do material. Também por isso, os crimes se alinham em concurso material.

Por outro lado, a quantidade de arquivos disponibilizados e/ou armazenados não caracteriza continuidade delitiva quanto ao crime de armazenamento, devendo a extensão do material ser considerada na primeira fase da dosimetria.

Dessa forma, provadas a materialidade e a autoria delitiva, não havendo causa que exclua os crimes ou isente o réu de pena, impõe-se a condenação de J.F.S. DA SILVA nas sanções dos arts. 241-A e 241-B do ECA.

Passo a dosar as penas.

a) Art. 241-A do ECA

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

As *circunstâncias* em que praticado o delito não trazem particularidade digna de nota. Cabe registrar que a quantidade de arquivos compartilhados e o tempo que estiveram disponíveis caracteriza continuidade delitiva, de modo que tais circunstâncias serão valoradas na terceira fase da dosimetria.

A julgar pelo depoimento prestado na fase policial, o *motivo* foi a satisfação da lascívia, decorrente de uma predileção pela pornografia com crianças ou adolescentes que chega às raias da compulsão. Ocorre que tal desiderato é próprio desse tipo de crime, de modo que essa vetorial não repercutirá de forma negativa ou positiva na dosimetria.

Considerada a natureza do crime, não há que se falar em *comportamento da vítima*. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, não havendo uma circunstância desfavorável ao réu, fixo a *pena base* no mínimo, em 3 anos de reclusão.

Ausentes agravantes. Presente a atenuante da confissão, uma vez que o depoimento prestado na fase policial foi aproveitado como elemento de convicção para a condenação do réu. Contudo, a confissão não repercutirá na pena, pois “A *incidência da circunstância atenuante não pode conduzir a pena abaixo do mínimo legal (súmula nº 231 do STJ)*”. Dessa forma, a *pena provisória* fica mantida em 3 anos de reclusão.

Não incidem causas de diminuição. Porém, aplica-se a causa de aumento da continuidade delitiva. Considerando que o GUID do réu foi utilizado para o compartilhamento de arquivos

de pedofilia por mais de seis meses (de 29/06/2016 a 22/01/2017), exaspero a pena em $\frac{1}{4}$, fração um pouco acima do aumento mínimo, porém sem dele se distanciar muito. Sendo assim, fixo a pena definitiva para o crime do art. 241-A do Estatuto da Criança e do Adolescente em *3 anos e 9 meses de reclusão*.

Condeno o réu também ao pagamento de 12 dias-multa, fixado o dia multa em $\frac{1}{30}$ do salário mínimo vigente em abril de 2017.

b) Art. 241-B do ECA

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

As *circunstâncias* em que praticado o delito devem ser avaliadas de forma negativa em razão da quantidade de arquivos armazenados, que chegou próxima de trezentos mil.

A julgar pelo depoimento prestado na fase policial, o *motivo* foi a satisfação da lascívia, decorrente de uma predileção pela pornografia com crianças ou adolescentes que chega às raias da compulsão. Ocorre que tal desiderato é próprio desse tipo de crime, de modo que essa vetorial não repercutirá de forma negativa ou positiva na dosimetria.

Considerada a natureza do crime, não há que se falar em *comportamento da vítima*. Por fim, registro que não há nos autos elementos que permitam a formação de juízo sobre a *conduta social e personalidade* do agente.

Assim, havendo uma circunstância desfavorável ao réu (o expressivo volume de arquivos armazenados) fixo a *pena base* em $\frac{1}{4}$ acima do mínimo, ou seja, 1 ano e 3 meses de reclusão.

Ausentes agravantes. Presente a atenuante da confissão, uma vez que o depoimento prestado na fase policial foi aproveitado como elemento de convicção para a condenação do réu. Por conta disso, diminuo a pena base em $\frac{1}{6}$, fixando a *pena provisória* em 1 ano e 15 dias de reclusão.

Não incidem causas de diminuição ou de aumento, exceto a referente ao concurso material. Sendo assim, fixo a pena definitiva para o crime do art. 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente em *1 ano e 15 dias de reclusão*.

Condeno o réu também ao pagamento de 11 dias-multa, fixado o dia multa em $\frac{1}{30}$ do salário mínimo vigente em abril de 2017.

Concurso material

Embora praticados no mesmo contexto, os crimes de disponibilizar e armazenar imagens e vídeos de pedofilia foram cometidos por ações distintas e com desígnios autônomos. Logo, aplica-se a regra do cúmulo material prevista no art. 69 do Código Penal, o que resulta na pena de *4 anos, 9 meses e 15 dias* de reclusão e na pena de multa de 23 dias-multa, fixado o dia-multa no valor de $\frac{1}{30}$ do salário mínimo vigente em abril de 2017.

Tendo em vista que a pena aplicada supera quatro anos, incabível a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito.

O regime inicial de cumprimento será o semiaberto (art. 33, § 2º, *b* do Código Penal).

Bens apreendidos, indenização e destinação da fiança

Os HDs nos quais foram encontrados arquivos de pedofilia devem ser destruídos, por meio de processo que impeça a reconstituição dos dados neles contidos, o mesmo ocorrendo

com a mídia que não funcionou⁸. As demais mídias apreendidas deverão ser restituídas ao réu, após o trânsito em julgado. O réu deverá retirar as mídias em até 30 dias úteis contados do trânsito em julgado ou da baixa dos autos pelo Tribunal, o que ocorrer por último. Decorrido esse prazo sem manifestação, os HDs deverão ser destruídos.

A fiança deverá ser empregada no pagamento das custas e das penas de multa, nessa ordem. O eventual saldo deverá ser restituído ao réu.

Por fim, deixo de condenar o réu ao pagamento de indenização mínima (art. 387 do CPP), uma vez que as infrações penais não resultaram em prejuízo material.

III – DISPOSITIVO

Ante o exposto, julgo *PROCEDENTE* a denúncia para o fim de *CONDENAR* o réu *J.F.S.* ao cumprimento da pena privativa de liberdade de 4 anos, 9 meses e 15 dias de reclusão, bem como ao pagamento de multa equivalente a 23 dias-multa, arbitrado o dia-multa em 1/30 do salário mínimo vigente em abril de 2017, pela prática dos crimes tipificados nos artigos 241-A e 241-B do Estatuto da Criança e do Adolescente.

O regime inicial de cumprimento será o semiaberto.

O réu poderá recorrer em liberdade.

Custas pelo condenado.

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

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

Araraquara, 28 de fevereiro de 2020.

Juiz Federal Substituto MÁRCIO CRISTIANO EBERT

8 Laudo fls. 76-79.

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5001803-18.2018.4.03.6131

Autor: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Ré: DURATEX S/A

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

Juiz Federal: MAURO SALLES FERREIRA LEITE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 03/06/2020

SENTENÇA

Vistos e sentenciado em inspeção.

Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada sob procedimento comum, de natureza condenatória, por meio da qual se pretende obter, da ré, em regresso, ressarcimento decorrente de pagamento de benefício por acidente de trabalho. Em suma, aduz a inicial, que, na data de 28/03/2017, o trabalhador SANDOVAL CONSTANTINO JÚNIOR sofreu acidente de trabalho que lhe ocasionou lesões. Sustenta-se que, na data dos fatos, o empregado da ré, ao realizar uma intervenção na máquina denominada 'lixadeira', a qual se tornou necessária pois uma chapa de MDF enroscou no referido equipamento, uma peça denominada alçapão o atingiu na perna direita, acarretando fratura do fêmur. Inculcando culpa exclusiva à requerida, empregadora do segurado, decorrente da inobservância de regras técnicas sobre segurança e saúde no trabalho, a autarquia previdenciária movimenta a presente demanda com o fito de receber, em regresso, o ressarcimento pelas despesas em que já incorreu – e mais outras, ainda por realizar – em decorrência do acidente aqui em questão. Junta documentos.

Citada, a primeira requerida apresenta contestação ao pedido inicial, arguindo, em preliminar, a ausência de processo trabalhista e a inexistência de determinação de sua responsabilidade no âmbito daquela esfera jurídica. No mérito, sustenta a inconstitucionalidade da pretensão regressiva, inexistência de prova de nexo causal entre a conduta da ré e o resultado, que observa as normas legais e convencionais de saúde, higiene e medicina do trabalho (SESMT e CIPA). Sustenta culpa exclusiva da vítima, ou quando não, sua culpa concorrente. Pugna pela improcedência. Junta documentos.

Saneado (id n. 17477681), o feito foi encaminhado à instrução, com realização de perícia de natureza técnica para averiguação de causas e circunstâncias do sinistro aqui em discussão, sobrevindo parecer final conclusivo agregado aos autos virtuais sob o id n. 30450391, a respeito do qual ambas as partes se manifestaram, providenciando a ré a juntada de laudo parcial por assistente técnico por ela indicado (id n. 31784285).

Vieram os autos com conclusão.

É o relatório.

Decido.

O feito já se encontra devidamente saneado, com a análise das preliminares suscitadas pelas partes exposta na decisão registrada sob o id n. 17477681. De sorte que, superadas as questões processuais e procedimentais incidentes, cumpre a análise do mérito da postulação inicial, até porque todas as provas necessárias ao deslinde do feito já se acham presentes, nada mais havendo que esclarecer em instrução.

Antes de mais nada, entretanto, cumpre estabelecer que o *prazo prescricional* a ser observado em ações regressivas por acidente do trabalho é de 5 anos contados da data do sinistro, inaplicável o art. 37, § 5º da CF, conforme definiu a *Primeira Seção do C. STJ*, no julgamento do *REsp 1.251.993/PR*, submetido ao regime dos recursos repetitivos. Nesse sentido, indico precedente:

CIVIL, PROCESSUAL CIVIL E ADMINISTRATIVO. AÇÃO REGRESSIVA. INSS. ACIDENTE DE TRABALHO. RESSARCIMENTO AO ERÁRIO. EMPREGADOR. PRESCRIÇÃO. ARTIGO 37, §5º DA CF/88 E SÚMULA 85, DO STJ. INAPLICABILIDADE. DECRETO-LEI Nº 20.910/32. PRAZO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO NÃO PROVIDOS.

“1. Ação regressiva por acidente de trabalho ajuizada pelo INSS, em face do empregador, objetivando o pagamento dos valores despendidos pela autarquia desde a concessão do benefício até sua cessação por uma das causas legais. Auxílio doença por acidente de trabalho convertido em aposentadoria por invalidez.

2. Inaplicabilidade do artigo 37, §5º, da Constituição Federal que estabelece a imprescritibilidade das ações de ressarcimento em relação aos “ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não”, considerando que a ré (empregadora do segurado) não estava investida de função pública quando da prática do ilícito.

3. A *Primeira Seção do STJ*, no julgamento do *REsp 1.251.993/PR*, submetido ao regime dos recursos repetitivos, pacificou orientação no sentido de que nas ações indenizatórias contra a Fazenda Pública, seja qual for sua natureza, é quinquenal a prescrição, nos termos do artigo 1º, do Decreto-Lei 20.910/32, e não trienal, como prevê o artigo 206, § 3º, V, do CC/2002, mesmo prazo a ser aplicado nas hipóteses em que a Fazenda Pública é autora, como é o caso da ação de regresso acidentária, em observância ao princípio da isonomia.

4. No que se refere ao termo inicial do prazo prescricional, deve ser computado a partir da data de concessão do benefício, momento em que exsurge para a autarquia previdenciária a pretensão de se ressarcir dos valores despendidos no pagamento de benefício em favor do segurado ou seus dependentes.

5. Inaplicabilidade da súmula 85, do STJ, considerando que a relação de trato sucessivo que se trava na espécie se dá entre o segurado/dependentes e a Previdência Social, com o pagamento mensal de benefício decorrente do acidente de trabalho e não entre a empregadora - causadora do acidente - e o INSS, de modo que a prescrição atinge o fundo de direito.

6. Concedido o benefício previdenciário em 16/12/2003 e proposta a ação regressiva em 27/04/2009, tem-se por ocorrida a prescrição.

7. Apelação e reexame necessário não providos” (g.n.).

[TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, ApReeNec - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1731962 - 0005275-93.2009.4.03.6110, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL WILSON ZAUHY, julgado em 15/05/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:24/05/2018].

Em idêntico sentido, indicam-se os seguintes precedentes: *TRF 3ª Região, PRIMEIRA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 2198825 - 0006509-62.2008.4.03.6105, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL HÉLIO NOGUEIRA, julgado em 23/01/2018, e-DJF3 Judicial 1 DATA:02/02/2018; TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1915972 - 0000700-77.2011.4.03.6108, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL PAULO FONTES, julgado em 27/11/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:07/12/2017; TRF 3ª Região, QUINTA TURMA, Ap - APELAÇÃO CÍVEL - 1712955 - 0003029-68.2011.4.03.6106, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL MAURICIO KATO, julgado em 24/04/2017, e-DJF3 Judicial 1 DATA:26/06/2017.*

Pois bem. No caso concreto, o acidente de que se ressente a inicial se deu aos 28/03/2017, conforme cópia da *Comunicação de Acidente do Trabalho – CAT n. 2017.114.915-7/01*, anexa à inicial, e a ação em causa foi ajuizada aos 24/12/2018, com despacho ordinatório da citação dos réus (CC, art. 202, I) aos 08/01/2019, o que afasta peremptoriamente a incidência da prescrição no caso concreto.

Com tais considerações, passo à análise do mérito do pedido inicial.

É assente, nos repertórios de jurisprudência das Cortes Federais Brasileiras, a plena admissibilidade do exercício, na via do regresso, da pretensão de ressarcimento dos gastos em que se acha incursa a autarquia previdenciária por decorrência do pagamento de benefícios decorrentes de acidente de trabalho. Essa pretensão indenitária encontra fundamento nos arts. 120 e 121 da Lei n. 8.213/91, e se mostra cabível nas hipóteses em que ficar demonstrada, em relação ao acidente específico, conduta culposa do empregador, afastada vedação do *bis in idem*, na medida em que a legislação, nesse aspecto específico, adotou uma forma binária, ou híbrida de ressarcimento, composta pela combinação do seguro social e da responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Daí, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente. Por sua clareza pedagógica, indico precedente firmado no âmbito do C. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, da lavra do Exmo. Sr. Dr. Desembargador Federal COTRIM GUIMARÃES, assim ementado:

ACÇÃO REGRESSIVA. ARTIGOS 120 e 121 DA LEI Nº 8.213/91. CABIMENTO. NÃO COMPROVAÇÃO DE NEGLIGÊNCIA DOS APELADOS. IMPROCEDÊNCIA DA ACÇÃO. APELO DESPROVIDO.

“I - O artigo 120 da Lei nº 8.213/91 determina que o INSS proponha ação em face dos responsáveis pelo acidente do trabalho, e não necessariamente em face apenas do empregador. *Sendo assim, tem-se que o empregador pode ser responsabilizado em conjunto com o tomador de serviços, como ocorre no presente caso.*

II - O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador.

III - Como se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual. Nessa linha, cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.

IV - No caso dos autos, observando-se o conjunto probatório trazido aos autos pela parte autora, tem-se que o evento ocorrido se deu por culpa exclusiva da vítima, não se desincumbindo, dessa forma, o INSS de comprovar a negligência da empresa ré quanto à observância das normas de segurança do trabalho, fato constitutivo de seu direito, nos termos do artigo 373, inciso I, do Novo Código de Processo Civil.

V - Apelação desprovida” (g.n.).

[AC 00032304920144036108, DESEMBARGADOR FEDERAL COTRIM GUIMARÃES, TRF3 - SEGUNDA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:10/04/2017].

No voto condutor do v. aresto aqui indicado como paradigma, assim se posiciona Sua Excelência, o Eminentíssimo Relator, Desembargador Federal Dr. COTRIM GUIMARÃES, acerca dessa intrincada temática:

“A presente ação regressiva encontra previsão nos artigos 120 e 121 da Lei nº 8.213/91 - Lei de Benefícios da Previdência Social, *verbis*:

“Art. 120. Nos casos de negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, a Previdência Social proporá ação regressiva contra os responsáveis.

Art. 121. O pagamento, pela Previdência Social, das prestações por acidente do trabalho não exclui a responsabilidade civil da empresa ou de outrem”.

Ainda, preconiza o art. 19, *caput* e § 1º, da mesma lei, *verbis*:

“Art. 19. Acidente do trabalho é o que ocorre pelo exercício do trabalho a serviço da empresa ou pelo exercício do trabalho dos segurados referidos no inciso VII do art. 11 desta Lei, provocando lesão corporal ou perturbação funcional que cause a morte ou a perda ou redução, permanente ou temporária, da capacidade para o trabalho.

§ 1º A empresa é responsável pela adoção e uso das medidas coletivas e individuais de proteção e segurança da saúde do trabalhador”.

O Superior Tribunal de Justiça já decidiu pela possibilidade de cabimento de Ação Regressiva pelo INSS contra Empresa em que ocorreu acidente de trabalho quando comprovada a existência de negligência do empregador, de modo que qualquer discussão acerca da constitucionalidade do artigo 120 da Lei nº 8.213/91, resta superada.

Do mesmo modo, o pagamento do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, previsto no art. 22 da Lei 8.212/91 *não exclui a responsabilidade da empresa nos casos de acidente de trabalho, decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.*

Nesse sentido:

“PREVIDENCIÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. SEGURO DE ACIDENTE DO TRABALHO - SAT. ART. 22 DA LEI 8.212/91. ACIDENTE DO TRABALHO. AÇÃO DE REGRESSO MOVIDA PELO INSS CONTRA EMPREGADOR RESPONSÁVEL PELO ACIDENTE DO TRABALHO. ART. 120 DA LEI 8.213/91. EMBARGOS ACOLHIDOS SEM EFEITOS INFRINGENTES.

1. O direito de regresso do INSS é assegurado no art. 120 da Lei 8.213/1991 que autoriza o ajuizamento de ação regressiva em face da empresa empregadora que, por negligência quanto às normas padrão de segurança e higiene do trabalho indicados para a proteção individual e coletiva, causou o acidente do trabalho.

2. O Seguro de Acidente de Trabalho - SAT, previsto no art. 22 da Lei 8.212/91, refere-se a contribuição previdenciária feita pela empresa para o custeio da Previdência Social relacionado aos benefícios concedidos em razão do grau de incidência de incapacidade de trabalho decorrentes dos riscos ambientais do trabalho.

3. Da leitura conjunta dos arts. 22 da Lei 8.212/91 e 120 da Lei 8.213/91 *conclui-se que o recolhimento do Seguro de Acidente de Trabalho - SAT não exclui a responsabilidade da empresa nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho.*

4. Tendo o Tribunal de origem asseverado expressamente que os embargantes foram negligentes com relação “às suas obrigações de fiscalizar o uso de equipamento de proteção em seus empregados, caracterizando claramente a culpa *in vigilando*”, resta configurada a legalidade da cobrança efetuada pelo INSS por intermédio de ação regressiva.

5. Embargos de declaração acolhidos, sem efeitos infringentes para, tão-somente, esclarecer que o recolhimento do Seguro de Acidente do Trabalho - SAT *não impede a cobrança pelo*

INSS, por intermédio de ação regressiva, dos benefícios pagos ao segurado nos casos de acidente do trabalho decorrentes de culpa da empresa por inobservância das normas de segurança e higiene do trabalho. (EAERES 200701783870, ALDERITA RAMOS DE OLIVEIRA (DESEMBARGADORA CONVOCADA DO TJ/PE), STJ - SEXTA TURMA, DJE DATA: 14/06/2013)”.

“PREVIDENCIÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE. PRODUÇÃO DE PROVAS. NECESSIDADE. REEXAME PROBATÓRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 178, § 6º, II, DO CÓDIGO CIVIL/1916. FALTA DE PERTINÊNCIA ENTRE O DISPOSITIVO LEGAL E A MATÉRIA OBJETO DO RECURSO. SÚMULA Nº 284/STF. ACIDENTE DO TRABALHO. NEGLIGÊNCIA DA EMPRESA COMPROVADA. AÇÃO REGRESSIVA. POSSIBILIDADE. ART. 120 DA LEI Nº 8.213/91. COMPROVAÇÃO DA CULPA. SÚMULA 07/STJ.

I - A verificação da necessidade da produção de novas provas, o que impediria o juiz de proferir o julgamento antecipado da lide, é, *in casu*, inviável diante da necessidade de reexame do conjunto fático-probatório (Súmula 07/STJ).

II - É inadmissível o recurso especial, interposto pela alínea ‘a’ do permissivo constitucional, quando o dispositivo legal tido por violado não guarda pertinência com a matéria tratada no recurso. Precedentes.

III - *Nos termos do art. 120 da Lei nº 8.213/91, no caso de acidente de trabalho em que restou comprovada a negligência da empresa quanto à adoção das normas de segurança do trabalho, cabível ação regressiva pela Previdência Social.* Precedentes.

IV - Tendo o e. Tribunal *a quo*, com base no acervo probatório produzido nos autos, afirmado expressamente que a culpa pela ocorrência do sinistro seria da empresa, a análise da quaestio esbarra no óbice da Súmula 07/STJ. Recurso parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido (RESP 200302170900, FELIX FISCHER, STJ - QUINTA TURMA, DJ DATA:22/10/2007 PG:00344)”.

Superada a verificação quanto ao cabimento da ação regressiva, passo à verificação da culpa da empresa ré.

A procedência da ação regressiva, isto é, a responsabilização da empregadora pelos valores pagos pela Previdência Social, em razão da concessão de benefício previdenciário, decorrente de acidente de trabalho, *depende da comprovação da culpa, na modalidade de negligência da contratante, quanto às normas padrão de segurança do trabalho, indicados para a proteção individual e coletiva, e do nexo de causalidade entre a conduta omissiva do empregador e o infortúnio que deu causa ao pagamento do benefício previdenciário do qual se pretende o ressarcimento.*

Com se sabe, o legislador pátrio, no que tange à responsabilização do tomador dos serviços em relação aos danos havidos na relação de trabalho, *adotou uma forma híbrida de ressarcimento, caracterizada pela combinação da teoria do seguro social - as prestações por acidente de trabalho são cobertas pela Previdência Social - e responsabilidade subjetiva do empregador com base na teoria da culpa contratual.* Nessa linha, *cabe ao empregador indenizar os danos causados ao trabalhador quando agir dolosa ou culposamente.*

A composição destas duas teorias determina que, diante da ocorrência de acidente laboral que resulte em danos ao trabalhador, *a Previdência Social, em um primeiro momento, conceda o benefício previsto em lei, no afã de amenizar as mazelas relacionadas ao evento. Poderá, contudo, a Autarquia previdenciária ser ressarcida dos valores despendidos em caso de negligência no cumprimento das normas de segurança e saúde no trabalho pelo empregador.*

Para uma completa exegese do contido no artigo 120 da Lei 8.213/91, impende colacionar excerto da obra dos preclaros magistrados Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, que, sobre o tema, expõem:

“Assim, surge um novo conceito de responsabilidade pelo acidente de trabalho: o Estado, por meio do ente público responsável pelas prestações previdenciárias, resguarda a subsistência do trabalhador e seus dependentes, mas tem o direito de exigir do verdadeiro culpado pelo dano que este arque com os ônus das prestações - aplicando-se a noção de responsabilidade objetiva, conforma a teoria do risco social para o Estado; mas a responsabilidade subjetiva e integral, para o empregador infrator. Medida justa, pois a solidariedade social não pode abrigar condutas deploráveis como a do empregador que não forneça condições de trabalho indene aos riscos de acidentes. Como bem assinalou Daniel Pulino (RPS nº 182, LTr, p. 16), o seguro acidentário, público e obrigatório, não pode servir de alvará para que empresas negligentes com a saúde e a própria vida do trabalhador fiquem acobertadas de sua irresponsabilidade, sob pena de constituir-se verdadeiro e perigoso estímulo a esta prática socialmente indesejável. (Manual de Direito Previdenciário. LTr, 2001, p. 441)” (grifamos).

Resolve-se, assim, na demonstração da culpa ou dolo do empregador a caracterização do dever de indenizar por decorrência do acidente de trabalho lastimado na petição inicial. É o que se passa a avaliar no caso concreto.

A RESPONSABILIDADE DA EMPREGADORA. AUSÊNCIA DE OBSERVÂNCIA DE NORMAS TÉCNICAS DE SAÚDE E SEGURANÇA DO TRABALHO. CULPA CONFIGURADA. CONCORRÊNCIA.

Está bastante bem demonstrado nos autos que a empregadora do segurado acidentado não se desincumbiu de comprovar o adimplemento das regras e requisitos mínimos relativos à saúde e segurança do trabalho, circunstância essa que – acaso não pudesse, por si, garantir, de forma absoluta, a inoccorrência do sinistro – serviria, ao menos, ao propósito de elidir a culpa do agente envolvido, já que, atendidos todos os requisitos legais aplicáveis à espécie, não se vislumbraria, em tese, ausência de observância a dever de cuidado objetivo, previsto em lei ou ato normativo, que dispara o dever de indenizar.

Entretanto, no caso concreto, verifica-se que não foi isso o que ocorreu. Veja-se, nesse particular, que, já a uma primeira investida, observa-se irregularidade, constatada pela fiscalização do trabalho (cf. *documento juntado sob o id n. 13354925 – Relatório de Acidente do Trabalho*), consubstanciada em falha na etapa de reconhecimento dos riscos prevista na NR-09, item 9.9.3 “a” (109.060-7), o que contraria ao disposto no item 9.3.5.1 e alíneas da NR 09, que regulamenta o disposto no art. 157, I da CLT, que dispõe:

“Art. 157 (da CLT) - Cabe às empresas: (Redação dada pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
I - cumprir e fazer cumprir as normas de segurança e medicina do trabalho; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
II - instruir os empregados, através de ordens de serviço, quanto às precauções a tomar no sentido de evitar acidentes do trabalho ou doenças ocupacionais; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
III - adotar as medidas que lhes sejam determinadas pelo órgão regional competente; (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)
IV - facilitar o exercício da fiscalização pela autoridade competente. (Incluído pela Lei nº 6.514, de 22.12.1977)”

Constou do Relatório de Fiscalização elaborado pelo auditor-fiscal do trabalho que:

“As investigações realizadas tanto pelo SESMT quanto pela CIPA, concluíram que houve uma falha lógica de funcionamento do equipamento, não prevista nem relatada anteriormente, impossibilitando inclusive ações e medidas preventivas objetivando a segurança dos trabalhadores.

A falha lógica não prevista, no entanto, evidenciou o desconhecimento por parte da administração da empresa, do completo funcionamento da máquina acidentada, o que colocou em risco a segurança do trabalhador, uma vez que havia a possibilidade de fechamento do “alçapão” estando o comando em manual.

Falhou então a empresa ao não certificar-se do completo funcionamento da máquina, em todas as suas possibilidades, junto ao fornecedor deste equipamento, levando-a acarretando à falha na etapa de reconhecimento dos riscos prevista na NR 09, item 9.9.3 “a” (109.060-7). Não identificando o risco impossível se tornou a adoção das medidas de controle necessárias à sua eliminação, descumprindo-se também, em consequência, item 9.3.5.1 e alíneas da NR 09.

Os sistemas de segurança da máquina adquirida pela empresa (Estação BOX1 Lixadeira 5PS4), por sua vez, ante a situação anormal de trabalho criada pela necessidade de se desenroscar a chapa a ser lixada, não garantiram a paralisação total dos movimentos perigosos previstos no item 12.39 da NR 12” (g.n.).

A anotação dessa falha quanto à etapa de reconhecimento dos riscos prevista na norma regulamentar de saúde e segurança do trabalho, demonstra, ao menos no que concerne ao incidente aqui em epígrafe, a ausência da necessária ‘*compliance*’ por parte da empregadora em relação ao cumprimento da legislação incidente sobre o segmento específico de atividade por ela exercido.

À semelhante conclusão chegou a *Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA*, que elaborou relatório do acidente desaguando na conclusão de que (id n. 13354926):

“Verificou-se através dos testes realizados que o ocorrido se deu devido ao equipamento, mesmo em manual, ter finalizado o ciclo de trabalho que estava memorizado e interrompido pelo sensor atuado. *Com isto verificou-se que o procedimento adotado não é seguro, sendo necessário realizar a revisão do mesmo fazendo com que a máquina fique totalmente inativa quando for realizar alguma atividade na mesma*” (g.n.).

Em sentido coerente, posta-se a conclusão que emergiu da avaliação pericial realizada nestes autos, em que, ainda uma vez, se atesta para a inobservância, por parte da empregadora, da adoção de sistemática segura para o manejo do equipamento (id n. 30450391):

“Ao realizar a ADC este expert verificou que a causa do acidente está no procedimento inseguro adotado pela empresa, no qual mantém a máquina ligada no módulo manual enquanto permite ao funcionário desenrosque a chapa do processo, pois utilizando deste procedimento entende ganhar tempo e aumento de produção.

Como sugerido no plano de ação do Relatório da CIPA a empresa deveria adotar o procedimento de bloqueio no botão de partida do processo, conforme determina a NR 12, portaria 3.214/78 do M.T.E, de forma que a máquina seria desligada quando enroscasse a chapa e seria ligada somente após (p/r pessoa responsável pelo bloqueio) o aviso de que a chapa foi desenroscada, desta forma eliminando o risco de acidente” (g.n.).

Para, mais adiante, concluir o vistor judicial que, *verbis*:

“Após a investigação do acidente baseado nos documentos anexados nos autos, este *expert* conclui de que a empresa assumiu o risco da ocorrência de acidente *ao adotar o procedimento inseguro no qual mantém a máquina ligada no módulo manual, enquanto permite ao funcionário desenrosque a chapa do processo, pois utilizando deste procedimento entende ganhar tempo e aumento de produção.*

Tal conclusão tem o mesmo direcionamento do plano de ação da CIPA a qual determina o uso de bloqueio, conforme determina a NR 12, portaria 3.214/78 do M.T.E, de forma que a máquina seria desligada quando enroscasse a chapa e seria ligada somente após o aviso (p/r pessoa responsável pelo bloqueio) de que a chapa foi desenroscada, desta forma eliminando o risco de acidente” (g.n.).

Com tais observações, colhidas em ambiente de contraditório pleno, ambas as partes admitidas a acompanhar a elaboração da prova em juízo, é de prevalecer a conclusão, subscrita pela autarquia promovente, no sentido de que, no caso, está efetivamente presente a responsabilidade patronal em relação ao evento.

Mais do que isso, análise do extenso conjunto probatório amalhado em instrução, dá conta de que, efetivamente, quanto ao aspecto realçado nos trabalhos técnicos, não houve, de parte da empresa empregadora, adoção da metodologia segura de manuseio do equipamento em que se deu o sinistro, segundo, praticamente, o consenso dos especialistas em segurança do trabalho que analisaram o acidente. Circunstância essa que, não há como negar, implica, no particular, substancial desatenção aos preceitos regulatórios da medicina e segurança do trabalho, porquanto presente situação de desempenho de atividade laborativa sem a devida atenção ao adequado manuseio dos riscos associados àquela natureza de atividade, em aberta contraveniência àquilo que dispõe a legislação (art. 157, I da CLT).

De modo que, à revelia da demonstração, pela empresa, no curso da instrução processual aqui encetada, da adoção de procedimento seguro para a operação do equipamento aqui em questão, encontra-se satisfatoriamente demonstrada a efetiva existência de culpa da empregadora a disparar o seu dever de indenizar.

É certo, por outro lado, que não se pode deixar de objetar com algum tipo de *culpa con-corrente* da própria vítima, no que se predispôs a manipular equipamento industrial pesado, valendo-se de parte do próprio corpo (pé e perna) para provocar a liberação do sistema, de molde a potencializar, de forma relevante, os riscos – já habitualmente bastante expressivos – durante a operação do equipamento. Nesse sentido, não há como não considerar aquilo que consta do *laudo parcial* ofertado pelo *assistente técnico* indicado pela ré, no que afirma que o empregado sinistrado contribuiu com o agravamento dos riscos ao se valer de emprego de procedimento improvisado, para destravamento do sistema (id n. 31784285):

“Nesta atuação utilizou o próprio pé para impactar ou empurrar a chapa de MDF para a liberação do sistema, caracterizando fator de segurança hiper relevante no disparo do movimento de fechamento do alçapão que veio a atingir sua perna (fêmur) resultando graves lesões (osso fêmur direito). Esta atitude não consta e não é solicitada em nenhum procedimento operacional utilizado pela empresa” (g.n.).

Mais adiante, afirma o laudo parcial que, *verbis*:

“Nessas condições ofertadas pelos documentos e oportunas vistorias, podemos somente admitir que o ingresso em sítios internos e alcançáveis por partes móveis da máquina, teria

sido uma atitude desprovida de responsabilidade profissional, principalmente pelo uso do pé à guisa de instrumento de impacto e para empurrar a chapa, quando assumiu o risco, independentemente de procedimentos operacionais, determinados pela sua habilitação e tempo de comando dessa lixadeira e instruções recebidas ao longo da sua atuação na máquina” (g.n.).

Ainda que o emprego de partes do corpo para atuação direta em maquinismo pesado, de grandes dimensões, revele *conduta imprudente*, que se posta ao arrepio do senso comum de qualquer pessoa que esteja sujeita a este tipo de atividade, o certo é que, dado ao regime de responsabilidade que emerge desses tipos de evento lesivo, essa circunstância não elide a responsabilidade do empregador, até porque, como já visto e certificado a partir da ampla instrução processual aqui encetada, a *causa determinante* do acidente aqui reportado foi a inobservância, por parte da empregadora, da adoção de sistemática segura para o manejo do equipamento em que ocorreu o acidente. Entretanto, e embora não elida a responsabilidade daquele que, por sua omissão negligente, foi o causador do dano, é possível o *compartilhamento do prejuízo* com a própria vítima, que, por seu turno, também colaborou para a ocorrência do sinistro, a partir, como no caso, de sua conduta imprudente ou imperita no manuseio do aparato em que se deu o desastre. Nesse sentido, bem leciona a doutrina do Direito Civil que:

“Ordinariamente, em caso de concorrência de culpa, o julgador divide a indenização, e só impõe ao agente causador do dano o ônus de reparar por metade o prejuízo, deixando que a vítima arque com a outra metade. Assim, por exemplo, se na colisão entre um veículo de passeio e um caminhão, ambos trafegando em alta velocidade, aquele ficou praticamente destruído, a indenização pleiteada deve ser concedida por metade, ante a prova de culpa de ambos os motoristas. E o acórdão que decidiu a demanda proclamou a tese de que “tendo havido concorrência de culpa a responsabilidade também se reparte” (RT, 221/220).

Todavia, a despeito da oposição de alguns escritores, a divisão da indenização, quando autor e vítima são culpados, não precisa, necessariamente, ser feita por metade, podendo variar segundo o grau de culpabilidade de qualquer das partes. Essa é a lição, entre outras, de AGUIAR DIAS (Responsabilidade Civil, v.II, n. 221), expresso ao declarar que “a culpa da vítima, quando concorre para a produção do dano, influi na indenização, contribuindo para a repartição proporcional dos prejuízos”. Esta é, por igual, a lição de CUNHA GONÇALVES (Tratado de Direito Civil, v. XII, t.II, São Paulo, 1957, n. 1.906) e de muitos outros.

“A melhor rotina é a que propõe a partilha dos prejuízos: em partes iguais, se forem iguais as culpas ou não for possível em provar o grau de culpabilidade de cada um dos co-autores; em partes proporcionais aos graus das culpas, quando estas forem desiguais. Note-se que a gravidade da culpa deve ser apreciada objetivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do *acto* de objetivamente, isto é, segundo o grau de causalidade do *acto* de cada um. Tem-se objetivado contra esta solução que ‘de cada culpa podem resultar efeitos mui diversos, razão por que não se deve atender á diversa gravidade das culpas’; mas, é evidente que a reparação não pode ser dividida com justiça sem ponderar essa diversidade”.

Problema de grande interesse é o de fixação do grau de culpa da vítima, em face do grau de culpa do agente causador do dano, e uma tese muito sustentável é *aquela segundo a qual o julgador deverá repartir pela metade a indenização, se não houver prova objetiva da maior culpabilidade de uma das partes*” (g.n.).

[SÍLVIO RODRIGUES, “Direito Civil – Responsabilidade Civil”, v. 4, 17ª ed., rev., at., São Paulo: Saraiva, 1999, pp. 166-68].

No mesmo sentido, também a posição de SÍLVIO DE SALVO VENOSA:

“Quando há culpa concorrente da vítima e do agente do dano, a responsabilidade e, conseqüentemente, a indenização são repartidas, como já apontado, podendo as frações de

responsabilidade ser desiguais, de acordo com a intensidade da culpa” (g.n.).
[Código Civil Interpretado, São Paulo: Atlas, 2010, p. 856].

Em precedente específico, o *E. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO*, já teve a oportunidade de se manifestar quanto ao fato de que a culpa concorrente da vítima não exclui o dever de indenizar do empregador, mas permite a redução do valor pleiteado em indenização. Nesse sentido, arrola precedente ([APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006870-89.2011.4.03.6100/SP – 2011.61.00.006870-5/SP; RELATORA: Desembargadora Federal CECILIA MELLO, APELANTE : Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, ADVOGADO : MARTA VILELA GONCALVES e outro(a) : SP000030 HERMES ARRAIS ALENCAR, APELANTE : FORNAX EVEN EMPREENDIMENTOS IMOBILIARIOS LTDA., ADVOGADO : SP132306 CARLOS DAVID ALBUQUERQUE BRAGA e outro(a), APELANTE : HSM SERVICOS DE ENGENHARIA LTDA., ADVOGADO : RJ077096 SAMUEL CABRAL BOURGUIGNON e outro(a), APELADO(A) : EIKO ENGENHARIA E INSTALACOES LTDA, ADVOGADO : SP159569 SANDRA MARIA RIBEIRO PENNA TEIXEIRA e outro(a), APELADO(A) : CAMPOS MACIEL SERVICOS ESPECIALIZADOS LTDA., ADVOGADO : RJ071956 ANTONIO ALVES ROLIM e outro(a), No. ORIG. : 00068708920114036100 7 Vr SAO PAULO/SP]):

PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - ACIDENTE DO TRABALHO - AÇÃO REGRESSIVA AJUIZADA PELO INSS - NEGLIGÊNCIA DA RÉ QUANTO ÀS NORMAS PADRÃO DE SEGURANÇA DO TRABALHO COMPROVADA - JUROS DE MORA - PRELIMINARES REJEITADAS - APELO DA HSM PARCIALMENTE PROVIDA - APELOS DO INSS E DA FORNAX IMPROVIDOS - ERRO MATERIAL CORRIGIDO, DE OFÍCIO - SENTENÇA REFORMADA, EM PARTE.

“1. O NCPC, conquanto se aplique imediatamente aos processos em curso, não atinge as situações já consolidadas dentro do processo (art. 14), em obediência ao princípio da não surpresa e ao princípio constitucional do isolamento dos atos processuais. Assim, ainda que o recurso tivesse sido interposto após a entrada em vigor do NCPC, o que não é o caso, por ter sido a sentença proferida sob a égide da lei anterior, é à luz dessa lei que ela deverá ser reexaminada pelo Tribunal, ainda que para reformá-la.

2. A inclusão das denunciadas no polo passivo da ação na qualidade de litisconsortes passivas observou a regra do artigo 75 do CPC/1973, segundo a qual, feita a denunciação pelo réu, “se o denunciado aceitar e contestar o pedido, o processo prosseguirá entre o autor, de um lado, e de outro, como litisconsortes, o denunciante e o denunciado” (inciso I). Não há, pois, qualquer irregularidade que justifique a anulação do feito, ainda mais porque a sentença recorrida reconheceu a responsabilidade das empresas apelantes.

3. E a sentença que condenou as corrés FORNAX, HSM e EIKO, de forma solidária, a ressarcir metade do valor desembolsado pelo INSS não extrapolou os limites do pedido, pois, em relação ao autor, reconheceu o seu direito de ser ressarcido por parte dos valores desembolsados com o pagamento da pensão por morte e, em relação às denunciadas FORNAX e HSM, reconheceu a sua contribuição com o acidente que resultou na morte do segurado Reinaldo Pereira Carneiro, condenando-as a ressarcir o erário juntamente com a ré EIKO, de forma solidária.

4. A cobertura do Seguro Acidente do Trabalho - SAT somente ocorre nos casos de culpa exclusiva da vítima, de caso fortuito ou de força maior, razão pela qual o recolhimento da contribuição ao SAT não exclui a responsabilidade da empresa pelo ressarcimento, ao INSS, de despesas com o pagamento de benefício decorrente de acidente de trabalho, quando comprovado o dolo ou a culpa do empregador. Nesses casos, a Lei nº 8.213/91, em seu artigo 120, prevê a hipótese de ajuizamento de ação regressiva pelo INSS.

5. E não se verifica qualquer inconstitucionalidade, vez que a regra contida no art. 120 da Lei nº 8.213/91 foi editada em conformidade (i) com o artigo 7º, inciso XXVIII, da Constituição Federal, que, ao reconhecer o direito do trabalhador ao seguro contra acidentes do trabalho a cargo do empregador, não excluiu deste a obrigação de indenização nos casos em que incorra em dolo ou culpa, e (ii) com o artigo 201, parágrafo 10, da Magna Carta, que deixou para a lei a tarefa de disciplinar a cobertura do risco de acidente do trabalho.

6. No caso, *o conjunto probatório dos autos não deixa dúvida de que houve culpa do segurado - que não obedeceu a sinalização e adentrou em local proibido -, mas não exclusiva*, pois houve negligência das empresas EIKO, FORNAX e HSM. Pelo acidente que resultou na morte do segurado Reinaldo Pereira Carneiro deve ser atribuída (i) à FORNAX a responsabilidade pela deficiência de comunicação, insuficiência de sinalização e supervisão da obra e falha de coordenação, (ii) à HSM a responsabilidade pela falha no transporte de materiais, deficiência de comunicação e insuficiência de sinalização e (iii) à EIKO a responsabilidade pela ausência ou insuficiência de supervisão e ausência ou insuficiência de treinamento.

7. *Considerando que houve culpa da vítima, mas não exclusiva, o ressarcimento ao erário é medida de rigor, mas limitando o montante a ser ressarcido pelas empresas responsáveis à metade do valor desembolsado pelo INSS com o pagamento da pensão por morte.* Precedentes desta Egrégia Corte.

8. Embora tenha a reconhecer, em seu fundamento, o direito do INSS ao ressarcimento de metade do valor desembolsado com o pagamento da pensão por morte do segurado acidentado, a sentença recorrida determinou, em sua parte dispositiva, o ressarcimento de apenas 20% (vinte por cento). Trata-se, pois, de erro material, que deve ser corrigido, de ofício, para adequar a parte dispositiva da sentença ao que foi decidido no seu bojo.

9. Os juros de mora são devidos a partir da citação, nos termos do artigo 219 do CPC/1973 e do artigo 405 do Código Civil de 2002.

10. Preliminares rejeitadas. Apelo da HSM parcialmente provida. Apelos do INSS e da FORNAX improvidos. Erro material da parte dispositiva da sentença corrigida, de ofício. Sentença reformada, em parte” (g.n.).

No caso concreto, considerada – de um lado – a desídia da empregadora, quanto ao procedimento eleito para a utilização do equipamento, e – de outro lado – que a conduta da própria vítima também colaborou, de alguma forma, para a ocorrência do sinistro, a partir de sua atitude imprudente ou imperita no manuseio dos aparatos aplicáveis, com prevalência para a culpa da empregadora, já que é de sua omissão que adveio a *causa preponderante* determinante do resultado, entendo por bem estabelecer, como limite para a indenização a cargo da empregadora do segurado lesado, o percentual de $\frac{2}{3}$ (dois terços: 66,67%) do valor do benefício acidentário que o INSS paga ao segurado.

As prestações *vincendas* serão pagas no 30º dia do mês da competência do pagamento, pena de incidência de juros de mora, nos patamares adiante especificados, a partir da data em que iniciada a competência subsequente. As prestações *vencidas* serão corrigidas monetariamente, desde as datas dos pagamentos realizados pela autarquia previdenciária, de acordo com a orientação atualmente prevalecente, a correção monetária e os juros de mora deverão ser calculados de acordo com a lei de regência, observando-se as teses firmadas pelo *E. STF* no julgamento do *RE 870.947*, realizado em *20.09.2017*, bem assim de acordo com o precedente firmado no repetitivo relativo ao *Tema n. 905*, do *C. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA*. Nesses termos, sobre as prestações vencidas incidirão encargos da forma seguinte:

(a) *prestações vencidas até dezembro/2002*: juros de mora de 0,5% ao mês; correção monetária de acordo com os índices previstos no Manual de Cálculos da Justiça Federal, com destaque para a incidência do IPCA-E a partir de janeiro/2001; (b) *prestações vencidas no*

período posterior à vigência do CC/2002 e anterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora correspondentes à taxa Selic, vedada a cumulação com qualquer outro índice; (c) prestações vencidas no período posterior à vigência da Lei 11.960/2009: juros de mora segundo o índice de remuneração da caderneta de poupança; correção monetária com base no IPCA-E.

Por tais razões, e com as limitações aqui delineadas, é que, *ao menos em parte*, se mostra procedente o pedido inicial.

DISPOSITIVO

Isto posto, e considerando o mais que dos autos consta, JULGO PROCEDENTE, EM PARTE, o pedido inicial, com resolução do mérito da causa, na forma do que dispõe o art. 487, I do CPC. Nessa conformidade, CONDENO a ré (DURATEX S/A.) a ressarcir o autor (INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL – INSS), em quantia equivalente a dois terços ($\frac{2}{3}$) do valor pago por este último, a título de benefício acidentário ao segurado da Previdência Social (SANDOVAL CONSTANTINO JÚNIOR). As prestações vincendas serão pagas no 30º dia do mês da competência do pagamento, pena de incidência de juros de mora, a partir da data em que iniciada a competência subsequente. Sobre as prestações vencidas, incidirão juros e atualização monetária, desde a data dos respectivos pagamentos realizados pelo INSS até a data da efetiva implementação dessa decisão, nos termos desta sentença.

Arcará a ré, sucumbente em maior extensão, com as custas e despesas processuais e mais honorários de advogado, que, com base no que dispõe o art. 85, §§ 2º e 3º do CPC, estipulo em 10% sobre o valor atualizado da condenação à data da efetiva liquidação do débito.

P.I.

Juiz Federal MAURO SALLES FERREIRA LEITE

MANDADO DE SEGURANÇA CRIMINAL

0000463-95.2019.4.03.6000

Impetrante: RODRIGO MENDONÇA DUARTE

Impetrados: UNIÃO FEDERAL, DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 5ª VARA DE CAMPO GRANDE - MS

Juíza Federal: MARCELA ASCER ROSSI

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 29/05/2020

SENTENÇA

RODRIGO MENDONÇA DUARTE impetrou o presente MANDADO DE SEGURANÇA, com pedido de liminar, contra ato do DIRETOR DA PENITENCIÁRIA FEDERAL DE CAMPO GRANDE/MS, Sr. RODRIGO ALMEIDA MOREL, alegando, em síntese, que a autoridade coatora limitou os atendimentos aos encarcerados, em prejuízo aos Advogados, pois, anteriormente estes atendimentos ocorriam as segundas, terças e sextas-feiras, das 8h às 10h e das 14h às 16h, mas a partir de 11/02/2019 os atendimentos passaram a ocorrer de segunda a sextas-feiras, mas no horário entre 9h e 10h. Sustenta que possui 28 (vinte e oito) clientes na PFCG/MS, sendo que a direção daquele estabelecimento nunca cumpriu o que dispõe o art. 2º, § 2º da portaria DISP n.º 4/2016, que prevê o direito a ter até 3 (três) atendimentos por dia. Aduz que estão sendo violadas as prerrogativas constitucionais asseguradas aos Advogados. Pugna, ao final, seja restabelecida a Portaria DISP n.º 4, de 28 de junho de 2016, assegurando-se o atendimento de até 3 (três) clientes por dia, nas segundas, terças e sextas-feiras, sob pena de perecimento de direito e grave violação do estado democrático de direito.

Pleiteou a concessão de tutela antecipada para que seja suspenso o ato da autoridade coatora que limitou o direito ao atendimento aos seus clientes. Juntou documentos.

O feito foi distribuído para o Juízo da 1ª Vara Federal de Campo Grande/MS, que declinou da competência para este Juízo (ID 27772330, fls. 39/40).

Foi postergada a apreciação da liminar para após a vinda das informações (ID 27772330, fls. 41).

A Autoridade Coatora prestou as informações (ID 27772330, fls. 43/49 e ID 27772522, fls. 01/04) e juntou documentos (ID 27772522, fls. 05/14).

O pedido de liminar foi indeferido (ID 27772522, fls. 17/20).

A União ingressou no feito como assistente litisconsorcial da autoridade impetrada (ID 27772522, fls. 26).

Instado, o MPF manifestou-se pela denegação da ordem (ID 27772522, fls. 32/34).

É um breve relato. Decido.

Ressalte-se, inicialmente, que visando regulamentar o atendimento de advogados aos presos custodiados no sistema prisional federal, foi editada a Portaria DISPF n.º 4, de 8.6.2016.

Ocorre que, referida Portaria n.º 4 foi anulada pela Portaria GM n.º 713, de 27.6.2016, do Ministro de Estado da Justiça e Cidadania.

Diante disso, os estabelecimentos prisionais federais passaram a seguir novamente os parâmetros gerais do Decreto n.º 6.049/2007 (Regulamento Penitenciário Federal).

Posteriormente, foi editada a Portaria MJSP n.º 10, de 4.8.2017, que regulamentou os atendimentos de Advogados, estabelecendo que seria de segunda a sexta-feira, no período matutino.

Entretanto, foi editada a Portaria MJSP n.º 157, de 12.2.2019, disciplinando a visita social aos presos dos estabelecimentos prisionais federais, estabelecendo, em seu art. 4º, que estas devem ocorrer no período vespertino, das 13h às 19h30min. Ainda, esta Portaria revogou a referida Portaria n.º 10, mas nada estabeleceu sobre atendimento jurídico.

Diante disso, conforme informou a autoridade coatora, com a edição da referida Portaria n.º 157, restou apenas o horário matutino para o agendamento de outras assistências aos presos, dentre elas a assistência jurídica, opção feita pelo Diretor da Penitenciária Federal em Campo Grande por critérios de conveniência e oportunidade, diante da falta de disposição expressa na legislação atual acerca do horário de entrevistas dos presos com advogados.

A escolha feita pela autoridade coatora, acerca do novo horário para atendimento de advogados, se submetida ao crivo dos princípios da proporcionalidade e razoabilidade, ultrapassa as barreiras da necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito. O novo horário estabelecido mostra-se adequado a garantir aos presos o direito de entrevista pessoal e reservada com seu advogado. Diante da superveniência da Portaria MJSP n.º 157/2019, que alocou as visitas sociais aos presos no período vespertino, inexistiu outro período que não o matutino para a realização do atendimento pelos advogados, que deve ser harmonizado com as demais atividades exercidas na Penitenciária. Por último, a medida é proporcional, uma vez que, retirando os horários vespertinos de atendimento de advogados, amplia os dias de atendimento para todos os dias, de segunda a sexta, ainda que a quantidade de horas reste reduzida em uma pequena proporção.

Dessa forma, tem-se que o ato da autoridade coatora, quanto ao estabelecimento dos dias e horários para a assistência jurídica aos encarcerados, não viola os direitos do preso à entrevista pessoal e reservada com advogado, garantido pelo art. 41, IX, da Lei nº 7.210/1984, como corolário do direito à assistência jurídica prevista no art. 5º, LXIII, da CF, e o Art. 93 das Regras Mínimas para Tratamento de Prisioneiros da Organização das Nações Unidas. Ao contrário, está seguindo os ditames da legislação vigente.

Tampouco o ato da autoridade coatora viola o direito dos advogados de comunicação com seus clientes, pessoal e reservadamente, mesmo sem procuração, quando se encontrarem presos, previsto no art. 7º, III, da Lei nº 8.906/1994. Pelo contrário, garante o exercício deste direito, de maneira regrada, coadunando-o com a necessidade de organização das atividades internas e manutenção da segurança na Penitenciária Federal.

Além disto, o impetrado ainda ressaltou que, caso exista alguma situação em que a urgência seja fator determinante no atendimento, com a devida comprovação, é dada preferência ao advogado neste atendimento, conforme previsto no art. 96, §2º, do Decreto nº 6.049/2007.

Ademais, a autoridade apontada como coatora trouxe para os autos documentos (ID 27772522, fls. 05/14) no sentido de que o impetrante realizou 119 (cento e dezenove) atendimentos jurídicos na PFCG/MS, no período de 01/01/2018 a 08/03/2019, sendo que desses atendimentos, 20 (vinte) ocorreram em janeiro e fevereiro deste ano, além dos diversos atendimentos realizados por outra Advogada do mesmo escritório.

Portanto, não se verifica a alegada violação à prerrogativa da atividade advocatícia exercida pelo impetrante pelo ato impugnado, logo incabível a pretensão de restabelecimento da Portaria DISPF n.º 4, de 28 de junho de 2016.

Ante o exposto, DENEGO A SEGURANÇA pleiteada, por inexistir o direito líquido e certo arguido pelo impetrante. Desta feita, declaro o feito resolvido, com resolução do mérito, com fulcro no art. 487, I, do CPC.

Condeno o impetrante ao pagamento das custas processuais. Deixo de impor qualquer condenação em honorários advocatícios incabíveis, nos termos do art. 25 da Lei n.º 12.016/2009, e das Súmulas nº 512, do STF, e nº 105, do STJ.

Sentença que não se sujeita ao reexame necessário, consoante o disposto no rt. 14, 1º, da Lei nº 12.016/2009.

P.R.I.

Campo Grande, 22 de maio de 2020.

Juíza Federal Substituta MARCELA ASCER ROSSI

REINTEGRAÇÃO / MANUTENÇÃO DE POSSE**5000317-67.2019.4.03.6129**

Autora: AUTOPISTA REGIS BITTENCOURT S/A

Réu: JOSÉ MANOEL RODRIGUES

Participante: AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES - ANTT

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

Juiz Federal: GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 28/08/2020

SENTENÇA

AUTOPISTA RÉGIS BITTENCOURT S.A., pessoa jurídica de direito privado, CNPJ n. 09.336.431/0001-06, propôs a presente ação possessória em face de JOSÉ MANOEL RODRIGUES, pedindo a restituição da posse de terreno localizado às margens da rodovia BR-116, na altura do km 497+600m, com ressarcimento dos custos de remanejamento das acessões que se encontram no terreno invadido.

A ação foi originariamente proposta perante a justiça estadual, na 2ª Vara de Jacupiranga/SP.

Narra a petição inicial que a autora é concessionária da rodovia federal BR-116 no trecho compreendido entre São Paulo/SP e Curitiba/PR, tendo identificado a invasão de porção das faixas de domínio e não edificante da rodovia na altura do km 497+600m, pista sul, no município de Cajati/SP, pelo réu JOSÉ MANOEL RODRIGUES.

Assevera ter constatado a existência de acessões na invasão, notificando extrajudicialmente o réu para que desocupasse o imóvel, sem sucesso.

Requeru, assim, a reintegração na posse do imóvel, com condenação do réu na obrigação de ressarcir os custos de desmobilização das acessões irregularmente construídas. Requeru concessão de tutela provisória (id. 17090011, fls. 1-20).

Indeferido o pedido de tutela provisória, determinou-se a citação do réu (id. 17090013, fls. 11-12). Citado (id. 17090013), o réu não apresentou contestação.

Foi realizada audiência de conciliação, com a presença do réu, sem sucesso (id. 17090013, fls. 20).

Realizada perícia técnica, em 17.11.2015, lavrou-se o respectivo laudo (id. 17090013, fls. 67-80).

Proferida sentença na justiça estadual, julgando procedentes os pedidos (id. 17090015, fls. 23-25).

Apelação apresentada pelo réu (id. 17090015, fls. 29), provida pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, reconhecendo-a incompetência da justiça estadual para apreciar a matéria (id. 17090015, fls. 48).

Os autos foram remetidos ao e. Tribunal Regional Federal da 3ª Região, que anulou a sentença proferida, determinando a remessa do processo à primeira instância da Justiça Federal para regular processamento da ação (id. 17090015, fls. 65).

Os autos foram recebidos nesta Vara Federal em 09.05.2019, notificando-se a UNIÃO e a AGÊNCIA NACIONAL DE TRANSPORTES TERRESTRES – ANTT, para que manifestassem eventual interesse em integrar a lide (id. 21896159).

A UNIÃO manifestou desinteresse no processo (id. 23061381).

A ANTT afirmou ter interesse em ingressar na lide como assistente simples da autora (id. 24083995).

Realizada audiência de instrução, não compareceram o autor e a ANTT (id. 29268228).

As partes foram intimadas para apresentar alegações finais escritas (id. 35548690). A parte autora o fez (id. 36813012), enquanto as demais partes permaneceram inertes (id. 37217526).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. Fundamento e decido.

1. Preliminares e Prejudiciais.

1.1. Da Convalidação dos Atos Processuais.

Inicialmente firmo a convalidação dos atos processuais praticados na justiça estadual, com fundamento no Código de Processo Civil, art. 64, §4, por não enxergar prejuízo às partes ou ao assistente, uma vez que foram observados o contraditório e a ampla defesa naquela sede.

Fica convalidado, inclusive, o pedido de gratuidade de justiça feito pelo réu em audiência de conciliação realizada na justiça estadual.

Presentes os pressupostos de existência e os requisitos de desenvolvimento válido do processo, integrado o contraditório e exercida a ampla defesa, ausentes outras questões preliminares, passo à análise do mérito.

2. Mérito.

Inicialmente cabe ressaltar que se trata, aqui, de *ação possessória*, ou seja, de pretensão cuja causa de pedir é a violação do suposto direito de posse exercido pela autora sobre a área controvertida, pelo réu.

Relembro, aqui, o pedido feito pela parte em sua petição inicial:

“Postula, ainda, o acolhimento dos argumentos supra elencados, para que Vossa Excelência torne definitiva a decisão liminar de reintegração na posse, para, ao final, julgar procedente o pedido da presente ação, com condenação do Réu ao ressarcimento dos custos decorrentes do remanejamento das instalações que se encontram sobre o terreno invadido, além da condenação em custas e honorários advocatícios” (id. 17090011, fls. 19).

As ações possessórias tutelam o *jus possessionis*, o direito de posse em si, que decorre do exercício de fato, em nome próprio, de algum dos poderes inerentes à propriedade (Código Civil, arts. 1196 e 1204).

O regime jurídico possessório, no direito brasileiro, atrai proteção legal à situação de fato consolidada pelo exercício da posse, afirmando o Código Civil, art. 1210, que “o possuidor tem direito a ser mantido na posse em caso de turbação, restituído no de esbulho, e segurado de violência iminente, se tiver justo receio de ser molestado”, redação repetida em sua essência pelo CPC, art. 560.

Nesse passo, a legislação processual civil prevê a existência das chamadas ações possessórias, que tratam das possíveis situações de crise no direito de posse: o esbulho, a turbação e a ameaça.

O esbulho é a privação da posse, sua perda. Enseja, como defesa, o ajuizamento de ação de *reintegração de posse*; a turbação, por sua vez, não é a perda ou retirada da posse, mas sim o incômodo, o embaraço ao exercício da posse. Tem como instrumento de defesa a ação

de *manutenção de posse*; a ameaça à posse caracteriza-se pela existência de atos concretos orientados à criação de situação de esbulho ou turbação possessória, e é defendida através do *interdito proibitório*, espécie de ação inibitória, de caráter preventivo.

O Código de Processo Civil, com os olhos na proteção possessória prevista no Código Civil, criou rito especial para as ações possessórias, condicionado ao ajuizamento da pretensão no prazo de ano e dia (CPC, art. 558). No caso de propositura da ação após esse prazo, mantém-se a causa de pedir e o pedido de natureza possessória, mas adota-se o procedimento comum (CPC, art. 558, p. único).

Como consignado no relatório, a autora afirma que o réu teria invadido porção da faixa de domínio e da faixa não edificante da BR-116, imputando a JOSÉ MANOEL RODRIGUES, assim, o esbulho possessório de bem imóvel pertencente ao DNIT, que se encontrava na posse direta da área, em razão do regime de concessão administrativa.

O pedido possessório, no contexto da ação de reintegração, deve ser fundamentado na afirmação de existência de posse do autor sobre a coisa, perdida em razão da atuação ilícita do esbulhador.

Entretanto, no caso em tela só se vislumbra a existência de posse nessas condições em parcela da área ocupada pelo réu, razão pela qual a ação deve ser julgada parcialmente procedente.

Foi realizada perícia técnica judicial, em 17.11.2015, afirmando o perito expressamente em seu laudo que “a área ocupada pelo requerido perfaz 1.969,00m² distribuídos entre a faixa de domínio da rodovia e a faixa não edificante”.

O perito ressalta ainda que “o requerido possui 3 (três) edificações, *todas construídas no interior da faixa não edificante*”.

Nesse ponto cabe definir, juridicamente, as figuras da faixa de domínio e da faixa não edificante de uma rodovia.

A faixa de domínio é a “base física sobre a qual assenta uma rodovia, constituída pelas pistas de rolamento, canteiros, obras de arte, acostamentos, sinalização e faixa lateral de segurança, até o alinhamento das cercas que separam a estrada dos imóveis marginais ou da faixa do recuo”¹

Em outras palavras, é a área adjacente à pista de rolamento da rodovia, de propriedade do ente público, que tem por escopo garantir a operação, a segurança e a preservação da rodovia.

A faixa não edificante, por sua vez, é a área adjacente à faixa de domínio, sobre a qual incide limitação administrativa consistente na proibição de criação de acessões.

A limitação administrativa em referência foi criada pela L6766, art. 4, III, prevendo-se uma faixa mínima de 15 (quinze) metros onde incidirá a proibição a construções.

Perceba-se que, ao contrário da faixa de domínio, que é propriedade do ente público instituidor da rodovia, a faixa não edificante não implica translação da propriedade da área ao Poder Público, permanecendo na esfera de domínio daquele que já era proprietário anteriormente à sua instituição, passando este a conviver com a restrição ao gozo da propriedade decorrente da limitação administrativa.

A análise deve ser distinta, pois, para a área ocupada pelo réu na faixa de domínio e para a área ocupada na faixa não edificante.

1 DNIT, Glossário de Termos Técnicos Rodoviários.

2.1. Faixa Não Edificante.

O pedido de restituição da faixa não edificante deve ser julgado improcedente, por uma razão simples: a autora jamais teve a posse da área pretendida.

Como já afirmado, a faixa não edificante não implica em desapropriação de sua área de incidência, ou de translação de propriedade do imóvel para a Administração. Trata-se apenas de intervenção do Estado no direito de propriedade, que limita o alcance deste direito, ao proibir a criação de acessões.

Não existe nos autos nenhuma prova de que a autora, o DNIT ou a UNIÃO tenham exercido posse sobre a área não edificante. Ao contrário, o que o laudo pericial afirma é que o autor “ocupa a área litigiosa há aproximadamente 40 anos, onde edificou casa de moradia, um pequeno paiol e um depósito.” (id. 17090013, fls. 74).

Ressalto que este juízo considera verdadeiras as conclusões do perito judicial, a despeito da existência de informações contraditórias, trazidas ao processo pela autora.

A Concessionária não parece ter certeza das reais dimensões da faixa de domínio e da área não edificante, uma vez que em 3 (três) ocasiões distintas forneceu informações conflitantes acerca do tamanho das referidas áreas:

- Inicialmente afirmou que a faixa de domínio teria 40 (quarenta) metros de largura, sem fornecer informações sobre o tamanho da faixa não edificante, dizendo que as construções do autor teriam invadido ambas as faixas (id. 17090011, fls. 99 e 17090013, fls. 3);

- Durante a audiência de instrução realizada na justiça estadual a autora pediu prazo de 90 (noventa) dias para elaboração de “consulta junto ao DNIT quanto ao eixo da rodovia no local, bem como para fazer nova topografia” (id. 17090013, fls. 20). Como resultado, apresentou croqui em que consta faixa de domínio de 40 (quarenta) metros, e faixa não edificante de 15 (quinze) metros, consignando, entretanto, que as edificações do autor não teriam invadido a faixa de domínio, localizando-se exclusivamente na faixa não edificante (id. 17090013, fls. 26).

- Após o declínio do processo à Justiça Federal e a realização de audiência de instrução e julgamento, apresentou nova informação em que consta que “do lado direito a distância da faixa ao eixo da pista sul, sentido SP/PR, entre os kms 497+310m e 498+053 é de 40 metros a 193 metros, atingindo na altura do km 497+830m a distância de 164 metros” (id. 29652826, fls. 2).

De outro vértice, o laudo pericial, elaborado por profissional técnico habilitado, não teve as conclusões acerca da localização imóvel impugnadas pela autora à época de sua produção, sendo considerado por este juízo, portanto, descrição fidedigna das condições físicas do imóvel objeto desta ação.

Assim, não havendo posse pretérita da área pretendida pela autora, não há como ser acolhido o pedido de reintegração de posse trazido na inicial.

Não se ignora que o que a autora pretende, ao fim e ao cabo, é remover o autor da faixa não edificante, demolindo as acessões ali existentes, com escopo de consolidar as condições de segurança do tráfego rodoviário naquele ponto.

Entretanto, no processo civil as partes são responsáveis pelo que pedem, não cabendo a este juízo adequar pedido que foi feito pelo autor de forma consciente e correta, segundo suas pretensões.

Perceba-se que não há sequer pedido demolitório no bojo da demanda, tendo o autor requerido a condenação do réu nos custos de desmobilização das acessões feitas no local, o que exprime mais um caractere da ação possessória, uma vez que o CPC, art. 555, I, admite que o autor, em ações desta natureza, requeira indenização por perdas e danos causados pelo esbulho.

O erro do autor da ação quanto à análise do contexto fático e jurídico subjacente à sua pretensão não autoriza o magistrado a adaptar o pedido trazido na petição inicial. O autor entendeu que tinha direito à proteção possessória da área, e por isso propôs ação de reintegração de posse.

Ressalvo que, considerada a natureza potestativa da limitação administrativa, caso a autora pretenda remover as acessões do réu da faixa não edificante poderá promover nova ação com esse propósito, ciente de que o surgimento de danos ao proprietário do imóvel em razão de limitação administrativa enseja indenização, nos termos do D3365/41, art. 10, p. único.

2.2. Da Faixa de Domínio.

A faixa de domínio, como já afirmado, é de propriedade do ente público instituidor da rodovia, no caso concreto o DNIT, autarquia federal que tem por escopo, dentre outras funções, gerenciar o sistema de transportes terrestres do país.

Reitera-se que, para exercício da pretensão possessória, com fundamento no *jus possessionis*, cabe ao autor demonstrar a existência de posse pretérita, e sua perda pela atuação ilícita do esbulhador.

No caso concreto, o laudo técnico pericial consigna que o réu ocupa a área há cerca de 45 (quarenta e cinco) anos, não havendo informações acerca da situação possessória da área no período anterior a essa data, sem que se saiba se por ocasião da aquisição da posse por JOÃO MANOEL RODRIGUES o imóvel estava em posse da UNIÃO ou de terceiros, com *accessio possessionis* para o réu.

Fixada a inexistência de indícios de esbulho possessório praticado pelo réu, deve ser destacado que a posse do imóvel por JOSÉ MANUEL RODRIGUES se iniciou, segundo o laudo pericial, antes da edição da L6766/79, que instituiu as faixas de não edificação.

Daí não se extrai, entretanto, que a reintegração da posse da área deva ser julgada improcedente.

A despeito do réu ocupar a área desde a década de 70, sem que haja notícia de que a UNIÃO tenha exercido a detenção física do imóvel nesse período, é incontestável que a posse da faixa de domínio é da UNIÃO.

Não há qualquer informação nos autos acerca da propriedade da área. Igualmente, não se sabe se à época em que JOSÉ MANUEL RODRIGUES adquiriu a posse do imóvel ele já era propriedade da UNIÃO. Entretanto, ambos cenários levam a desfecho semelhante.

Caso a área fosse propriedade da UNIÃO à época da ocupação pelo réu, é amplamente sabido que o exercício de algum dos poderes da propriedade sobre bem público não implica em posse, uma vez que esses atos serão praticados em decorrência de mera tolerância do Poder Público, o que não induz posse (CC, art. 1208).

O que haveria, assim, é a figura da detenção, sendo esse o posicionamento pacífico do Superior Tribunal de Justiça, exposto no enunciado 619 de sua Súmula, que afirma que “a ocupação indevida de bem público configura mera detenção, de natureza precária, insuscetível de retenção ou indenização por acessões e benfeitorias.”

De outro vértice, caso se considere que a área não era propriedade da UNIÃO por ocasião do início da posse do réu, a aquisição da propriedade pelo ente público implicou automaticamente na aquisição da posse pelo constituto possessório, uma vez que o procedimento da desapropriação tem em seu bojo, implícita, a cláusula *constituti*.

Assim, não restam dúvidas de que há posse do ente público sobre a área, transferida à autora por força contratual, merecendo acolhida o pedido de reintegração.

2.3. Da Indenização.

A autora requereu, na petição inicial, a condenação do réu ao pagamento de indenização pelos custos de desmobilização das acessões existentes na área supostamente invadida.

Entretanto, como já afirmado, o laudo pericial constatou que as acessões estão todas construídas na faixa não-edificante, cuja reintegração foi julgada improcedente.

Assim, não há que se falar em condenação do réu à indenização.

Quanto ao pedido do réu, positiva o CPC, art. 556:

Art. 556. É lícito ao réu, na contestação, alegando que foi o ofendido em sua posse, demandar a proteção possessória e a indenização pelos prejuízos resultantes da turbação ou do esbulho cometido pelo autor.

O artigo admite que o réu apresente pedido contraposto no bojo de ação possessória, instrumentalizando pretensão própria contra o autor.

JOSÉ MANUEL RODRIGUES fez pedido contraposto em sua manifestação defensiva (id. 17090013, fls. 88), requerendo a condenação da autora, no caso de procedência do pedido principal, na obrigação de indenizá-lo pelas benfeitorias edificadas.

O pedido não merece acolhida.

Como já afirmado, não há área a ser reintegrada à posse da ré situada na faixa não edificante, o que geraria a pretensão indenizatória por danos decorrentes da instituição de limitação administrativa (D3365, art. 10-A).

Quanto à área situada na faixa de domínio, não é cabível qualquer indenização, nos termos do Decreto-Lei 9760/46, art. 71:

“Art. 71. O ocupante de imóvel da União sem assentimento desta, poderá ser sumariamente despejado e perderá, sem direito a qualquer indenização, tudo quanto haja incorporado ao solo, ficando ainda sujeito ao disposto nos arts. 513, 515 e 517 do Código Civil.”

Destaque-se que a existência de dúvida quando à situação do imóvel por ocasião do início da posse do réu, há mais de 40 (quarenta) anos, não implica em indenização em consequência da reintegração de posse.

Tratando-se de pedido de indenização feito pelo réu, caberia a ele provar o fato constitutivo de seu direito (CPC, art. 373, I), qual seja, o exercício da posse em período anterior à aquisição do imóvel pela UNIÃO, o que não foi feito. Nesse caso, a dúvida milita contra sua pretensão.

Assim, deve o pedido ser rejeitado.

3. Dispositivo.

Pelo exposto, julgo parcialmente procedente o pedido para:

- a) reintegrar a autora, AUTOPISTA RÉGIS BITENCOURT S.A. na posse da faixa de domínio atualmente ocupada pelo réu JOSÉ MANUEL RODRIGUES;
- b) julgar improcedente o pedido de reintegração de posse da área localizada na faixa não-edificante, atualmente ocupada por JOSÉ MANUEL RODRIGUES;
- c) julgar improcedente o pedido de indenização à autora;
- d) julgar improcedente o pedido de indenização pela reintegração citada no item “a”, em favor do réu.

Extingo, assim, o processo, com resolução de mérito (CPC, art. 487, I).

Havendo sucumbência recíproca (CPC, art. 86), condeno ao pagamento de custas o réu, na proporção de 50%, e a autora, na proporção de 25%.

Sem custas para a assistente simples (CPC, art. 94 c/c L9289, art. 4, I).

Condeno autor e réu ao pagamento de honorários advocatícios, no valor de R\$ 4.850,00 (quatro mil, oitocentos e cinquenta reais) para cada um, equivalentes a 5% do valor do bem imóvel em discussão (id. 17090013, fls. 77), nos termos do CPC, art. 85, §8. Considerando que a avaliação foi feita em novembro de 2015, os valores referentes aos honorários deverão ser corrigidos, pelo IGP-M, índice utilizado na correção de preços de imóveis, até a data desta sentença. Eventual correção monetária incidente sobre períodos posteriores à sentença deverá ser feita nos termos do Manual de Cálculos da Justiça Federal.

Concedida a gratuidade de justiça ao réu, os créditos referentes às condenações em custas e honorários advocatícios ficam submetidos à condição suspensiva (CPC, art. 98, §3).

Sem remessa necessária (CPC, art. 496, I).

Oportunamente, com o trânsito em julgado, observadas as formalidades legais, remetam-se os autos ao arquivo.

Publique-se. Intimem-se. Registrada Eletronicamente.

Registro, 25 de agosto de 2020.

GABRIEL HILLEN ALBERNAZ ANDRADE - Juiz Federal Substituto

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5000757-45.2019.4.03.6135

Autores: A.R.A.S., M.S.

Réus: CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA DO ESTADO DE SÃO PAULO, CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA

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

Juiz Federal: GUSTAVO CATUNDA MENDES

SENTENÇA

I – RELATÓRIO

Trata-se de ação ordinária com pedido de tutela de urgência, por meio da qual a parte autora pretende o afastamento de ato normativo constante das Resoluções nº 2.121/2015 e 2.168/2017, do CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA – CFM e respectiva autorização para doação de óvulos de uma irmã para outra irmã, para fins de reprodução assistida e tratamento de fertilização *in vitro*, bem como que a parte ré se abstenha de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção.

Afirma a coautora A.R.A.A. (37 anos de idade), que possui problemas de fertilidade relacionados à idade e à endometriose (*in casu*, endometriose profunda em razão de processo aderencial pélvico importante com bloqueio bilateral das trompas resultando em hidrossalpinge bilateral). Relata que se submeteu em 2014 a uma laparoscopia com ressecção de endometriose intestinal, apêndice, tubária, ovariana, ligamento uterosacro bilateral, ligamento redondo esquerdo, ligamento largo direita e ooforoplastia, conforme relatório médico em anexo.

Em consequência desse procedimento cirúrgico, a requerente não pode mais engravidar pelos meios naturais. Já se submeteu a duas tentativas de fertilização *in vitro* sem sucesso, diagnosticando-se falência ovariana irreversível associada à endometriose pélvica e aos múltiplos tratamentos cirúrgicos.

Nesse contexto, a coautora M.S., sua irmã (32 anos de idade), conforme relatório médico está “(...) *em faixa etária compatível com a doação de óvulos, com prole definida e em bom estado de saúde disposta a passar pelo procedimento para doação de óvulos para à sua irmã em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina*” (Grifo nosso).

Segundo alega, a pretensão de doação de óvulos entre as irmãs encontra óbice nas Resoluções-CFM nº 2.121/2015 e 2.168/2017, cujo item IV, número 2, dispõe sobre a necessidade do anonimato entre o doador de gameta e o receptor de gameta, preservando o sigilo sobre tais identidades: *IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES (...) 2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa*”.

Foi proferida decisão indeferindo o pedido de antecipação de tutela de urgência e, tendo pela parte autora sido interposto recurso de agravo de instrumento n. 5022995-33.2019.4.03.0000, no qual foi indeferido o efeito suspensivo perante o Eg. TRF3, mantida na íntegra a decisão deste Juízo Federal agravada.

Houve manifestação da parte autora com informações complementares, principalmente referentes aos dados e consentimento da irmã e coautora M.S..

Citados o Conselho Regional de Medicina de São Paulo – CRMSP e Conselho Federal de Medicina – CFM, foram apresentadas contestações.

Réplicas pela parte autora, reiterando os pedidos da petição inicial e com pleito de “*reanálise do pedido de tutela antecipada considerando a contestação apresentada pelo adverso*”.

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

II – FUNDAMENTAÇÃO

II.1 – – REPRODUÇÃO ASSISTIDA – FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - DOAÇÃO DE ÓVULOS – RESOLUÇÕES-CFM Nº 2.121/2015 E 2.168/2017 – GARANTIA DO ANONIMATO – CASO CONCRETO - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - PLANEJAMENTO FAMILIAR

Em sede de apreciação do pedido de tutela de urgência, este Juízo deliberou em sede de cognição sumária no sentido de que, apesar da relevância dos fatos e fundamentos trazidos na petição inicial, bem como da sensibilidade da matéria envolvida, tratando-se de pedido de afastamento da aplicação de ato administrativo (“*autarquia requerida se abstenha de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção*”), afigurava-se imperativo o exercício do contraditório e dilação probatória pelas partes.

Isto porque, a princípio, os atos emanados da Administração Pública gozam de presunção de veracidade, legitimidade e legalidade, de maneira que a atuação do Poder Judiciário se justifica, exemplificadamente, em casos de infração à lei e abuso de poder, sobretudo em observância ao princípio da inafastabilidade da jurisdição (CF, art. 5º, XXXV) aliado ao princípio da separação dos Poderes (CF, art. 2º).

E pelo Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região foi confirmada na íntegra a decisão deste Juízo, através do Agravo de Instrumento n. 5022995-33.2019.4.03.0000.

Com efeito, o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário limita-se a hipóteses em que se verifica ilegalidade ou abuso de poder. Sobre o controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, a jurisprudência do Egrégio Superior Tribunal de Justiça:

“ADMINISTRATIVO. (...). ALEGAÇÃO DE INCURSÃO DO PODER JUDICIÁRIO NO CHAMADO MÉRITO ADMINISTRATIVO. SITUAÇÃO CONSOLIDADA POR FORÇA DE DECISÃO JUDICIAL PROFERIDA HÁ MAIS DE 6 ANOS. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO AO PODER PÚBLICO E A QUEM QUER QUE SEJA. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO. (...).

3. Outrossim, a antiga doutrina que vedava ao Judiciário analisar o mérito dos atos da Administração, que gozava de tanto prestígio, não pode mais ser aceita como dogma ou axioma jurídico, eis que obstaria, por si só, a apreciação da motivação daqueles atos, importando, *ipso facto*, na exclusão apriorística do *controle dos desvios e abusos de poder*, o que seria incompatível com o atual estágio de desenvolvimento da Ciência Jurídica e do seu propósito de estabelecer *controles sobre os atos praticados pela Administração Pública, quer sejam vinculados (controle de legalidade), quer sejam discricionários (controle de legitimidade)*.

4. Agravo Regimental da Ordem dos Advogados do Brasil Seccional do Paraná desprovido”. (Superior Tribunal de Justiça, AARESP 201001788820, Relator Napoleão Nunes Maia Filho, 1ª Turma, DJE de 14.09.2012 – Grifo nosso).

No mesmo sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

“MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO. REGULAR TRAMITAÇÃO.

1- A Administração Pública, no âmbito do processo administrativo, deve observar os princípios da legalidade, da razoabilidade e da eficiência (art. 2º, caput, da Lei 9784/99).

2- Em que pese o reconhecimento de certa discricionariedade à autoridade administrativa julgadora, especificamente no tocante à oportunidade da decisão do processo administrativo, esta não pode vir a constituir abuso de direito, em prejuízo do administrado, o qual, por

caracterizar ato ilícito, fica sujeito ao controle pelo Poder Judiciário.
(...).

4- Remessa oficial improvida.”

(TRF3 - REOMS 200561000155663, Juiz Leonel Ferreira, JUDICIÁRIO EM DIA - Turma D, DJF3 CJ1 de 30.11.2010 – Grifo nosso).

Em relação às *limitações de saúde* que motivaram a realização do procedimento médico-hospitalar de doação de órgãos (óvulos), consta da petição inicial que “*Em 2014 se submeteu a uma laparoscopia com ressecção de endometriose intestinal, apêndice, tubária, ovariana, ligamento uterosacro bilateral, ligamento redondo esquerdo, ligamento largo direita e ooforoplastia, conforme relatório médico*”, sendo que “*Em consequência desse procedimento cirúrgico resultou que a primeira requerente não pode mais engravidar pelos meios naturais. Até então não tem filhos.*”. (Grifo nosso).

Ainda, que a “*primeira requerente não desistiu da expectativa e o desejo de ser mãe conquanto a realização pessoal mais importante de sua vida. A maternidade é um sonho que pretende se torne realidade e assim poder gerar o seu primeiro filho*”. (Grifo nosso).

Aduzem as autoras que “*pretende a primeira requerente planejar a sua família que para tanto conta com o altruísmo de sua irmã, segunda requerente, que figura no polo ativo para que o Juízo permita possa ser a doadora de óvulos para a esperada realização da maternidade*”, todavia, “*a doação de óvulos por pessoa conhecida encontra óbice por conta da Resolução 2.121/2015 do Conselho Federal de Medicina.*”. (Grifo nosso).

Dispõem as *Resoluções-CFM nº 2.121/2015 e 2.168/2017, item VI, número 2*:

“IV - DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES

(...)

2 - Os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”.

Ocorre que, no presente caso, a atuação e o controle do Poder Judiciário se legitima para fins do reconhecimento da parcial procedência do pedido da parte autora, ante o patente risco de a norma do Conselho Federal de Medicina – CFM preterir o DIREITO À VIDA e o DIREITO À SAÚDE estampados na Constituição Federal de 1988, o que não se deve admitir ante flagrante ilegalidade:

“DOS DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS

(...)

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

(...)

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação; (...)

Art. 196. A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação. (Grifo nosso).

Apesar do zelo e da cautela constantes da *Resolução CFM nº 2121/2015, item IV, número 2*, segundo consta sucedida pela *Resolução CFM nº 2.168/2017*, verifica-se caso em concreto de

planejamento de reprodução familiar assistida, através da doação óvulos entre membros da mesma família (duas irmãs), com consentimento recíproco entre todas as pessoas envolvidas, inclusive com a amparo em laudos médico e psicológico.

Consta dos autos declaração da coautora irmã Sr^a M.S.T. “de 32 anos... c/ prole definida e em bom estado de saúde, disposta a passar pelo procedimento para doação dos óvulos à sua irmã, em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina”, bem como demais documentos que demonstram a maioridade e capacidade das pessoas envolvidas para todos os atos da vida civil, sua voluntariedade e consentimento expresso para com os procedimentos médico-hospitalares necessários, não se verificando qualquer vício de consentimento ou óbice legal aos atos pretendidos pela parte autora.

Por conseguinte, impõe-se a priorização e preservação do inviolável DIREITO À VIDA (CF, art. 5º, caput e inciso X) e do DIREITO À SAÚDE (CF, art. 196), bem como do PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, fundamento da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, inciso III), com relativização dos direitos ao anonimato e ao sigilo almejados por questões éticas nas Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, em decorrência de evidente necessidade da ponderação dos princípios e valores envolvidos em aparente conflito, segundo a doutrina do alemão ROBERT ALEXY.

Com efeito, tratando-se de pessoas irmãs, com comprovado histórico médico de impossibilidade de geração de filhos por meios exclusivamente próprios, não deve prevalecer a aplicação da “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida” consubstanciado nas Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2, hipótese em que a preservação de sigilo entre doador e receptor estaria sendo priorizada em detrimento do DIREITO À VIDA que se pretende exercer a partir da reprodução assistida através da doação de óvulos entre irmãs, o que não se deve admitir ante a interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro.

Conforme restou evidenciado a partir do conjunto probatório produzido nos autos, em razão de condições de idade e de identificadas limitações de saúde, a doação de órgãos (óvulos) se encontra recomendada por ATESTADO MÉDICO e também por PARECER PSICOLÓGICO, a partir da devida aferição por exames clínicos, de maneira que a norma acessória do CRM (direito ao sigilo entre doador e receptor) não deve preponderar sobre a norma principal (direito à vida) insculpida na Constituição Federal (CF, art. 5º, caput e inciso X).

Segundo o acervo documental que instrui os autos, constam:

(i) DOCUMENTOS PESSOAIS das autoras A.R.A.S. (nascida em 23/01/1982) e M.S.T. (nascida em 07/05/1987), em que se evidencia a maioridade e aptidão para exercerem pessoalmente os atos da vida civil (CC, art. 4º, inciso I);

(ii) DECLARAÇÕES de consentimento e voluntariedade entre as autoras, doadora e receptora dos óvulos, que materializam a ausência de qualquer vício de vontade entre as pessoas envolvidas no procedimento médico-hospitalar de doação de óvulos;

(iii) ATESTADO MÉDICO: “Paciente [A.R.A.S.] com 37 anos e quadro de infertilidade primária (sem filhos) há anos, já submetida a 2 tentativas de fertilização in vitro sem sucesso, evoluiu com diagnóstico de falência ovariana irreversível associado a endometriose pélvica e múltiplos tratamentos cirúrgicos, com indicação de fertilização in vitro com óvulos doados (...) tem irmã de 32 anos, portanto em faixa etária compatível com doação de óvulos, com prole definida e em bom estado de saúde, disposta a passar pelo procedimento para doação de óvulos à sua irmã, em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina. Dr. F.B.L. – Reprodução Humana e Videoendoscopia – CRM 82473. 26/09/19” (fl. 31 – ID 19609316), e

(iv) *PARECER PSICOLÓGICO*: “(...) O casal já passou por inúmeras tentativas de fertilização, tanto natural quanto em processo assistido e não tiveram sucesso. (...) Avaliei o discurso de ambos e eles estão cientes de todo o processo de se gerar uma criança com material biológico de uma pessoa conhecida e da mesma família. Foi esclarecida a necessidade de acompanhamento psicológico tanto da doadora quanto da geradora durante todo o tratamento a gestação e o puerpério. Os três estão cientes da complexidade do processo e de que é fundamental um acompanhamento psicológico para um bom desenvolvimento psíquico do caso (...) 15 de julho de 2019. A.C.B.M.B - CRP 06/6719.” (fl. 32 – ID 19609329).

Pelo que se infere dos autos, faz-se ainda possível se verificar que *pelas autoras houve tentativas e o exaurimento das possibilidades de reprodução natural a partir dos métodos convencionais, ou seja, sem intervenção médica ou assistência e de terceiros*. Todavia, apesar da idade ainda considerada de *juventude adulta*, em virtude de *peculiaridades orgânicas e de saúde das autoras*, conforme documentos médicos se concluiu pela *limitação na reprodução por meios exclusivamente próprios*, o que deu ensejo à procura pela *realização dos procedimentos de reprodução assistida a partir da doação de óvulos entre as irmãs, com amparo em ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO*.

Outrossim, inclusive *sob invocação do já referido princípio fundamental da dignidade da pessoa humana*, e ainda no *princípio da “paternidade responsável”*, dispõe a *Constituição Federal*, art. 226, §7º que o “o *PLANEJAMENTO FAMILIAR* é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito”:

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado .(...)

§ 7º Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.” (Grifo nosso).

Por sua vez, também o *Código Civil* estabelece no art. 1.565 que “o *PLANEJAMENTO FAMILIAR* é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito”, nos seguintes termos:

“Art. 1.565. Pelo casamento, homem e mulher assumem mutuamente a condição de consortes, companheiros e responsáveis pelos encargos da família. (...)

§ 2º O planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas. (Grifo nosso).

Ainda, a *Lei n. 9.262/1996*, que “trata do *planejamento familiar*, estabelece penalidades e dá outras providências”, preconiza no sentido de que:

“Art. 1º O planejamento familiar é direito de todo cidadão, observado o disposto nesta Lei.

Art. 2º Para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.

Art. 5º - É dever do Estado, através do Sistema Único de Saúde, em associação, no que couber, às instâncias componentes do sistema educacional, promover condições e recursos informativos, educacionais, técnicos e científicos que assegurem o livre exercício do planejamento familiar.

Art. 9º Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia. (Grifo nosso).

De fato, não devem prevalecer as informações prestadas pelo *Conselho Regional de Medicina – CRM-SP* no sentido de que “tal procedimento esbarra na Resolução CFM nº 2.168/2017, capítulo IV, a qual veda o conhecimento da identidade de doadores e receptores”, restando *clara a extrapolação do poder normativo ao se estabelecer LIMITES ao direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar NÃO PREVISTOS na CONSTITUIÇÃO FEDERAL e em LEI*, sob alegação de suposta transposição aos “transpondo os princípios da ética e da moralidade”, o que *não se deve admitir sob pena de norma infralegal preponderar sobre a Lei Maior e o ordenamento jurídico brasileiro*.

Ademais, *não se sustenta, no presente caso*, a invocada “*garantia do anonimato*”, que segundo o réu CRM-SP, “se insere neste conceito de ‘ladeira escorregadia’”, no sentido de “evitarem-se complicações futuras nos aspectos, sobretudo, legais e psicológicos”, decorrente de *norma de caráter ético aplicável à população em geral*, visto se cuidar a *presente hipótese em concreto de planejamento familiar que envolve familiares* que, em *gesto de altruísmo e de boa vontade ao propósito da irmã de gerar seu primeiro e talvez único filho*, há evidente *disponibilidade gratuita para se viabilizar o exercício do direito à vida e à saúde através da doação de óvulos entre irmãs*, não se verificando neste ato qualquer violação aos preceitos éticos e morais que bem conduzem o exercício da medicina.

Com efeito, pretenderem os réus inviabilizar o procedimento almejado pelas autoras, de se concretizar a *doação de óvulos entre irmãs, para reprodução assistida com amparo em atestado médico e parecer psicológico*, sob alegado receio de “surgir figuras até então desconhecidas no mundo jurídico tais como: avó-mãe, tia-mãe, filho-sobrinho, filho-neto etc.”, certamente representa *querer prevalecer ditames de convenção e sob duvidosa invocação da ética e da moral, em notável negação do amor e da fraternidade que envolve a doação de órgãos (óvulos) entre irmãs, para, em última análise, se imperar o direito à vida e a efetividade do planejamento familiar*.

Quanto à questão relativa à *eventual “disputa pela maternidade”* e da existência de “*figuras dúbias em sua família*”, na medida em que o procedimento objeto dos autos conta com *recomendação por ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO, procedem os Conselhos Regional e Federal de Medicina, ora réus*, com insensibilidade e impessoalidade preocupantes, na medida em que, segundo se alega nas contestações, cumpre a referidos órgãos a *fiscalização e regulação do bom exercício da medicina*, que visa sobretudo a *preservação e manutenção da vida e da saúde*, bens supremos da sociedade em geral.

Em última análise, a *atuação obstrutiva do CRM-SP e CFM*, sob viés de *contempladores da dita ÉTICA e da MORAL no exercício da medicina* pelos profissionais que atuam sob sua fiscalização e regulação, de *forma CONTRADITÓRIA à atuação de próprio profissional médico com RELATÓRIO MÉDICO* pela “*indicação de fertilização in vitro com óvulos doados (...) tem irmã de 32 anos, portanto em faixa etária compatível com doação de óvulos (...) disposta a passar pelo procedimento para doação de óvulos à sua irmã, em caso de anuência por parte do Conselho Regional de Medicina*”, bem como ignorando *PARECER PSICOLÓGICO*,

NEGAM VIGÊNCIA aos dispositivos da CONSTITUIÇÃO FEDERAL e de LEIS que compõem o ordenamento jurídico brasileiro.

Isto porque, a *Constituição Federal* prevê de forma inequívoca a “inviolabilidade do direito à vida”, que “a saúde é direito de todos e dever do Estado” e que o “planejamento familiar é livre decisão do casal”, sendo que as Resoluções do CFM ainda refutam o teor das leis que dispõem também que “o planejamento familiar é de livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito, vedado qualquer tipo de coerção por parte de instituições privadas ou públicas” (Código Civil) e que “para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção”, sendo assegurados “avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.” (Lei n. 9.262/1996), como de fato ocorre no presente caso.

Conforme bem se enfatiza dentre os fundamentos desta sentença, o procedimento objeto destes autos envolve *pessoas maiores e capazes*, e não menores relativamente capazes ou em idade avançada e que poderiam gerar suscitações diversas, de maneira que *bem se compreende que sejam avaliados pelas partes, dentro do próprio seio do exercício do direito ao planejamento familiar, os riscos, circunstâncias e consequências do ato de reprodução assistida a partir da doação de órgãos (óvulos) entre irmãs.*

De forma nua e crua, na essência e na interpretação sistemática do ordenamento jurídico brasileiro, atualmente se negar a doação de óvulos entre irmãs, com limitações de saúde amparadas por ATESTADO MÉDICO, bem como condições psíquicas certificadas por PARECER PSICOLÓGICO, sendo todos os envolvidos maiores, capazes e, inclusive, casados, significa pretender privilegiar ato normativo infralegal representado pelas Resoluções do CFM, com irrefutável afastamento dos direitos à vida, à saúde e ao planejamento familiar que se encontram escancarados na Constituição Federal e no Código Civil.

Na verdade, soa contraditória e inconsistente a atuação dos réus CRM-SP e CFM, enquanto órgãos regulatórios na fiscalização da atuação dos profissionais da medicina, ao sustentar que possuem alegada preocupação “quanto ao aspecto ético e bioético na salvaguarda dos direitos psicológicos do possível nascituro, como também dos pais, tanto afetiva quanto biológica”, quando o presente caso conta com ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO que amparam a pretensão de procedimento de reprodução assistida mediante doação de órgãos (óvulos) entre irmãs, sendo patente a extrapolação do poder regulatório dos réus ante a tutela do direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar assegurados pela Constituição Federal e Código Civil.

Ainda, se deve acolher a pretensão do Conselho Federal de Medicina – CFM de que “visa a dar segurança a todos os envolvidos (as pessoas que desejam se submeter ao procedimento para engravidar, o bebê a ser gerado e o médico), seja no aspecto da privacidade do doador, seja no da ética médica”, sob evidente risco de se privilegiar norma infralegal de enfoque à ética médica, em detrimento do direito à vida e à saúde estampados na Constituição Federal (CF, art. 5º, caput e inciso X e art. 196), bem como em prejuízo do direito ao planejamento familiar previsto no Código Civil (art. 1.565, § 2º), direito da família e dever do Estado conferir amparo e assistência para seu pleno exercício.

Com todo respeito aos entendimentos diversos, afigura-se irrazoável e desproporcional os réus CRM-SP e CFM exigirem das autoras, que possuem núcleo familiar com ATESTADO MÉDICO e PARECER PSICOLÓGICO com recomendação pela doação de óvulos entre as

irmãs, que tenham que recorrer à doação de óvulos de pessoas estranhas e sob a “garantia do anonimato” entre doador e receptor dos óvulos, para bem atender à norma infralegal do Conselho Federal de Medicina, sob alegação se preservar questões éticas e morais, fazendo tábula rasa da Constituição Federal, do Código Civil e da Lei n. 9.262/1996 (Planejamento Familiar), que instituem a SUPREMACIA DO DIREITO À VIDA e elevam o PLANEJAMENTO FAMILIAR como direito de “livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e financeiros para o exercício desse direito”.

Note-se que se afigura louvável e de respeitar a iniciativa dos órgãos reguladores e fiscalizatórios Conselho Regional de Medicina – CRM-SP e Conselho Federal de Medicina – CFM de, através de “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida”, sob as razões e estudos sustentados nas contestações, procurarem assegurar a “garantia do anonimato” entre doadores e receptores na “DOAÇÃO DE GAMETAS OU EMBRIÕES”, de forma ampla e genérica. Todavia, impõe-se que, no presente caso em concreto e sob as razões ora expostas, sobretudo sob amparo em documentos médicos e psicológicos, seja observado o postulado do direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar preconizados pela Constituição Federal e pelas leis deste país.

Por oportuno, ante a disposição expressa da CF/1988, CC/2002 e Lei n. 9.262/1996, muito embora estabeleça a Lei n. 3.268/1957 (Conselhos Federal e Regionais de Medicina), no seu art. 2º, que os réus “são os órgãos supervisores da ética profissional em toda a República e ao mesmo tempo, julgadores e disciplinadores da classe médica, cabendo-lhes zelar e trabalhar por todos os meios ao seu alcance, pelo perfeito desempenho ético da medicina e pelo prestígio e bom conceito da profissão e dos que a exerçam legalmente.”, sendo atribuição dos Conselhos Regionais “conhecer, apreciar e decidir os assuntos atinentes à ética profissional, impondo as penalidades que couberem”, (art. 15, alínea “d”), prevê a Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, de maneira irrefutável, que “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece” (art. 3º), e que, nas regras de hermenêutica jurídica, “a lei posterior revoga a anterior quando expressamente o declare, quando seja com ela incompatível ou quando regule inteiramente a matéria de que tratava a lei anterior.” (Art. 2º, § 1º), cumprindo, portanto e em definitivo, a fiel observância aos termos da Constituição Federal de 1988, Código Civil 2002 e Lei 9.262/1996 ao zelarem pelo direito à vida, à saúde e ao planejamento familiar a assistirem ao pleito da parte autora.

Por conseguinte, observadas as cautelas necessárias pelas pessoas maiores e responsáveis envolvidas, tratando-se do pleno exercício ao DIREITO À VIDA a partir do PLANEJAMENTO FAMILIAR de reprodução assistida mediante a doação de órgãos (óvulos) entre irmãs, cumpre ao Estado proporcionar meios que amparem tal pretensão familiar, e não oferecer óbices e o dificuldades à consecução dos procedimentos médicos, sobretudo quando recomendados por atestado médico e sob amparo em parecer psicológico.

Sobre a matéria em tela, constam relevantes precedentes na jurisprudência do Eg. TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 3ª REGIÃO, nos seguintes termos:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. FERTILIZAÇÃO IN VITRO. PRESERVAÇÃO DE ANONIMATO ENTRE DOADOR E RECEPTORES. PLANEJAMENTO FAMILIAR. MATERIAL GENÉTICO DE PARENTE EM LINHA COLATERAL. OVODOAÇÃO INTRAFAMILIAR. RAZOABILIDADE.

1. O cerne da questão diz respeito à possibilidade de afastamento da previsão contida no capítulo IV da Resolução CFM nº 2.168/2017, que determina a preservação do anonimato entre doadores e receptores.

2. Os agravantes estão proibidos de realizar o procedimento pretendido com base na Resolução do CFM acima mencionada, o que afasta a alegação de ilegitimidade ativa.
 3. A manutenção do sigilo é multifatorial, envolvendo questões jurídicas, psicológicas e bioéticas, risco de mau uso, entre os quais, sexagem e a eugenia, eticamente condenáveis; problemas psicológicos e afetivos da própria criança, a longo do tempo.
 4. O direito de planejamento familiar está previsto no art. 226, §7º, da CF. Por sua vez, a Lei nº 9.263/1996, regula o referido §7º.
 5. Não se está propugnando, por ocasião da análise deste caso concreto, a mudança da regra geral do sigilo, a despeito dos prós e contras existentes a favor da sua manutenção ou de sua mudança, para prestigiar os laços familiares.
 6. É possível, todavia, afastar a regra que impõe o sigilo do doador em face das peculiaridades do caso concreto.
 7. A preferência de doação de óvulo por membro da família, com preservação do patrimônio genético, em relação à doação por terceiro desconhecido, é razoável e compreensível, não se vislumbrando riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, com base nas condições pessoais e familiares dos envolvidos.
 8. Na hipótese, deve prevalecer o princípio da liberdade de planejamento familiar, observados os corolários da dignidade humana e da maternidade/paternidade responsável, em detrimento do sigilo de doadores previsto na Resolução nº 2.121/2015.
 9. Agravo de instrumento provido.”
- (AI 5029531-94.2018.4.03.0000, Desembargador Federal CONSUELO YATSUDA MOROMIZATO YOSHIDA, TRF3 – 6ª Turma, e – DJF3 Judicial 1 DATA: 28/10/2019 – Grifo nosso).

“CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL CIVIL. REPRODUÇÃO ASSISTIDA - FERTILIZAÇÃO *IN VITRO* - ILEGITIMIDADE ATIVA E PASSIVA *AD CAUSAM* - INOCORRÊNCIA - DOADORA E RECEPTORA DE ÓVULOS - DOAÇÃO ENTRE IRMÃS - REGRA DO ANONIMATO - RESOLUÇÃO/CFM Nº 2121/2015 - INAPLICABILIDADE - PLANEJAMENTO FAMILIAR - SAÚDE -DIREITO FUNDAMENTAL.

1. Legitimidade da receptora de óvulos, seu cônjuge e irmã (possível doadora) para a propositura da presente ação. Evidencia-se a titularidade dos autores para pleitearem o direito debatido, dada a inegável repercussão, em suas esferas jurídicas, da proibição de realização de procedimento de reprodução assistida mediante doação de óvulos por pessoa conhecida, inscrita na Resolução/CFM nº 2013/2013 e repetida pela Resolução/CFM nº 2121/2015, em vigor.
2. Legitimidade passiva *ad causam* do Conselho Regional de Medicina, considerando sua atribuição fiscalizatória do cumprimento das diretrizes que vinculam os profissionais e entidades da área médica. (...)
4. A adoção dos procedimentos e técnicas de reprodução assistida encontra guarida nos direitos constitucionais ao planejamento familiar (art. 226, § 7º, CF/88) e à saúde (art. 196, CF/88), bem como no princípio da autonomia privada.
5. Em harmonia com a Constituição, o Código Civil reconhece, no artigo § 2º do art. 1.565, a importância do planejamento familiar, direito cujo exercício deve contar com apoio educacional e financeiro do Estado.
6. Nesse cenário de tutela da aspiração reprodutiva como consequência do direito fundamental à saúde e ao planejamento familiar e, conseqüentemente, de autorização e facilitação de acesso às técnicas de procriação medicamente assistida, eventuais restrições, para se legitimarem, devem encontrar suporte lógico, científico e jurídico.
7. O direito à reprodução por técnicas de fecundação artificial não possui, por óbvio, caráter absoluto. Contudo, eventuais medidas restritivas de acesso às técnicas de reprodução assistida, insito ao exercício de direitos fundamentais de alta envergadura, consoante demonstrado, só se justificam diante do risco de dano efetivo a um bem relevante, análise a ser perpetrada, não raro, em face do caso concreto.

8. No caso dos autos, objetivam os autores autorização para a realização de procedimento de fertilização *in vitro* mediante utilização de óvulos de doadora conhecida (irmã da autora), afastando-se a proibição do item 2, IV, da Resolução nº 2121/2015, emanada do Conselho Federal de Medicina, que revogou a anterior Resolução/CFM nº 2013/2013, embora mantenha disposição no mesmo sentido.

9. A razão maior da proibição inscrita na Resolução/CFM nº 2121/2015, ao resguardar a identidade de doador(a) e receptor(a), encontra fundamento ético nos riscos de questionamento da filiação biológica da futura criança, desestabilizando as relações familiares e pondo em cheque o bem estar emocional de todos os envolvidos.

10. Os laços consanguíneos existentes entre as irmãs e o fato da possível doadora haver constituído família tornam remota a chance de qualquer disputa em torno da maternidade, caindo por terra, então, diante da análise da situação concreta, a proibição inserta na norma questionada e a cautela representada pela preocupação que moveu o Conselho Federal de Medicina ao erigi-la.

11. Por outro lado, se o sigilo é importante para garantir aos doadores de gametas isenção de responsabilidade em face dos deveres inerentes às relações de filiação, sob esse aspecto também não se mostra consentâneo com o caso concreto, no qual a relação de parentesco verificada entre doadora, casal e futura criança caracteriza vínculo do qual decorrem obrigações preexistentes de cuidado e assistência mútua.

12. A questão posta não se coloca em face da inidoneidade do texto normativo emanado do Conselho Federal de Medicina, mas de sua inaplicabilidade ao caso sub judice, considerando a razão maior de sua existência.

13. Outrossim, as normas que minudenciam regras aplicáveis aos procedimentos marcados pela intervenção humana na procriação artificial, emanadas desse Conselho, ostentam natureza infralegal, veiculando preceitos eminentemente éticos, portanto, desprovidos de caráter sancionatório (exceto o disciplinar), que, em nosso ordenamento jurídico, é inerente às manifestações do Poder Legislativo.

14. Reconhecido o direito à efetivação do procedimento de fertilização *in vitro* a partir de óvulos doados pela irmã da autora, abstendo-se a autarquia ré de adotar quaisquer medidas ético-disciplinares contra os profissionais envolvidos nessa intervenção, aos quais se reserva o direito de aferir a viabilidade do procedimento mediante oportuna realização dos exames necessários.” (AC 00070529820134036102, Desembargador Federal Mairan Maia, TRF3 – SEXTA TURMA, e-DJF3 Judicial 1 DATA:19/11/2015 - (Grifo nosso).

E, ainda, decidiu o Eg. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL acerca da “opção do casal por um processo “*in vitro*” de fecundação artificial de óvulos”, com abordagem aos “direitos fundamentais à autonomia de vontade, ao planejamento familiar e à maternidade”, que, *mutatis mutandis*, se aplicam ao caso em concreto:

“CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5º DA LEI Nº 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO. I – O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO

EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA.(...) V – OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE.

A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de *autonomia de vontade individual* que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos *princípios igualmente constitucionais* da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. *A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis.* O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um *casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”*.

De uma parte, para aquinhoar o *casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5º)*, aqui entendida como *autonomia de vontade*. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, *planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7º desse emblemático artigo constitucional de nº 226)*. O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5º da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição (...). Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (...)” (Destaquei.) (STF. ADI 3510, AYRES BRITTO, Julg. 29.05.2008.).

E, segundo *recente entendimento* do *EG. TRIBUNAL REGIONAL DA 4ª REGIÃO*:

“Mulher consegue na Justiça direito de receber doação de óvulos da irmã
29/06/2020

O Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4) garantiu o direito de uma moradora do estado do Paraná a receber uma doação de óvulos da irmã para a realização de fertilização *in vitro*. A decisão foi proferida por três votos a dois pela 4ª Turma ampliada da Corte, em julgamento telepresencial ocorrido no dia 24 de junho.

As irmãs impetraram um mandado de segurança na Justiça Federal paranaense em janeiro de 2019, onde narraram que o único empecilho para que o procedimento fosse realizado era a falta de autorização do Conselho Regional de Medicina do Paraná (CRM-PR) para que um médico fizesse a fertilização.

Conforme o CRM-PR, as normas éticas adotadas pelo Conselho Federal de Medicina para a reprodução assistida estabelecem que os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa.

Na ação, a mulher que pretende engravidar informou que possui endometriose e que, por essa razão, todos os tratamentos a que se submeteu ao longo dos anos não surtiram efeito. As irmãs ainda argumentaram que não possuem recursos financeiros para importar óvulos do exterior e alegaram que a compatibilidade genética entre ambas possibilitaria maior probabilidade de obter êxito no procedimento.

Elas requisitaram que o CRM-PR se abstinhasse de mover um processo ético-disciplinar fundamentado em violação ao sigilo de doadores e receptores contra os profissionais de saúde que fossem realizar a fertilização.

Em fevereiro do ano passado, a 3ª Vara Federal de Curitiba julgou que as autoras da ação não possuíam legitimidade ativa para impedir um eventual processo disciplinar aberto pelo conselho contra algum médico que aceitasse realizar a fertilização.

O entendimento da decisão de primeira instância foi de que, de acordo com o Código de Processo Civil, ninguém pode pleitear direito alheio em nome próprio.

Dessa forma, o processo foi extinto sem resolução de mérito.

As autoras apelaram da decisão ao TRF4 postulando a reforma da sentença e o deferimento dos pedidos formulados no mandado de segurança. Elas alegaram interesse direto na causa, pois seriam as beneficiárias da procedência do mandado de segurança.

No recurso, também citaram a existência de parecer favorável do Ministério Público Federal e citaram precedentes do próprio TRF4 e do Superior Tribunal de Justiça que autorizam o uso do mandado de segurança para fins declaratórios.

Em julgamento iniciado em outubro de 2019 e finalizado na última semana, prevaleceu o voto do desembargador federal Ricardo Teixeira do Valle Pereira no sentido de dar provimento à apelação e reformar a decisão de primeiro grau. O magistrado havia pedido vista dos autos do processo para uma melhor análise dos fatos.

Segundo Valle Pereira, é inquestionável o interesse e a legitimidade das autoras na causa.

“Considerando que o procedimento que buscam em rigor será realizado em seu proveito, não lhes pode ser tolhida a busca da via judicial. Isso porque não podem depender de consentimento de possíveis litisconsortes ativos que, por sinal, sequer são conhecidos, visto que não se sabe se os procedimentos realmente serão realizados e, em caso positivo, quais os profissionais que neles atuarão”, disse ele.

Ao entrar na análise do mérito da ação, o desembargador frisou que não existe lei que proíba a doação de óvulos entre irmãs.

“Por outro lado, os médicos que farão o procedimento ainda não são conhecidos e, sabedores das resoluções do conselho profissional e as restrições impostas ao exercício profissional, certamente se negariam a realizá-lo, de onde decorre o interesse a ser tutelado pelos imetrantes cujo direito material deve ser privilegiado”, pontuou o magistrado.

Em seu voto, Valle Pereira salientou que a Constituição Federal e a Lei do Planejamento Familiar garantem o direito ao livre planejamento familiar para todos os casais.

De acordo com ele, a aplicação irrestrita da obrigatoriedade de anonimato entre doadora e receptora de óvulos em todas as situações fere a liberdade e a autonomia individual. Para o magistrado, situações diferenciadas devem ser examinadas de acordo com as suas particularidades.

“No caso em apreço percebe-se que há anuência expressa da doadora, que já tem família constituída e é irmã da receptora e também autora da demanda, havendo, inclusive, laudo psicológico respaldando a doação pretendida. Considerando que os demandantes são capazes, podendo deliberar livremente sobre suas escolhas, e que o procedimento é a última possibilidade que restou ao casal para tentar gerar filhos, não vejo razões para impedir o tratamento”, concluiu o desembargador”. (Fonte: sítio eletrônico do TRF da 4ª Região: <https://www.trf4.jus.br/trf4/controlador.php?acao=noticia_visualizar&id_noticia=15281> - Acesso em: 19/09/2020 - Grifo nosso).

Por derradeiro, em apreciação ao *pedido de liminar em mandado de segurança*, bem ponderou a MM. Juíza Federal Rosana Perri, da 2ª Vara Cível Federal de São Paulo:

“(…) a resolução questionada estabelece algumas diretrizes a serem seguidas e, no caso em tela, por se tratarem de irmãs, há uma maior compatibilidade fenotípica, imunológica e a

máxima compatibilidade com a receptora, favorecendo o desenvolvimento do embrião e, ainda, considere-se o fato de que por possuírem laços de parentesco, tende a diminuir a possibilidade de uma disputa quanto à maternidade.” (MS 5003638-37.2018.4.03.6100 - Órgão julgador: 2ª Vara Cível Federal de São Paulo - Distribuição : 14/02/2018 – Decisão em 09/03/2018 - Grifo nosso).

Por outro lado, em decorrência do *princípio da adstrição ou congruência*, que impõe que a sentença deve partir dos *elementos objetivos e subjetivos* delimitados a partir da petição inicial, que de fato estabelece os *limites da lide*, não deve prevalecer a pretensão da parte autora de afastamento das Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2 em caráter geral e amplo.

Com efeito, a partir dos *elementos de prova* constantes destes autos, em que se verificou o exercício do direito postulatório e do contraditório pelas partes, inclusive *Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CRM-SP* e *Conselho Federal de Medicina – CFM*, verifica-se a *relevância dos fundamentos da partes autora* e ao *requisitos legais suficientes* ao reconhecimento da parcial procedência do pedido, mas de *forma limitada às partes destes autos*, antes as peculiaridades subjetivas e objetivas demonstradas na instrução processual, e não em caráter genérico e irrestrito a terceiros não integrantes deste feito.

Portanto, após o *pleno exercício do contraditório, produção de provas* e em *sede de cognição exauriente*, impõe-se o acolhimento em parte do pedido da parte autora, para *neste caso em concreto se AFASTAR a aplicação da “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida” constante das Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2*, com consequente *AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médicos necessários de reprodução assistida para que se efetive a doação de órgãos (óvulos) entre as irmãs autoras*, sem incursão dos profissionais médicos e de saúde envolvidos em qualquer infração disciplinar perante o CRM e CRM-SP.

Contudo, *cumprirá às partes envolvidas realizar todos os atos necessários, sob seus custos respectivos*, para fins de *consultas médicas preparatórias, agendamento do procedimento médico-hospitalar, submissão ao tratamento de reprodução assistida e fertilização in vitro, termos de responsabilização recíproca e demais atos de ordem civil*, inclusive *recomendado acompanhamento psicológico dos envolvidos*, para o *bom desenvolvimento e execução do objetivo de doação de órgãos (óvulos) entre as irmãs autoras, sob suas responsabilidades civil e penal*.

Considerando que o momento da prolação de sentença é oportuno para *distribuir o ônus do tempo do processo*, com vistas a salvaguardar a eficácia do princípio constitucional da razoável duração do processo e ao mesmo tempo privilegiar o direito provável em detrimento do improvável, demonstrada a relevância dos fundamentos da parte autora (*fumus boni iuris*) e diante do nítido perigo de dano em caso de demora na realização do procedimento médico-hospitalar (*periculum in mora*), nos termos do art. 294 e 300, do CPC, *defiro a tutela de urgência para se conceder AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médico-hospitalares necessários de reprodução assistida e fertilização in vitro para que se efetive a doação de órgãos (óvulos) entre as irmãs autoras*, observados os demais termos desta sentença na íntegra.

III – DISPOSITIVO

Diante do exposto, *JULGO PROCEDENTE em parte* os pedidos da petição inicial, para, com fundamento no Código de Processo Civil, art. 487, inciso I, resolver o mérito para:

A) *DECLARAR no caso em concreto o AFASTAMENTO da aplicação da “norma para utilização das técnicas de reprodução assistida” constante das Resoluções-CFM nº 2121/2015 e nº 2.168/2017, item IV, número 2 (“os doadores não devem conhecer a identidade dos receptores e vice-versa”)* em favor da parte autora, com consequente

B) *AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médico-hospitalares necessários de reprodução assistida e fertilização in vitro para que se efetive a doação de óvulos entre as irmãs autoras, com*

C) *CONDENAÇÃO dos réus Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo – CRM-SP e Conselho Federal de Medicina – CFM à OBRIGAÇÃO DE NÃO-FAZER de se absterem da adoção de eventuais medidas ético-disciplinares ou incursão dos profissionais médicos e de saúde envolvidos no tratamento de reprodução assistida e fertilização in vitro entre as irmãs autoras em qualquer infração disciplinar perante o CRM e CRM-SP, sob pena de MULTA-DIÁRIA em caso de eventual descumprimento.*

Conforme fundamentação, nos termos do art. 294 e 300, do CPC, *DEFIRO A TUTELA DE URGÊNCIA* para se conceder *AUTORIZAÇÃO JUDICIAL de realização dos procedimentos médico-hospitalares necessários de reprodução assistida e fertilização in vitro para que se efetive a doação de óvulos entre as irmãs autoras*, observados os demais termos desta sentença na íntegra. Comunique-se com urgência, autorizados os meios eletrônicos.

Cumprirá às partes informar ao Juízo sobre a efetivo cumprimento da tutela de urgência, com documentos comprobatórios, assumindo o ônus de eventual inércia.

Em aplicação ao *princípio da causalidade*, condeno os réus CRM-SP e CRF ao pagamento de honorários de advogado, equivalentes a 10% (dez por cento) do valor atribuído à causa atualizado.

Custas na forma da lei.

Mantido o *decreto o sigilo dos autos*, para acesso restrito às partes e órgãos públicos, conforme decisão nos autos.

Comunique-se o teor desta decisão ao Eminentíssimo Relator do agravo de instrumento n. 5022995-33.2019.4.03.0000, para devida ciência, com as homenagens deste Juízo Federal.

Ciência ao Ministério Público Federal.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

CARAGUATATUBA, 18 de setembro de 2020.

Juiz Federal GUSTAVO CATUNDA MENDES

PROCEDIMENTO COMUM CÍVEL

5011983-97.2019.4.03.6183

Autor: P. H. R. B.

Réu: INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

Participante: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

Origem: JUÍZO FEDERAL DA 8ª VARA PREVIDENCIÁRIA DE SÃO PAULO - SP

Juiz Federal: RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Disponibilização da Sentença: DIÁRIO ELETRÔNICO 25/09/2020

SENTENÇA

P.H.R.B., menor, nascido em 11/01/2003, representado por sua genitora R. R., ajuizou ação em face do INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL (INSS), visando à concessão de auxílio-reclusão (NB nº 192.191.636-0) em razão da prisão do genitor, R.F.S.B, ocorrida em 20/12/2006. Juntou documentos (Id 21452916 e Id 22985990).

Concedidos os benefícios da justiça gratuita e indeferido o pedido de tutela de urgência (Id 21785871).

O INSS contestou (Id23213344), alegando prescrição em preliminar e, no mérito, pela falta da qualidade de segurado.

O autor apresentou réplica (Id 29102378).

O Ministério Público Federal opinou pela procedência do pedido (Id 38207169).

Realizada audiência de instrução pelo sistema Cisco Webex do Conselho Nacional de Justiça - CNJ, o depoimento das testemunhas foram juntados autos (Id 38747299).

É o relatório. Passo a decidir.

Trata-se de auxílio-reclusão requerido em 02/04/2019 (DER), relativo a fato gerador do benefício ocorrido em 20/12/2006, quando o genitor do dependente foi recolhido à prisão em regime fechado.

Nos termos do artigo 79 da Lei nº 8.213/91, vigente quando do fato gerador do benefício pretendido, e do art. 198, inciso I, do Código Civil, não corre prescrição contra menor de idade, motivo pelo qual afasto a preliminar arguida pelo INSS em contestação.

Passo à análise do mérito.

Os requisitos para a concessão do benefício do auxílio-reclusão estão previstos no artigo 80 da Lei n. 8.213/91, com a redação em vigor na data da prisão nos termos que seguem:

“Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço. Parágrafo único. O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário”.

A concessão do benefício, portanto, depende da qualidade de segurado do preso, do valor por ele percebido na ocasião da prisão e da qualidade de dependente do requerente.

O autor é filho de R.F.S.B, conforme faz prova sua certidão de nascimento. Cuidando-se de filho menor é o caso de dependente por presunção nos termos do art. 16 da Lei 8.213/91 (Id 21435315).

O INSS alega na contestação ausência da qualidade de segurado do genitor, pois conforme informações do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS, houve recolhimento da empregadora *Sinal Park Service de Estacionamento EPP até 05/2004*. Sendo assim, R.F.S.B teria mantido a qualidade de segurado até 15/07/2005, em data anterior ao fato gerador do benefício (recolhimento prisional em 20/12/2006)

No ponto, consta nos autos *cópia de cartão de ponto com entrada e saída diárias até o mês de 04/2005* e holerites do salário recebido no período correspondente (fls. 38-56 do Id 23011289).

O autor juntou também cópia da Reclamatória Trabalhista, Processo nº 87/2006, julgado pela 6ª Vara do Trabalho de São Paulo, na qual foi reconhecida prestação de trabalho para a mesma empregadora Sinal Park Servico Estacionamentos Ltda., para os meses de *junho e julho de 2005*, com a condenação da empresa no pagamento dos salários e demais verbas trabalhistas para o período.

Consta ainda termo de rescisão do contrato de trabalho (Id 21453324 – fl. 19).

Em audiência de instrução, a testemunha *Raphael Carlos Ferreira* afirmou ter trabalhado com R.F.S.B, no estacionamento do aeroporto de Congonhas, e que nos últimos meses do vínculo de trabalho, embora tenham prestado serviços, não receberam os respectivos salários.

A testemunha *José Wellington Rodrigues de Castro* afirmou que trabalhou na mesma empresa que R.F.S.B, nos anos de 2004 e 2005, e que todos os funcionários tiveram problemas para receber salários em 2005.

O conjunto probatório dos autos, portanto, é suficiente confirmar a prestação dos serviços de R.F.S.B para empresa Sinal Park Service Estacionamentos Ltda. até 31/07/2005.

Acolho o parecer do Ministério Público Federal no tocante ao período de graça estendido até a data de data 16/09/2007, pois consta nos autos termo de rescisão do contrato de trabalho, autorizando o período de graça pelo prazo de 24 meses, contados do dia seguinte ao término do prazo para recolhimento da última contribuição previdenciária, pela situação de desemprego, nos termos do art. 15, §§2º e 4, da Lei 8.213/91.

Sendo assim, quando do recolhimento à prisão, em 20/12/2006, R.F.S.B mantinha a qualidade de segurado.

O benefício dispensa a carência, nos termos do art. 26, inciso II, da Lei 8.213/91, na redação vigente na data do recolhimento à prisão.

Com relação ao critério de baixa renda (artigo 201, inciso IV, da Constituição Federal), o Colendo Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp nº 1.485.417/MS, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, firmou entendimento no sentido de que “para a concessão de *auxílio-reclusão* (art. 80 da Lei 8.213/91), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição”.

No caso, o R.F.S.B, desempregado quando do recolhimento da prisão, obedece ao critério legal de baixa renda, nos termos do precedente mencionado.

Superados os requisitos analisados, resta definir a data de início do benefício.

No ponto, o INSS aponta que uma vez formulado requerimento administrativo do

benefício após o menor completar a idade de 16 anos, os atrasados são devidos desde a DER, 02/04/2019 (fl. 24 do Id 21453324).

O autor postula recebimento do benefício desde a data de recolhimento à prisão, em 20/12/2006, tendo em vista menoridade do dependente.

No ponto, assiste parcial razão ao INSS.

O auxílio-reclusão é devido nas mesmas condições da pensão por morte, inclusive quanto às regras do termo inicial do benefício, nos termos do art. 80 da Lei 8.213/91 acima mencionado.

O art. 74 da Lei 8.213/91 estabelece que a pensão por morte será devida da data do óbito ou quando do requerimento administrativo, caso este tenha sido formulado após o prazo de 30 dias ou após o prazo de 90 dias, para os benefícios com fato gerador após 04/11/2015 – data da vigência da Lei 13.183/2015, que alterou os prazos do art. 74 da Lei 8.213/91, conforme destaco:

“Art. 74. A pensão por morte será devida ao conjunto dos dependentes do segurado que falecer, aposentado ou não, a contar da data:

I - do óbito, quando requerida até trinta dias depois deste; (Incluído pela Lei nº 9.528, de 1997)

I - do óbito, quando requerida até noventa dias depois deste; (Redação pela Lei nº 13.183, de 2015)”

A controvérsia cinge-se sobre a aplicação dos prazos acima aos menores relativamente capazes. Nos termos do art. 79 da Lei 8.213/91 e do art. 116, §4º, do Decreto 3.048/99 não corre prescrição para os menores.

O Colendo STJ possui jurisprudência no sentido de que o prazo não corre para menores, ainda que relativamente incapaz, conforme destaco:

PREVIDÊNCIA SOCIAL. PENSIONISTA MENOR. INÍCIO DO BENEFÍCIO. A expressão ‘pensionista menor’, de que trata o art. 79 da Lei nº 8.213, de 1990, identifica uma situação que só desaparece aos dezoito anos de idade, nos termos do art. 5º do Código Civil. Recurso especial provido para que o benefício seja pago a contar do óbito do instituidor. ..EMEN: (RESP - RECURSO ESPECIAL - 1405909 2013.03.24089-8, SÉRGIO KUKINA, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJE DATA:09/09/2014 ..DTPB:.)

O Colendo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, no entanto, tem precedentes no sentido de que alcançada idade de 16 anos, não persistindo causa de impedimento, nos termos do art. 198, inciso I, do Código Civil, o prazo passa a correr, devendo o benefício ser requerido dentro do intervalo assinado pela lei sob pena de ser deferido apenas a partir da data do requerimento administrativo.

No caso concreto, ainda que adotado o posicionamento acima destacado, o autor apresentou requerimento administrativo em 02/04/2019, dentro do prazo de 90 dias, contados da data em que atingiu a idade de 16 anos (11/01/2019), que se encerraria em 11/04/2019.

Neste sentido, menciono entendimento do TRF da 3ª Região:

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. FILHO RELATIVAMENTE INCAPAZ À ÉPOCA DO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. ART. 198 C/C ART. 3º DO CC/02. ART. 80 C/C ART. 74 DA LEI 8.213/91. PRESCRIÇÃO NÃO CONFIGURADA. DEVIDO O PAGAMENTO DAS PRESTAÇÕES DESDE A SUSPENSÃO INDEVIDA DO BENEFÍCIO.

1. Após a prisão do Sr. Roberto Silvio dos Santos em 19/12/2001, a parte autora teve o benefício de auxílio-reclusão deferido com DIB na data da reclusão do instituidor.

2. Sob o fundamento de que o segurado havia fugido, o benefício foi cessado em 01/11/2006, até que, após requerimento administrativo realizado pela parte autora em 22/09/2016, o benefício lhe foi restabelecido a partir desta data.

3. Pretende a parte autora, no entanto, o recebimento das parcelas referentes ao período de dezembro de 2006 (mês posterior à suspensão do benefício) a agosto de 2016 (mês anterior ao restabelecimento do benefício).

4. Embora o benefício tenha sido cessado por motivo de fuga do recluso, a certidão de recolhimento prisional juntada aos autos comprova que o segurado nunca fugiu, tendo estado preso desde 19/12/2001, de modo que a cessação do auxílio-reclusão foi indevida.

5. *Quanto à prescrição, tem-se que, por ocasião do requerimento administrativo, a parte autora era relativamente incapaz, de modo que a prescrição corria normalmente.*

6. *Nos termos do artigo 80 da Lei nº 8.213/91 (com a redação vigente à época), o auxílio-reclusão era devido nas mesmas condições da pensão por morte, inclusive no que diz respeito ao termo inicial, razão pela qual o benefício era devido desde a data da reclusão quando requerido em até 90 (noventa) dias da prisão, e do requerimento quando requerido após esse prazo.*

7. *Tendo a parte autora nascido em 09/07/2000, a prescrição começou a correr para ela em 09/07/2016 (ao atingir 16 anos), de modo que na data do requerimento administrativo (22/09/2016) ainda não havia transcorrido os 90 dias do prazo.*

8. *E, considerando que a parte autora formulou requerimento administrativo antes de transcorridos 90 (noventa) dias da data em que completou 16 anos, o seu direito não foi atingindo pela prescrição.*

9. *Não superado o prazo previsto em lei, a parte autora faz jus ao pagamento das parcelas do benefício de auxílio-reclusão desde a data da suspensão/cessação indevida até o restabelecimento na via administrativa.*

(...)

13. Apelação da parte autora provida. Fixados, de ofício, os consectários legais.

(APELAÇÃO CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 5014942-75.2018.4.03.6183 ..PROCESSO_ANTIGO: ..PROCESSO_ANTIGO_FORMATADO; ..RELATORC: TRF3 - 10ª Turma, Intimação via sistema DATA: 04/09/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:)

EMENTA PREVIDENCIÁRIO. AUXÍLIO-RECLUSÃO. SEGURADO DESEMPREGADO. BAIXA RENDA CONFIGURADA. REQUISITOS PREENCHIDOS. BENEFÍCIO DEVIDO. PARTE AUTORA ABSOLUTAMENTE INCAPAZ. TERMO INICIAL FIXADO NA DATA DA PRISÃO.

1. O auxílio-reclusão é devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes de segurado de baixa renda recolhido à prisão.

2. O C. Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Especial nº 1.485.417/MS, submetido ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (atual 1.036 do CPC/2015) e da Resolução STJ 8/2008, firmou a tese de que “Para a concessão de auxílio-reclusão (art. 80 da Lei 8.213/1991), o critério de aferição de renda do segurado que não exerce atividade laboral remunerada no momento do recolhimento à prisão é a ausência de renda, e não o último salário de contribuição.”

3. Dessarte, estando o segurado desempregado à época em que foi preso, é irrelevante o valor de seu último salário-de-contribuição, pois caracterizada a condição de baixa renda.

4. Preenchidos os demais requisitos, faz jus a parte autora ao recebimento do benefício de auxílio-reclusão.

5. *O termo inicial do benefício deve ser fixado na data do recolhimento do segurado à prisão (26/09/2014), nos termos do artigo 116, §4º, do Decreto 3.048/99, uma vez que na ocasião a parte autora era absolutamente incapaz, em face de quem não corre prescrição (art. 3º c/c art. 198, I, do CC/02, com a redação vigente à época, e art. 79 c/c art. 103, parágrafo único, da Lei 8.213/91). (...).*

9. Apelação do INSS desprovida. Recurso adesivo da parte autora provido. Fixados, de ofício, os consectários legais e os honorários advocatícios.

(APELAÇÃO CÍVEL ..SIGLA_CLASSE: ApCiv 0000700-85.2017.4.03.6005 ..PROCESSO_ ANTIGO: ..PROCESSO_ ANTIGO_ FORMATADO:;, ..RELATORC:;, TRF3 - 10ª Turma, Intimação via sistema DATA: 04/09/2020 ..FONTE_PUBLICACAO1: ..FONTE_PUBLICACAO2: ..FONTE_PUBLICACAO3:;.)

Por fim, nos termos da redação do art. 116, §5º, do Decreto 3.048/99, vigente na data do fato gerador do benefício, o auxílio-reclusão é devido enquanto perdurar os regimes fechado e semiaberto, conforme destaque:

Art. 116:

§ 5º O auxílio-reclusão é devido, apenas, durante o período em que o segurado estiver recolhido à prisão sob regime fechado ou semiaberto.

No caso, consta progressão para o regime aberto em 12/08/2020 (ID 38621060).

Diante do exposto, julgo *procedente* o pedido para condenar o INSS a implantar o benefício de auxílio-reclusão (NB nº 192.191.636-0), desde o aprisionamento do genitor, em 20/12/2006, e até a data de progressão para o regime aberto, em 12/08/2020.

As prestações em atraso devem ser apuradas em liquidação, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução.

Não é caso de tutela antecipada, pois o proveito obtido na ação refere-se aos atrasados, não restando, portanto, comprovado o perigo de dano ou risco ao resultado útil do processo, caso os valores sejam pagos ao final da ação, nos termos do art. 300 do CPC.

Condeno o réu no pagamento de honorários advocatícios nos percentuais mínimos do artigo 85, §3º, CPC, sobre o valor da condenação, a ser apurado na fase de liquidação da sentença (art. 85, §4º, inciso II, do CPC).

Não é hipótese de reexame necessário, vez que, embora ilíquida, é evidente que a condenação, mesmo com todos os seus acréscimos, não alcançará a importância de 1000 salários mínimos (artigo 496, § 3º, do Novo Código de Processo Civil).

Sem condenação ao pagamento de custas, diante da concessão dos benefícios da Justiça Gratuita à parte autora, e da isenção legal de que goza o INSS nos termos do artigo 4º, I, da Lei 9.289/96.

P.R.I.

São Paulo, 17 de setembro de 2020.

Juiz Federal RICARDO DE CASTRO NASCIMENTO

Tópico síntese (Provimentos Conjuntos n. 69/2006 e n. 71/2006):

Benefício: auxílio-reclusão -

Tutela de urgência: não concedida

Dispositivo: condenar o INSS a implantar o benefício de auxílio-reclusão (NB nº 192.191.636-0), desde o aprisionamento do genitor, em 20/12/2006, e até a data de progressão para o regime aberto, em 12/08/2020.

As prestações em atraso devem ser apuradas em liquidação, com correção monetária e juros na forma do Manual de Procedimentos para os Cálculos da Justiça Federal em vigor na data da execução.

PROCEDIMENTO DO JUIZADO ESPECIAL CÍVEL

0004168-41.2020.4.03.6332

Autora: ROSILENE DA SILVA

Ré: UNIÃO FEDERAL

Origem: JUÍZADO ESPECIAL FEDERAL CÍVEL DE GUARULHOS - SP

Juiz Federal: PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA

Disponibilização da Sentença: INTIMAÇÃO VIA SISTEMA 13/08/2020

SENTENÇA

VISTOS, em decisão.

Trata-se de ação ajuizada exclusivamente em face da União, com pedido de auxílio-emergencial, indeferido pelo aplicativo próprio do Governo Federal.

Contestação padrão da União juntada aos autos.

Concedido prazo à União para que examinasse a pretensão da parte autora ao auxílio emergencial à luz de informações contemporâneas à data do pedido objeto da ação (constantes dos sistemas públicos próprios da Administração Pública Federal), a advocacia geral da União limitou-se a recordar a razão do indeferimento pelo programa de computador, afirmando ser *“Necessário, portanto, que a parte autora junte aos autos documentos que comprovem não possuir renda familiar superior ao permitido para a percepção do Auxílio Emergencial”*.

É a síntese do necessário. DECIDO.

É caso de *procedência* do pedido.

Como se percebe do exame da legislação de emergência para enfrentamento da Covid-19, *os pedidos de auxílio emergencial independem da apresentação de documentos e devem ser baseados exclusivamente na autodeclaração de dados pelo interessado*.

Após o pedido administrativo com a autodeclaração de atendimento aos requisitos legais, *passa a ser ônus da Administração Pública federal examinar a postulação*, contrapondo aos elementos de prova de que disponha em seus bancos de dados a respeito do requerente e de seu núcleo familiar.

Essa, a sistemática implantada pela Lei 13.982/2020.

Perceba-se que, quisesse, o legislador poderia ter idealizado sistemática diversa, exigindo mais do que a mera autodeclaração nos pedidos de auxílio emergencial, reclamando, por exemplo, a apresentação de alguns documentos, como fez com relação aos pedidos de auxílio-doença durante a pandemia, em que *a própria Lei 13.982/2020* exige, além da mera afirmação do requerente de sua incapacidade para o trabalho, a juntada de atestado médico nos moldes previstos em regulamento (art. 4º, parágrafo único, inciso II).

Sucede que – como já assinalado nos autos –, na *precária* sistemática implantada pelo Governo Federal para o auxílio emergencial, *não* há efetiva análise humana dos requerimentos administrativos do benefício assistencial de emergência, mas mero cruzamento de dados por *programa de computador*.

Pior, tal cruzamento automático de dados se baseia em informações sabidamente *desatualizadas*, eis que referentes a registros de 2018. E, não bastasse isso, muitas vezes sequer há

como se saber a efetiva razão da negativa eletrônica do benefício, respondendo o “software” governamental, apenas, que “os dados são inconsistentes”, ou que a “análise é inconclusiva”.

Parece desnecessário lembrar, neste ponto, que, sendo o auxílio emergencial um benefício assistencial do Governo Federal, *em algum momento* deverá haver análise *humana* do pedido do requerente, *por um servidor público* da União. Seja porque a lei obriga a Administração Pública a proferir decisões devidamente motivadas, com indicação de seus pressupostos de fato e de direito (Lei 9.784/99, art. 2º, *caput* e parágrafo único, inciso VII), seja porque – ao menos por enquanto – ainda não se reconhece o *status* de servidores públicos federais a “softwares”, “aplicativos” ou programas de computador.

Ou seja, não basta, para que se tenha uma *decisão administrativa*, que um *programa de computador* acesse os bancos públicos de informações e “cruze dados” apontando o atendimento ou o desatendimento pelo requerente dos requisitos legais do auxílio emergencial. É absolutamente *indispensável*, à luz do ordenamento jurídico brasileiro, que a “*conclusão*” do “*aplicativo*” seja submetida à *análise humana de um servidor público federal*, sendo deste a decisão, nunca do “computador”.

Noutras palavras, *decisão administrativa é apenas aquela do servidor revestido da competência legal para o ato*, nunca a “conclusão” de um algoritmo ou programa de computador. Deveras, não se pode perder de perspectiva que programas de computador, planilhas e outras ferramentas eletrônicas, por mais úteis que sejam no trato de demandas de massa, são meros *auxiliares* do servidor público federal, não seus *substitutos*.

A própria advocacia pública da União reconhece, em sua “contestação padrão” depositada em juízo que “*é também competência da Administração verificar a legalidade de cada situação apresentada para pagamento do benefício. O exercício da função administrativa consistente em se realizar a análise detalhada e a fiscalização quanto ao preenchimento ou não dos requisitos legais para a concessão do benefício é um dever-poder da Administração com amparo na legislação*” (destaquei).

É certo, porém – como revela o boom de ajuizamento de ações sobre o auxílio emergencial - que a ninguém no governo federal ocorreu assumir a tarefa de “conferir” – simplesmente “conferir” – o acerto ou desacerto das conclusões do programa de computador, preferindo-se a cômoda judicialização da matéria. Assim agindo, o Executivo federal *terceirizou*, por assim dizer, à sua *advocacia pública*, no exame das postulações levadas a juízo, a *indispensável análise humana dos casos concretos “indeferidos” pelo programa de computador*.

E isso porque, prevendo a sistemática do auxílio emergencial, como visto, a mera autodeclaração do requerente, *independentemente da apresentação de quaisquer documentos, impõe-se reconhecer que a parte autora, quando ingressa em juízo, faz a prova possível* de seu afirmado direito com a *declaração posta na petição inicial* e com os documentos de identificação que a acompanham, *não se podendo exigir do cidadão, em juízo, prova não exigida na esfera administrativa*.

Nesse contexto, feita a prova possível pelo autor, a distribuição do *ônus da prova* (CPC, art. 373, inciso II) passa a impor à ré, União – guarnecida por seletor corpo de advogados públicos –, que *oponha em juízo a prova de fato impeditivo, modificativo ou extintivo* do afirmado direito do demandante ao benefício emergencial, com base, agora sim, na indispensável análise *humana* de dados e informações *atualizadas* constantes dos cadastros públicos.

Bem por isso, já se vê contrassenso na opção da advocacia geral da União por uma “contestação padrão” nos casos de auxílio emergencial, visto que o que *cada demanda específica exige* é, justamente, a *análise específica e individualizada* do caso concreto pela advocacia pública.

É certo, também, que, recebendo de sua empregadora (a União) a inconveniente “terceirização” da análise de milhares de pedidos de auxílio emergencial, também *alguns* advogados públicos federais prontamente tentaram “terceirizá-la”, seja à Justiça Federal, seja aos próprios requerentes do auxílio emergencial, *pretendendo transferir ao Judiciário e/ou aos cidadãos o ônus da consulta a diversos sites e bancos de dados públicos* plenamente acessíveis pela advocacia pública da União, como CNIS, DataPrev, CadÚnico, seguro-desemprego, RAIS, SIAPE, TSE etc.

Ainda que compreensível - face ao imenso volume de ações judiciais a respeito do auxílio emergencial - a tentativa de alguns membros da AGU de “terceirizar” às partes ou mesmo ao Poder Judiciário *a produção de provas* de fatos impeditivos, modificativos ou extintivos do afirmado direito da parte autora *é não só processualmente inadmissível* (frente à cristalina distribuição do ônus da prova posta no art. 373, inciso II do CPC), como *eticamente reprovável*, na medida em que tal postura equivale a demitir-se, o advogado público federal, do irrenunciável múnus público outorgado pela própria Constituição Federal à advocacia do Estado (CF, art. 131).

A ela, advocacia pública – *e só a ela* - cabe a defesa do Estado (com a inerente produção de provas mediante consulta a documentos e bases de dados disponíveis), por mais pesado que seja o fardo a ser momentaneamente suportado, especialmente em momentos de emergência nacional em que o próprio Estado parece querer demitir-se de suas funções constitucionais irrenunciáveis.

Se, eventualmente, a estrutura de trabalho da Advocacia Geral da União em determinada localidade não permite o enfrentamento a contento da nova carga de trabalho (correspondente à análise criteriosa dos pedidos de auxílio emergencial levados a juízo), a solução é o pedido de socorro interno às instâncias governamentais superiores, e não, por evidente, a cômoda - e inconstitucional - abdicação dos deveres do cargo público e subversão dos ônus processuais.

Postas estas considerações, constata-se que, *no caso concreto, a União desperdiçou a oportunidade de fazer a prova do suposto fato impeditivo do direito do autor* (renda familiar superior ao limite legal), preferindo exigir da parte autora que fizesse a prova de fato negativo (isto é, de que sua renda familiar *não é* superior ao limite).

Não constitui demasia rememorar, neste ponto, que há muito o direito processual abomina a exigência de provas de “fato negativo” – chamada “prova diabólica” – isto é, a prova de que algo “não ocorreu”.

Assim, não pode a União exigir do postulante do auxílio emergencial, além de sua autodeclaração, por exemplo, de *desemprego*, que “prove que não está trabalhando” (prova de fato negativo), muito embora possa a AGU, perfeitamente, juntar aos autos tela do Cadastro Nacional de Informações Sociais – CNIS em que conste vínculo atual de emprego ativo. Do mesmo modo, não pode a União exigir do requerente do auxílio emergencial, além de sua autodeclaração, “prova” de que seu núcleo familiar *não possui* renda superior aos limites legais (prova de fato negativo), muito embora possa a União demonstrar, pela juntada dos registros do Cadastro Único ou de demonstrativos de salários-de-contribuição constantes do CNIS, a eventual existência de renda superior.

O mesmo se poderia dizer com relação à pretendida prova da “não ocorrência” de todas as outras situações que, caso verificadas, impediriam o recebimento do auxílio emergencial: diante a *autodeclaração* da parte de que tais situações não se verificam na prática, *à União* cabe a produção da prova em contrário, isto é, de que *ocorrem* as situações que impedem o recebimento do benefício.

Na hipótese dos autos, a parte autora demonstra que o motivo do indeferimento administrativo do benefício foi a suposta existência de renda familiar superior, tendo sido considerados como *atendidos os demais critérios* de elegibilidade para a percepção do benefício. Ante a concreta razão do indeferimento eletrônico, caberia à União, por sua advocacia pública, trazer aos autos documentos extraídos dos sites e bancos de dados públicos atualizados que demonstrassem, concretamente, o acerto do fundamento invocado pelo programa de computador (frisando-se constar dos autos, à disposição da União, os dados de identificação do núcleo familiar).

Não o tendo feito, é manifesto o *descumprimento, pela ré, do ônus da prova* do fato impeditivo alegado, circunstância que autoriza, na particular sistemática dos requerimentos de auxílio emergencial, o acolhimento da autodeclaração da parte autora (desobrigada, como visto, de produzir prova de fato negativo).

É caso, pois, como já assinalado, de procedência do pedido.

E diante da urgência e gravidade das situações de privação de renda decorrentes da pandemia da COVID-19, que claramente evidenciam a presença do risco de dano irreparável na espécie, é também o caso de se antecipar os efeitos da tutela.

DISPOSITIVO

Diante do exposto, JULGO PROCEDENTE O PEDIDO, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, e DECLARO o direito da parte autora ao benefício de auxílio emergencial, CONDENANDO a União ao cumprimento de obrigação de fazer consistente em habilitar a parte autora para recebimento das parcelas devidas do auxílio emergencial e liberar o respectivo pagamento para saque, no *prazo máximo de 10 dias*.

Fixo, desde já, para a remota eventualidade de atraso no cumprimento da decisão, multa diária de R\$100,00.

Sem condenação em custas e honorários nesta instância, nos termos do art. 55 da Lei 9.099/95.

INTIME-SE, *com urgência*, para cumprimento da presente medida liminar.

Sentença registrada eletronicamente. Publique-se e intímem-se.>

Juiz Federal PAULO MARCOS RODRIGUES DE ALMEIDA